

DECISÃO DA CORTE CONSTITUCIONAL DA REPÚBLICA DA COLÔMBIA – T-760, PROFERIDA AOS 31 DE JULHO DE 2008 – UM MARCO JURÍDICO PARA O DIREITO À SAÚDE NA COLÔMBIA

ITALO R. FUHRMANN E SOUZA*

RESUMO: A presente resenha tratou da decisão T-760 da Corte Constitucional da Colômbia sobre o direito fundamental à saúde, proferida em 31 de julho de 2008. Nesta decisão, foram consolidadas as diretrizes centrais da interpretação judicial sobre direito à saúde na Colômbia, como o delineamento do seu âmbito de proteção, o papel desempenhado pelo chamado mínimo vital na concretização do direito à saúde, a reformulação do marco regulatório e administrativo para o adequado acesso aos serviços de saúde, o objeto e o alcance do direito à saúde e seu financiamento para as pessoas sem capacidade econômica para custeá-lo, designadamente a partir dos princípios constitucionais da solidariedade, da continuidade, da integralidade e da universalidade do acesso a serviços de saúde.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à Saúde. Jurisprudência Constitucional. Corte Constitucional da República da Colômbia.

ABSTRACT: This commentary reviews the Colombian Constitutional Court's T-760 ruling on the fundamental right to health, made on July 31st, 2008. The judicial interpretation guidelines on right to health in Colombia were consolidated in this decision, such as the protective scope's outline, the role played by the so-called vital minimum in realizing the right to health, the regulatory and administrative framework's reformulation in order to provide for adequate access to health services, the right to health's object and reach and also the right's financing for economically-challenged people. All these interpretation guidelines are set by the constitutional principles of solidarity, continuity, comprehensiveness and universality of access to health services.

KEYWORDS: Right to health. Constitutional Jurisprudence. Colombian Supreme Court.

SUMÁRIO: 1. Direito à Saúde: considerações gerais e enfoque Jurídico-constitucional Colombiano; 2. Apontamentos sobre a Jurisdição da Corte Constitucional da Colômbia e a eficácia de suas decisões; 3. A Decisão T-760/2008; Referências.

Artigo recebido em 16.06.2010 e aprovado para publicação pelo Conselho Editorial em 07.07.2010.

* Mestrando em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, pesquisador-bolsista do projeto Observatório de Pesquisa e Jurisprudência de Direitos Sociais, Econômicos, Culturais e Ambientais, em parceria com a Universidade de Princeton (EUA). Pesquisador cadastrado junto ao CNPq no Grupo de Estudos e Pesquisa em Direitos Fundamentais (GEDF).

I. DIREITO À SAÚDE: CONSIDERAÇÕES GERAIS E ENFOQUE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL COLOMBIANO

O direito à saúde pode ser considerado, pelo seu conteúdo e relevância prática, como o direito prévio, primário por excelência, do qual o próprio gozo e fruição dos demais direitos fundamentais resta, pelo menos em parte significativa, dependente, inclusive os direitos de liberdade¹. Trata-se de um direito, que para além desta característica de condição de possibilidade do exercício pleno dos demais direitos, traz em seu bojo, pela sua estrutura normativa e possibilidade eficaz, a noção de transcendentalidade, no sentido de que, a mera proteção nacional, isolada, sem a devida cooperação inter-regional e internacional, não se torna suficiente para sua efetiva concretização².

A partir de uma perspectiva jurídico-dogmática de conformação constitucional e exigibilidade judicial do direito à saúde, podemos caracterizá-lo como norma e posição jurídica de defesa (negativa) e prestacional (positiva), interdependente, individual – ainda que ostente uma dimensão coletiva – e configuradora de um direito público subjetivo³. Ademais, como cediço e amplamente debatido na doutrina⁴, tal direito, como de resto os demais direitos sociais, assume um viés, não exclusivo, mas marcadamente econômico, em termos de que sua concretização esbarra, de forma predominante, na contingência da disponibilidade orçamentária estatal, o que tem sido batizado pela doutrina de “reserva do possível”⁵. Nada obstante, esta teoria não deve, à evidência, ser erigida como obstaculizadora, pura e simplesmente,

¹ Cf. HUSTER, Stefan. Gesundheitsgerechtigkeit: Public Health im Sozialstaat, in: *Juristen Zeitung*, 18/2008. p. 859. Neste sentido também se posicionou o Ministro Celso de Mello em recente voto proferido na ocasião do julgamento de decisões selecionadas da Audiência Pública sobre saúde, realizada no Supremo Tribunal Federal, em abril de 2009, “O direito à saúde representa um pressuposto de quase todos os demais direitos, e é essencial que se preserve esse estado de bem-estar físico e psíquico em favor da população, que é titular desse direito público subjetivo de estatura constitucional, que é o direito à saúde e à prestação de serviços de saúde”.

² LOUREIRO, João Carlos. Direito à (Proteção da) Saúde, in: *Revista da Defensoria Pública*, ano 1, nº 1 jul./dez. 2008. p. 36-7. Neste sentido, o autor afirma a necessária construção de uma rede normativa mundial “manto normativo do mundo”, limitando-se a soberania nacional, sem descurar do princípio da não-ingerência, de modo a combater certas doenças que extrapolam os interesses nacionais, como, por exemplo, a síndrome respiratória aguda.

³ Cf. ARANGO, Rodolfo. *El Concepto de Derechos Sociales Fundamentales*. Editora Legis: Bogotá, 2005. O autor fornece as bases conceituais necessárias para a realização prática dos direitos sociais, através de seu enquadramento na teoria geral dos direitos subjetivos.

⁴ Cf., por todos, SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos Fundamentais, Orçamento e “Reserva do Possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

⁵ Inicialmente forjado no direito tedesco, o princípio da reserva do possível “vorbehalt des möglichen” constitui em mais uma característica distintiva entre os direitos sociais e os clássicos direitos fundamentais e que se reporta não apenas à capacidade econômica do Estado, mas também ao respeito à liberdade de conformação do legislador de decidir sobre políticas públicas prioritárias, v. MURSWIEK, Dietrich. Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte, in: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Orgs.). *Handbuch des Staatsrechts*, vol. V, 2º ed. C.F. Müller, Heidelberg, 2000. p. 267 e ss.

da efetivação judicial dos direitos sociais, mormente quando se trata de bem que corresponde à própria sobrevivência do ser humano, mas de critério balizador e legitimador das decisões judiciais nesta seara, cujo ônus da comprovação da escassez recursal deverá recair ao Poder Público⁶.

Especialmente após o segundo pós-guerra, a saúde pública e individual foram objetos de intensa preocupação por parte dos organismos internacionais. A Carta das Nações Unidas, de 26 de junho de 1945, estipulava, em seu art. 13. 1, o comprometimento dos Estados signatários à cooperação internacional no âmbito do direito sanitário. A famosa Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Resolução nº 217 da Assembleia Geral da ONU, em 10 de dezembro de 1948, ratificou, no art. 25, a saúde, individual e familiar, como direito humano. O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 16 de dezembro de 1966, incorporando em seu texto normativo a dimensão negativa do direito à saúde, e o próprio “efeito horizontal” desta posição jurídica, no seu art. 21, limitava o direito de reunião em prol da preservação da saúde pública. Assim também, como não poderia deixar de ser, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ratificado pelo Brasil tão somente após o término da ditadura militar, concentrou esforços na proteção da saúde da criança e do adolescente, e na dimensão progressiva deste direito, prescrevendo que toda a pessoa tem o direito de desfrutar do mais elevado nível de saúde física e mental⁷. De fato, a conformação jurídica internacional do direito à saúde influenciou fortemente o processo de formação das Constituições latino-americanas, de modo que diversos instrumentos de efetivação e construções normativas internacionais se encontram, de forma quase que literal, nos ordenamentos jurídicos nacionais. O caso colombiano, que será abordado em seguida, não foge à regra.

Com efeito, a Constituição Colombiana albergou no seu rol de direitos fundamentais o direito à saúde das crianças e dos adolescentes, designadamente no art. 44. No seu art. 49, a Constituição estipula o direito de todos ao acesso ao serviço público de seguridade social em saúde. Ademais, o texto constitucional da Colômbia recepciona os princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social (art. 1), da eficiência, universalidade e solidariedade (art. 48), e o caráter programático-dirigente do direito à saúde, invocando a participação dos particulares, no sentido de ampliar progressivamente a cobertura da seguridade social que compreenderá os serviços estipulados legalmente (art. 48, inc. III)⁸. De curial relevo para o desenvolvimento jurisprudencial do direito à saúde na Colômbia é o art. 94, da CC/91, que dispõe, no mesmo sentido do art. 5º, § 2º, da atual Constituição brasileira, sobre a abertura

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações, in: *Revista da Defensoria Pública*, ano 1, nº 1 jul./dez. 2008. p. 205.

⁷ Cf. CORRÊA, Anelize Maximila; PAULSEN, Carolina Moreira; MOLIN, Lúcia Dal. *Direitos Humanos*. Documentos Básicos. Pelotas: EDUCAT, 2005.

⁸ A Lei nº 100, de 1993, criou um sistema geral de seguridade social de saúde, com dois regimes de cobertura: o regime contributivo e o subsidiado. Os filiados ao Sistema de Seguridade Social em Saúde mediante o regime contributivo são as pessoas vinculadas através de contrato de trabalho, os servidores públicos, os pensionistas, os aposentados e os trabalhadores independentes com capacidade contributiva. Os afiliados ao Sistema mediante o regime subsidiado são as pessoas sem capacidade contributiva para financiar o montante das prestações, abrangendo a população mais pobre e vulnerável do país, nas zonas rurais e urbanas.

material do catálogo dos direitos fundamentais. Como veremos a seguir, principalmente a partir da teoria da conexidade, este dispositivo constitucional auxiliou a Corte Constitucional na definição do direito à saúde como direito fundamental.

Em 2001, a despeito das prescrições constitucionais e legais, pouco mais de 50% da população colombiana estava coberta em matéria de seguridade social em saúde⁹. Tal contexto fático contribuiu para as crescentes demandas judiciais envolvendo direito à saúde com as quais a Corte Constitucional da Colômbia tem se deparado. Apesar de não constituir em direito fundamental autônomo na Constituição da Colômbia, salvo em relação às crianças e adolescentes, o direito à saúde é reconhecido pelo Tribunal Constitucional como tal, especialmente a partir de sua conexão e vinculação intrínseca com outros direitos fundamentais constitucionais, como a vida digna, a integridade física e o livre desenvolvimento da personalidade¹⁰.

2. APONTAMENTOS SOBRE A JURISDIÇÃO DA CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA E A EFICÁCIA DE SUAS DECISÕES

A Corte Constitucional colombiana foi criada pela atual Constituição Política da República da Colômbia, doravante CP/91, também chamada de “Constitución de los Derechos”, promulgada aos 7 de julho de 1991, após um longo período de instabilidade política e constitucional, desde a remota Constituição de 1886. Suas funções estão arroladas no art. 241, da CP/91, dentre as quais decidir sobre as demandas de constitucionalidade que promovem os cidadãos contra as leis, os decretos com força de leis editados pelo Governo e sobre os atos legislativos reformadores da Constituição. Diferentemente do que ocorre no Brasil, onde temos um controle misto de constitucionalidade, uma junção entre os modelos concentrado (austríaco) e difuso (norte-americano) de controle normativo, a Corte Constitucional da Colômbia é a única instância do Poder Judiciário competente para solucionar questões de constitucionalidade.

Essencialmente, a CP/91 abrangeu três principais meios de defesa judicial dos direitos fundamentais, quais sejam a ação de tutela, a ação popular e as ações de cumprimento¹¹. A ação de tutela é regulada pelo art. 86, da CP/91, consistindo na proteção imediata, ainda que com caráter subsidiário, dos direitos fundamentais frente às ações ou omissões dos Poderes Públicos ou de particulares. Esta ação não está restrita apenas aos direitos expressamente consagrados no texto da Constituição, mas também àqueles que, na situação concreta, guardam uma conexidade objetiva e íntima com um direito fundamental, no sentido de que sua não proteção judicial acarreta violações a este último¹². A ação de tutela, no direito colombiano, pode ser

⁹ ARANGO, Rodolfo. El Derecho a la Salud en la Jurisprudencia Constitucional Colombiana, in: *Revista do Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 2, nº 5, out./dez. 2008. p. 14.

¹⁰ T-499, de 1992.

¹¹ De forma pormenorizada, cf. ARANGO, Rodolfo. La Jurisdicción Social de la Tutela, in: COURTIS, Christian; SANTAMARÍA, Ramiro Ávila (Orgs.). *La Protección Judicial de los Derechos Sociales*. Ministerio de la Justicia e Derechos Humanos: Quito/Ecuador, 2009. p. 301-320.

¹² MUÑOS, Eduardo Cifuentes. Jurisdicción Constitucional en Colombia, in *Ius et Praxis*, vol. 8, nº 1, Talca, 2002. p. 283-317.

interposta diretamente pela pessoa afetada em seus direitos – se assemelhando, neste contexto, ao conhecido recurso de amparo – sem a necessidade de advogado. Conforme o art. 86, da CP/91, em nenhuma hipótese poderá transcorrer mais de dez dias entre a solicitação de tutela e a sua resolução. As decisões pronunciadas nas diferentes instâncias são remetidas à Corte Constitucional para revisão, que figura como discricionária, sendo que suas sentenças, tanto de tutela como de revisão, operam efeitos apenas entre as partes envolvidas no processo. Com efeito, as de revisão determinam o conteúdo e o alcance dos direitos constitucionais, de sorte que atuam como critério auxiliar para as decisões judiciais das instâncias inferiores que, uma vez apartando-se do entendimento do Tribunal, devem ser justificadas, de forma adequada e suficiente. A CP/91 ainda contempla mecanismos de proteção dos direitos e interesses coletivos, a partir, exemplificativamente, das ações populares, inseridas no seu art. 88. Neste sentido, são protegidos constitucionalmente os direitos vinculados ao patrimônio, ao espaço, a seguridade e salubridades públicas, a moral administrativa, o ambiente, a livre concorrência econômica, e outras de natureza análoga.

Relativamente à estrutura funcional e procedimental da Corte Constitucional, especificamente no que toca aos trâmites dos julgamentos das ações de tutela no âmbito das sentenças de revisão – objeto de análise da presente resenha – prescreve o regulamento interno do Tribunal que, mensalmente, deverá ser instaurada uma sala de seleção de tutela, integrada rotativamente por dois magistrados, com o objetivo de revisar as sentenças de tutela, escolhidas a partir do critério do estado de coisas inconstitucional¹³, ou seja, mediante casos de violações a direitos fundamentais que tenham caráter geral e coletivo, que requeiram a ação conjunta de entidades e seguimentos da sociedade civil e do Poder Público, e que se originem por falha estrutural, dando ensejo à multiplicidade de ações e à sobrecarga da administração da justiça¹⁴.

3. A DECISÃO T-760/2008

Trata-se de decisão proferida em sede da Corte Constitucional da República da Colômbia, mais especificamente da Segunda Sala de Revisão, sentença T-760, em 31 de julho de 2008. Foram selecionados vinte e dois casos de tutela com o propósito de se ter uma mostra mais compreensível possível sobre as causas das demandas judiciais envolvendo o direito à saúde na Colômbia. Foram constatados problemas estruturais no Sistema Geral de Seguridade Social em Saúde, gerados principalmente por falhas de regulação. A decisão de tutela ora comentada foi embasada essencialmente pela legislação existente na Colômbia sobre seguridade social em saúde, as Leis 100, de 1993, e 1.122, de 2007, e pelas decisões anteriormente proferidas pela Corte sobre direito à saúde. As ordens emanadas da Corte Constitucional, num total de trinta e duas, estão divididas entre as que solucionaram os casos concretos de tutela, quais sejam, da um a dezesseis, e as que estipulam ordens gerais para a solução dos problemas regulatórios no Sistema de Seguridade Social em Saúde, como meio normativo para a diminuição das demandas judiciais que versam sobre o direito à saúde, elencadas da dezesseis a trinta e dois.

¹³ SU 559/1997; T-153/1998.

¹⁴ Regulamento Interno da Corte Constitucional da República da Colômbia, art. 49 e ss.

Com efeito, foram analisados casos em que o acesso a prestações de saúde, ou seja, nomeadamente a sua dimensão positiva, foi negado, contrariando a jurisprudência reiterada da Corte Constitucional da Colômbia. Os casos demandados perante a Corte tratavam do acesso a serviços de saúde contemplados no Plano Obrigatório de Saúde (POS), submetidos a pagamentos moderados; acesso a serviços de saúde não incluídos no POS; acesso a serviços de saúde por menor que necessita do tratamento para seu adequado desenvolvimento; reconhecimento das incapacidades laborais quando não cumpridos os requisitos de pagamento; acesso aos serviços de saúde em condições de integralidade; acesso a serviços de saúde de alto custo para tratamento de doenças graves; acesso a exames de diagnóstico; acesso a serviços de saúde por pessoas vinculadas ao Sistema de Saúde, em especial quando se tratar de menores; acesso a serviços de saúde quando há a necessidade de deslocamento para local diverso onde reside o paciente; liberdade de eleição da entidade encarregada de garantir o acesso a prestações de saúde; dúvida quanto à inclusão de lente intra-ocular no plano obrigatório de saúde e a eventual procedência do reembolso.

No decorrer da decisão, foram constatados diversos atos e omissões violadores do direito à saúde, como a falta de regulamentação no âmbito do sistema geral de seguridade social em saúde, a dubiedade relativamente aos serviços incluídos ou não no plano obrigatório de saúde, ocorrências reiteradas de ações de tutela postulando acesso a serviços contemplados no plano obrigatório de saúde, a disparidade manifesta entre o plano subsidiado e o contributivo, especialmente quando estão em causa menores de idade, e, por derradeiro, a ausência de regulação clara que negue acesso a serviços não incluídos no plano obrigatório de saúde.

As causas específicas de tutela que formam a presente sentença originaram o seguinte posicionamento da Corte Constitucional da Colômbia que, sem embargo, já vem sendo reiteradamente afirmado, sobre o direito fundamental à saúde. A Corte Constitucional da Colômbia vem atuando na proteção da saúde essencialmente por três vias, quais sejam, a partir da teoria da conexidade, de modo a estabelecer uma conexão entre o direito à saúde e os direitos à vida, à integridade pessoal e à dignidade humana, através do reconhecimento do seu titular que às vezes se encontra em uma situação de especial proteção, e pelo âmbito básico de proteção do direito à saúde, refletido por meio dos serviços contemplados na Constituição, pelo bloco de constitucionalidade, pela lei e pelos planos obrigatórios de saúde, ressalvadas as extensões necessárias para proteger uma vida condigna. A Corte, desde a decisão T-597, de 1993, reafirma que a saúde é um estado variável, suscetível de afetações múltiplas, que incidem em maior ou menor medida na vida do indivíduo, de tal sorte que não podemos falar em termos de ter ou não ter saúde, ou mesmo a partir de uma noção unívoca deste direito. O direito à saúde, no contexto do Estado Constitucional, democrático, pluriétnico e multicultural, engendrado a partir da CP/91, no entender da Corte Constitucional colombiana, deve ser sensível às diferenças tanto sociais quanto ambientais que existem entre os diferentes grupos de pessoas que vivem na Colômbia. Neste sentido, o âmbito de proteção do direito à saúde é delimitado, conforme entendimento da Corte, pela dogmática constitucional, e não, necessariamente pelo Plano Obrigatório de Saúde, de modo que possa existir um serviço de saúde que

não esteja incluído no POS, mas que, na sua falta, comprometa de forma grave a vida, a dignidade da pessoa ou sua integridade pessoal¹⁵.

A Corte Constitucional da Colômbia afirma, na decisão, que o direito fundamental à saúde compreende, dentre outros, o direito ao acesso a serviços de saúde de maneira *oportuna, eficaz* e com *qualidade*. Neste sentido, a Corte tem considerado como inconstitucional um sistema de tarifas para a prestação de *todos* os serviços de saúde, incluindo a atenção básica, por mínimas que sejam, na medida que a Constituição obriga o legislador a reconhecer “uma atenção básica gratuita” de serviço de saúde (art. 49, CP/91).

Sem embargo, a Corte Constitucional considera que não se pode desprezitar o direito à saúde estabelecendo obstáculos desarrazoados e desproporcionais que impeçam uma parte da população de ter acesso ao Sistema de Saúde em condições de igualdade. Neste sentido, a Corte determina como inconstitucional a exigência do legislador às famílias formadas mediante uniões de fato o requisito de dois anos de relação para terem acesso ao Sistema de Saúde, exigência tal que não se fazia às famílias formadas mediante matrimônio. Outra posição adotada pela Corte diz respeito ao direito à informação adequada e necessária ao acesso aos serviços de saúde. As EPS (Entidades Prestadoras de Serviços de Saúde) têm o dever de fornecer às pessoas informações que sejam necessárias para que possam saber qual é o serviço de saúde que necessitam, quais são as probabilidades de êxito e de risco que representa o tratamento, assim como, também, de que maneira se dá o acesso aos serviços dos quais necessitam. O fornecimento adequado de tais informações atua também como pressuposto para o exercício efetivo da liberdade de escolha do associado no Sistema de Seguridade Social em Saúde, permitindo que as pessoas se desvinculem daquelas entidades que não garantam adequadamente o gozo efetivo de seu direito à saúde, e, paralelamente, promovendo às boas entidades e desestimulando às más.

A Corte estabeleceu que o âmbito de proteção constitucional no acesso a serviços de saúde se constitui no serviço cujo qual a pessoa necessita, ou seja, serviço indispensável para conservar sua saúde quando se encontrar gravemente comprometida sua vida, integridade pessoal, ou sua dignidade, segundo prescrição médica, sem que isso signifique que o direito à saúde seja absoluto, ilimitado no tipo de prestações requeridas. O principal critério para se determinar quais são os serviços mínimos de saúde os quais a pessoa tem direito de acesso é o conceito científico do médico, ainda que não de forma exclusiva. Ademais, a garantia constitucional de acesso aos serviços de saúde não pode ser obstaculizada pelo fato de que o serviço não está incluído

¹⁵ O âmbito de proteção da saúde foi conformado pela Corte Constitucional da Colômbia, pelo menos de forma geral, a partir da denegação das ações de Tutela T-749/2001 (serviço de saúde estético), T-1036/2000 (troca de óculos em período inferior ao estabelecido no Plano Obrigatório de Saúde), T-698/2001 (tratamento de fertilidade, laparoscopia operatória, inseminação e fecundação *in-vitro*), T-1060/2002 (tratamento de desintoxicação alcoólica), T-1123/200 (próteses para membros inferiores), T-1078/2007 (cirurgia de *bypass* gástrico à pessoa com obesidade mórbida), T-1276/2001 (serviços odontológicos), e T-1286/2005 (fornecimento de vacinas antialérgicas). Com efeito, tais serviços de saúde foram denegados por, no entendimento da Corte Colombiana, não serem imprescindíveis, pelo menos não de forma absoluta, para preservar a vida e a integridade pessoal.

dentro de um plano obrigatório de saúde, incluindo os casos em que a pessoa não consegue assumir os custos que lhe correspondam a assumir. A Corte enfatiza que os serviços de saúde devem ser garantidos em condições de oportunidade, continuidade, eficiência e qualidade, e de acordo com o princípio da *integralidade*. Na medida em que a Constituição garante a toda a pessoa os serviços de saúde que necessita, segundo os critérios de necessidade acima arrolados, toda pessoa também tem direito ao acesso aos exames e diagnósticos necessários para estabelecer, precisamente, a existência de alguma doença e que o leve a requerer um determinado serviço de saúde. A Corte Constitucional da Colômbia destaca as seguintes condições para que o acesso às prestações de saúde sejam tuteláveis (justiciáveis): a) se o serviço está contemplado no plano obrigatório de saúde, contributivo e subsidiado; b) se foi ordenado por médico vinculado à Entidade prestadora do serviço de saúde correspondente; c) se é necessário para conservar a saúde, a vida, a dignidade, a integridade física, ou algum outro direito fundamental; d) quando foi solicitado previamente à Entidade encarregada de prestar o serviço de saúde, o qual se negou ou demorou injustificadamente em cumprir seu dever.

A diferenciação entre os planos obrigatórios de saúde do regime contributivo e do subsidiado, na qual o segundo oferece menos serviços de saúde para seus beneficiados, justamente em razão de não terem capacidade econômica para contribuir com o Sistema Geral de Saúde, foi considerado constitucional pela Corte, porém apenas de modo temporal, ou seja, não é aceitável que perdure indefinidamente este estado de coisas. Tal entendimento foi incorporado em razão do compromisso do Estado colombiano com o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que em seus arts. 2 e 12 dispõe sobre a garantia do exercício do direito à saúde, sem discriminação alguma, inclusive por motivos econômicos, enfatizando o caráter progressivo e gradual desta concretização. A seguir, de forma mais detalhada, discorreremos sobre a aplicação concreta desta diretriz, especialmente em relação aos menores de idade.

A partir da conexão existente entre o direito à saúde e outros direitos fundamentais, como o direito à vida e à integridade pessoal, a Corte tutelou o acesso tanto a serviços incluídos nos planos de saúde como a serviços não incluídos em tais planos, desde que o titular careça de capacidade econômica para ter acesso por si mesmo ao serviço de saúde que necessita. A Corte Constitucional da Colômbia estabeleceu quatro critérios para o acesso a serviços de saúde não contemplados nos Planos Obrigatórios de Saúde, quais sejam a) quando a falta do serviço médico vulnera ou ameaça os direitos à vida e à integridade pessoal de quem o requer; b) o serviço não pode ser substituído por outro que se encontre incluído no plano obrigatório de saúde; c) o interessado não pode custeá-lo; d) o serviço médico tenha sido prescrito por médico vinculado à entidade encarregada de garantir a prestação do serviço a quem está solicitando. Toda a pessoa que necessita de um serviço de saúde não contemplado no plano obrigatório de saúde tem o direito de ter acesso a este, desde que assuma, em princípio, um custo adicional. Nada obstante, a jurisprudência constitucional considera que se o indivíduo carece de capacidades econômicas para assumir este custo, mediante a constatação da sua situação de pobreza, é possível autorizar o serviço médico requerido com *necessidade* e permitir que a EPS (Entidade Prestadora de Saúde) obtenha perante o FOSYGA (Fundo de Solidariedade e Garantia) o reembolso do serviço não coberto pelo POS.

Ademais, quando há conflito entre o médico que trata o paciente e o Comitê Técnico Científico, relativamente à exigência de um medicamento não incluído no POS, a posição deste último deve prevalecer, salvo se a posição do Comitê Técnico Científico for embasada em conceitos médicos de especialistas no campo em questão, e num conhecimento completo e suficiente do caso específico em discussão. Para a Corte, toda pessoa tem direito ao acesso a um serviço de saúde quando este estiver contemplado no Plano Obrigatório de Saúde, ou quando requeira um serviço com necessidade, ou seja, quando este estiver submetido a um pagamento que a pessoa não está em capacidade de assumir, parcial ou total, temporal ou definitiva. A Corte considerou como constitucional, apesar da previsão constitucional da universalidade, especificamente à gratuidade dos serviços de atenção básica, como, de resto, faz a Constituição brasileira, ainda que não restrita expressamente aos serviços mínimos de saúde, as taxas cobradas aos afiliados do Sistema Geral de Seguridade Social em Saúde, desde que tais pagamentos não se transformem em barreiras intransponíveis aos que não tem capacidade econômica, promovendo a “racionalização” do uso dos serviços de saúde, sem limitar o acesso a estes, assegurando assim uma melhor arrecadação de recursos e a promoção do princípio da *solidariedade*. Neste diapasão, avulta a figura jurídica que, no Brasil, tem sido designada de mínimo existencial, com clara alusão à doutrina tedesca¹⁶. A Corte entende que o mínimo vital não é uma questão quantitativa, mas sim qualitativa. O direito ao mínimo vital “não só compreende um elemento quantitativo de simples subsistência, mas também um componente qualitativo relacionado com o respeito à dignidade humana. Sua valoração, pois, não será abstrata e dependerá das condições concretas do acionante.” Destarte, e justamente por este caráter qualitativo, há proteção do direito ao mínimo existencial sempre que o custo do serviço de saúde requerido afete desproporcionalmente a estabilidade econômica da pessoa, ainda que seu patrimônio não seja insignificante.

A Corte tem reafirmado que o direito à saúde pode contemplar serviços que, diretamente, não se vinculam ao tratamento de saúde, como transporte e gastos de estadia no lugar onde se possa prestar a atenção médica. O transporte à Entidade prestadora de saúde é garantido a partir de dois critérios, quais sejam, quando nem o paciente nem seus familiares próximos têm os recursos econômicos suficientes para pagar o valor do traslado, e quando tal remoção, se não efetuada, ponha em risco a vida, a integridade física, ou o estado de saúde do usuário. Ademais, quando necessário, o direito ao financiamento do transporte e estadia também se estende a um acompanhante, ampliando, destarte, o âmbito de proteção e a dimensão prestacional do direito à saúde.

O princípio da continuidade, para a Corte Constitucional, não se refere apenas à continuidade do tratamento, mas também à qualidade deste. Neste sentido, de modo a estabelecer se uma Entidade prestadora de serviços de saúde viola o direito à saúde de uma pessoa ao diminuir o patamar das condições de acesso ao mesmo, a Corte advertiu que os juízes devem se ater a pelo menos dois aspectos, a) se a medida adotada não constitui uma política pública regressiva, não justificada com base em uma finalidade

¹⁶ Cf. LEISNER, Walter Georg. *Existenzsicherung im Öffentlichen Recht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007. p. 55 e ss. Em termos de doutrina pátria, cf. TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito Fundamental ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

constitucionalmente legítima e que foi tomada sem realizar uma análise suficiente de outras possibilidades distintas à medida contrária ao cumprimento do dever de progressividade, b) quando a política adotada não é regressiva nem injustificada, deverá ser realizado o exercício de ponderação na qual a medida adotada não poderá afetar o núcleo essencial dos postulados da acessibilidade e da qualidade e que a política implantada seja compatível com a proteção adequada dos fins básicos do direito à saúde, dentre os quais e em lugar central, a conservação da vida em condições dignas. Em outros termos, não haverá violação ao direito à saúde por diminuição das condições de acesso aos serviços sanitários quando as razões da mudança tendem a garantir o gozo do nível mais alto de saúde possível da pessoa; que tal mudança não constitua uma afetação não justificada do princípio da progressividade do direito à saúde e que não afete o conteúdo essencial da acessibilidade e da qualidade; e que não implique em uma barreira que impeça concretamente o acesso a serviços de saúde do paciente.

Uma das questões de maior debate entre os juízes da Corte Constitucional da Colômbia se deu na eventual violação do direito à saúde pela existência de diferenças estruturais entre o regime subsidiado e o contributivo, no sentido de que os beneficiados do regime contributivo teriam mais acesso a serviços de saúde e de melhor qualidade relativamente aos beneficiados do regime subsidiado, numa clara afronta ao princípio da igualdade. Nesse mesmo sentido, foi posta em cheque a (in)constitucionalidade da prolongação *ad aeternum* da implantação dos serviços de saúde assegurados por lei, designadamente em relação ao tempo razoavelmente aceito para que o Estado tome providências efetivas quanto a real desequiparação entre o regime de cobertura social em saúde aos menores inseridos no regime subsidiado e aos menores protegidos pelo regime contributivo. Com efeito, a Corte Constitucional colombiana se posicionou no sentido de declarar inconstitucional a omissão estatal compreendida num lapso de quinze anos, desde a edição da Lei 100, de 1993, sem que aja qualquer esforço governamental em direção à superação da desigualdade entre o plano subsidiado e o contributivo, que prejudica, de forma mais intensa, os menores de idade. Para a consecução de tal objetivo, foi ordenada a ordem vigésima segunda para que, em não havendo a igualização dos dois regimes de assistência de saúde entre as crianças, nomeadamente para que o direito à saúde não seja mais desconhecido para os menores cobertos pelo plano subsidiado, a Comissão de Regulação em Saúde deverá unificar os planos de benefícios, contributivo e subsidiado.

Um dos problemas mais recorrentes de obstaculização do acesso a serviços de saúde diz respeito ao déficit de atualização e a dubiedade no conteúdo dos planos de benefícios, a serem garantidos pelas Entidades Promotoras de Saúde. Esta atualização, para além de ajustes pontuais, requer, de acordo com a Lei 100, de 1993, uma revisão *sistemática* do POS conforme as mudanças na estrutura demográfica, o perfil epidemiológico nacional, a tecnologia apropriada disponível no país, e as condições financeiras do sistema. Em outros termos, uma atualização dos serviços médicos garantidos por lei só se configura como legal e constitucional na medida em que esta se faça de forma *integral*, a partir dos critérios acima arrolados e conjuntamente considerados. Para a Corte, a aplicação rígida do disposto na lista oficial do Plano

Obrigatório de Saúde – não apenas pelo fato de estar desatualizada – em algumas circunstâncias, pode significar violações a direitos fundamentais do paciente, mormente a quem requer um serviço não incluído no POS imprescindível à conservação da vida, da integridade pessoal e da dignidade.

Em relação à falta de clareza quanto aos serviços incluídos ou não nos Planos Obrigatórios de Saúde, designadamente do *modus* de interpretação quanto à cobertura dos serviços expressos e/ou implícitos em tais listas oficiais, a Corte se posicionou no sentido de que serviços implícitos também deveriam ser cobertos, especialmente a partir de um critério finalístico e do dever de dar prevalência às inclusões particulares sobre as exclusões gerais. Exemplificativamente, a despeito de não estar incluída a lente intra-ocular no rol do art. 12, da Resolução 5261 de 1994 (POS), relativamente às próteses, tal serviço era previsto na parte especial das intervenções cirúrgicas de oftalmologia. Outros critérios foram desenvolvidos para a cessação, ou, pelo menos, a diminuição das incertezas quanto ao conteúdo prestacional dos Planos Obrigatórios de Saúde, as quais, segundo a Corte colombiana, consubstanciavam em clara violação ao direito à saúde.

Com efeito, para definir os direitos subjetivos derivados com maior precisão, a Corte se valeu, preponderantemente, de dois critérios, quais sejam, a interpretação por meio de um critério finalístico, relacionado com a recuperação da saúde do interessado e com o princípio da integralidade, e pela interpretação que resulte mais favorável à proteção dos direitos das pessoas, em conformidade com o princípio “pro homine”. No primeiro caso, sustenta a jurisprudência da Excelsa Corte que os procedimentos incluídos no POS não excluem aqueles outros, que apesar de não estarem expressos, se fazem necessários para a sua realização, de modo a cumprir sua finalidade de lograr a recuperação da saúde do paciente. Por seu turno, deve ser aplicada a interpretação mais favorável possível, consubstanciada no princípio “pro homine”, de tal sorte que a interpretação das exclusões de serviços seja restritiva e a inclusão dos mesmos ampliativa. Neste sentido, a Corte estipulou que em caso de dúvidas acerca de um serviço, elemento ou medicamento que estejam excluídos ou não do POS, a autoridade competente tem a obrigação de decidir aplicando o princípio “pro homine”, ou seja, aplicando a interpretação que resulte mais favorável à proteção dos direitos das pessoas. Restrições e delimitações a serviços de saúde, além de serem expressos, devem guardar sintonia com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, assim como fundamentar-se na proteção efetiva do direito à saúde segundo as necessidades gerais da população.

Concretamente, para sanar as falhas da regulamentação relativamente aos serviços previstos nos Planos Obrigatórios de Saúde, a Comissão de Regulação de Saúde, por decisão da Corte Constitucional, deverá estabelecer quais são os serviços que não se encontram compreendidos nos planos de benefícios, mas que serão incluídos gradualmente, indicando, paralelamente, quais são as metas para a ampliação e as datas em que elas serão cumpridas; decidir que serviços passarão, eventualmente, a ser suprimidos dos planos de benefícios, indicando as razões específicas pelas quais se tomou esta decisão; e levar em conta a sustentabilidade do sistema de saúde e o financiamento dos planos de benefícios pelos afiliados e pelas demais fontes de recursos

quando das decisões de incluir ou não um serviço de saúde. Para o cumprimento destas ordens, a Corte garantiu a participação ativa da comunidade médica, assim como dos usuários do sistema de saúde, através de seus órgãos representativos.

Last but not least, destacamos a querela jurídica quanto à universalização da cobertura do Sistema de Seguridade Social em Saúde, positivado no art. 48, da CP/91, e regulamentado pela Lei 100, de 1993, principalmente a partir da criação do regime subsidiado de seguro saúde. No artigo 162 do referido diploma legal, o legislador fixou um prazo máximo de sete anos, ou seja, até o ano de 2001, para que todos os cidadãos colombianos estivessem cobertos pelo Sistema Geral de Seguridade Social em Saúde. Tal prazo transcorreu sem que este objetivo fosse alcançado, apesar do grande avanço frente ao fato de que, em 2006, 82% da população colombiana estava adstrita a algum dos regimes do Sistema de Seguridade Social em Saúde. Nada obstante, em 2007, foi expedida uma nova lei estipulando novo prazo à consecução do desiderato da universalização, desta vez três anos (Lei 1.122 de 2007). Objetivando a realização desta meta e de forma a fiscalizar e pressionar os poderes públicos, em especial o poder executivo, a Corte Constitucional da Colômbia estabeleceu, expressamente – além de reiterar a ordem para que o Ministério da Proteção Social adote todas as medidas necessárias para assegurar a cobertura universal e sustentável do Sistema de Seguridade em Saúde antes da data fixada pelo legislador – a obrigatoriedade desta de informar a Corte Constitucional e a Defensoria Pública, a cada seis meses, sobre os avanços parciais obtidos no processo de cumprimento desta meta. Embora o acesso aos serviços de saúde não garanta a qualidade dos mesmos, indubitavelmente, para um país com graves problemas econômicos e sociais, como de resto a maior parte dos países da América-latina os tem, a garantia do acesso universal a tais serviços já constitui um passo significativo na busca da concretização de um Estado constitucional e, por definição, social de Direito.

Como bem apontado por René David, uma das grandes vantagens do direito comparado reside justamente no aperfeiçoamento do direito nacional, não apenas por parte do legislador, mas também no que pertine ao desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial¹⁷. O Supremo Tribunal Federal vem, nos últimos tempos, se debruçando acerca dos contornos dogmáticos do direito à saúde no Brasil¹⁸, sem, contudo, levar em consideração, pelo menos de forma significativa, os aportes jurídicos dos países, como os da América latina, insertos num contexto econômico, social e constitucional similar aos do Brasil. Neste sentido, intentamos, neste breve ensaio monográfico, lançar algumas luzes sobre o direito constitucional colombiano, especialmente o modo como o direito à saúde é tratado por sua Corte Constitucional, com o objetivo de fortalecimento e estímulo à construção de uma dogmática latino-americana dos direitos fundamentais, cada vez mais inter-relacionada.

¹⁷ DAVID. René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 8 e ss.

¹⁸ Em abril de 2009, o então presidente do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, convocou uma Audiência Pública sobre o direito à saúde, com a participação de vários segmentos da sociedade civil. Em março de 2010, foram julgados nove processos selecionados a partir da Audiência Pública, ocasião em que foram traçadas diretrizes sólidas, especialmente sobre a dimensão prestacional do direito à saúde.

REFERÊNCIAS

- ARANGO, Rodolfo. *El Concepto de Derechos Sociales Fundamentales*. Editora Legis: Bogotá, 2005.
- _____. El Derecho a la Salud en la Jurisprudência Constitucional Colombiana, in: *Revista do Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 2, nº 5, out./dez. 2008.
- _____. La Jurisdicción Social de la Tutela, in: COURTIS, Christian; SANTAMARÍA, Ramiro Ávila (Orgs.). *La Protección Judicial de los Derechos Sociales*. Ministerio de la Justicia e Derechos Humanos: Quito/Ecuador, 2009.
- CORRÊA, Anelize Maximila; PAULSEN, Carolina Moreira; MOLIN, Lúcia Dal. *Direitos Humanos*. Documentos Básicos. Pelotas: EDUCAT, 2005.
- DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- HUSTER, Stefan. Gesundheitsgerechtigkeit: Public Health im Sozialstaat, in: *Juristen Zeitung*, 18/2008.
- LEISNER, Walter Georg. *Existenzsicherung im Öffentlichen Recht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007.
- LOUREIRO, João Carlos. Direito à (Proteção da) Saúde, in: *Revista da Defensoria Pública*, ano 1, nº 1 jul./dez. 2008.
- MUÑOS, Eduardo Cifuentes. Jurisdicción Constitucional en Colombia, in: *Ius et Praxis*, vol. 8, nº 1, Talca, 2002.
- MURSWIEK, Dietrich. Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte, in: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Orgs.). *Handbuch des Staatsrechts*, vol. V, 2. ed. C.F. Müller, Heidelberg, 2000.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações, in: *Revista da Defensoria Pública*, ano 1, nº 1 jul./dez. 2008.
- _____; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos Fundamentais, Orçamento e “Reserva do Possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito Fundamental ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.