

O direito à vida e as obrigações do Estado em matéria de saúde*

Celso Spitzcovsky**

A preocupação do homem com a sua saúde sempre foi uma constante como maneira de preservar a própria sobrevivência, sendo inúmeros os progressos realizados à medida que a ciência avança e faz novas descobertas, diversificando as possibilidades de tratamento.

Essa evolução cristalina das formas de tratamento de doenças, de preservação da saúde, enfim, veio, no entanto, acompanhada da multiplicação dos seus custos, o que tornou impossível, em muitos países, o acesso da população em geral a essas evoluções tecnológicas. O próprio Estado, que surge como o responsável pela preservação desse acesso ao serviço de saúde, com o passar do tempo, revelou-se incompetente ou impotente para fazer frente aos seus elevados custos.

Deve-se registrar que a questão relacionada à saúde reflete serviço público com características específicas, pois surge como uma das formas de garantia do direito à vida localizado no *caput* do art. 5º da CF, caracterizando-se como cláusula pétreia.

Essa previsão, expressa pela primeira vez dentro de uma Constituição em nosso País, representa um avanço significativo nas relações sociais, na medida em que impede a possibilidade de o legislador e o administrador criarem alguma situação que implique esvaziamento do conteúdo desse dispositivo constitucional.

Importante consignar, também, que a previsão do direito à vida possui uma íntima relação com um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, vale dizer, o da dignidade da pessoa humana, relacionado no art. 1º, III, da CF, cujo conteúdo demanda investigações para que não se torne letra morta. Em outras palavras, qualquer previsão legal, qualquer atitude tomada pelo Poder Público que provoque como consequência o esvaziamento do direito à vida trará, como corolário, o desrespeito à dignidade da pessoa

humana, pois são dois vetores considerados igualmente fundamentais pela Constituição.

Estabelecida, portanto, a relação entre o serviço de saúde e os conceitos de direito à vida e dignidade da pessoa humana, cumpre observar que a execução daquele, desconsiderando ou mesmo enfraquecendo esses valores básicos fixados pela Constituição, torna-se, além de inadmissível, inconstitucional.

Nesse contexto, não se pode descuidar da necessidade de se estabelecerem os parâmetros da atuação do Poder Público em relação ao serviço de saúde e à possibilidade de sua responsabilização pelo descumprimento dos seus deveres constitucionais. Nesse sentido, cumpre não perder de vista que a análise dessa questão deve partir da interpretação dos dispositivos constitucionais pertinentes.

Esse aspecto assume relevo na medida em que, sendo a Constituição um documento de natureza política, fruto de um pacto social, a interpretação de suas normas assume um caráter particular, com regras próprias, totalmente diferentes daquelas vislumbradas para a legislação infraconstitucional. Em outras palavras, as características peculiares de um Texto Constitucional impõem a utilização de princípios específicos para a interpretação de suas normas, entre os quais destacamos, pela importância de que se revestem: a) princípio da unidade da constituição; b) princípio da efetividade.

O princípio da unidade da constituição impõe ao intérprete a obrigação de analisar as normas constitucionais não de forma isolada, mas, no contexto em que se inserem, de maneira a evitar a existência de contradições, como bem captado pela melhor doutrina:

O princípio da unidade da Constituição ganha relevo autônomo como princípio interpretativo quando com ele se quer significar que o Direito Constitucional deve ser interpretado de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas e, sobretudo, entre os princípios jurídicos-políticos constitucionalmente estruturantes. Como "ponto de orientação", "guia de discussão" e "factor hermenêutico de decisão" o

*Originalmente publicado em Complexo Jurídico Damásio de Jesus, janeiro de 2006, disponível em: www.damasio.com.br.

**Celso Spitzcovsky é professor do Complexo Jurídico Damásio de

princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a Constituição na sua globalidade e procurar harmonizar os espaços de tensão [...] existentes entre as normas constitucionais a concretizar (ex.: princípio do Estado de Direito e princípio democrático, princípio democrático e princípio socialista, princípio unitário e princípio da autonomia regional e local etc.). Dai que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais, não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios¹.

O papel do princípio da unidade é o de reconhecer as contradições e tensões reais ou imaginárias que existam entre normas constitucionais e delimitar a força vinculante e o alcance de cada uma delas. Cabe-lhe, portanto, o papel de harmonização ou "otimização" das normas, na medida em que se tem de produzir um equilíbrio, sem jamais negar por completo a eficácia de qualquer delas. Também aqui, a simplicidade da teoria não reduz as dificuldades práticas surgidas na busca do equilíbrio desejado e na eleição de critérios que possam promovê-lo².

Anote-se que acerca dessa matéria não tem sido outro o entendimento consolidado tanto nos Tribunais quanto na melhor doutrina, conforme se verifica nos seguintes excertos:

Uma disposição constitucional não pode ser considerada de forma isolada nem pode ser interpretada exclusivamente a partir de si mesma. Ela está em uma conexão de sentido com os demais preceitos da Constituição, a qual representa uma unidade interna³.

Todas as normas constitucionais devem ser interpretadas de tal maneira que se evitem contradições com outras normas constitucionais. A única solução do problema, coerente com este princípio, é a que [se] encontre em consonância com as decisões básicas da Constituição e evite sua limitação unilateral e aspectos parciais⁴.

Assim, torna-se claro que a necessidade de levar-se em consideração esse princípio está na obrigação do intérprete de procurar harmonia entre os dispositivos constitucionais de modo a fortalecer o todo

em que se inserem. O princípio da efetividade atribui a uma norma constitucional, em razão da posição por ela ocupada no ordenamento jurídico, o significado que maior eficácia lhe ofereça. Nesse sentido, encontramos as considerações de J. J. Gomes Canotilho:

Este princípio, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efetiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas (THOMA) é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)⁵.

Das lições do reconhecido jurista português, cumpre destacar o trecho em que ele aponta para o campo de maior repercussão desse princípio dentro das Constituições, vale dizer, o dos direitos fundamentais. Assim, toda vez que se apresentar qualquer sorte de dúvida quanto à interpretação de norma constitucional relacionada à prestação do serviço de saúde, deverá conferir-se a ela o sentido que maior eficácia lhe ofereça, ou seja, o sentido que lhe atribua maior densidade de modo a preservar a vida e a dignidade da pessoa humana.

Na mesma direção, encontramos as lições de Jorge Miranda, outro notável jurista português, que assim se pronunciou:

Deve assentar-se no postulado de que todas as normas constitucionais são verdadeiras normas jurídicas e desempenham uma função útil no ordenamento. A nenhuma pode dar-se uma interpretação que lhe retire ou diminua a razão de ser. Mais: a uma norma fundamental tem de ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê; a cada norma constitucional é preciso conferir, ligada a todas as outras normas, o máximo de capacidade de regulamentação⁶.

Qualquer interpretação que se pretenda oferecer a um dispositivo constitucional, portanto, mormente para aqueles inseridos entre os direitos fundamentais, que importe em retirar ou mesmo diminuir a sua eficácia, deverá ser considerada inconstitucional.

¹ CANOTILHO, 1991: 162.

² BARROSO, 1998: 185.

³ Tribunal Constitucional Federal Alemão, *in*: BARROSO, 1998: 182.

⁴ HESSE, *apud* BARROSO, 1998: 182.

⁵ *Op. cit.*, p. 162.

⁶ MIRANDA, 1983: 229.

De outra parte, sobreleva notar que, embora tenham todas as normas constitucionais o mesmo patamar hierárquico, algumas delas apresentam um campo de irradiação maior, razão pela qual surgem como parâmetros de interpretação das demais.

São os princípios constitucionais que, por sua importância, merecem uma análise especial na medida em que surgem como paradigma para que se possa alcançar a correta interpretação das demais normas constitucionais.

De acordo com essas regras de interpretação das normas constitucionais é que deverá se desenvolver a análise dos conceitos de “vida”, “dignidade da pessoa humana” e “saúde”, fundamentais para que se possam apurar os limites da atuação e da responsabilização do Poder Público.

Sobreleva notar que a presença da dignidade da pessoa humana entre os fundamentos de nosso Estado Democrático de Direito surge como corolário de previsões semelhantes encontradas em todas as Constituições pós-Segunda Guerra Mundial como forma de reação às incontáveis atrocidades praticadas por inúmeros governantes contra minorias para a preservação de objetivos questionáveis. Nesse particular, oportuna a transcrição dos ensinamentos do jurista alemão Konrad Hesse, que, em comentários à Constituição alemã, assim se manifestou:

O artigo de entrada da Lei Fundamental normaliza o princípio superior, incondicional e, na maneira da sua realização, indisponível, da ordem constitucional: a inviolabilidade da dignidade do homem e a obrigação de todo o poder estatal, de respeitá-la e protegê-la. Muito distante de uma fórmula abstrata ou mera declamação à qual falta significado jurídico, cabe a este princípio o peso completo de uma fundação normativa dessa coletividade histórico-concreta, cuja legitimidade, após um período de inumanidade e sob o signo da ameaça atual e latente à “dignidade do homem”, está no respeito e na proteção da humanidade⁷.

No mesmo sentido, oportuna a transcrição dos ensinamentos do eminente constitucionalista português Jorge Miranda, para quem todo o sistema dos direitos fundamentais repousa no princípio da dignidade da pessoa humana:

Quanto fica dito demonstra que a Constituição, a despeito de seu carácter compromissório, confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, proclamada no art. 1º, ou seja, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado⁸.

Ainda sob esse aspecto, oportuna a reprodução do pensamento do ilustre constitucionalista Paulo Bonavides, para quem “nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição que o princípio da dignidade da pessoa humana”⁹.

Os excertos colacionados autorizam a conclusão segundo a qual a dignidade da pessoa humana surge, por conseguinte, como núcleo essencial dos direitos fundamentais, fonte ética que confere unidade de sentido, de valor e de concordância prática a todo o sistema. Dessa forma, ao prescrever o direito à vida como direito fundamental, quis nossa Constituição garantir, na verdade, muito mais, pois pouca importância terá ela se não vier preservada de maneira digna.

Em nosso País, o direito à existência digna é refletido, entre outros aspectos, pela obrigação atribuída ao Estado e à sociedade de realização de ações integradas para a implementação da seguridade social (art. 194), destinada a assegurar a prestação dos direitos inerentes à saúde, à previdência e à assistência social. Nesse contexto, estão incluídas as ações no campo da saúde, realizadas mediante políticas sociais e econômicas que objetivem a redução dos riscos de doença e de outros agravos, garantindo-se o acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196).

Assim, por força dos elementos até este passo desenvolvidos, outra não poderia ser a conclusão quanto à impossibilidade de se dissociarem os vetores da dignidade da pessoa humana do direito à vida e à saúde. Oportuna a averiguação da posição adotada por nossa Suprema Corte ao reconhecer que

[...] o direito à saúde [...] representa consequência constitucional indissociável do direito a vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera

⁷ HESSE, 1998: 109-111.

⁸ MIRANDA, 1988: 166-167.

⁹ BONAVIDES, 2001: 233.

institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional¹⁰.

Pode-se dizer, pois, que a previsão do direito à vida como cláusula pétrea e sua íntima relação com o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana trazem, como consequência, a necessidade de o Poder Público assegurar a eficiente prestação dos serviços públicos necessários à garantia de uma condição de vida digna, sob pena de responsabilidade.

Cumprir registrar que a questão relativa à saúde consta no Título VII, Capítulo II, relativo à Seguridade Social, como se observa da redação apresentada pelo art. 194 da CF, que a seguir se reproduz:

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

I – universalidade da cobertura e do atendimento.

Esse aspecto assume extrema importância na medida em que a diretriz estabelecida pela Constituição aponta para a necessidade de o Poder Público se responsabilizar pela cobertura e pelo atendimento na área de saúde, de forma universal, é dizer, sem nenhum tipo de restrição.

A fixação pela Administração Pública de qualquer sorte de restrição quanto à cobertura e ao atendimento na área de saúde, portanto, revela-se inconstitucional, conclusão que se atinge não só pela leitura isolada desse dispositivo, mas também levando em consideração a necessidade de uma interpretação sistemática que preserve os valores fundamentais da vida e da dignidade da pessoa humana. Em outras palavras, reunindo-se os diversos dispositivos constitucionais até aqui analisados, chega-se à conclusão de que a universalidade da cobertura e do atendimento

em matéria de saúde surge como potente instrumento para a consolidação do direito à vida, da dignidade da pessoa humana.

Oportuno aqui consignar que a diretriz constitucional menciona a universalidade não só do atendimento mas também da cobertura, o que traz, como corolário, a necessidade de o Estado se responsabilizar pelo atendimento de qualquer demanda nesse setor, apresentada, inclusive, por qualquer pessoa.

Esse último aspecto revela uma outra vertente das regras constitucionais a respeito desse tema, na medida em que autoriza a conclusão segundo a qual a responsabilidade do Estado se estende para as demandas apresentadas por qualquer pessoa, esteja ela contribuindo ou não, de alguma maneira, para esse sistema de Seguridade.

A obrigatoriedade da universalidade da cobertura e do atendimento pelo Estado só irá se materializar, repita-se uma vez mais, para aquelas situações intimamente relacionadas à manutenção da dignidade da pessoa humana, do direito à vida. Cumprir salientar que o raciocínio ora apresentado é o único capaz de extrair das regras constitucionais analisadas o máximo de eficácia possível, por se tratar aqui da preservação de direito constitucional primário, vale dizer, a vida, e de forma digna.

O art. 196 da CF preocupou-se em estabelecer que a saúde é um direito de todos e também um dever do Estado, preconizando as formas pelas quais esse serviço será garantido, nos termos a seguir demonstrados:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao *acesso universal* igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. [Grifo nosso.]

Dessa forma, quer-nos parecer que qualquer omissão do Estado no papel de garantidor desse direito abrirá ensejo para a propositura de medidas judiciais, desde que comprovado o nexo de causalidade. Em outras palavras, a possibilidade de responsabilização do Estado exsurge manifesta não somente naquelas situações em que ele não garantir o direito à saúde, mas também quando o assegurar de forma ineficiente.

¹⁰ AgRg no RE 271.286-8/RS, rel. Min. Celso de Mello, j. em 12/09/2000, *Boletim de Direito Administrativo*, agosto de 2001, p. 641.

Nesse particular, importante salientar que, quando se faz referência ao cumprimento de forma ineficiente do papel a ele atribuído pela Constituição, quer-se abranger aquelas hipóteses em que a saúde, embora assegurada, não o seja de forma igualitária e universal, quanto ao atendimento e à cobertura.

Deve-se enfatizar, ainda, que a garantia ao direito à vida de forma digna apresenta uma amplitude enorme, uma vez que inclui não só o acesso a tratamentos necessários para a sua preservação, mas também o oferecimento das drogas que se revelarem imprescindíveis para a sua manutenção.

Em razão dos dispositivos constitucionais analisados, nossos Tribunais, por força do caráter universal desse dever do Estado, têm sistematicamente acolhido pedidos nesse sentido.

Nossa Constituição preconizou a instituição de um Sistema Único de Saúde financiado com os recursos do orçamento da Seguridade Social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Esse aspecto assume enorme relevo, uma vez que tem servido para afastar as tentativas do Poder Público de se furtar a assumir essa responsabilidade sob a alegação de ilegitimidade de parte.

Nossos Tribunais têm entendido que, por se tratar de um sistema único, financiado pelas quatro pessoas integrantes de nossa Federação, seriam todas elas responsáveis por essas obrigações, por se tratar, também, de competência comum, a teor do disposto no art. 23, II, da CF, que a seguir se reproduz:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

[...]

II – cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.

Assim, a título de exemplificação, oportuno conferir excerto jurisprudencial relacionado ao fornecimento gratuito de medicamentos gratuitos pelo Poder Público:

Direito à saúde. Fornecimento gratuito de medicamento. Lei 8.080/1990.

1 – O direito à saúde está garantido na Constituição e a Lei 8.080 de 19/09/1990, é categórica ao estabelecer, em seu art. 2º, o dever do Estado de prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício; 2 – A União Federal é responsável

pelo fornecimento gratuito de medicamentos, não só por força de mandamento constitucional, inserto nos arts. 196 e 198 da Constituição Federal de 1988, como também por força do estatuído na Lei 8.080/1990 aqueles que não têm condições de arcar com as despesas do tratamento; 3 – Precedentes do Eg. Superior Tribunal de Justiça no Resp. 21 2346/RJ (1999/0039005-9) e no ROMS 13452/MG (2001/0089015-2); 4 – Remessa necessária e recurso da União Federal a que se negam provimento¹¹.

No mesmo sentido, encontramos os comentários de nossa melhor doutrina, representada pelo eminente jurista Sérgio Pinto Martins:

Verifica-se que a saúde é um direito público subjetivo, que pode ser exigido do Estado, que, por contrapartida, tem o dever de prestá-la. Está, assim, entre os direitos fundamentais do ser humano¹².

De outra parte, exsurge manifesta a responsabilidade do Estado na hipótese de caracterização de dano em decorrência de serviços prestados de forma deficiente. Confira-se:

Dano moral. Indenização. Responsabilidade civil do Estado. Exame laboratorial. fornecido por ambulatorio estadual, que apura que a paciente possui o vírus da AIDS. Comprovação posterior que o resultado não correspondia à verdade. Verba devida.

Impõe-se a reparação por dano moral, decorrente de exame laboratorial fornecido por ambulatorio estadual que apura que a paciente possui o vírus da AIDS, sendo posteriormente constatado que tal resultado não correspondia à verdade.

Indenização. Dano material. Paciente que recebe resultado inverídico para AIDS. Inexistência da comprovação dos prejuízos patrimoniais. Verba indevida.

Inexistindo a comprovação de prejuízos patrimoniais é inadmissível o reconhecimento do dever de reparação a título de dano material ao paciente que recebe resultado positivo para AIDS, ainda que inverídico¹³.

¹¹TRF 2ª Região, 5ª T., AMS 2002.02.010009024-5/RJ, rel. Des. Federal Antônio Ivan Athié, v. u., j. em 11/03/2003, *DJU* de 28/03/2003, p. 460.

¹²MARTINS, 1998: 428.

¹³TJSP, 8ª Câmara de Dir. Públ., AC 049.742-5/2-00/Guarulhos, rel. Des. Paulo Travain, v. u., j. em 09/12/1999, *RT* 778/246.

Responsabilidade civil do Estado. Erro médico. Vítima menor que após a internação em hospital público, para operação do apêndice, ficou tetraplégica, surda e muda. Pensão mensal e reparação por dano moral, na forma do art. 1.538 do CC, devidos pela União. Aplicação do art. 37, § 6º, da CF.

Conforme dispõe o art. 37, § 6º, da CF, a responsabilidade civil do Estado é de natureza objetiva. Assim, demonstrado o nexo causal entre lesão, erro médico ocorrido em uma operação de apêndice em hospital público, que deixou a vítima menor tetraplégica, surda e muda, e o ato do agente público, a União Federal responde pela pensão mensal à vítima e deve reparar, ainda, o dano moral na forma prevista no art. 1.538 do CC¹⁴.

Responsabilidade civil do Estado. Indenização. Erro médico. Caracterização. Operação de sinusite ocorrida em hospital do extinto Inamps que teve como consequência a permanência em estado de coma da paciente e posteriormente um quadro infeccioso que gerou a necessidade de novas intervenções cirúrgicas – Verba devida independentemente de dolo ou culpa dos agentes da União.

Conforme estabelecido no art. 37, da CF, a responsabilidade do Estado é de natureza objetiva, e assim deve a União responder pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, independente da prova de dolo ou culpa, estando compreendido neste conceito o erro médico ocorrido em hospital do extinto INAMPS por ocasião de uma operação de sinusite, que resultou na permanência em estado de coma da paciente e, posteriormente, em um quadro infeccioso que gerou a necessidade de novas intervenções cirúrgicas¹⁵.

Nesse contexto, as decisões colacionadas demonstram de forma cristalina que a vida, dom maior, não tem preço, mesmo para uma sociedade que perdeu o sentido da solidariedade. O reconhecimento do direito à sua manutenção, contudo, não tem balizamento caritativo, posto que carrega em si mesmo o selo da legitimidade constitucional e está ancorado em legislação obediente àquele comando. Nesse particular, cumpre observar que, em razão da importân-

cia conferida a esse direito, não se pode cogitar da possibilidade de o Estado deixar de prestá-lo na forma preconizada pela Constituição, ainda mais por força de aspectos financeiros.

Por outro lado, nem se diga que essas normas relacionadas à saúde teriam caráter programático demandando, pois, regulamentação posterior para sua utilização, uma vez que implicaria esvaziamento inaceitável de seu conteúdo. Aliás, esse aspecto foi enfrentado com maestria pelo Ministro Eros Roberto Grau, quando observou:

Ao aceitarmos, pacificamente, a existência de direitos sem garantias, alinhamo-nos, conscientemente ou inconscientemente, entre aqueles que concebem — inconsciente ou conscientemente, também — esteja a Constituição integrada por fórmulas vazias, desprovidas de valor jurídico.

Cumpre reconhecer, assim, que a Constituição é, toda ela, norma jurídica e, como tal, todos os direitos nela contemplados têm aplicação direta, vinculando tanto o Judiciário, quanto o Executivo, como o Legislativo.

Sustento, nestas condições, que as normas constitucionais programáticas, sobretudo — repita-se — as atributivas de direitos sociais e econômicos, devem ser entendidas como diretamente aplicáveis e imediatamente vinculante do Legislativo, do Executivo e do Judiciário¹⁶.

Em outras palavras, analisando os dispositivos constitucionais sob o foco do princípio da efetividade, é absurda a concepção da existência de normas sem um mínimo de densidade para assegurar o exercício dos direitos ali previstos. Assim, todas as normas constitucionais, pelo princípio da efetividade, devem ser entendidas pela ótica que lhes dê maior eficácia e aplicabilidade, como visto.

Aceitar a idéia de que os dispositivos constitucionais relacionados à saúde são de caráter programático e que sua aplicabilidade depende de norma regulamentadora significa dizer que a eficácia do Texto Constitucional está subordinada a uma norma hierarquicamente inferior no sistema jurídico, o que não se admite.

Da mesma maneira, não se pode cogitar da possibilidade de a utilização desse direito ficar atrelada

¹⁴TRF 2ª Região, 2ª T., AP 97.02.17297-7/RJ, rel. Des. Federal Paulo Espírito Santo, v. u., j. em 08/09/1999, RT 775/402.

¹⁵TRF 2ª Região, 2ª T., AC 99.02.20871-1/RJ, rel. Des. Federal Castro Aguiar, v. u., j. em 03/05/2000, RT 783/445.

¹⁶GRAU, 1998: 125-126.

a normas e procedimentos fixados pelo Ministério da Saúde, pois os entes federativos (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) antes se subsumem à Constituição Federal (arts. 196 e 198, § 1º, da CF).

A respeito do tema, pontificou o Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal (STF), no RE 267.612/RS, *verbis*:

Na realidade, o cumprimento do dever político-constitucional consagrado no art. 196 da Lei Fundamental do Estado, consistente na obrigação de assegurar, a todos, a proteção à saúde, representa fator, que, associado a um imperativo de solidariedade social, impõe-se ao Poder Público, qualquer que seja a dimensão institucional em que atue no plano de nossa organização federativa.

Tal como pude enfatizar, em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet. 1.246/SC), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela Constituição da República (art. 5º, *caput*, e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo — uma vez configurado esse dilema — que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana, notadamente daqueles, como os ora recorridos, que têm acesso, por força de legislação local, ao programa de distribuição gratuita de medicamentos, instituído em favor de pessoas carentes.

A legislação gaúcha — consubstanciada nas Leis 9.908/1993, 9.828/1993 e 10.529/1995 —, ao instituir esse programa de caráter marcadamente social, da efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, *caput*, e 196), e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade.

Cumpra não perder de perspectiva que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular — e implementar — políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistên-

cia médico-hospitalar.

O sentido de fundamentalidade do direito à saúde — que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais e concretas — impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional¹⁷.

Merece destaque o voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio de Mello em relação à necessidade de o Estado assumir seus deveres constitucionais quanto à prestação do serviço de saúde, não podendo utilizar, como impeditivo, problemas de ordem orçamentária. Confira-se:

O Estado deve assumir as funções que lhe são próprias, sendo certo, ainda, que problemas orçamentários não podem obstaculizar o cumprimento do que previsto constitucionalmente. Por tais razões, não conheço deste extraordinário. É o meu voto¹⁸.

A respeito desse tema, veja-se ainda a transcrição do voto proferido pelo Ministro Celso de Mello:

O sentido de fundamentalidade do direito à saúde — que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas — impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional.

Não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito — como o direito à saúde — se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional¹⁹.

¹⁷ Excertos do Ac. do TJSP, 3ª Câm. de Dir. Públ., Agl 200.036-5/0-00, rel. Magalhães Coelho, j. em 28/08/2001.

¹⁸ RE 195.192-3/RS, j. em 22/02/2000.

¹⁹ RE 232.335/RS.

Nesse sentido, sobreleva notar que a discussão a respeito de serem ou não as regras relacionadas à saúde normas programáticas ou de eficácia imediata perde totalmente o sentido. Nenhuma regra de hermenêutica pode sobrepor-se ao princípio maior estabelecido na Constituição em vigor, que preserva o direito à saúde como forma de assegurar a todos uma vida digna.

Nesse contexto, de fundamental importância a transcrição do voto proferido pelo ilustre Desembargador Salvador Horácio Vizzotto, relator do MS 596159988, que passo a transcrever, *in verbis*:

Então, da conjugação das apontadas disposições constitucionais, interpretadas de modo conjugado e sistemático, resulta cristalino, que o direito à vida, à saúde, à integridade física e assim à dignidade da pessoa, está garantido objetivamente pelo direito material, residindo com o Estado a obrigação de assegurá-lo, independentemente de qualquer vinculação da pessoa a sistema de seguridade social, descabendo falar, em normas programáticas, como querem alguns e é sustentado nesta ação. A natureza programática das normas inferiores e de sustentação da norma fundamental insculpida no *caput* do art. 5º, da Lei Maior, a meu sentir, é aparente e diz respeito apenas à complexa estrutura organizacional e funcional do Estado Brasileiro, mas, evidentemente, não pode frustrar e, desse modo invalidar, o comando maior, para através de mecanismos de ordem meramente formal e burocrática, invalidá-lo. O Poder Executivo, das três esferas de governo, haverá de se mostrar apto e competente para cumprir o direito que têm, à saúde e, assim, à vida, os seus jurisdicionados, como assegura a Constituição Federal, no capítulo que trata dos direitos e garantias fundamentais, especialmente, no *caput* do art. 5º, como, de resto, já sustentou, perante o colendo Primeiro Grupo Cível e em outros feitos, o eminente Desembargador Tupinambá Miguel Castro do Nascimento (MS 592140180).

Todos têm direito à vida e, assim, à saúde, constituindo obrigação inarredável do Estado assegurá-lo, independentemente de qualquer vinculação do necessitado a sistema de seguridade social, na forma do disposto nos arts. 5º, *caput*, 6º, 196 e 203 da Constituição Federal e da Lei Estadual 9.908/1993, porquanto a vida e a saúde constituem a fonte fundamental e primeira de todos os outros bens jurídicos. Segurança concedida²⁰.

Em síntese, pois, tem-se que, por força dos ex-certos doutrinários e jurisprudenciais colacionados, a questão relacionada à saúde merece tratamento diferenciado, ainda mais quando está em jogo o direito à vida, que, infelizmente, como a morte, segue seu curso e não espera a lenta tramitação da Justiça.

Referências bibliográficas

- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.
- GRAU, Eros Roberto. *Direitos, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha*. Tradução de Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: SAFE, 1998.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1998.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1983, t. 2.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1988, t. 4.
- SPITZCOVSKY, Celso. *O direito à vida e as obrigações do Estado em matéria de saúde*. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, jan. 2006. Disponível em: www.damasio.com.br.

²⁰TJRS, 1º Grupo de Câms. Cívs., j. em 01/11/1996.