

NOTAS SOBRE A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE¹

Hugo Evo Magro Corrêa Urbano

Doutorando e Mestre em Direito pela UFMG; Promotor de Justiça

1. Introdução. 2. Direitos fundamentais sociais. 3. Reserva do possível e erosão da consciência constitucional. 4. Critérios para a atuação do Poder Judiciário em casos envolvendo o direito à saúde. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O direito à saúde desempenha um papel de destaque no ordenamento jurídico. Sua análise pode passar por uma perspectiva de Direito Público, em que é tratado como direito fundamental social (arts. 6º e 196 da Constituição da República do Brasil de 1988 – CR/1988), do qual se pode extrair diversos desdobramentos, tais como o dever do Estado de prestá-lo (construindo hospitais, fornecendo medicamentos, exemplificativamente) e de protegê-lo sob o ponto de vista coletivo (ao proibir, por exemplo, a venda de um produto nocivo à saúde do consumidor ou evitando um dano ao meio ambiente).

Outrossim, sob o prisma do Direito Privado, o direito à saúde, ao lado do direito à vida, assume o caráter de um dos mais importantes direitos de personalidade, podendo o indivíduo valer-se da cláusula geral do art. 12 do Código Civil, bem como dos arts. 186, 187 e 927 do mesmo diploma legal para promover sua tutela em face de outros indivíduos e do Estado, seja ela ressarcitória (específica ou indenizatória) ou inibitória.

Independentemente da conotação pública ou privada, tratar-se-á a proteção da saúde contra danos (*Gesundheitsverletzung*) de maneira ampla, à semelhança do que o faz a doutrina teutônica. Na Alemanha, o direito de personalidade da saúde (*Gesundheitsrecht*), baseado na tutela (*Schutzgüter*) conferida pelo § 826, I, do BGB, abrange, subjetivamente, não só as pessoas nascidas (*geborenen Menschen*), como também o

nascituro (*Leibesfrucht*). De maneira objetiva, o direito à saúde protege a saúde física (*körperlich*) e mental (*psychisch*) do indivíduo contra danos (*Schädigungen*) (LOOSCHELDERS, 2010, p. 428).

Apesar da divisão entre o regime jurídico público e privado, há intrínseca correlação de instrumentalidade entre um e outro. Ambos encontram ponto de conexão na dignidade da pessoa humana, a qual o Estado estabeleceu como um de seus fundamentos (art. 1º, inc. III, da Constituição da República do Brasil de 1988 – CR/1988). Com efeito, a proteção do direito à saúde sob o ponto de vista do Direito Público, enquanto direito fundamental social, servirá, a bem da verdade, para criar o ambiente propício para que a pessoa – considerada individualmente – desenvolva os demais atributos de sua personalidade.

Nesse aspecto, apesar da interseção existente entre os direitos fundamentais e os direitos da personalidade – que aqui se coloca como instrumental –, é preciso ressaltar que não há uma coincidência entre ambas as categorias.

A doutrina diverge a respeito da abrangência dos direitos fundamentais e dos direitos da personalidade e a relação entre uns e outros. Manuel Cândido Rodrigues entende que os direitos fundamentais de primeira geração se assentam sobre a proteção da dignidade da pessoa humana (RODRIGUES, 2003, p. 204). De uma forma um pouco mais abrangente, José Carlos Vieira de Andrade afirma que os direitos fundamentais

1. Artigo publicado originariamente na *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 47, n. 188, p. 179-190, out./dez. 2010.

são manifestações do princípio da dignidade da pessoa humana, dividindo-os em direitos fundamentais materiais – que por sua natureza assumem esse *status* – e direitos fundamentais formais – que são elevados à categoria de fundamentais em razão do diploma legal no qual estão previstos (VIEIRA DE ANDRADE apud ASCENSÃO, 2009, p. 26).

De acordo com essa corrente defendida por ambos os juristas mencionados, haveria direitos fundamentais não expressamente previstos no texto constitucional, mas que, devido à sua essência de proteção da dignidade da pessoa humana – tais como os direitos da personalidade –, seriam considerados como direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana seria o ponto de unidade entre as duas categorias (VIEIRA DE ANDRADE apud RODRIGUES, 2003, p. 204).

Por outro lado, uma segunda corrente doutrinária, defendida por José de Oliveira Ascensão, entende que no centro dos direitos da personalidade está a proteção da pessoa humana e que tal objetivo, apenas lateralmente, poderia ser perseguido pelos direitos fundamentais. Assim, não se poderia afirmar que todo direito da personalidade deva ser acolhido como direito fundamental. Isso porque seriam “categorias de núcleo necessariamente diferente” (ASCENSÃO, 2009, p. 26).

De acordo ainda com esse jurista, a categoria dos direitos da personalidade caracteriza-se pela proteção dos vários atributos (em *numerus apertus*) da noção substancial de pessoa humana (ASCENSÃO, 2009, p. 35). Já o fulcro dos direitos fundamentais não está na dignidade da pessoa humana, mas na **conformação das relações que se desenvolvem na sociedade politicamente organizada**. Por essa razão, a lista de direitos fundamentais geralmente consagrada nas Constituições modernas representa cada vez mais a consolidação de reivindicações de grupos de interesses. Afasta-se assim da “consagração nuclear do primado da pessoa” (ASCENSÃO, 2009, p. 27). Conclui o autor português que os direitos fundamentais são muito mais abrangentes que os direitos de personalidade (ASCENSÃO, 2009, p. 26).

J. J. Gomes Canotilho parece aderir a essa segunda corrente ao afirmar que “muitos dos direitos fundamentais são direitos de personali-

dade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade” (CANOTILHO, 2003, p. 396).

A par da divergência sobre a abrangência dos direitos fundamentais e se estes englobariam os direitos da personalidade e, ainda, em qual medida o fariam, ambas as categorias buscam a proteção da pessoa humana, seja de forma direta ou indireta. Os direitos da personalidade voltam-se totalmente à proteção dos atributos da pessoa e mais focados nas relações de Direito Privado, e os direitos fundamentais, em maior ou menor medida, também buscam essa proteção, porém de maneira lateral e com um foco maior no Direito Público.

Nesse contexto, a dignidade da pessoa humana desempenha um papel crucial. Ela encontra-se consagrada em vários dispositivos da CR/1988, sendo que o principal deles é o art. 1º, inc. III, no qual está prevista como fundamento da República Federativa do Brasil. No entanto, ela pode também ser considerada como um valor constitucional que norteará os fins do Estado. Qualquer pessoa, pelo simples fato de existir, tem dignidade e isto precisa ser reconhecido pelo Estado e protegido de maneira efetiva. Os Poderes Públicos têm o dever de proteger, respeitar e promover condições para uma vida digna.

Os direitos fundamentais, assim, servirão, em sua grande maioria, para criar o ambiente adequado ao desenvolvimento da pessoa, como acima afirmado, sendo que o direito à saúde desempenhará uma relevante função na persecução desse escopo, o qual será objeto de análise do presente trabalho.

Para tanto, valer-nos-emos de importante decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) recentemente. A Corte Constitucional brasileira, na linha do que já havia decidido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45, abordou vários aspectos do direito fundamental social à saúde e do dever do Estado de cumpri-lo, ao proferir decisão na Suspensão de Tutela Antecipada (STA) nº 175/CE. Nesse tocante, busca-se aqui analisar o direito à saúde sob o ponto de vista dos direitos fundamentais e sua relação de instrumentalidade com os direitos da personalidade, mencionando-se sempre que pertinente o entendimento do STF.