



O DIREITO SUBJETIVO À ASSISTÊNCIA MÉDICA GRATUITA

Ciro Carvalho Miranda*

RESUMO: O presente ensaio, elaborado especialmente para apresentação eletrônica no XI Congresso Brasiliense de Direito Constitucional, busca analisar a importância da decisão monocrática proferida pelo Ministro Celso de Mello, em 31/01/1997, nos autos da Medida Cautelar na Petição nº 1246 (Pet 1246 MC/SC - Santa Catarina), publicada no DJ em 30/08/2002, para o reconhecimento da obrigação do Estado em implementar efetiva conduta positiva como desdobramento da previsão do artigo 196 da Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Saúde. Tratamento médico gratuito. Artigo 196 da Constituição Federal de 1988. Direito subjetivo.

1. Síntese do caso

O *decisum* objeto da análise foi exarado nos autos do requerimento de suspensão de execução de liminar, ajuizada pelo Estado de Santa Catarina, no Supremo Tribunal Federal, buscando a suspensão dos efeitos da decisão liminar proferida em medida cautelar inominada ajuizada na 2ª Vara da Comarca de Araranguá e mantida pelo Tribunal de Justiça daquele Estado-membro em sede de

* Aluno do curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* de Direito Constitucional, programa Direitos Fundamentais e Processos Constitucionais, do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP. Advogado da União.

agravo de instrumento, que determinava o depósito da quantia de U\$63.806,00 (sessenta e três mil oitocentos e seis dólares) para que o menor João Batista Gonçalves Cordeiro fosse submetido a tratamento médico na clínica *Cell Therapy-Research Foundation*, situada nos Estados Unidos da América do Norte. O teor da decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello, que se encontrava no exercício da Presidência da Corte, foi o seguinte:

“D E S P A C H O : A singularidade do caso (menor impúbere portador de doença rara denominada Distrofia Muscular de Duchene), a imprescindibilidade da medida cautelar concedida pelo poder Judiciário do Estado de Santa Catarina (necessidade de transplante das células mioblásticas, que constitui o único meio capaz de salvar a vida do paciente) e a impostergabilidade do cumprimento do dever político-constitucional que se impõe ao Poder Público, em todas as dimensões da organização federativa, de assegurar a todos a proteção à saúde (CF, art. 196) e de dispensar especial tutela à criança e ao adolescente (CF, art. 6º, c/c art. 227, § 1º) constituem fatores, que, associados a um imperativo de solidariedade humana, desautorizam o deferimento do pedido ora formulado pelo Estado de Santa Catarina (fls. 2/30). O acolhimento da postulação cautelar deduzida pelo Estado de Santa Catarina certamente conduziria a um desfecho trágico, pois impediria, ante a irreversibilidade da situação, que o ora requerido merecesse o tratamento inadiável a que tem direito e que se revela essencial à preservação de sua própria vida. Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), 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: o respeito

indeclinável à vida. Por tal motivo, indefiro o pedido formulado pelo Estado de Santa Catarina, pois a decisão proferida pela Magistratura catarinense - longe de caracterizar ameaça à ordem pública e administrativa local, como pretende o Governo estadual (fls. 29) - traduz, no caso em análise, um gesto digno de reverente e solidário apreço à vida de um menor, que, pertencente a família pobre, não dispõe de condições para custear as despesas do único tratamento médico-hospitalar capaz de salvá-lo de morte inevitável (fls. 76). Publique-se. Brasília, 31 de janeiro de 1997. Ministro CELSO DE MELLO Vice-Presidente, no exercício da Presidência (RISTF, art. 37, I)”

2. A importância do precedente

A Constituição Federal de 1988 previu expressamente, em seu artigo 196, que “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 e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

Mesmo levando-se em consideração a fluidez conceitual da palavra saúde, é certo que, numa busca do “Welfare State”, o Poder Constituinte originário obrigou o Estado a efetivar prestações positivas tendentes a oferecer serviço público na área sanitária e médica para todos, apartando-se da idéia censitária da antiga ordem constitucional, que previa tais serviços exclusivamente para os trabalhadores (inciso XV do artigo 158 da Constituição Federal de 1967) contribuintes do sistema previdenciário.

A concepção de um sistema público e universal de saúde como obrigação do Estado não foi um pensamento instantâneo quando da confecção da Carta de 1988, porque “a idéia da essencialidade, fundamentalidade e universalidade dos direitos humanos conduz a uma luta para incluir certos conteúdos e excluir outros do seu âmbito semântico, de acordo apenas com os valores particulares dos respectivos grupos e o contexto histórico correspondente.” (Neves, 2005, p. 2)

A previsão no texto Constitucional e a efetiva institucionalização da saúde pública foi o resultado de um forte movimento denominado “Reforma Sanitarista”, desencadeada principalmente na 8ª Conferência Nacional de Saúde, ocorrida em 1986, quando ficou evidenciado que as modificações no setor da saúde transcendiam os marcos de uma simples reforma administrativa e financeira, havendo a necessidade de uma reformulação mais profunda com a ampliação do conceito de saúde e sua correspondente incorporação ao plano de governo. Aliás, numa tentativa de delimitação, ficou consignado, no relatório final da mencionada Conferência, o conceito de saúde como “resultante das condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio ambiente, trabalho, transporte, emprego, lazer, liberdade, acesso e posse da terra e acesso a serviços de saúde.” (CONASS, 2007, p. 23)

Vale ressaltar que, inicialmente, a aposição no texto Constitucional da obrigação do Estado em promover condutas tendentes a privilegiar à saúde foi vislumbrada apenas na perspectiva jurídico-objetiva, principalmente sob dois enfoques: primeiro, impossibilitar que o poder público praticasse ato contrário a saúde e, segundo, embora se reconhecesse a sua influência em todo o ordenamento jurídico,

a eficácia da previsão constitucional cingia-se a estabelecer diretrizes de conduta para o legislativo, judiciário e executivo, em todas as esferas de governo. Nesse sentido, aduzindo que o artigo 196 da Constituição Federal de 1988 se trata de norma de eficácia limitada declaratória de princípio programático, leciona SILVA (2003, p. 83-84) o seguinte:

“b) "A saúde é direito de todos e dever do Estado (...)" (art. 196); ou: "É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um (...)" (art. 217); "dever do Estado", aí, não impõe propriamente uma obrigação jurídica, mas traduz um princípio, segundo o qual a saúde e o desporto para todos e cada um se incluem entre os fins estatais, e devem ser atendidos; sente-se, por isso, que as prescrições têm eficácia reduzida, mas também se nota sua diferença em relação àquelas outras, especialmente quanto aos objetivos sociais e aos meios de sua atuação prática. Aquelas dependem de legislação (a lei disporá..., regulará... etc.); o constituinte incumbiu ao legislador ordinário a sua executoriedade, mediante normatividade ulterior. As últimas não remetem à lei; estabelecem apenas uma finalidade, um princípio, mas não impõem propriamente ao legislador a tarefa de atuá-las, mas requerem uma política pertinente à satisfação dos fins positivos nelas indicados.”

A importância da decisão em estudo reside no reconhecimento da possibilidade e titularidade individual do cidadão de impor judicialmente seu interesse perante o destinatário, havendo a afirmação sob a perspectiva jurídico-subjetiva¹ da previsão Constitucional que obriga o Estado a adotar medidas que promovam efetivamente o

¹ Embora se reconheça que o conteúdo e significado de “direito subjetivo” não seja pacífico na doutrina, no presente trabalho o termo é utilizado como a possibilidade do credor exigir do devedor a prática de conduta tendente ao adimplemento da obrigação. Sobre o atual conceito de direito subjetivo, ver Galdino (2005, p. 127-146).

direito à saúde. Por outro lado também, não se mostra ilógico deduzir que, a partir de tal precedente, o Supremo Tribunal Federal avalizou a possibilidade de controle judicial das políticas públicas estabelecidas como prioritárias pelo Poder Constituinte originário.

Embora tal *decisum* seja passível de crítica², principalmente ao assentar a irrelevância da limitação orçamentária quando estiver em risco o direito à vida (porque ao assegurar o direito de uma pessoa ilimitadamente, sem limite de gasto, pode-se estar ensejando a privação de várias outras pessoas de fruírem o mesmo direito à assistência médica gratuita), mostra-se ele, ainda, relevante e fecundo ao possibilitar o controle pelo cidadão da eficiência dos resultados obtidos pelos governantes na condução do Estado, fortalecendo o contínuo consenso estruturante da sociedade que não se exaure com a simples eleição.

3. Conclusão

Feitos estes sucintos apontamentos, fica demonstrado que a decisão exarada pelo Ministro Celso de Mello e as conseqüências extraídas a partir da sua

² Sarlet (2007, p.169) reconhece “a existência de inequívocas distinções no que tange ao grau de exigibilidade dos direitos individualmente considerados, de modo especial, em se considerando os direitos a prestações sociais materiais.” No mesmo sentido, sobre a exigibilidade dos direitos sociais materiais, assevera Amaral (2001, p. 37) que “imaginar que não haja *escolhas trágicas*, que não haja escassez, que o Estado possa sempre prover as necessidades nos parece ou uma questão de fé, no sentido que lhe dá o escritor ao Hebreus: certeza de coisas que se esperam, a convicção de fatos que se não vêem, ou uma negação total aos direitos individuais. Se o Estado está obrigado a sempre ter recursos para prestar as utilidades que lhe são demandadas, ao menos no campo de saúde, então, por dever de coerência, há que se reconhecer o direito de obter esses recursos.”

fundamentação, que serviu de base para diversos outros acórdãos da Suprema Corte³, mostra-se de importância ímpar para análise da efetividade do direito social de acesso a tratamentos gratuitos de saúde e da participação ativa da sociedade na condução do Estado pelos governantes eleitos.

4. Bibliografia

AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha: Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE. *Coleção Progestores - Para entender a gestão do SUS*. Volume 1. Brasília: CONASS, 2007.

GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 127-146.

NEVES, Marcelo. “A Força Simbólica dos Direitos Humanos”. In: *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-4-OUTUBRO-2005-MARCELO%20NEVES.pdf>. Acesso em 26.09.2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

³ RE 226.835, RE 271.286, RE 255.086, RE 207.970, RE-AgR 393175 e AI-AgR 597.182

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 6.ed., 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003.

