

O Direito à saúde e os liames dos princípios da dignidade da pessoa humana e da livre iniciativa

El derecho a la salud y los vínculos de los principios de la dignidad de la persona humana y de la libre iniciativa

Elaine Cristina Rodrigues de Moura

*Mestranda em Direitos Sociais, Econômicos e Culturais
pelo Centro Universitário Salesiano (Unisal) de Lorena (SP),
bolsista pela Universidade de Taubaté (UNITAU)
Advogada e Professora da Universidade de Taubaté (SP)
Membro do Grupo de Pesquisa do CNPQ
“Minorias, discriminação e efetividade de direitos”*

Rubiana Zamot Carneiro Vianna

*Mestranda em Direitos de Titularidade Difusa e Coletiva
pelo Centro Universitário Salesiano (Unisal) de Lorena (SP),
bolsista pela Universidade de Taubaté (UNITAU)
Advogada e Professora da Universidade de Taubaté (SP)
Membro do Grupo de Pesquisa do CNPQ
“Minorias, discriminação e efetividade de direitos”*

Resumo: Este trabalho tem por objetivo sopesar a colisão existente entre os princípios da dignidade da pessoa humana e da livre iniciativa estritamente atreladas ao recente posicionamento do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo de impor à empresa privada a obrigação da continuidade de importação de medicamento essencial à vida dos consumidores acometidos de hipertensão sanguínea, em situações limítrofes nas quais o insidioso mal afeta o funcionamento de órgãos vitais. Para tanto analisamos os critérios gerais de aplicabilidade dos princípios constitucionalmente tutelados pela Carta Magna de 1988 especialmente no que tange aos princípios da dignidade da pessoa humana e da livre iniciativa, assim como as peculiaridades especificamente envoltas aos direitos à vida e à saúde.

Palavras-chave: Vida – Saúde – Dignidade da Pessoa Humana – Livre Iniciativa.

Resumen: Ese trabajo tiene por objetivo analizar el equilibrio entre los principios de la dignidad humana y de la libre iniciativa estrictamente vinculados a la reciente decisión de lo Tribunal de Justicia de San Pablo al imponer a la empresa privada la obligación de fornecer medicamento esencial a la vida de los consumidores de docenas sanguíneas. Para tanto fue analizado los criterios generales de aplicabilidad de los principios constitucionales de la Carta Magna de 1988, en especial los principios de la dignidad humana y de la libre iniciativa, así como las peculiaridades envuelto en concreto los derechos a la vida y la salud.

Palabras Clave: Vida - Salud - Dignidad Humana – Libre Iniciativa.

Sumário: Introdução. 1. A aplicabilidade dos Princípios Constitucionais. 2.Princípio da Livre Iniciativa e Função Social. 3.Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 4.Direito Constitucional à Vida. 5.Direito Constitucional à Saúde. Conclusão. Referências Bibliográficas.

Introdução

Embora constitua algo complexo em virtude do constante processo de evolução que a envolve, a definição de saúde segundo os ditames da Organização Mundial de Saúde, caracteriza-se não como a ausência de doenças, mas sim como a situação de perfeito bem estar físico, mental e social dos indivíduos que integram a sociedade.

Classicamente concebido como um direito de segunda geração ou dimensão, a preservação da saúde compreende hodiernamente um direito de caráter dúplice, concomitantemente representando uma garantia individual do cidadão, bem como também de toda a coletividade.

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira carta política a moldar e pensar na saúde como um inquestionável direito social, taxativamente prevendo-a como tal no bojo de seus artigos 6º “*caput*” e 196.

Neste tocante, o constitucionalismo pátrio versou acerca da saúde como um verdadeiro direito fundamental social, consequentemente desencadeando um significativo aumento formal e material de sua força normativa, ampliando sua efetividade, bem como aproximando o pragmatismo normativo da realidade social.

Embora as normas de direitos sociais possuam aplicabilidade direta, compreendendo normas de máxima efetividade e eficácias vertical e horizontal que vinculam não só o Estado como também os particulares, cada vez mais nos deparamos com casos concretos de violações praticadas nas funções prestacionais obrigatórias (positivas) nos campos da assistência médico-hospitalar e fornecimento de medicamentos necessários à manutenção da vida, bem como nas funções defensivas (negativas) de vedação às condutas que possam causar dano ou ameaça ao direito à saúde da população.

Em recente decisão¹ acerca da manutenção do direito à saúde e consequentemente à vida, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo posicionou-se por unanimidade de modo a favorecer o consumidor, parte hipossuficiente na relação consumerista, condenando

¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Apelação nº 0010201-43.2011.8.26.0462**. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8320385&cdForo=0&v1Captcha=SVJZI>>. Acesso em: 30 mar. 2015.

um laboratório privado multinacional a forçosamente manter a importação e fornecimento para o Brasil do medicamento específico para o tratamento de hipertensão sanguínea, assinalando que a aludida empresa deve responder perante os consumidores dele dependentes, em virtude da descontinuidade de fornecimento de medicamento que poderia ter sido evitada com estocagem suficiente para o tempo previsível de trâmite de papéis burocráticos perante a Anvisa.

Consoante exposto na aludida decisão, o Tribunal pacificou que a livre iniciativa coexiste na Constituição da República com a proteção do consumidor, ambos os princípios de hierarquia inferior ao direito, por igual constitucional, do cidadão à saúde, bem como que a empresa privada, sendo integrante da cadeia de fornecimento de produto essencial a tantos seres humanos, responde por não ter tomado providências com a devida antecedência.

O Tribunal explanou de forma contundente que como se trata de medicação de que depende a vida de milhares de pessoas (apenas no Brasil, a Anvisa registrou, em poucos dias, nada menos do que 1.938 reclamações pela falta do medicamento), seu fornecedor deveria ter cuidado para que houvesse no Brasil a continuidade de venda do medicamento para a manutenção do direito à saúde da população.

Mais do que o interesse individual de cada cidadão, o fornecimento de medicamento essencial à vida abarca o interesse social a que o julgador deverá sempre estar atento, tratando-se efetivamente de proteger a sociedade garantindo-lhe a efetividade do direito constitucional à saúde, de modo a compelir as empresas, ainda que privadas, a empreenderem tais esforços razoáveis em prol do indivíduo e da comunidade.

Podemos, pois, perguntar: Quais os limites ao princípio da livre iniciativa quando nos deparamos com situação em que a liberdade das empresas privadas colocam em risco a manutenção da vida de parte da população? Quando e como o princípio da dignidade da pessoa humana deve prevalecer em detrimento das demais normas principiológicas abarcadas em nossa constituição?

Neste trabalho, pretendemos analisar as teses jurídico-normativas que fundamentam o posicionamento adotado pelo Egrégio Tribunal, abordando os aspectos correlacionados aos direitos fundamentais à vida e à saúde, bem como procedendo à análise principiológica da dignidade da pessoa humana e da livre iniciativa. Objetivamos destacar a relevância social do poder judiciário posicionar-se de modo a promover a defesa dos consumidores que representam uma minoria fragilizada diante da grandiosidade envolvida atualmente na industrialização do mercado da saúde, abordando a problemática no campo do Direito Constitucional.

1. A aplicabilidade dos Princípios Constitucionais

Conforme leciona Miguel Reale os princípios são “verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade”.²

Durante um longo período em nosso ordenamento jurídico considerou-se que os princípios não se prestavam à imposição de quaisquer obrigações em virtude de hipoteticamente não possuírem qualquer força normativa, entendendo-se à época que eles consistiam simples proposições de valores destinados a inspirar o que seriam os ideais de justiça.

O caráter normativo dos princípios “...não era plenamente reconhecido até meados do século XX, quando princípios eram considerados meras proclamações políticas, sem caráter vinculante para os poderes públicos”.³ Todavia, hodiernamente já não se afasta a força normativa contida nos princípios, de tal forma que “... passou-se a reconhecer aos princípios força cogente, obrigatória, de maneira semelhante (porém não idêntica) àquela conferida às demais normas positivas”.⁴

Assim, uma vez que o Direito se funda em princípios, uns de alcance universal e outros restritos a campos de normatização específicos, o legislador constitucional também foi explícito ao fixar os princípios basilares na nossa Carta Magna de 1988, que consequentemente refletirão em todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Neste sentido o doutrinador Paulo Roberto Figueiredo Dantas bem destaca que:

A constituição pode ser definida como a *norma jurídica fundamental*, a qual, em síntese, disciplina a organização fundamental do Estado e também estabelece os direitos e garantias fundamentais. E, por se tratar de norma jurídica (a norma fundamental), é inequívoco que a constituição contém em seu corpo aquelas duas espécies de normas: princípios e regras constitucionais.⁵

Logo, o artigo 1º da Constituição da República de 1988 taxativamente prevê dentre os princípios que fundamentarão nosso Estado Democrático de Direito, bem como regerão todo o ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional pátrio que:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e **tem como fundamentos**: I - a soberania; II

² REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.60.

³ NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Método, 2014, p.118.

⁴ DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.127.

⁵ DANTAS, op. cit., p.127.

- a cidadania; **III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;** V - o pluralismo político. (grifo nosso)

A consagração expressa da soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e o pluralismo político como fundamentos da República Federativa do Brasil, sem sombra de dúvidas atribuiu a estes um valor grandioso, bem como papel muito importante na efetiva concretização da tutela jurisdicional a ser prestada pelo julgador.

Apesar de esses princípios fundamentais não possuírem qualquer tipo de hierarquia normativa em relação às demais normas constitucionais, o elevado grau axiológico de que são dotados e a posição de destaque atribuída pelo Poder Constituinte Originário conferem um peso elevado às razões por eles fornecidas, a ser considerada diante de uma eventual colisão com outros princípios constitucionais.⁶

A efetiva atuação dos princípios ocorrerá de forma mais exacerbada nos casos de maior complexidade, servindo como base de argumentação para que o julgador fundamente a sua decisão nesta ou naquela posição. Todavia, cumpre salientarmos que assim como ocorre com as leis em todo o nosso sistema normativo, também será possível que haja a incidência ou colisão de dois ou mais princípios aplicáveis ao mesmo caso concreto.

Ao contrário das regras, que são aplicadas na (...) lógica do tudo ou nada, os princípios admitem uma graduação em sua aplicação, a depender do peso que apresentam, num dado caso concreto. (...) Chamado a solucionar o conflito entre dois princípios constitucionais, o magistrado poderá decidir-se pela prevalência de um ou de outro, a depender das circunstâncias do caso concreto. (...) Deve-se frisar, contudo, que o princípio cuja aplicação não prevaleceu (...) não deixou de ter validade, não deixou de estar amparado pela Carta Magna. Apenas não teve peso suficiente para ser aplicado naquele caso específico. Em outras circunstâncias fáticas, contudo, poderá prevalecer frente a outro princípio.⁷

2. Princípio da Livre Iniciativa e Função Social

A ordem econômica brasileira, que encontra-se pautada na livre iniciativa, apresenta um perfil capitalista que calca-se na apropriação dos meios de produção por particulares e na iniciativa privada. Isso porque, conforme denotamos do texto constitucional, não bastasse a livre iniciativa ser um dos princípios consubstanciadores da República Federativa do Brasil por expressa previsão no artigo 1º, inciso IV de Nossa Carta Magna, a mesma ainda

⁶ NOVELINO, op. cit., p.360.

⁷ DANTAS, op. cit., p.129-130.

apresenta-se como princípio fundante da ordem econômica nacional, conforme leciona o artigo 170 e seu parágrafo único do mesmo diploma legal, que dispõe *in verbis* que:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e **na livre iniciativa**, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. **É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.** (grifo nosso)

O referido princípio tem conceito aberto que não o encontramos no texto constitucional, todavia é cediço que ele representa a liberdade em sua essência, conferindo ao cidadão o direito de iniciativa totalmente livre, observados os limites legais. Nesse sentido Tomás Lima de Carvalho destaca que:

A Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988 acabou por consolidar um Estado garantidor de determinadas prestações necessárias à realização do desenvolvimento econômico e social da coletividade, diretamente ou por meio da iniciativa privada. A atividade econômica lato sensu, destinada à circulação de bens e/ou serviços do produtor ao consumidor final, restou amparada no artigo 170 da constituição federal, relegando a autonomia privada e a liberdade de empresa ao atendimento dos seus fins sociais.⁸

Forçoso salientarmos que “a liberdade de iniciativa envolve a liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato”.⁹ Todavia a livre iniciativa, assim como todo e qualquer outro princípio constitucional, não é um valor absoluto, já se encontrando inclusive devidamente pacificado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que “o princípio da livre iniciativa não pode ser invocado para afastar regras de regulamentação do mercado e de defesa do consumidor”.¹⁰

É imperioso comentar breve reflexão acerca do principio da função social da empresa, que sob seu espectro de condicionamento do exercício da atividade empresária,

⁸ CARVALHO, Tomás Lima de. A regulação do mercado financeiro e a necessária intervenção estatal na autonomia privada. **Revista de direito bancário e do mercado de capitais**, São Paulo, ano 14, v.52, abr-jun 2011, p.49.

⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.793.

¹⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Detalhes do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 636.883**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=619813>>. Acesso em: 08 abr. 2015.

possui como um de seus desdobramentos a proteção do consumidor. Como bem aventado por Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

... a atividade empresarial deve ser exercida de modo a não causar dano ao consumidor, não apenas por deveres de abstenção, mas também de ação, a exemplo dos deveres positivos anexos da boa-fé objetiva de informação, de proteção e de lealdade.¹¹

Este fundamento basilar do Estado brasileiro tem por escopo esclarecer que “... a ordem econômica nacional, muito embora do tipo capitalista, com garantia da livre iniciativa, deve respeitar também os valores sociais do trabalho, de maneira a assegurar, a todos, uma existência digna, conforme os ditames da justiça social”.¹² Até mesmo porque caso assim nossa Constituição não dispusesse, seriam comuns as práticas de cunho estritamente econômico em prejuízo dos valores sociais e da vivência pautada na dignidade humana.

A livre iniciativa deve estar acostada a uma justiça social envolta sempre da existência digna, conforme demonstra Eduardo Tomasevicius Filho ao reverberar que:

Essa liberdade de empresa não é absoluta. Sua razão de ser é assegurar a todos os indivíduos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social e o exercício dessa liberdade deve necessariamente atender a uma função social.¹³

Como primorosamente leciona o jurista José Afonso da Silva:

... A liberdade de iniciativa econômica privada, num contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social (o fim condiciona os meios), não pode significar mais do que liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público, e, portanto possibilidade de gozar das facilidades e necessidade de submeter-se às limitações postas pelo mesmo. É legítima, enquanto exercida no interesse da justiça social. **Será ilegítima, quando exercida com o objetivo de puro lucro e realização pessoal do empresário.**¹⁴ (grifo nosso)

Logo, ao adotar a livre iniciativa como princípio básico da ordem capitalista brasileira, o legislador por óbvio consagrou inequivocamente uma economia de mercado. Contudo, a despeito de abraçar a economia capitalista, nossa Constituição limitou-a ao assegurar a todos os cidadãos uma existência digna, de modo que não possa em prejuízo da população prevalecer os ditames do capitalismo exacerbado.

Assim sendo, a liberdade para o exercício de qualquer atividade econômica só será considerada legítima se e na medida em que estiver voltada ao atingimento da justiça social e ao atendimento dos princípios

¹¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Função social da empresa. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 96, v.857, mar 2007, p.25.

¹² DANTAS, op. cit., p.141.

¹³ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 92, v.810, abr 2003, p.42.

¹⁴ SILVA, op.cit., p.794.

elencados nos incisos do art.170. Trata-se de dispositivo de caráter cogente tanto para a Administração Pública, direta e indireta, quanto para a iniciativa privada ...”.¹⁵

3. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A dignidade constitui atributo da pessoa humana individualmente considerada, bem como envolve uma necessária dimensão social, eis que na fórmula da *Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948* somos todos iguais em dignidade e direitos. Considerado pelos doutrinadores como a fonte primordial do nosso ordenamento jurídico e dos direitos e garantias fundamentais, este princípio “... exige que o indivíduo seja tratado como um fim em si mesmo (...) encarado como a razão de ser do próprio ordenamento, impondo não só ao Estado, como também aos particulares, que o respeitem integralmente...”.¹⁶

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa humana tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.¹⁷

A importância atribuída por Kant à dignidade da pessoa humana define nossas hodiernas concepções dos direitos humanos universais, uma vez que Kant já dizia “... que somos merecedores de respeito, não porque somos donos de nós mesmos, mas porque somos seres racionais, capazes de pensar; somos também seres autônomos, capazes de agir e escolher livremente”.¹⁸

Com o intuito de garantir maior efetividade à dignidade da pessoa humana o constituinte de 1988 preferiu não incluí-la no rol dos direitos e garantias fundamentais, guinando-a, pela primeira vez à condição axiológica de princípio constitucional fundamental

¹⁵ MOTA, Leda Pereira; SPITZCOVSKY, Celso. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p.232.

¹⁶ DANTAS, op. cit., p.141.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.53.

¹⁸ SANDEL, Michael J. **Justiça: O que é fazer a coisa certa**. Trad. de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 10. Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p.137-139.

estruturante do Estado Democrático de Direito no artigo 1º, inciso III de Nossa Carta Magna que determina que:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e **tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana;** (grifo nosso)

Neste tocante, segundo os ensinamentos do doutrinador Ingo Wolfgang Sarlet:

O nosso constituinte de 1988 (...) reconheceu categoricamente que é o estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal. (...) No momento em que a dignidade é guinada à condição de princípio constitucional estruturante e fundamento do Estado Democrático de Direito, é o Estado que passa a servir como instrumento para a garantia e promoção da dignidade das pessoas individual e coletivamente consideradas.¹⁹

Não pairam dúvidas de que a dignidade da pessoa humana elevada à condição de atributo ou valor dissocia o atrelamento exclusivo da dignidade humana para somente aqueles casos em que fossem especificamente reconhecidos como vinculados pelo nosso ordenamento jurídico pátrio. Afinal, na qualidade de princípio e valor fundamental, a dignidade da pessoa humana passa a constituir a própria “... fonte que anima e justifica a existência de um ordenamento jurídico, razão pela qual (...) se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa”.²⁰

A qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental (...) constitui norma jurídico-positivada dotada, em sua plenitude, de *status* constitucional formal e material e, como tal, inequivocamente carregado de eficácia, alcançando, portanto (...) a condição de valor jurídico fundamental da comunidade. (...) Na sua perspectiva principiológica, a dignidade da pessoa atua, portanto (...) como um mandato de otimização, ordenando algo (no caso, a proteção e promoção da dignidade da pessoa) que deve ser realizado na maior medida possível, considerando as possibilidades fáticas e jurídicas existentes...²¹

Imperioso ressaltarmos que sempre que nos depararmos com situação que envolva a colisão do princípio da dignidade da pessoa humana com qualquer outro direito o caso deverá ser apreciado com maior rigor, uma vez que “... o princípio da dignidade da pessoa humana acaba por justificar e até mesmo exigir a imposição de restrições a outros bens constitucionalmente protegidos, ainda que se cuide de normas de cunho jusfundamental”.²²

¹⁹ SARLET, op.cit., 2012, p.84.

²⁰ COSTA, Judith Martins. **As interfaces entre o Direito e a Bioética**. In: SARLET, op.cit., 2012, p.87.

²¹ SARLET, op.cit., 2012, p.87-88.

²² Idem, *Ibidem*, p.128.

Assim percebemos que o princípio da dignidade da pessoa humana não apenas impõe um dever de abstenção ou respeito, mas também a adoção de condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a dignidade de todos os indivíduos. “Fato é que cada vez mais, se encontram decisões dos nossos Tribunais valendo-se da dignidade da pessoa como critério hermenêutico, isto é, como fundamento para a solução das controvérsias”.²³

4. Direito Constitucional à Vida

A proteção constitucional do direito à vida está estritamente relacionada à existência física do ser humano, portanto, não se referindo a toda e qualquer forma ou espécie viva existente, mas tão somente ao homem.

Segundo os ensinamentos do nobre doutrinador Marcelo Novelino o direito à vida costuma ser compreendido em uma dupla acepção.

Em sua *acepção negativa*, consiste no direito assegurado a todo e qualquer ser humano permanecer vivo. (...) A *acepção positiva* costuma ser associada ao direito a uma existência digna, no sentido de ser assegurado ao indivíduo o acesso a bens e utilidades indispensáveis para uma vida em condições minimamente digna.²⁴

“O direito à vida (...) é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos”²⁵, bem como “... assume (...) a condição de verdadeiro direito a ter direitos, constituindo além disso pré-condição da própria dignidade da pessoa humana”.²⁶ A Constituição Federal de 1988 reconhece a primazia do direito à vida elencando-o já no *caput* do artigo 5º ao versar que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do **direito à vida**, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade ... (grifo nosso)

Em virtude da hegemonia do direito à vida sobre quaisquer outros direitos e garantias, a doutrinadora Maria Helena Diniz defende “... a existência do princípio do

²³ Idem, *Ibidem*, p.103.

²⁴ NOVELINO, op. cit., p.461.

²⁵ DANTAS, op. cit., p.299.

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.591.

primado do direito à vida e explica que, no caso de conflito entre dois direitos da pessoa, deverá sempre prevalecer o direito à vida”.²⁷

A dignidade da pessoa humana, notadamente quando conectada com o direito à vida, assume a condição de metacritério para as soluções tomadas no caso concreto, o que, de resto, acabou sendo objeto de reconhecimento em decisão recente do nosso Supremo Tribunal Federal (ADPF nº45 MC/DF).²⁸

De tal feita que resta-nos indubitável que de forma alguma o Poder Judiciário poderá conferir uma interpretação às normas jurídicas vigentes, quando do julgamento dos casos que lhe sejam submetidos, que promovam qualquer tipo de violação ao direito à vida.

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de um objeto de arbítrio e injustiças.²⁹

5. Direito Constitucional à Saúde

O Direito à saúde é a ramificação jurídica que apresenta maior grau de vinculação com o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana eis que encontra-se “... umbilicalmente atrelado à proteção da integridade física (corpórea e psíquica) do ser humano...”³⁰, tendo sido consagrado pelo legislador constitucional no artigo 6º “caput” e 196 de nossa Carta Magna ao determinarem respectivamente que:

Art. 6º São direitos sociais a educação, **a saúde**, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (grifo nosso)

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 e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (grifo nosso)

Segundo os ensinamentos do doutrinador Ingo Wolfgang Sarlet:

²⁷ DINIZ, Maria Helena. **Estado Atual do Biodireito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.21.

²⁸ SARLET, op.cit., 2012, p.144.

²⁹ Idem, *ibidem*, p.52.

³⁰ SARLET, op. cit., 2014, p.592.

A saúde é um bem fortemente marcado pela interdependência com outros bens e direitos fundamentais, apresentando de tal sorte, zonas de sobreposição com esferas que são autonomamente protegidas, como é o caso da vida, integridade física e psíquica, privacidade, educação, ambiente, moradia, trabalho, dentre outras.³¹

Todavia, uma das grandes dificuldades enfrentadas pelo mundo jurídico ao deparar-se com casos concretos relacionados ao direito à saúde, relaciona-se a tarefa de identificar quais efeitos podem ser extraídos do texto constitucional no que tange à amplitude do objeto, bem como aos limites objetivos e subjetivos que abarcam o aludido direito.

Isso porque, embora hodiernamente já exista farta jurisprudência acerca do assunto, há muito tempo arrasta-se a discussão em torno da (im)possibilidade do reconhecimento de um direito subjetivo individual ou coletivo às prestações relacionadas à área da saúde.

Neste tocante destacamos que até pouco tempo prevalecia no Superior Tribunal de Justiça o posicionamento, considerando o direito à saúde como veiculado em norma meramente programática, logo, não conferindo aos beneficiários um direito subjetivo de poder exigir sua satisfação pelas vias judiciais, visto que considerado apenas protetivo de cunho geral.³²

Contudo, imperioso destacarmos que hodiernamente os tribunais já têm firmado posicionamento majoritário no sentido de reconhecer a saúde como direito subjetivo e fundamental exigível em juízo, e não mais como enunciado eminentemente programático, destacando-se aqui o posicionamento do Supremo Tribunal Federal que há muito pacificou que a saúde é direito público subjetivo por não poder ser reduzida a promessa constitucional inconsequente.³³

Conclusão

A Constituição Federal Brasileira de 1988 foi historicamente a primeira a prever um título específico para os direitos e garantias fundamentais, onde foram também efetivamente positivados os direitos sociais básicos na condição de fundamentais, evidenciando um forte

³¹ Idem, *Ibidem*.

³² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Detalhes do Recurso em Mandado de Segurança nº 6564/RS**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199500687828&dt_publicacao=17-06-1996&cod_tipo_documento=>>. Acesso em: 30 mar. 2015.

³³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Detalhes do Agravo no Recurso Extraordinário nº 271.286-8/RS**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>>. Acesso em: 30 mar. 2015.

compromisso com a justiça social, reforçado especialmente pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Axiologicamente denotamos que a vida é o bem juridicamente mais relevante e valioso contemplado em nosso ordenamento pátrio, indiscutivelmente devendo sua garantia prevalecer perante todo e qualquer outro direito, para tanto carecendo ser observado por todos os segmentos que incorporam a sociedade.

Tal valoração do direito à vida e conseqüentemente do direito à saúde aparecem como consequência imediata da consagração do princípio da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, e afasta a idéia do predomínio das concepções estritamente mercantilistas e de cunho patrimonial em prejuízo de direitos fundamentais e sociais.

Hodiernamente posicionar-se em detrimento do direito à vida e à saúde do ser humano, de modo à erroneamente privilegiar expectativas de êxito nos planos econômicos individual ou empresarial, não só fere o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como extrapola os próprios limites do bom senso jurídico.

Tendo em vista as particularidades dos casos concretos, faz-se imprescindível interpretar a lei de forma mais humana, teleológica, de modo que os princípios de ordem ética e jurídica conduzam ao único desfecho justo, que é decidir favoravelmente à preservação da vida do ser humano e manutenção de sua dignidade.

Para tal, não podemos apegar-nos de forma rígida ao texto frio da lei, mas sim apreciá-lo com temperamentos, basilarmente tendo em vista a intenção do legislador, mormente perante preceitos maiores insculpidos na nossa Constituição da República garantidores do direito à saúde, à vida e a consagração do princípio da dignidade humana, ressaltando o atendimento das necessidades básicas dos cidadãos.

Indubitavelmente o posicionamento adotado pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo não causa ofensa ao princípio constitucional da livre iniciativa eis que por um lado, a defesa do consumidor também é um dos princípios da nossa ordem econômica, e por outro a livre iniciativa não é tão livre assim.

Neste diapasão, imperioso salientarmos a percepção de que a liberdade de iniciativa condizente à liberdade de indústria e comércio, embora elencada ao patamar de princípio constitucional, não é um valor absoluto, especialmente quando em colisão com o princípio da dignidade da pessoa humana, de tal sorte que jamais poderá ser invocada para atuar em detrimento do direito à vida e saúde do homem.

Ademais, o sistema constitucional brasileiro não admite qualquer livre iniciativa, mas apenas aquela fundada em valores sociais, portanto, tendo a população o direito à continuidade do tratamento essencial à sua vida, saúde, de modo a respeitar sua dignidade humana.

É certo que num Estado Social de Direito a atividade econômica deve buscar ressonância aos princípios expressos e implícitos na Constituição Federal, reforçando que ao persistirem descompassos, mister se faz que os poderes legislativo, executivo e judiciário, operem as correções para irem ao encontro da permanência do *welfare state* (Estado de Bem Estar Social). Isso porque em um sistema caracterizado pela autopoiese, a necessidade de manter o estabelecimento de direitos tem por fim preservar não apenas o ser humano, mas também o sistema como um todo, impedindo assim seu solapamento.

Com a busca desenfreada e desmedida de alcançar grandes lucros nos deparamos muitas vezes com situações que acabam por desvalorizar a dignidade da pessoa humana, operando à margem da ilegalidade, em veemente ofensa aos princípios jurídicos e éticos que defendem as garantias básicas à vida saudável da população, devendo tal conduta ser impetuosamente afastada por nossos Tribunais.

Afinal, nas relações consumeristas que envolvam a saúde do homem, primordial é não perder o enfoque de que o consumidor, parte vulnerável da relação em comento, encontra-se em desvantagem exacerbada, vez que a abusividade diuturnamente praticada por empresas que atuam na esfera médica almejando somente o ganho fácil, ao absterem-se de suas obrigações, migram da exata distância entre o que pode determinar a manutenção da vida ou acarretamento da morte, que deve ser repelida pelo judiciário.

Referências Bibliográficas

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 7. ed. São Paulo: Manole, 2015.

CARVALHO, Tomás Lima de. A regulação do mercado financeiro e a necessária intervenção estatal na autonomia privada. **Revista de direito bancário e do mercado de capitais**, São Paulo, ano 14, v.52, abr-jun 2011, p.45-74.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Estado Atual do Biodireito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Função social da empresa. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 96, v.857, mar 2007, p.11-28.

MOTA, Leda Pereira; SPITZCOVSKY, Celso. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Método, 2014.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANDEL, Michael J. **Justiça: O que é fazer a coisa certa**. Trad. de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 10. Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Detalhes do Recurso em Mandado de Segurança nº 6564/RS**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199500687828&dt_publicacao=17-06-1996&cod_tipo_documento=>. Acesso em: 30 mar. 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Detalhes do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 636.883**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=619813>>. Acesso em: 08 abr. 2015.

_____. **Detalhes do Agravo no Recurso Extraordinário nº 271.286-8/RS**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>>. Acesso em: 30 mar. 2015.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 92, v.810, abr 2003, p.33-50.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Detalhes da Apelação nº 0010201-43.2011.8.26.0462**. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8320385&cdForo=0&vlCaptcha=SVJZJ>>. Acesso em: 30 mar. 2015.