

APROVADA POR MAIORIA DOS VOTOS

A Legitimidade do Ministério Público para proteção do direito individual à saúde como forma de proteção do direito à vida em sua ampla dimensão

Fabricio J. F. Pinto

Fabício M. Ferragini

Pablo G. Cristóforo

I- Introdução

O direito humano fundamental à vida em sua ampla dimensão significa o direito a um nível de vida adequado com a condição humana, o que implica a garantia não apenas de subsistência, mas também de uma vida com qualidade e que preserve a dignidade da pessoa humana.

O Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, na decisão proferida em 2 de Julho de 1996, cita outro aresto do mesmo Tribunal, de 26 de Abril de 1995, na qual afirma que “ não pode entender-se o direito à vida sem uma componente essencial que é do direito à qualidade de vida”¹.

Para a proteção efetiva do direito à vida em sua ampla dimensão, que denominaremos de direito a uma vida digna, devemos partir da premissa da concepção contemporânea de proteção dos direitos humanos.

Tal concepção fundamenta-se na indivisibilidade e unidade dos direitos fundamentais, sejam eles direitos, liberdades e garantias ou direitos econômicos, sociais e culturais. Tanto na primeira “categoria” quanto na segunda, há obrigações de abstenção (*non facere*) e ação (*facere*) por parte do Estado. Analisando como exemplo o direito à vida, encontramos três posições do Estado em relação ao cidadão: (a) o Estado está obrigado a não praticar ações que possam colocar em risco a vida da pessoa – o cidadão tem o direito de não ser morto pelo Estado. Nessa hipótese, temos uma obrigação de abstenção do Estado; (b) obrigação do Estado de proteger a vida do cidadão contra ataques de terceiros. Nesse particular, o Estado tem a obrigação de agir positivamente, seja na elaboração de atos normativos, seja na prestação de atos fáticos, ou, segundo Gomes Canotilho, o cidadão tem o direito a uma ação positivo-normativa ou fática do Estado; (c) o Estado possui a obrigação de intervir (agir) para implementar e concretizar as políticas públicas necessárias à promoção de condições de subsistência mínimas e, por conseguinte, proteger a vida^{2 3}. Em síntese, a defesa do direito à vida pressupõe

¹ Acórdão publicado na Revista da Ordem dos Advogados, nº 56, Agosto de 1996. Lisboa: Centro Editor Livreiro da Ordem dos Advogados, p. 667-682.

² Cf. J. J. Gomes Canotilho. Tomemos en serio los derechos económicos, sociales e culturales. Revista Del Centro de Estudios Constitucionales. Num 1. Septiembre-diciembre 1988, p. 239-260.

³ Robert Alexy cita duas decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão [BverGE 1,97 (105) e BverfGE 46, 160 (164)], nas quais o pretório interpreta que o artigo 2º, parágrafo 1 da Lei Fundamental, estatui tanto “negativamente um direito à vida, que exclui especialmente o assassinato organizado estatalmente, como positivamente o direito a que

necessariamente a dos direitos sociais vitais, como o direito à saúde ou à subsistência, ou até mesmo ao meio-ambiente.

A concepção analisada tem por fundamento a nova ordem internacional estabelecida na Declaração Universal dos Direitos do Homem e consolidada na Declaração de Viena, bem como a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da unidade do sistema dos direitos fundamentais.

Com relação à ordem internacional, urge salientar que, em 1966, foram elaborados dois Pactos Internacionais: o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, os quais incorporaram os direitos constantes da Declaração Universal.

Não obstante a elaboração de dois Pactos, sobretudo em virtude das pressões dos países ocidentais, mantém-se o entendimento acerca da indivisibilidade e da unidade dos direitos humanos, sempre sob o fundamento de que somente é possível materializar os “direitos tidos como civis e políticos se houver direitos tidos como econômicos, sociais e culturais minimamente respeitados”⁴. Em outra perspectiva: sem direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos só poderiam existir no plano nominal e, por sua vez, sem direitos civis e políticos, os direitos econômicos, sociais e culturais não poderiam ser garantidos por muito tempo.

Urge esclarecer que a indivisibilidade está ligada à proteção da dignidade da pessoa humana, porquanto somente há vida digna se todos os direitos forem respeitados pelos Estados, sejam eles civis e políticos, ou econômicos, sociais e culturais. Interdependência que consiste na eficácia dos direitos humanos, eis que a realização plena dos direitos civis e políticos depende dos direitos econômicos, sociais e culturais e vice-versa.

Os direitos humanos são, pois, universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados, sendo que a proteção de uma categoria de direitos não exime os Estados de salvaguardar a outra. A denegação dos direitos sociais, como no caso da pobreza extrema e a falta de serviços básicos de saúde, afeta o próprio direito à vida e a dignidade da pessoa humana, demonstrando que, se não houver a garantia, a proteção e a concretização de níveis mínimos dos direitos sociais, os clássicos direitos de liberdade estariam destituídos de qualquer força material e reduzir-se-iam a meras categorias formais de direito.

Como falar em direito de liberdade, sem o direito à educação ou à moradia? Como proteger o direito à vida sem saúde? Para responder essas questões impõe-se uma visão integrada de todos os direitos humanos, seja no plano nacional, seja no internacional.

Nesse sentido, Hesse sustenta que os direitos fundamentais são um sistema de valores, cuja “medula” radica na personalidade humana e na dignidade da pessoa. Afirma, ainda, que tal sistema de valores deve reger todas as esferas de direito, orientando a legislação, a administração e a atividade jurisdicional. Segundo o jurista Alemão, esta concepção ampla dos

o Estado intervenha protegendo e promovendo a vida, o que sobretudo significa proteção frente às intervenções arbitrárias de terceiros (Teoría de los Derechos Fundamentales. 2ª reimpressão. Madri. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 188).

⁴ Cf. Jayme Benvenuto Lima Jr. Caráter Expansivo dos Direitos Humanos na afirmação de sua indivisibilidade e exigibilidade. In Direitos Humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional/ coordenação de Flávia Piovesan. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 658. O autor inicia a análise de sua tese com a seguinte frase: “A pobreza é tão degradante quanto a tortura” (p. 652). Tal frase, atribuída ao representante da Indonésia presente na 56ª Sessão da Comissão de Direitos Humanos da ONU, ilustra a necessidade de proteção dos direitos humanos de forma inter-relacionada, porquanto, se houver uma proteção especial dos direitos civis e políticos sem a mesma preocupação e efetividade com relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, somente conseguiremos, quicá um dia, extirpar a tortura dos Estados, mas a fome continuará a matar um contingente imenso de pessoas.

direitos fundamentais decorre de uma noção material que compreende a dimensão jurídico-objetiva ínsita nos mesmos e que os concebe como princípios supremos do ordenamento jurídico⁵.

Partindo dessas premissas, que concebem os direitos fundamentais como norma objetiva suprema do ordenamento jurídico e, por conseguinte, vinculantes dos poderes legislativo, executivo e judicial, Hesse prescreve que surge uma obrigação negativa do Estado, consistente em abster-se de ingerências no âmbito de proteção dos direitos, como também uma obrigação positiva de levar a cabo tudo aquilo que sirva à realização dos direitos fundamentais, inclusive quando não conste uma pretensão subjetiva dos cidadãos.⁶

Considerando, assim, a natureza das obrigações que geram os direitos fundamentais, consistentes em obrigações negativas e positivas, não há diferenças substanciais entre os direitos, liberdades e garantias e os direitos económicos, sociais e culturais, mas apenas de grau⁷, uma vez que, tanto estes, quanto aqueles, implicam prestações negativas e positivas⁸. A diferença de grau reside no fato de que, nos direitos, liberdade e garantias, há uma exigência mais acentuada de ações negativas por parte do Estado e, nos direitos económicos, sociais e culturais, prevalecem as exigências de ações positivas por parte da esfera pública. Não é difícil descobrir, no entanto, com relação aos direitos sociais, a existência concomitante de obrigações de *facere e non facere*. Por exemplo, o direito à saúde implica obrigação estatal de fazer, consistente em implementar os serviços básicos de atendimento à saúde e, por outro lado, o dever do Estado de abstenção de qualquer ato que viole o aludido direito fundamental⁹; o direito à educação gera uma obrigação de agir, consistente na construção de estabelecimentos de ensino e fornecimento de transporte aos alunos carentes, bem como a obrigação de não deteriorar a educação¹⁰.

⁵ Cf. Konrad Hesse. Significado de los derechos fundamentales (Capítulo III). Manual de Derecho Constitucional. Obra colectiva: Benda, Maihofer, Vogel, Hesse e Heyde. Madri: Marcial Pons Ediciones Jurídicas e Sociales S.A, 2001. p. 92-93.

⁶ Konrad Hesse, op., cit., p. 94. É importante fazer uma ressalva na concepção de Hesse que, apesar de reconhecer o dever do Estado a prestações positivas e negativas, não tem por fundamento um direito subjetivo do cidadão. Esta concepção enquadra-se na estrutura denominada por Alexy de “obrigação *prima facie* objetiva vinculante” (op. cit., p. 484). Ao revés, a nossa posição é a de que os direitos sociais, além de fundamentais, são garantidos por normas vinculantes e são direitos subjetivos *prima facie*.

⁷ Cf. Victor Abramovich e Christian Courtis. Los derechos sociales como derecho exigibles. Madri: Editorial Trotta, 2002. p. 25. Com relação à estrutura dos direitos civis e políticos os autores argentinos concluem que a mesma pode ser caracterizada como um complexo de obrigações negativas e positivas por parte do Estado: “obrigação de abster-se de atuar em certos âmbitos e de realizar uma série de funções, com o objetivo de garantir o gozo da autonomia individual e impedir a sua afetação por outros particulares...” (Los derechos sociales como derechos exigibles. Madri: Editorial Trotta, 2002, p. 24).

⁸ Cf. Luigi Ferrajoli. Prefácio da obra Los derechos sociales como derechos exigibles. Madri: Editorial Trotta, 2002, p. 10. O jurista italiano cita como exemplo os direitos sociais à saúde, à proteção do meio ambiente ou à educação, os quais impõem ao Estado proibições de lesão aos bens que constituem o seu objeto. Menciona também os clássicos direitos civis e políticos, incluindo desde a liberdade de expressão ao voto, que requerem, por parte da esfera pública, não somente proibições de interferência ou de impedimentos, senão também obrigações de prover as numerosas e complexas condições institucionais de seu exercício e de sua tutela (op. cit., p. 10).

⁹ O acórdão do Tribunal Constitucional de Portugal, n.º 39/84, publicado no Diário da República, 1.ª série, n.º 104, de 5 de maio de 1984, traz em seu bojo o entendimento de que os direitos sociais, no caso específico do direito à saúde, comportam duas vertentes: “(a) uma, que se pode designar por ‘vertente negativa’, consiste em dar ao seu titular (os cidadãos em geral) o direito de exigir que ninguém (desde logo e em particular o Estado) actue ou tome qualquer medida lesiva da saúde do cidadão ou dos cidadãos em geral; (b) outra, a que se poderá chamar ‘vertente positiva’, consiste em conferir ao cidadão direito a exigir do Estado a actividade e as prestações necessárias para salvaguardar a saúde e atar as doenças”. Corroborando a nossa tese acerca da unidade dos direitos fundamentais, o conselheiro do Tribunal Constitucional, Sr. Dr. Professor Vital Moreira, prescreve que “(...) na sua vertente ‘negativa’, o direito à saúde compartilha das características dos tradicionais direitos de liberdade, ou seja, dos direitos ‘negativos’, dos direitos à não-interferência ou intervenção do Estado; na sua vertente ‘positiva’, pelo contrário, o direito à saúde configura-se como um direito a acções do Estado, a medidas legislativas, à criação e funcionamento de instituições, a certas prestações (incluindo de carácter financeiro)”. O acórdão foi compendiado por Jorge Miranda. Em Jurisprudência Constitucional Escolhida. Volume I. 1.ª ed. Lisboa: Universidade Católica, 1996, p. 907 e 908.

¹⁰ Robert Alexy cita o exemplo do direito fundamental ambiental como um “direito que está constituído por um feixe de posições de tipos muito diferentes”, podendo-se incluir neste feixe “um direito a que o Estado omita determinadas intervenções no meio ambiente (direito de defesa), um direito a que o Estado proteja o titular do direito frente a intervenções terceiros que danifiquem o ambiente (direito a proteção), um direito a que o Estado permita participar ao

Assim, os direitos, liberdades e garantias e os direitos sociais caracterizam-se como um complexo de obrigações positivas e negativas por parte do Estado, sendo que, nos primeiros, as obrigações negativas apresentam uma importância maior para identificá-los, e, nos segundos, as obrigações positivas “revestem uma importância simbólica maior” para classificá-los¹¹. Logo, se tomarmos por base a classificação dos direitos fundamentais em direitos de defesa e direito a prestação, é possível enquadrar tanto os direitos, liberdades e garantias, como os direitos económicos, sociais e culturais, nas duas categorias, justamente em virtude de ambos gerarem obrigações negativas (*non facere*) e positivas (*facere*) por parte do destinatário da norma constitucional (Estado ou particular).

No sentido da íntima relação entre as liberdades públicas e os direitos sociais, Antonio E. Perez Luño refuta os argumentos daqueles que sustentam a antítese das duas “categorias” de direitos fundamentais nas diferenças entre o fundamento, titularidade e tutela dos direitos de liberdade e dos direitos sociais.

Quanto ao primeiro argumento, prescreve Perez Luño que os direitos sociais, enquanto especificações da igualdade e solidariedade, possuem um fundamento solidamente vinculado aos valores jusnaturalistas, da mesma maneira que os direitos de liberdade. Os direitos à saúde, ao trabalho e à cultura como direitos que visam a proteção da existência humana conforme a sua dignidade, não são menos “naturais” que o direito ao sufrágio. Perez Luño conclui dizendo que pouco serve proclamar liberdades sem meios para desfrutá-las¹².

Com relação às considerações da titularidade dos direitos sociais, afasta o argumento de que estes seriam direitos tipicamente de grupos e os direitos de liberdade, individuais. Assevera Perez Luño que são titulares, tanto de direitos sociais como de direitos de liberdade, os indivíduos ou os grupos em que estes se integram. Não obstante existir a possibilidade da proteção dos respectivos grupos sociais, o fim imediato da tutela dos direitos sociais é o interesse individual, ou seja, a tutela sempre visa beneficiar os membros singulares que integram os grupos¹³.

Por fim, Perez Luño combate o argumento de que a antinomia entre as duas “categorias” de direitos fundamentais resida na circunstância de que os direitos sociais não podem ser objeto imediato de tutela, em virtude do seu carácter de norma programática. Prescreve Perez Luño que os “direitos sociais positivados na Constituição são sempre normas jurídicas imediatamente aplicáveis”. Reprova e classifica como “fictícia” a tese que sustenta que a tutela imediata dos direitos de liberdade teria por fundamento o seu conteúdo de abstenção ou não ingerência dos poderes públicos. Fundamenta o seu repúdio na assertiva de que as liberdades puras, que dependeriam para o seu desfrute da abstenção do Estado, “acham-se irremediavelmente superadas pela evolução económica e social do nosso tempo”. Hoje, segundo Perez Luño, há necessidade de uma intervenção estatal para garantir o desfrute das liberdades por todos os cidadãos e não só pelos indivíduos que possuem meios materiais para servir-se dela. Para a tutela da liberdade real é necessária a ação positiva do Estado “para remover os obstáculos de ordem económica, social e cultural, que impedem a plena expansão da personalidade humana”¹⁴.

Assim, no Estado Social e Democrático de Direito (ou pós-social ou pós-providência), como modelo de organização política, não há lugar para a ruptura entre liberdades individuais e direitos sociais, “porque em seu seio os direitos sociais são direitos de liberdade”¹⁵.

Depreende-se, ainda, da lição de Perez Luño que há uma integração profunda e simultânea entre os direitos de liberdade e os direitos sociais porque estes concretizam os direitos

titular do direito em procedimentos relevantes para o meio ambiente (direito ao procedimento) e um direito a que o próprio Estado realize medidas fáticas tendentes a melhorar o ambiente (direito a uma prestação fática)” (Teoría..., op. cit, p. 429).

¹¹ Cf. Victor Abramovich e Christian Courtis, op. cit., p. 25.

¹² Antonio E. Perez Luño. Los Derechos Fundamentales. 7ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1998, p. 206-208

¹³ A E. Perez Luño. Los Derechos Fundamentales. op.cit., p. 208-211.

¹⁴ Idem, p. 211-214.

¹⁵ Ibidem, p. 215.

de liberdade por intermédio de uma atuação do Estado, que, por sua vez, garante a igualdade no desfrute desse direito. Em suma, a integração decorre da constatação de que não há liberdade sem igualdade e vice-versa.

Nesse diapasão, não há como estabelecer uma dicotomia entre os direitos, liberdades e garantias e os direitos sociais (direitos a prestação em sentido estrito) com espeque no critério de relevância econômica do objeto da prestação. Em outras palavras, não há como sustentar a tese da existência de um dualismo absoluto entre as duas “categorias” de direitos fundamentais, mediante a fundamentação de que, para a concretização dos direitos sociais haveria a necessidade de implementação de prestações por parte do Estado, e estas gerariam custos ao erário; ao passo que dos direitos, liberdades e garantias decorreriam apenas obrigações negativas ou de abstenção e as mesmas não representariam qualquer encargo econômico e financeiro aos poderes públicos. Para refutar essa tese, há doutrinadores (aos quais nós nos filiamos) que defendem que todos os direitos fundamentais, até mesmo os direitos tradicionalmente definidos como negativos, acarretam encargos econômicos e financeiros ao erário¹⁶, sendo, neste sentido, também positivos.

Outra razão que sustenta a concepção unitária de direitos fundamentais consiste na regulação normativa concreta de alguns direitos clássicos de liberdade, que gerariam obrigações negativas por parte do Estado, com um viés social. Exemplo tradicional é o direito de propriedade que, no Estado Social e Democrático de Direito, perde o seu caráter absoluto e deve cumprir sua função social. Há uma reinterpretação dos direitos de liberdade à luz da sua função social e dos valores que emergem das normas e dos princípios constitucionais positivados, sobretudo do princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

Nesse sentido, Peter Haberle afirma que a função social dos direitos fundamentais é um elemento essencial do Direito. Significa, segundo o autor alemão, o abandono de uma concepção liberal e individualista dos direitos fundamentais. À vista dessa concepção, prossegue o doutrinador, existe uma vinculação entre o conceito de liberdade e o conceito de função social, isto é, a liberdade constitucional deve possuir um caráter social, de modo que não permaneça apenas uma liberdade formal senão que uma liberdade material. Em conclusão, Peter Haberle assevera que a função social de alguns direitos fundamentais tem sido revista, sobretudo com referência ao direito de propriedade¹⁷.

Com efeito, a concepção por nós defendida acerca da inexistência de diferenças substanciais entre os direitos, liberdades e garantias e os direitos econômicos, sociais e culturais conduz a uma nova interpretação das constituições que estabelecem regimes jurídico-constitucionais diversos para os direitos fundamentais, sobretudo no que tange à eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais¹⁸. Essa dicotomia de regimes, segundo esse entendimento, viola os preceitos de direito Internacional, sobretudo a Declaração dos Direitos do Homem e a unidade do sistema de direitos fundamentais, que encontra na dignidade da pessoa humana o seu princípio estrutural.

Luigi Ferrajoli, ao utilizar a expressão de Ronald Dworkin, preceitua que não há democracia, igualdade, garantias, direitos humanos e universalidade de direitos se não tomarmos a sério a Declaração Universal dos Direitos do Homem e os Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos e Econômicos, Sociais e Culturais. Afirma o professor italiano que não é possível

¹⁶ Ingo Wolfgang Sarlet cita a tese de Stephen Holmes e Cass Sunstein, em cujo teor sustentam que está superada a distinção tradicional entre direitos negativos e positivos, pois os clássicos direitos de defesa também geram ações positivas por parte do Estado, com encargos econômicos e financeiros substanciais ao poder público. Os autores citam como exemplo a necessidade de um sistema eficiente de segurança pública e de administração judiciária. Por fim, Ingo Sarlet, apesar de defender a tese da existência de uma espécie de dualismo relativo dos direitos de defesa e à prestação, caracterizado por diferenças de objeto e de função, reconhece a indivisibilidade dos direitos fundamentais e afirma que não há qualquer antagonismo ou exclusão na relação entre os direitos de cunho negativo e positivo (A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 214).

¹⁷ La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional. Peru: Pontificia Universidad Católica Del Peru – Fondo Editorial, 1997, p. 60 a 63.

¹⁸ Vide os artigos 17º e 18º, da Constituição da República Portuguesa.

hoje falar, com decência, de democracia, igualdade, garantias, direitos humanos e universalidade de direitos “se seguimos dissociando direitos do homem e direitos do cidadão, preocupando-se somente destes e não daqueles”¹⁹.

A interpretação dos direitos fundamentais de forma una, indivisível e inter-relacionada, sem a clássica antinomia entre direitos, liberdades e garantias e direitos econômicos, sociais e culturais, tem por objetivos garantir a eficácia dos direitos sociais e preencher a omissão da constituição, que não elaborou um sistema expresso de garantias desses direitos equiparável ao sistema de garantias dos direitos de liberdade. Em última análise, visa tornar verdadeira a democracia e “pôr fim a esse grande *apartheid* que exclui de seu desfrute as quatro quintas partes do gênero humano”²⁰.

Portanto, os direitos fundamentais são unos, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados, eis que os direitos, liberdades e garantias não se restringem a ações negativas do Estado e os direitos econômicos, sociais e culturais não se limitam a uma dimensão prestacional.

Essa concepção derruba por terra a tese liberal clássica do Estado mínimo, segundo a qual os poderes públicos se apresentam somente como garantidores da ordem pública e da defesa exterior. O Estado Social e Democrático de Direito (ou pós-social ou pós-providência) impõe que os poderes públicos cumpram as suas obrigações de não fazer e de fazer, com vistas a concretizar, implementar e dar eficácia aos direitos, liberdades e garantias e aos direitos econômicos, sociais e culturais. A realização plena daqueles direitos depende da efetividade destes e vice-versa. Justamente em razão da vinculação ao Estado Social e Democrático de Direito, como garante da igualdade e liberdade real (justiça material), é que os direitos sociais devem ser entendidos como direitos fundamentais, cuja implementação é necessária para a diminuição das desigualdades sociais.

Além disso, a concepção contemporânea de unidade, indivisibilidade, inter-relação e interdependência dos direitos humanos provocou uma nova interpretação do direito à vida, movendo-o de um enfoque tradicional, que o entendia apenas como direito civil e político, para um enfoque mais amplo, que o coloca como direito civil e político e direito econômico, social e cultural. Da mesma forma, a concepção contemporânea fundamenta a colocação do direito à saúde como como direito civil e político e econômico, social e cultural.

Com essas mudanças, restou firmada a inter-relação do direito à vida e o direito à saúde, de modo que a garantia do acesso de todas as pessoas a tratamento médico e a fornecimento de medicamentos é fundamental para a proteção do próprio direito à vida digna.

Nesse contexto de unidade dos direitos fundamentais, a legitimidade do Ministério Público é ampliada para a defesa individual do direito à saúde, como forma de proteção do direito a uma vida digna para cada indivíduo que vive em sociedade.

II – Do princípio da dignidade da pessoa humana

A Declaração Universal dos Direitos do Homem proclamou como princípio de Direito Internacional a dignidade da pessoa humana (artigo 1º). É indiscutível que a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos a dignidade da pessoa humana, que era considerada apenas um valor superior pelo direito natural, passou a constituir-se como princípio elementar da humanidade.

¹⁹ Luigi Ferrajoli. *Derechos e Garantías. La ley del más débil*. Madri: Editorial Trotta, 1999, p. 31

²⁰ *idem*, p. 31

Esse princípio elementar fora reiterado pelos diversos documentos internacionais de direitos humanos. Constitui-se, portanto, em norma jurídica obrigatória, que deve ser cumprida pelos Estados independentemente de seu consentimento.

Com efeito, as normas internacionais de Direitos Humanos, a partir da Declaração Universal, positivaram a dignidade da pessoa humana como princípio, transformando-o de um valor ético e moral em norma jurídica com força vinculante e obrigatória. A noção jurídica da dignidade da pessoa humana foi fundamental para densificar os direitos humanos fundamentais, pois estes representam a concretização do princípio supremo de toda a ordem jurídica internacional.

Por seu turno, os direitos humanos fundamentais, como direitos absolutos e inderrogáveis, “íntegram o núcleo duro dos direitos humanos”²¹, por ser a expressão máxima do princípio da dignidade da pessoa humana no plano internacional²².

Juan António Carrillo Salcedo sublinhou que a obrigatoriedade e imperatividade das normas internacionais de Direitos Humanos tem por fundamento a “aceitação geral da noção jurídica da dignidade intrínseca de todo ser humano”²³.

Por essa razão, a dignidade da pessoa humana foi erigida como o princípio supremo que confere unidade ao sistema dos direitos fundamentais. Princípio que, além de seu conteúdo moral e ético, constitui norma jurídico-positiva.

Nessa linha de raciocínio, o artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, erigiu como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana.

Ao incorporar o princípio da dignidade da pessoa humana no texto constitucional, o legislador constituinte elegeu-o como o valor primário e superior em que se baseia o Estado brasileiro. Com isso, os direitos, liberdades e garantias e os direitos econômicos, sociais e culturais encontram o seu fundamento²⁴ ou, segundo Jorge Miranda, “a sua fonte ética” na dignidade da pessoa humana²⁵.

Dignidade da pessoa humana que deve ser entendida como um atributo do homem concreto e individual, dotado de razão e consciência, como prescreve o artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem. Numa outra perspectiva, podemos considerar que é esta racionalidade que fundamenta a superioridade do ser humano sobre os demais seres que carecem de razão, sendo, portanto, chamada de dignidade da pessoa humana²⁶.

Decorre daí as características da dignidade da pessoa humana, que podem ser assim sintetizadas: a) a dignidade refere-se à pessoa concreta e individual; b) universalidade, consistente

²¹ Cf. Juan António Carrillo Salcedo. *Soberania de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*. 2ª ed. Madri: Editorial Tecnos, 2001, p. 148.

²² Nesse sentido, o artigo 1º da Resolução adotada em 13 de Setembro de 1989 pelo Instituto de Direito Internacional, sobre a Proteção dos direitos humanos e o princípio da não intervenção nos assuntos internos dos Estados, prescreve: “Os direitos humanos são a expressão direta da dignidade da pessoa humana. A obrigação dos Estados de assegurar os seu respeito depreende-se do próprio reconhecimento desta dignidade que já proclamaram a Carta das Nações Unidas e a Declaração de Direitos Humanos...” (texto extraído da obra de Juan António Carrillo. *Soberania de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo...*, op. cit., p. 149).

²³ *Soberania de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo...*, op. cit., p. 148.

²⁴ Invocando a lição de Rusen Ergec, Francis Delpérée afirma que o “conceito de dignidade humana repousa na base de todos os direitos fundamentais, civis e políticos ou sociais”. O referido autor relembra que o direito à dignidade humana é a fonte “de outros direitos, e especialmente dos direitos econômicos, sociais e culturais (O Direito à Dignidade Humana. In *Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho/coordenadores Sérgio Rezende de Barros e Fernando Aurélio Zilveti*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 155).

²⁵ A Constituição e a dignidade da pessoa humana. *Revista da Faculdade de Teologia – Lisboa*, volume XXIX, 1999. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, p. 473.

²⁶ Jesus Gonzales Perez. *La Dignidad de La Persona*. Madri: Editorial Civitas, p.24.

na igualdade do reconhecimento da dignidade para todas as pessoas; c) dignidade da pessoa humana como fundamento para alcançar uma vida com qualidade²⁷.

Dessas características extraímos que o sujeito portador do valor dignidade é o homem e a mulher. Portanto, a dignidade da pessoa humana visa a proteção individual do homem e da mulher concretos, sem olvidar da sua relação com os demais membros da sociedade.

A visão antropocêntrica da dignidade da pessoa humana implica em uma atuação dos poderes públicos voltada à proteção do homem. O Estado deverá agir (*facere*) para implementar, promover e garantir os meios necessários para que todas as pessoas – universalidade – tenham as mesmas oportunidades – igualdade – para alcançar uma vida com qualidade.

É uma vida com qualidade que os direitos fundamentais sociais buscam efetivar, implementar e garantir²⁸. Mas, como uma vida com qualidade funda-se na dignidade da pessoa humana, somente poder-se-á falar em efetiva tutela dos direitos fundamentais sociais quando forem concedidos às pessoas todos os meios materiais e espirituais para o desenvolvimento pleno da personalidade humana, oferecendo a todos os indivíduos o mínimo necessário para alcançar aquele objetivo (uma vida com qualidade).

A dignidade da pessoa humana, portanto, é um princípio supremo, que teve sua origem no direito natural ou uma origem divina²⁹ como um valor superior, e que fora introduzido no direito positivo por via da Declaração Universal dos Direitos do Homem³⁰, e tem por finalidade garantir aos seres humanos, dotados de inteligência e liberdade, sem distinção de raça, cor, credo, nível sócio-econômico e outras, um padrão de vida tal que possa ser considerada uma vida com qualidade.

Garantir uma vida com qualidade como corolário da dignidade da pessoa humana é o objetivo dos direitos fundamentais sociais, que encontram nos princípios insertos na Constituição Federal, assim como na Declaração Universal dos Direitos Humanos, os fundamentos para a concretização de seus preceitos e do seu núcleo essencial.

Urge salientar que uma vida com qualidade, como fim da dignidade da pessoa humana, não significa o mero existir ou sobreviver, mas viver com padrões mínimos de alimentação, vestuário, habitação, saúde, educação e segurança. O mero sobreviver com fome, na miséria, sem moradia, sem educação, sem atendimento médico, sem medicamentos, representa a negação do próprio direito à vida e a violação da dignidade da pessoa humana. Pertinente a pergunta de Francis Delpérée: “Para que serve o direito à vida, se esta for desprovida de dignidade?”³¹.

O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, ao interpretar o significado do artigo 1º, da Lei Fundamental³², destaca que a dignidade da pessoa humana está inserida nos princípios básicos da Constituição, designando-a como o “valor jurídico supremo da ordem constitucional”³³.

²⁷ No mesmo sentido Jorge Miranda. A Constituição e a dignidade da pessoa humana..., op. cit., p. 476.

²⁸ Nesse sentido, Francis Delpérée aduz que o fim dos direitos econômicos, sociais e culturais é o de permitir que todos levem uma vida de acordo com a dignidade humana (O Direito à Dignidade Humana..., op. cit., p. 158).

²⁹ No sentido da origem divina da dignidade da pessoa humana vide Jesus Gonzales Perez. La Dignidade de La Persona y el Derecho..., op. cit., 27-30.

³⁰ A Declaração proclama em seu preâmbulo a fé da Carta e dos povos das Nações Unidas “na dignidade e no valor da pessoa humana”. No artigo 1º prescreve que: “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”.

³¹ O Direito à Dignidade Humana..., op. cit., p. 152.

³² Artigo 1º, parágrafo 1º, nº1: “A dignidade da pessoa humana é intangível. Todos os poderes do Estado estão obrigados a respeitá-la e protegê-la”.

³³ Cf. Ingo Von Munch, citando a decisão BVerfGE, 6, 32 e ss e BVerfGE, 45, 187 e ss. La Dignidade del Hombre en el Derecho Constitucional. In Revista Española de Derecho Constitucional, número 5 (Maio-Agosto). Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1982, p. 11.

A dignidade da pessoa humana é, também no Brasil, o princípio supremo de todo o ordenamento jurídico. A supremacia do princípio da dignidade da pessoa humana coloca-o em uma posição hierárquica superior³⁴, isto é, ocupa o “primeiro posto” dessa hierarquia normativa³⁵.

O princípio da dignidade da pessoa humana gera, ademais, um direito subjetivo público de todas as pessoas terem acesso às condições necessárias para uma vida com qualidade. Em contrapartida e em virtude do efeito vinculante do princípio fundamental, há uma obrigação correlata dos poderes públicos, os quais têm a obrigação de respeitar, proteger e garantir a dignidade de todas as pessoas. Respeitar a dignidade da pessoa humana significa que o Estado deve omitir-se de todas as condutas que possam violar o princípio fundamental. Por seu turno, proteger significa que os poderes públicos devem impedir, através de comportamentos de fato e de atos normativos, ataques de terceiros à dignidade da pessoa humana. **E, por fim, garantir materializa-se no dever de implementar (dever de agir, fazer) os meios necessários para que todos tenham uma vida com dignidade, removendo os obstáculos que dificultem ou impeçam a sua plena realização³⁶, tais como a fome, a miséria, a falta de educação e de atendimento médico-hospitalar**, etc.

A dignidade da pessoa humana gera, então, obrigações de *non facere* e de *facere* para o Estado, consistentes no dever de omissão de atos atentatórios à dignidade; comportamentos fáticos e jurídicos para impedir a ofensa à dignidade da pessoa humana por terceiros; **e comportamentos positivos para implementar as condições necessárias para a promoção da dignidade da pessoa humana**³⁷.

O Estado, ao omitir-se quando deveria agir e vice-versa (agir quando deveria omitir-se), viola o princípio da dignidade da pessoa humana. Por ilação, a concretização da dignidade da pessoa humana está intimamente vinculada ao respeito, à proteção e à garantia dos direitos econômicos, sociais e culturais e dos direitos, liberdades e garantias. Sem o respeito, a proteção e garantia da unidade dos direitos fundamentais, em última análise, estar-se-á violando o princípio supremo do ordenamento jurídico: a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, o Conselho Europeu de Luxemburgo afirmou, em 29 de Junho de 1991, que a promoção dos direitos fundamentais econômicos, sociais e culturais e civis e políticos é fundamental para a realização da dignidade da pessoa humana³⁸. O Conselho Europeu reiterou a concepção da unidade, indivisibilidade, inter-relação e interdependência dos direitos fundamentais, ressaltando o seu papel fundamental na efetivação, proteção e garantia da dignidade da pessoa humana.

Decorre justamente do princípio da dignidade da pessoa humana a ampla dimensão do direito à vida.

O direito fundamental à vida deve ser protegido e garantido à luz da dignidade da pessoa humana, de maneira que todos os destinatários das normas constitucionais – Estado e particulares – devem atuar para prover a todos os indivíduos uma vida com qualidade, que valha a pena viver.

³⁴ Francis Delpéré utiliza uma expressão ilustrativa para demonstrar a posição da dignidade humana na Constituição da Bélgica. Diz o autor que a dignidade da pessoa humana “é colocada sobre um pedestal. É o sustentáculo, é o ponto de referência” da Constituição (O Direito à Dignidade Humana..., op. cit., p. 159)

³⁵ Cf. Ingo Von Münch. La dignidade..., op. cit., p. 11.

³⁶ No mesmo sentido, Jesus Gonzalez Perez. La Dignidad de La Persona..., op. cit., p. 63.

³⁷ No mesmo sentido, Jesus Gonzalez Perez. La Dignidad de La Persona..., op. cit., p. 59.

³⁸ Eis o teor do texto: “A promoção dos direitos econômicos, sociais e culturais, como aquela dos direitos civis e políticos, (...) são de uma importância fundamental para a plena realização da dignidade humana e para as aspirações legítimas de todo indivíduo” (texto extraído da obra de Francis Delpéré. Direito à Dignidade Humana..., op. cit., p. 159).

Nessa linha de raciocínio e em virtude da unidade dos direitos fundamentais, a proteção individual do direito à saúde é imprescindível para a tutela do próprio direito à vida digna e com qualidade. A proteção do direito à vida digna está indissociável à proteção integral do direito à saúde, uma vez que, sem a garantia de padrões mínimos de serviços de saúde, o próprio direito à vida digna será ofendido.

Por essa razão, o direito à saúde, previsto no artigo 196, da Constituição Federal, é análogo aos direitos, liberdades e garantias, gozando do respectivo regime reforçado de proteção, mormente a aplicabilidade imediata³⁹, sindicabilidade judicial.

III- Do direito à saúde

O artigo 196, da Constituição Federal, preceitua que:

“A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais 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”

A norma constitucional definidora do direito fundamental social à saúde (artigo 196) é norma preceptiva e exequível por si mesma, justamente em virtude de que o direito à saúde está umbilicalmente ligado ao direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Ao garantir a eficácia plena do direito fundamental social à saúde, está-se reconhecendo que a Constituição Federal é um ordenamento comprometido com valores, cujo fim supremo de todo o Direito é a proteção da dignidade humana⁴⁰. Por essas razões que o artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, elegeu o princípio da dignidade da pessoa humana como o valor primário e superior em que se baseia o Brasil.

Ernest Benda aduz que a proteção da dignidade da pessoa humana exige uma obrigação prestacional do Estado, com vistas a prover uma existência humana condigna. Conclui afirmando que, ao contrário de uma anterior interpretação do Tribunal Constitucional Alemão, hoje há uma obrigação do Estado à procura de um mínimo existencial, donde decorre um direito subjetivo público à assistência àqueles que, por causas alheias à sua vontade, estejam em situação de necessidade⁴¹.

A jurisprudência de Portugal reconheceu também o direito de o indivíduo não ser privado do mínimo para a sua existência condigna, bem como o direito a exigir do Estado que implemente prestações sociais, com o escopo de garantir esse mínimo de existência condigna. O Tribunal Constitucional de Portugal reconheceu, no acórdão n.º 509/2002, “que o direito ao mínimo de existência condigna se encontra constitucionalmente garantido”⁴². Já, no acórdão n.º 349/91, prescreveu que “a percepção de uma prestação proveniente do sistema de segurança social que lhe possibilite uma subsistência condigna (...)” decorre do artigo 63º, da Lei

³⁹ Nesse sentido J. C. Vieira de Andrade. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 388.

⁴⁰ Cf. Ernest Benda. Dignidad humana y derechos de la personalidad (*Capítulo IV*). Manual de Derecho Constitucional. Obra coletiva: Benda, Maihofer, Vogel, Hesse e Heyde. Madri: Marcial Pons Ediciones Jurídicas e Sociales S.A, 2001. p. 118.

⁴¹ Idem, p. 126.

⁴² Jurisprudência do Tribunal Constitucional. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/jurisprudência/htm>>. Acesso em: 15 de Agosto de 2003.

Fundamental, e do princípio da dignidade da pessoa humana, “(...) condensado no artigo 1º, da Constituição”⁴³.

O direito à saúde e o correlato dever da Administração Pública de protegê-lo e garanti-lo decorrem diretamente da Constituição, em razão do núcleo dos direitos sociais concretizar a igualdade material e garantir a dignidade da pessoa humana, princípio fundamental do ordenamento jurídico e do Estado.

A própria Constituição fundamenta o dever de garantia e proteção do direito à saúde, como forma de tutelar o direito à vida digna. Tal concepção é consequência do efeito vinculante dos direitos fundamentais. Há, pois, uma obrigação derivada da Constituição de proteção, respeito e garantia do direito fundamental à saúde. Essa vinculação implica uma ampliação do conceito de princípio da legalidade, “que deixa de ser visto como uma mera submissão à lei, para passar a significar a realização do Direito através da lei”⁴⁴. Vale dizer, os destinatários da norma constitucional não estão sujeitos apenas à lei formal, senão também aos princípios gerais de direito.

Paulo Otero preceitua que o Estado não está vinculado apenas à lei formal, mas à idéia do “Direito justo, que lhe é superior, anterior e indisponível”. O autor afirma ainda que “o princípio da legalidade cede perante o princípio da juridicidade”⁴⁵. Este, esclarece Paulo Otero, é formado pela integração dos princípios da constitucionalidade e da legalidade⁴⁶.

Com efeito, é possível extrair do preceito constitucional inserto no artigo 196, do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida, a legitimidade do Ministério Público para a defesa de direito individual à saúde.

A vinculação de todos os indivíduos a uma ordem de valor superior e anterior ao legislador constituinte determina o comportamento ativo do Ministério Público, legitimando a atuação administrativa e judicial do *parquet* na tutela do direito individual à saúde.

Aceita a tese de que o direito fundamental à saúde, como direito a prestação, tem como fim a proteção do direito a vida e a dignidade da pessoa humana, não há como questionar a aplicabilidade imediata da norma prevista no artigo 196 da Constituição Federal, a legitimidade do Ministério Público para a defesa do direito individual à saúde e a possibilidade de buscar a tutela jurisdicional para a proteção desse direito fundamental, ou a denominada sindicabilidade judicial do direito à saúde.

IV -O Ministério Público como defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos sociais e individuais indisponíveis

A evolução histórica do Ministério Público no Brasil está ligada ao Direito Português, pois, em 1603, as Ordenações Filipinas traziam em seu bojo títulos a respeito do “procurador dos feitos da Coroa” (XII), do “procurador dos feitos da fazenda” (XIII), do “promotor de justiça da

⁴³ Acórdãos do Tribunal Constitucional. Lisboa: Tribunal Constitucional, 19º volume, 1991 (maio a agosto), p. 507-525

⁴⁴ Cf. Vasco Pereira da Silva. Em busca do acto administrativo perdido.Reimpressão. Coimbra:Almedina, 2003, p. 85.

⁴⁵ O Poder de Substituição em Direito Administrativo, Vol. II..., op. cit. p. 552-554.

⁴⁶ Idem, p. 567.

Casa da Suplicação” (XV), e do “promotor de justiça da Casa do Porto” (XLIII)⁴⁷. Já em 1609, foi instituído o Procurador da Coroa de Portugal junto ao Tribunal da Relação da Bahia⁴⁸.

No entanto, somente em 1890, por meio do Decreto nº 848, de 11 de outubro, e do Decreto nº 1.030, de 14 de novembro, o Ministério Público foi reconhecido como instituição, durante o período em que Campos Salles esteve à frente do Ministério da Justiça no governo provisório da República. Posteriormente, a Constituição Federal de 1934 institucionalizou o Ministério Público, inserindo-o no Capítulo VI (arts. 95 a 98) e atribuindo-lhe o título de órgão de “cooperação nas atividades governamentais”⁴⁹. Já a Constituição de 1946 organizou a carreira dos membros do Ministério Público e garantiu-lhes a estabilidade e a inamovibilidade relativa. Durante a ditadura militar (emenda constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969), o Ministério Público foi inserido no capítulo do Poder Executivo, sendo que o chefe da instituição poderia ser nomeado e demitido livremente pelo Presidente da República⁵⁰.

Apesar das previsões constitucionais, o desenvolvimento do Ministério Público recebeu grande impulso a partir da promulgação da sua Lei Orgânica – Lei Complementar nº 40, de 14 de dezembro de 1981 – e da Lei da Ação Civil Pública – Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Essas duas leis modificaram o perfil do Ministério Público, sobretudo porque a segunda (Lei de Ação Civil Pública) conferiu-lhe a atribuição para a defesa de interesses transindividuais.

As transformações mencionadas de forma superficial culminaram com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que erigiu o Ministério Público “a uma posição até então jamais alcançada, com garantias de Poder de Estado(...)”⁵¹.

A posição preeminente concedida pela Constituição Federal ao Ministério Público não o transforma em um quarto poder do Estado, mas o coloca como uma “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (artigo 127).

Ressai do mandamento constitucional que o Ministério Público possui o dever de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os direitos sociais e individuais indisponíveis⁵². Impende reconhecer que o *parquet* brasileiro tem por função precípua a defesa do próprio Estado Democrático de Direito, da Constituição e dos direitos fundamentais.

Em um Estado Constitucional de Direito, como o Estado Social brasileiro (ou pós-social ou pós-providência), existe uma vinculação entre a ordem jurídica, o regime democrático e os direitos fundamentais sociais. Somente nos regimes democráticos, nos quais há a supremacia da Constituição e a participação popular na formação da vontade do Estado e na concretização de suas funções, os direitos fundamentais sociais são respeitados. Por seu turno, a democracia não pode sobreviver em um sistema em que fiquem desprotegidos os direitos fundamentais⁵³. Enfim,

⁴⁷ Cf. Eduardo Ritt. O Ministério Público como instrumento da democracia e garantia constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 119.

⁴⁸ Cf. Hugo Nigro Mazzili. Ministério Público. 3ª Ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005, p. 23. Pertinente a ressalva feita por Eduardo Ritt acerca de que, no período do Brasil-Colônia e do Brasil-Império, o Ministério Público não existia como instituição, pois não havia qualquer organização do *parquet* e os promotores públicos eram nomeados pelo Executivo, isto é, não eram independentes e nem tampouco gozavam de qualquer garantia (op. cit., p. 121).

⁴⁹ Cf. José Afonso da Silva. Curso de Direito Constitucional Positivo. 16ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 582.

⁵⁰ O esboço histórico foi extraído da obra de Hugo Nigro Mazzili (O Ministério Público..., op. cit., p. 23 a 26).

⁵¹ Cf. Hugo Nigro Mazzili. O professor alerta que, em virtude da sua independência funcional e das garantias constitucionais, o Ministério Público passou a agir mais efetivamente contra os governantes e poderosos. Tal atuação provocou (e provoca) “embaraços a autoridades, parlamentares, grandes empresários e poderosos em geral”. Com isso, tais autoridades propuseram emendas constitucionais para “responsabilizar pessoalmente o membro do Ministério Público, limitar ou reduzir suas garantias e, especialmente, voltar ao velho e bom tempo em que o governante podia escolher e demitir livremente o chefe do Ministério Público” (O Ministério Público..., op. cit., p. 25 e 26).

⁵² No mesmo sentido, Hugo Nigro Mazzili (Ministério Público..., op. cit., p. 19).

⁵³ Norberto Bobbio diz que “(...) direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais...” (A era dos

na democracia há a conjugação da soberania popular com a defesa integral dos direitos fundamentais e a vinculação de todos os poderes públicos e dos indivíduos à Constituição e ao direito como um todo (princípios e valores).

A defesa integral dos direitos fundamentais tem como corolário a realização plena dos direitos, liberdades e garantias, e dos direitos económicos, sociais e culturais, em uma perspectiva de unidade, indivisibilidade, inter-relação e interdependência dos direitos fundamentais⁵⁴.

Tais elementos – democracia e direitos fundamentais –, aliados aos princípios, aos valores subjacentes às normas constitucionais e aos objetivos fundamentais previstos no artigo 3º da Lei suprema, integram o conteúdo material da Constituição. Donde se infere que o Estado Social e Democrático de Direito instituído pela Constituição Federal de 1988 não é apenas um Estado formal de Direito, mas também um Estado de Justiça⁵⁵. Por conseguinte, os Poderes Públicos devem agir para garantir e proteger o regime democrático, os direitos fundamentais, os princípios constitucionais e os valores subjacentes às normas, a fim de que o Estado busque a justiça social e garanta uma vida digna para todos os indivíduos.

O regime democrático, ademais, implica a garantia e o dever de promoção da igualdade material, conferindo a todos o direito de participação na vida política do Estado. Contudo, somente é possível alcançar essa igualdade material, garantir a liberdade e a participação de todos os indivíduos, se esses direitos estiverem acompanhados da implementação de políticas públicas que garantam o mínimo necessário à existência condigna⁵⁶. É forçoso concluir que a defesa do Estado Democrático de Direito somente será completa e efetiva com a garantia de condições dignas de vida para todos os indivíduos. Enquanto existir a miséria, a fome, as desigualdades sociais, o analfabetismo, os altos índices de mortalidade infantil, não haverá, no Brasil, o verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Impende concluir que a concretização do Estado Democrático de Direito e a defesa da ordem jurídica dependem da realização efetiva dos direitos sociais. Em contrapartida, a omissão Administrativa não viola apenas o direito positivo constitucional. Vai além: fere de morte o próprio Estado Democrático de Direito, uma vez que nega aos indivíduos o direito de serem

direitos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 21). Em sentido semelhante, José Luiz López Gonzáles aduz que somente por meio de um Estado social eficaz, isto é, que proporcione as prestações cidadãs básicas, podem-se tornar efetivos os princípios da liberdade e da igualdade. Nesse sentido, prossegue o professor da Universidade Autônoma de Madri, o Estado de Direito para ser democrático deve ser social. Liberdade e igualdade constituem valores estreitamente ligados em nosso modelo de civilização (Reflexiones sobre los derechos sociales y sua eficacia jurídica. Em Revista General de Derecho. Valência: Revista General de Derecho, janeiro-fevereiro de 1997, p. 167).

⁵⁴ Invocando John Friedman, Milena Peters Melo reafirma a posição de que a “exclusão política dos indivíduos pertencentes aos extratos mais pobres da população está condicionada por sua exclusão social”. Em outro trecho de seu opúsculo, a autora conclui afirmando que “os conceitos de cidadania, democracia e direitos humanos estão intimamente ligados, um remete ao outro, seus conteúdos interpenetram-se: a cidadania não é constatável sem a realização dos Direitos Humanos, da mesma forma que os Direitos Humanos não se concretizam sem o exercício da democracia” (A Concretização-Efetividade dos direitos sociais, económicos e culturais como elemento constitutivo fundamental para a cidadania no Brasil. Em Revista do Instituto Interamericano de Direitos Humanos. San José, Costa Rica, p. 217 e 219).

⁵⁵ Gomes Canotilho ressalta que o Estado de Direito é um Estado constitucional, o que pressupõe a existência de uma ordenação normativa fundamental dotada de supremacia – supremacia da constituição. É a supremacia da constituição, segundo o professor de Coimbra, que fundamenta o primado do direito. Direito que apresenta características de conteúdo e de forma: como conteúdo é “indissociável da realização da justiça, da efectivação de valores políticos, económicos, sociais e culturais; como forma, ele aponta para a necessidade de garantias jurídico-formais de modo a evitar acções e comportamentos arbitrários e irregulares dos poderes públicos” (Direito Constitucional. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 244 e 245). Já Milena Petters Mello corrobora a conclusão acerca do Estado Democrático de Direito instituído pela Carta de 1988 não se identificar com um Estado de direito formal, mas com um “Estado de justiça social, concretamente realizável” (op. cit., p. 228).

⁵⁶ Pertinentes os comentários de Luís Roberto Gomes: “(...) de nada interessará àquele que passa fome, àquele que não tem moradia, àquele que perambula por hospitais por um tratamento de saúde, saber que é um dos que detêm o poder político soberano estatal, que é o mandante dos poderes estatais e que pode participar direta ou indiretamente da condução do poder, se não houver a concretização de direitos mínimos necessários a uma existência digna” (O Ministério Público e o controle da omissão administrativa: o controle da omissão Estatal no direito ambiental. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 24).

realmente livres (princípio da liberdade material), de participarem efetivamente do Estado, de usufruírem de uma vida digna e com qualidade, e de serem tratados de forma igual aos demais membros da sociedade (princípio da igualdade real).

É exatamente nesse contexto que o Ministério Público brasileiro surge como guardião não apenas da legalidade, do direito positivo, senão também de um direito que extrapola a norma posta e alcança o conteúdo material da Constituição. Com efeito, o Ministério Público, ao defender a ordem jurídica, o regime democrático e os direitos sociais e individuais indisponíveis garante a realização concreta dos direitos fundamentais positivados e “de valores e princípios (soberania popular, garantia da dignidade humana, pluralismo político, organização política democrática”⁵⁷, igualdade e liberdade) constitucionais, visando sempre realizar a inclusão social, “construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (artigo 3º, incisos I a IV, da Constituição Federal). Em última análise, o Ministério Público garante a supremacia formal e material da Constituição⁵⁸, promove a Justiça social, protege e implementa concretamente os direitos fundamentais, sejam eles direitos, liberdades e garantias, ou direitos econômicos, sociais e culturais.

V – A legitimidade do Ministério Público para a proteção do direito individual à saúde como forma de proteção do direito à vida em sua ampla dimensão

Além de defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, o Ministério Público deve “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia” (artigo 129, inciso II, da Constituição Federal).

Analisando o texto da Lei suprema, infere-se que o Ministério Público tem a função também de dar efetividade aos direitos fundamentais, garantindo a aplicabilidade das normas constitucionais e fiscalizando as ações e omissões dos Poderes Públicos que possam violar (por ação ou omissão) a Constituição.

Daí que o Ministério Público deve atuar para impedir que os direitos de liberdade sejam violados por atuações dos particulares e dos poderes públicos, assim como deve exigir comportamento ativo dos Poderes Legislativo e Executivo para a concretização dos direitos sociais. Com essas atuações, o Ministério Público impede ações arbitrárias dos poderes públicos e garante uma existência humana digna a todos os desvalidos. Enfim, o Ministério Público busca a igualdade e liberdade reais e a proteção da dignidade da pessoa humana.

Amalgamados os cânones do artigo 127, *caput*, e do artigo 129, inciso II, ambos da Constituição Federal, conclui-se que o Ministério Público recebe da própria Lei suprema a atribuição de defender o direito individual à saúde, como pressuposto de proteção do direito à vida digna.

A legitimidade do Ministério Público encontra espeque, também, na unidade, indivisibilidade, inter-relação e interdependência dos direitos fundamentais.

⁵⁷ Cf. Eduardo Ritt. O Ministério Público como instrumento..., op. cit., p. 158.

⁵⁸ *idem*, p. 155.

Tal ilação exsurge da necessidade da proteção efetiva do direito à vida em sua ampla dimensão, que somente se concretizará com a garantia do direito à saúde. O direito à vida digna, em outras palavras, “depende” da efetividade da proteção do direito à saúde.

Ao analisarmos a concepção da unidade e indivisibilidade dos direitos fundamentais numa perspectiva negativa, concluiremos que a ausência de proteção efetiva do direito à saúde, com o não fornecimento de medicamentos, não realização de tratamentos de alta complexidade e cirurgias, etc., acarretaria, sem dúvida nenhuma, consequências adversas para o exercício dos direitos civis e políticos, bem como dos direitos econômicos, sociais e culturais, e colocaria em risco o direito à vida digna.

Posto isso, como negar ao Ministério Público a legitimidade para a defesa do direito individual à saúde, quando a própria Declaração Universal dos Direitos do Homem prescreve a unidade, indivisibilidade, inter-relação e interdependência dos direitos humanos e quando o próprio direito indisponível à vida em sua ampla dimensão depende da eficácia e da efetividade da proteção daquele direito fundamental.

Por essas razões, a violação por omissão do direito individual à saúde autoriza e determina (dever) que o Ministério Público atue⁵⁹, por meio dos instrumentos jurídicos colocados à sua disposição – recomendações e ações civis públicas –, para defender a Constituição como ordem jurídica formal e material suprema. Ao combater a omissão inconstitucional, o Ministério Público cumpre a ordem imposta pela própria Constituição e participa da concretização no mundo real dos direitos fundamentais sociais, os quais impõem um *facere* ao Estado.

Em outras palavras: se as normas definidoras do direito fundamental à saúde criam vínculos positivos aos Poderes Legislativo e Executivo e estes são omissos, o Ministério Público possui o dever de agir para exigir o cumprimento da Constituição, ainda que a incúria atinja apenas um indivíduo.

A legitimidade do Ministério Público, que, em princípio, refere-se à tutela de interesses metaindividuais, amplia-se, de forma excepcional, para a defesa de direito individual em razão da necessidade premente de proteção do direito à vida digna.

Esclarecendo melhor: se há unidade, indivisibilidade e inter-relação dos direitos fundamentais; se a proteção do direito à vida em sua ampla dimensão – direito à vida digna – necessita da efetividade do direito à saúde; o Ministério Público detém legitimidade para defender um único indivíduo que se vê privado do acesso à saúde, seja diante da negativa de atendimento médico ou do não fornecimento de medicamento, postulando a tutela administrativa ou judicial adequada.

Com essa atuação, o Ministério Público garante, protege e torna efetivo o próprio direito à vida digna.

Nas palavras de Clémerson Merlin Clève, é função do Ministério Público, “como defensor dos interesses da sociedade, tomar as medidas necessárias para a adoção, pelo Estado,

⁵⁹Na mesma senda, Luís Roberto Gomes preleciona que, diante da omissão ilícita que viola os postulados do Estado Democrático de Direito, cabe ao Ministério Público agir “para corrigir a iniquidade, através dos instrumentos administrativos e processuais de que dispõe”, uma vez que lhe foi atribuída pelo constituinte a “defesa da cidadania, do regime democrático e do respeito ao princípio da igualdade” (op. cit., p. 25). Em outro excerto de seu opúsculo, Luís Roberto Gomes ressalta que, em decorrência da possibilidade dos direitos assegurados pela Constituição serem violados por omissão do Poder Público, detém o Ministério Público “função institucional que o autoriza a agir, promovendo as medidas necessárias para a supressão da inércia, quando ilícita”. Prossegue o membro do Ministério Público Federal dizendo que “(...) se a própria norma constitucional é expressa quando diz que o exercício de reportada função dar-se-á ‘promovendo as medidas necessárias a sua garantia’ (CF, art.129, inc. II), certamente legitima o Ministério Público a expedir recomendação ou ajuizar ação civil pública visando que a entidade responsável saia da inércia quando configurada a omissão inconstitucional, lesiva porquanto a direitos assegurados na Constituição” (op. cit., p. 31).

das políticas públicas voltadas à realização dos direitos fundamentais, em especial, dos direitos fundamentais sociais de caráter prestacional”⁶⁰.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em aresto da lavra da eminente Desembargadora Maria Elza, publicado em 12 de novembro de 2004, assim se pronunciou sobre a atribuição constitucional do Ministério Público para a defesa dos direitos fundamentais sociais:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. OMISSÃO DO PODER EXECUTIVO NO FORNECIMENTO DE SERVIÇO DE RELEVÂNCIA PÚBLICA DE TRANSPORTE DE DOENTES. DETERMINAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO PARA CUMPRIMENTO DE DEVER CONSTITUCIONAL. INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DE SEPARAÇÃO DE PODERES E À CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL. “O Ministério Público, como defensor dos interesses da sociedade perante o Estado, possui legitimidade para zelar pelo efetivo cumprimento dos serviços de relevância pública assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia (art. 129, inciso II cumulado com art. 197, da CF). Ademais, a sua atuação para assegurar a prestação de serviço de relevância pública encontra amparo no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e nos direitos sociais fundamentais à vida e à saúde. Um pedido, que concretiza objetivos, princípios e direitos fundamentais da República e que se harmoniza com o Estado Social e Democrático de Direito, consagrado pela Constituição da República de 1988, não pode ser considerado juridicamente impossível...”

Conclui a eminente desembargadora rendendo encômios à atuação do Ministério Público. Diz a magistrada:

“ (...) Louve-se a atuação do Ministério Público do Estado de Minas Gerais na defesa permanente dos direitos sociais da população carente que, por ser menos favorecida do ponto econômico, social, político e cultural, é constante esquecida pelos donos do poder, sendo apenas lembrada em épocas eleitorais”⁶¹.

Assim, a Constituição Federal e a unidade, indivisibilidade, inter-relação e interdependência dos direitos fundamentais legitima o Ministério Público a tutelar direito individual à saúde como forma de proteção ao direito à vida digna.

Acrescente-se, por fim, que, diante da omissão do Poder Público em garantir de forma efetiva a concretização do direito à saúde, o Ministério Público pode (deve) atuar na esfera administrativa, por meio de recomendações e requisições, e buscar a tutela judicial por meio das ações civis públicas.

Clémerson Merlin Cléve ressalta que, em razão da ineficácia do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, assim como em virtude da incerteza da real utilidade da arguição de descumprimento de preceito fundamental, há necessidade de buscar-se meios para a satisfação judicial dos direitos fundamentais contra a omissão do Poder Público. Tais meios, segundo o professor, são as ações civis públicas⁶².

⁶⁰ Desafio da efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 29 de agosto de 2005.

⁶¹ Excertos da decisão proferida nos autos do processo nº 10686.02.040.293-5/001. Disponível na internet: <www.tjmg.gov.br/juridico/jt/inteiro_teor/>. Acesso em 27 de agosto de 2005

⁶² Desafio da efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 29 de agosto de 2005.

VI- Conclusões

1. O direito fundamental à vida deve ser interpretado em sua ampla dimensão, como direito a um nível de vida adequado com a condição humana, o que implica a garantia não apenas de subsistência, mas também de uma vida com qualidade e que preserve a dignidade da pessoa humana;

2. os direitos fundamentais são unos, indivisíveis, inter-relacionados e interdependentes;

3. considerando a natureza das obrigações que geram os direitos fundamentais, consistentes em obrigações negativas e positivas, não há diferenças substanciais entre os direitos, liberdades e garantias e os direitos econômicos, sociais e culturais, mas apenas de grau, uma vez que, tanto estes, quanto aqueles, implicam prestações negativas e positivas;

4. a dignidade da pessoa humana é um princípio supremo, que teve sua origem no direito natural ou uma origem divina como um valor superior, e que fora introduzido no direito positivo por via da Declaração Universal dos Direitos do Homem, e tem por finalidade garantir a todos os seres humanos, dotados de inteligência e liberdade, sem distinção de raça, cor, credo, nível sócio-econômico e outras, um padrão de vida tal que possa ser considerada uma vida com qualidade;

5. o direito fundamental à saúde, como direito a prestação, tem como fim a proteção do direito a vida e a dignidade da pessoa humana;

6. por essa razão, o direito à saúde, previsto no artigo 196, da Constituição Federal, é análogo aos direitos, liberdades e garantias, gozando do respectivo regime reforçado de proteção, mormente a aplicabilidade imediata e sindicabilidade judicial;

7. o Ministério Público brasileiro surge como guardião não apenas da legalidade, do direito positivo, senão também de um direito que extrapola a norma posta e alcança o conteúdo material da Constituição;

8. o Ministério Público, ao defender a ordem jurídica, o regime democrático e os direitos sociais e individuais indisponíveis garante a realização concreta dos direitos fundamentais positivados e de valores e princípios (soberania popular, garantia da dignidade humana, pluralismo político, organização política democrática, igualdade e liberdade) constitucionais, visando sempre realizar a inclusão social, “construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (artigo 3º, incisos I a IV, da Constituição Federal).

9. o Ministério Público garante a supremacia formal e material da Constituição, promove a Justiça social, protege e implementa concretamente os direitos fundamentais, sejam eles direitos, liberdades e garantias, ou direitos econômicos, sociais e culturais.

10.a unidade, indivisibilidade, inter-relação e interdependência dos direitos fundamentais, a necessidade de efetividade do direito à saúde como forma de proteção do direito à vida em sua ampla dimensão – direito à vida digna –, o dever de promover a justiça social e de concretizar os direitos fundamentais, legitimam o Ministério Público a defender um único indivíduo que se vê privado do acesso à saúde, seja diante da negativa de atendimento médico ou do não fornecimento de medicamentos, postulando a tutela administrativa ou judicial adequada.

11.a defesa do direito individual à saúde por parte do Ministério Público deve ser concomitante à sua atuação na tutela coletiva desse direito fundamental, a fim de garantir a eficácia e a qualidade do Sistema Único de Saúde.

VI- Referências bibliográficas

- ABRAMOVICH, Victor e COURTIS, Christian. Los derechos sociales como derecho exigibles. Madri: Editorial Trotta, 2002.
- ALEXYY, Robert. Teoria de Los Derechos Fundamentales. 2ª reimpressão. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- BENDA, Ernest. Dignidad humana y derechos de la personalidad (*Capítulo IV*). Manual de Derecho Constitucional. Obra coletiva: Benda, Maihofer, Vogel, Hesse e Heyde. Madri: Marcial Pons Ediciones Jurídicas e Sociales S.A, 2001. p. 118-143.
- BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- _____. Tomemos en serio los derechos económicos, sociales e culturales. Revista Del Centro de Estudios Constitucionales. Num 1. Septiembre-diciembre 1988, p. 239-260.
- DELPÉRÉE, Francis. O Direito à Dignidade Humana. In Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho/coordenadores Sérgio Rezende de Barros e Fernando Aurélio Zilveti. São Paulo: Dialética, 1999, p. 151-162
- FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías. La ley Del más débil. Madri: Editorial Trotta, 1999.
- _____. Prefácio da obra de ABRAMOVICH, Victor e COURTIS, Christian. Los derechos sociales como derechos exigibles. Madri: Editorial Trotta, 2002, p. 9-14.
- GOMES, Luís Roberto. O Ministério Público e o controle da omissão administrativa: o controle da omissão Estatal no direito ambiental. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.
- GONZÁLES, José Luis López. Reflexiones sobre los derechos sociales y sua eficácia jurídica. Em Revista General de Derecho. Valência: Revista General de Derecho, janeiro-fevereiro de 1997, p. 159 a 168.
- HABERLE, Peter. La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional. San Miguel: Pontifica Universidad Católica Del Peru – Fondo Editorial, 1997.
- HESSE, Konrad. Significado de los derechos fundamentales (Capítulo III) Manual de Derecho Constitucional. Obra coletiva: Benda, Maihofer, Vogel, Hesse e Heyde. Madri: Marcial Pons Ediciones Jurídicas e Sociales S.A, 2001.

- JÚNIOR, Jayme Benvenuto Lima. Caráter Expansivo dos Direitos Humanos na afirmação de sua indivisibilidade e exigibilidade. In *Direitos Humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional/ coordenação de Flávia Piovesan*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 651- 667.
- LUÑO, Antonio E. Perez . *Los Derechos Fundamentales*. 7ª ed. Madri: Tecnos, 1998.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. Ministério Público. 3ª ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005.
- MELO, Milena Petters. A concretização-efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais como elemento constitutivo fundamental para a cidadania no Brasil. Em *Revista do Instituto Interamericano de Direitos Humano-IIDH*. San Jose, Costa Rica: IIDH, p. 211 a 241.
- MIRANDA, Jorge. *Jurisprudência Constitucional Escolhida*. Volume I. 1ª ed. Lisboa: Universidade Católica, 1996.
- _____. A Constituição e a dignidade da pessoa humana. *Revista da Faculdade de Teologia – Lisboa*, volume XXIX. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 1999, p. 473-485.
- MUNCH, Ingo Von. La Dignidad del Hombre en el Derecho Constitucional. In *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 5 (Maio-Agosto). Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1982, p. 9-33.
- OTERO, Paulo. *O Poder de Substituição em Direito Administrativo- Enquadramento Dogmático-Constitucional*, vol. I. Lisboa: Lex, 1995.
- _____. *O Poder de Substituição em Direito Administrativo- Enquadramento Dogmático-Constitucional*. Vol. II. Lisboa: Lex, 1995.
- PEREZ, Jesús Gonzáles. *La Dignidad de La Persona*. Madri: Editorial Civitas.
- PEREZ, Miguel Angel Serrano. La dignidad de la persona. Em *La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario*. Barcelona: Editorial Boch.
- RITT, Eduardo. *O Ministério Público como instrumento da democracia e garantia constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003.