

O DEVER FUNDAMENTAL DE PROTEÇÃO DA SAÚDE NO ÂMBITO DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Edmilson Pereira da Silva Júnior¹

RESUMO

O presente artigo científico tem como escopo elaborar uma análise jurisprudencial da tutela protetiva constitucional da saúde no âmbito das decisões dos Tribunais Superiores. Objetiva-se, pois, proceder à averiguação da exegese suplantada pelas mais altas Cortes Judiciais do país. Contrapõe-se, por conseguinte, de forma analítica, os meios de tutela protetiva que impõe ao Estado o dever de garante em relação à saúde – direito fundamental do Estado Democrático de Direito.

Palavras-Chave: Seguridade Social; Saúde; Tutela Jurisdicional; Jurisprudência dos Tribunais Superiores

1. DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE

É inegável a relevância de um tratamento diferenciado ao Direito à saúde na Carta Maior brasileira, uma vez que um tratamento mais enfático à saúde é de suma importância para uma melhor qualidade de vida para a população. Assim, a Constituição Federal de 1988 (CF/88), em seu art. 196, estabelece como garantia a todos os brasileiros esse direito, como apontado a seguir:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e

¹ Acadêmico do 10º Período do Curso de Direito da Universidade Estadual de Montes Claros - UNIMONTES

ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação.

Logo, é notável a importância que o ordenamento jurídico brasileiro deu ao direito à saúde, tornando-a um bem jurídico constitucionalmente tutelado. De acordo com o texto constitucional supracitado, é uma incumbência do poder público a formulação e implementação de políticas sociais e econômicas para a viabilização de uma assistência médico hospitalar de uma maneira universal e igualitária.

Além disso, há uma estreita relação entre o direito à saúde e à vida, visto que o direito à vida não seria exercido plenamente sem a garantia do direito à saúde. Sendo assim, a atenção a saúde constitui um direito de todo cidadão e um dever do Estado, sendo obrigatório sua garantia nas políticas públicas.

O tratamento constitucional dado à saúde é bastante enfatizado na Magna Carta, como leciona André da Silva Ordacgy:

A Carta Política de 1988 consagra como fundamento da República, em seu art. 1º, III, a Dignidade da Pessoa Humana. Mais ainda, o art. 5º, caput, garante a todos o direito à vida, bem que deve ser resgatado por uma única atitude responsável do Estado, qual seja, o dever de fornecimento da medicação por uma única atitude responsável do Estado, qual seja, o dever de fornecimento de medicação e/ou da intervenção médica necessária a todo cidadão que dela necessite. O Direito à Saúde, além de qualificar-se como direito fundamental que assiste às pessoas, representa consequência constitucional indissociável do direito à vida, e uma vida digna. (ORDACGY, 2013)

Além dos já citados anteriormente, o texto constitucional trata do direito à saúde como um direito social (art. 6º). Já no art. 7º, estão contidos dois incisos que remetem ao tema:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

IV – salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

XXII – redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

A CF/88 não exaure nesses textos que abordam a temática da saúde, possuindo diversos textos enfatizando a importância da saúde, como em seu art. 23, II, que dita a competência para cuidar da saúde para a União, Estados, Distrito Federal e os Municípios. Já o art. 24, XII, estabelece que a União, os Estados e o Distrito Federal possuem competência concorrente para legislar sobre a defesa da saúde.

Os Municípios, por força do art. 30, I, também possuem competência para legislar sobre a saúde, uma vez que, na prática, os serviços de saúde no Brasil estão, em grande parte, municipalizados. Além disso, segundo o inciso VII do mesmo artigo, os Municípios deverão prestar, recebendo cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimentos à saúde da população.

A CF/88, em seu art. 34, VII, “e”, prevê uma intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal em situações em que o mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, relativos às transferências para a manutenção dos serviços públicos de saúde. Há também uma possibilidade de intervenção dos Estados nos Municípios, quando o mínimo exigido da receita municipal para a manutenção e desenvolvimento de políticas públicas para a manutenção da saúde (art. 35, III).

Enfim, Constituição Federal de 1988 dá grande ênfase ao direito à saúde, possuindo diversos artigos inerentes ao tema, além dos citados anteriormente. Além disso, a doutrina dá grande ênfase à esse direito, abordando ainda uma dupla vertente na efetivação e garantia da saúde, como leciona Pedro Lenza:

Como se sabe. A doutrina aponta a dupla vertente dos direitos sociais, especialmente no tocante à saúde, que ganha destaque, enquanto direito social, no texto de 1988: a) natureza negativa: o Estado ou terceiro devem abster-se de praticar atos que prejudicam terceiros; b) natureza positiva: fomenta-se um Estado prestacionista para implementar o direito social. (LENZA, 2012, p. 1077)

Isto posto, é de suma relevância um tratamento especial, dado pela doutrina e jurisprudência, aos princípios e normas relativos ao direito à saúde, uma vez que esse direito é fundamental para a efetivação de um outro preceito constitucional também muito importante: a dignidade da pessoa humana.

2. OS PRINCÍPIOS INERENTES AO DIREITO À SAÚDE

O princípio constitucional da igualdade é um dos mais importantes da CF/88 e prevê um tratamento equânime entre todas as pessoas, proporcionando a todos um acesso igualitário à saúde. Nesse sentido, tal princípio deve ser dirigido imediatamente ao legislador e mediamente aos seus aplicadores. No que tange ao tema, Leny Pereira da Silva, citando Celso Antônio Bandeira de Melo, faz as seguintes considerações:

O grande estudo do princípio da igualdade deve-se a notável monografia “O Conteúdo Jurídico da Igualdade” de Celso Antônio Bandeira de Mello”, que esclarece em que hipótese pode a lei estabelecer discriminações e em que situações, inversamente, o *discrimen* legal colide com a isonomia. Segundo as lições do nobre jurista, as discriminações são admissíveis quando houver uma correlação lógica entre o fator de *discrimen* legal e a desequiparação procedida e que esteja de acordo com os interesses delineados na Constituição Federal. Para o autor, há necessidade da concorrência de quatro elementos, a fim de que não se agrida o princípio da isonomia. (PEREIRA DA SILVA, p. 23)

Já o princípio da proporcionalidade tem como escopo a vedação do excesso, com a finalidade de evitar abusos relativos ao direito à saúde. Tal princípio deve ser levado em conta para a elaboração e aplicação das leis relativas ao direito à saúde. Na aplicação de lei, o juiz deverá usar da proporcionalidade em sentido estrito para a aplicação no caso concreto para atingir os fins almejados por aquela determinada lei, evitando-se, assim, os excessos. Roberta Pappen da Silva aborda o tema de modo que é perfeitamente empregável ao direito à saúde e sua aplicação ao caso concreto, como mencionado a seguir:

A vinculação do princípio da proporcionalidade por via dos direitos fundamentais justifica o entendimento de que qualquer manifestação do poder público deve render-lhe obediência, pois se modera pela necessidade que o operador jurídico tem de analisar o caso concreto em cotejo com a norma aplicável, e ao, utilizá-la à realidade vigente em determinado período e para determinada realidade. Por meio deste princípio verifica-se se os fatores de restrição tomados em consideração são adequados à realização ótima dos direitos colidentes ou concorrentes e, em razão desse motivo que o princípio da proporcionalidade aufere um grande prestígio. Afinal, o que se almeja é a garantia aos indivíduos de direitos fundamentais que não podem ser menosprezados a qualquer título. (PAPPEN DA SILVA, 2005)

Por fim, o princípio da reserva do possível tem estreita relação com os aspectos jurídicos do direito à saúde. Esse princípio tem o intuito de regular a atuação estatal na efetivação dos direitos sociais e fundamentais contidos na Constituição Federal. Nesse

diapensão, o princípio da reserva do possível visa à prestação do Estado condicionada à existência de recursos públicos disponíveis. Trata de um conceito doutrinário alemão, que estabelece a garantia dos direitos fundamentais quando houver recursos públicos suficientes para a efetivação de tais direitos. Enfim, é notável que o objetivo primordial de tal dispositivo é a ponderação na concessão dos direitos sociais e fundamentais.

Essa limitação na atuação estatal contida no princípio da reserva do possível vai de encontro com uma importante ressalva - o da garantia do mínimo existencial, como explana Suélen Pereira Coutinho do Nascimento:

O mínimo existencial, portanto, abrange o conjunto de prestações materiais necessárias e absolutamente essenciais para todo ser humano ter uma vida digna. Ele é tão importante que é consagrado pela doutrina como sendo o núcleo do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana previsto na art. 1º, III da CF/88. (COUTINHO DO NASCIMENTO, 2013)

Logo, depreende-se deste tema a ideia de que a saúde, além de ser tratada como um direito social e fundamental garantido na Magna Carta de 1988, é imprescindível que seja fortalecida a judicialização desse direito, visto que o Poder Judiciário é essencial para a sua efetivação e para o combate às possíveis arbitrariedades do Poder Público em sua atuação.

3. JURISPRUDENCIA

I) Legitimidade Ativa Ad Causam do Ministério Público

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO À SAÚDE. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E INDISPONÍVEIS. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRECEDENTES. 1. O Ministério Público ajuizou ação civil pública visando à condenação da concessionária de energia elétrica à obrigação de não fazer, consistente na proibição de interromper o fornecimento do serviço à pessoa carente de recursos financeiros, diagnosticada com enfermidade grave e que depende, para sobreviver, da utilização doméstica de equipamento médico com alto consumo de energia. 2. Conforme jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, o Ministério Público detém legitimidade ativa ad causam para propor ação civil pública, objetivando a proteção do direito à saúde de pessoa hipossuficiente, porquanto se trata de direito fundamental e indisponível, cuja relevância interessa à toda sociedade. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ , Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA, Data de Julgamento: 04/06/2013, T1 - PRIMEIRA TURMA)

II) Dano moral configurado diante da Recusa de tratamento de saúde

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVOS REGIMENTAIS. RECUSA DE TRATAMENTO DE SAÚDE. DANO MORAL CONFIGURADO. PRECEDENTES DESTA CORTE. DANOS CONTRATUAIS. JUROS MORATÓRIOS A PARTIR DA CITAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. SEGUNDO AGRAVO REGIMENTAL. VALOR DO DANO MORAL. IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DO VALOR. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONTEÚDO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. A recusa indevida à cobertura pleiteada pelo segurado é causa de danos morais, pois agrava a sua situação de aflição psicológica e de angústia no espírito. 2. Os juros moratórios nesse caso são contados a partir da citação válida. 3. Impossível alterar o valor da condenação dos danos morais fixados pelo Juiz Primevo sem reexaminar o conteúdo fático-probatório, Incidência da Súmula 7/STJ. 4. Primeiro agravo regimental conhecido e em parte provido e segundo agravo regimental improvido.

(STJ - AgRg no Ag: 1085240 RJ 2008/0176721-6, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 08/02/2011, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/02/2011)

III) Dever do Estado - direito fundamental à saúde

Comprovada a necessidade e a urgência do paciente acometido de obesidade mórbida de ser submetido a cirurgia bariátrica e não havendo perspectiva de que a intervenção possa ser levada a efeito a contento em hospital da rede pública, no prazo e pela técnica adequada ao seu caso, compete ao Estado, de forma a conferir efetividade à regra constitucional que consagra o direito à saúde, arcar com a despesas relativas aos honorários médicos, não cobertos pelo plano de saúde. II – Compete exclusivamente ao profissional de saúde responsável pelo paciente decidir qual o procedimento médico adequado no caso concreto, e não ao Estado. II –

II) Embargos infringentes rejeitados” (fls. 628-629 () Portanto, em face de todas as considerações expendidas, resulta inarredável que, sendo a cirurgia bariátrica por via videolaparoscópica apta para o tratamento da obesidade mórbida e das copatologias a ela inerentes e, principalmente, sendo essa a técnica recomendada para a autora, consideradas as peculiaridades do seu quadro clínico; ainda, revelando-se urgente a necessidade do tratamento e inexistindo vaga imediata na rede pública de saúde, em especial no programa gerido pelo Hospital Universitário de Brasília, deve o Distrito Federal ser compelido a arcar com o pagamento do valor que não foi objeto de cobertura pelo plano de saúde da autora, necessário à realização da intervenção, de forma a resguardar o direito fundamental à saúde e, em última análise, à própria vida” (fls. 634-637). Assim, firmar entendimento diverso implicaria novo exame do conjunto fático-probatório dos autos, circunstância que torna inviável o recurso nos termos da Súmula 279 do STF. Nesse sentido, menciono as seguintes decisões, entre outras: AI

842.356/RS, Rel. Min. Cármen Lúcia; RE 421.402/DF, Rel. Min. Dias Toffoli; AI 832.862-AgR/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, e AI 671.338-AgR/RS, Rel. Min. Ayres Britto. Isso posto, nego seguimento ao recurso (CPC, art. 557, caput). Publique-se. Brasília, 20 de setembro de 2012. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI- Relator -

(STF - ARE: 677280 DF , Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 20/09/2012, Data de Publicação: DJe-188 DIVULG 24/09/2012 PUBLIC 25/09/2012)

IV) Ministério Público é parte legítima para propor ação civil pública com o objetivo de tutelar direitos individuais indisponíveis

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. CONFIGURAÇÃO. 1. Não procede a alegação de ausência de prequestionamento do art. 25, a, da Lei n. 8.625/92, pois, apesar de não haver transcrição do artigo, a matéria foi expressamente analisada, tanto no acórdão do agravo de instrumento quanto nos embargos de declaração. 2. A jurisprudência pacífica da Primeira Seção desta Corte possui entendimento no sentido de que o Ministério Público é parte legítima para propor ação civil pública com o objetivo de tutelar direitos individuais indisponíveis. Precedentes. 3. O direito à vida e à saúde são direitos individuais indisponíveis, motivo pelo qual o Ministério Público é parte legítima para ajuizar ação civil pública visando o fornecimento de medicamentos. 4. O reconhecimento da repercussão geral pela Suprema Corte não enseja o sobrestamento do julgamento dos recursos especiais que tramitam no Superior Tribunal de Justiça. Precedentes. Agravo regimental improvido.

(STJ , Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 07/02/2013, T2 - SEGUNDA TURMA)

V) Consistencialidade do uso de células-tronco embrionárias

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5º DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSISTENCIALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. DESCABIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANÇA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS. IMPROCEDÊNCIA TOTAL

DA AÇÃO. I - O CONHECIMENTO CIENTÍFICO, A CONCEITUAÇÃO JURÍDICA DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS E SEUS REFLEXOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE BIOSSEGURANÇA. As "células-tronco embrionárias" são células contidas num agrupamento de outras, encontradas em cada embrião humano de até 14 dias (outros cientistas reduzem esse tempo para a fase de blastocisto, ocorrente em torno de 5 dias depois da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozóide masculino). Embriões a que se chega por efeito de manipulação humana em ambiente extracorpóreo, porquanto produzidos laboratorialmente ou "in vitro", e não espontaneamente ou "in vida". Não cabe ao Supremo Tribunal Federal decidir sobre qual das duas formas de pesquisa básica é a mais promissora: a pesquisa com células-tronco adultas e aquela incidente sobre células-tronco embrionárias. A certeza científico-tecnológica está em que um tipo de pesquisa não invalida o outro, pois ambos são mutuamente complementares. II - LEGITIMIDADE DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS PARA FINS TERAPÊUTICOS E O CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. A pesquisa científica com células-tronco embrionárias, autorizada pela Lei nº 11.105/2005, objetiva o enfrentamento e cura de patologias e traumatismos que severamente limitam, atormentam, infelicitam, desesperam e não raras vezes degradam a vida de expressivo contingente populacional (ilustrativamente, atrofia espinhais progressivas, distrofias musculares, a esclerose múltipla e a lateral amiotrófica, as neuropatias e as doenças do neurônio motor). A escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou desapareço pelo embrião "in vitro", porém u'a mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio. Isto no âmbito de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica "a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça" como valores supremos de uma sociedade mais que tudo "fraterna". O que já significa incorporar o advento do constitucionalismo fraternal às relações humanas, a traduzir verdadeira comunhão de vida ou vida social em clima de transbordante solidariedade em benefício da saúde e contra eventuais tramas do acaso e até dos golpes da própria natureza. Contexto de solidária, compassiva ou fraternal legalidade que, longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões "in vitro", significa apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e se desesperam. Inexistência de ofensas ao direito à vida e da dignidade da pessoa humana, pois a pesquisa com células-tronco embrionárias (inviáveis biologicamente ou para os fins a que se destinam) significa a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade (Ministro Celso de Mello). III - A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E OS DIREITOS INFRACONSTITUCIONAIS DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTO. O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva (teoria "natalista", em contraposição às teorias "concepcionista" ou da "personalidade condicional"). E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significante de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana.

Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança ("in vitro" apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepitível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição.

IV - AS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO NÃO CARACTERIZAM ABORTO. MATÉRIA ESTRANHA À PRESENTE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. É constitucional a proposição de que toda gestação humana principia com um embrião igualmente humano, claro, mas nem todo embrião humano desencadeia uma gestação igualmente humana, em se tratando de experimento "in vitro". Situação em que deixam de coincidir concepção e nascituro, pelo menos enquanto o ovócito (óvulo já fecundado) não for introduzido no colo do útero feminino. O modo de irromper em laboratório e permanecer confinado "in vitro" é, para o embrião, insuscetível de progressão reprodutiva. Isto sem prejuízo do reconhecimento de que o zigoto assim extra-corporalmente produzido e também extra-corporalmente cultivado e armazenado é entidade embrionária do ser humano. Não, porém, ser humano em estado de embrião. A Lei de Biossegurança não veicula autorização para extirpar do corpo feminino esse ou aquele embrião. Eliminar ou desentranhar esse ou aquele zigoto a caminho do endométrio, ou nele já fixado. Não se cuida de interromper gravidez humana, pois dela aqui não se pode cogitar. A "controvérsia constitucional em exame não guarda qualquer vinculação com o problema do aborto." (Ministro Celso de Mello).

V - OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AUTONOMIA DA VONTADE, AO PLANEJAMENTO FAMILIAR E À MATERNIDADE. A decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como "direito ao planejamento familiar", fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da "dignidade da pessoa humana" e da "paternidade responsável". A conjugação constitucional da laicidade do Estado e do primado da autonomia da vontade privada, nas palavras do Ministro Joaquim Barbosa. A opção do casal por um processo "in vitro" de fecundação artificial de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para esse casal o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana opera por modo binário, o que propicia a base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou "in vitro". De uma parte, para aquinhoar o casal com o direito público subjetivo à "liberdade" (preâmbulo da Constituição e seu art. 5º), aqui entendida como autonomia de vontade. De outra banda, para contemplar os porvindouros componentes da unidade familiar, se por eles optar o casal, com planejadas condições de bem-estar e assistência físico-afetiva (art. 226 da CF). Mais exatamente, planejamento familiar que, "fruto da livre decisão do casal", é "fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável" (§ 7º desse emblemático artigo constitucional de nº 226). O recurso a processos de fertilização artificial não implica o dever da tentativa de nidação no corpo da mulher de todos os óvulos afinal fecundados. Não existe tal dever (inciso II do art. 5º da CF), porque incompatível com o próprio instituto do "planejamento familiar" na citada perspectiva da "paternidade responsável". Imposição, além do mais, que implicaria tratar o gênero feminino por modo desumano ou degradante, em contrapasso ao direito fundamental que se lê no inciso II do art. 5º da Constituição. Para que ao embrião "in vitro" fosse reconhecido o pleno direito à vida, necessário seria reconhecer a ele o direito a um útero. Proposição não autorizada pela Constituição.

VI -

DIREITO À SAÚDE COMO COROLÁRIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA DIGNA. O § 4º do art. 199 da Constituição, versante sobre pesquisas com substâncias humanas para fins terapêuticos, faz parte da seção normativa dedicada à "SAÚDE" (Seção II do Capítulo II do Título VIII). Direito à saúde, positivado como um dos primeiros dos direitos sociais de natureza fundamental (art. 6º da CF) e também como o primeiro dos direitos constitutivos da seguridade social (cabeça do artigo constitucional de nº 194). Saúde que é "direito de todos e dever do Estado" (caput do art. 196 da Constituição), garantida mediante ações e serviços de pronto qualificados como "de relevância pública" (parte inicial do art. 197). A Lei de Biossegurança como instrumento de encontro do direito à saúde com a própria Ciência. No caso, ciências médicas, biológicas e correlatas, diretamente postas pela Constituição a serviço desse bem inestimável do indivíduo que é a sua própria higidez físico-mental.

VII - O DIREITO CONSTITUCIONAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO CIENTÍFICA E A LEI DE BIOSSEGURANÇA COMO DENSIFICAÇÃO DESSA LIBERDADE. O termo "ciência", enquanto atividade individual, faz parte do catálogo dos direitos fundamentais da pessoa humana (inciso IX do art. 5º da CF). Liberdade de expressão que se afigura como clássico direito constitucional-civil ou genuíno direito de personalidade. Por isso que exigente do máximo de proteção jurídica, até como signo de vida coletiva civilizada. Tão qualificadora do indivíduo e da sociedade é essa vocação para os misteres da Ciência que o Magno Texto Federal abre todo um autonomizado capítulo para prestigiá-la por modo superlativo (capítulo de nº IV do título VIII). A regra de que "O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas" (art. 218, caput) é de logo complementada com o preceito (§ 1º do mesmo art. 218) que autoriza a edição de normas como a constante do art. 5º da Lei de Biossegurança. A compatibilização da liberdade de expressão científica com os deveres estatais de propulsão das ciências que sirvam à melhoria das condições de vida para todos os indivíduos. Assegurada, sempre, a dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal dota o bloco normativo posto no art. 5º da Lei 11.105/2005 do necessário fundamento para dele afastar qualquer invalidade jurídica (Ministra Cármen Lúcia).

VIII - SUFICIÊNCIA DAS CAUTELAS E RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELA LEI DE BIOSSEGURANÇA NA CONDUÇÃO DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. A Lei de Biossegurança caracteriza-se como regração legal a salvo da mácula do açodamento, da insuficiência protetiva ou do vício da arbitrariedade em matéria tão religiosa, filosófica e eticamente sensível como a da biotecnologia na área da medicina e da genética humana. Trata-se de um conjunto normativo que parte do pressuposto da intrínseca dignidade de toda forma de vida humana, ou que tenha potencialidade para tanto. A Lei de Biossegurança não conceitua as categorias mentais ou entidades biomédicas a que se refere, mas nem por isso impede a facilitada exegese dos seus textos, pois é de se presumir que recepcionou tais categorias e as que lhe são correlatas com o significado que elas portam no âmbito das ciências médicas e biológicas.

IX - IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. Afasta-se o uso da técnica de "interpretação conforme" para a feitura de sentença de caráter aditivo que tencione conferir à Lei de Biossegurança exuberância regratória, ou restrições tendentes a inviabilizar as pesquisas com células-tronco embrionárias. Inexistência dos pressupostos para a aplicação da técnica da "interpretação conforme a Constituição", porquanto a norma impugnada não padece de polissemia ou de plurissignificatidade. Ação direta de inconstitucionalidade julgada totalmente improcedente.

(STF - ADI: 3510 DF , Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 29/05/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-096 DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010 EMENT VOL-02403-01 PP-00134)

4. REFERÊNCIAS

BARRAL, Welber Oliveira. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. 4.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 2012.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 16. ed. São Paulo – SP: Saraiva, 2012.

NASCIMENTO, Suélen Pereira Coutinho do. **Mínimo Existencial x Reserva do Possível**. Disponível em: <http://atualidadesdireito.com.br/antoniopires/2013/04/14/minimo-existencial-x-reserva-do-possivel/>, acesso em 11/11/2013, às 18:30 horas.

ORDACGY, André da Silva. **A tutela de saúde como direito fundamental do cidadão**. Disponível em: http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_saude_andre.pdf, acesso em 12/11/2013, às 19:45 horas.

SILVA, Roberta Pappen da. **Algumas considerações sobre o princípio da proporcionalidade**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/6198/algumas-consideracoes-sobre-o-principio-da-proporcionalidade>, acesso em 15/11/2013, às 20:55 horas.

SILVA, Leny Pereira da. **Direito à saúde e o princípio da reserva do possível**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAÚDE_por_Leny.pdf, acesso em 15/11/2013, às 17:39 horas.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.