

TRABALHOS FORENSES

CASES STUDIES

1. POSIÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA — STJ, SOBRE O DIREITO À SAÚDE.

ROMS n. 11183/PR, rel. Min. José Delgado, DJ de 04.09.2000, p. 00121

CONSTITUCIONAL. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA OBJETIVANDO O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO (RILUZOL/RILUTEK) POR ENTE PÚBLICO À PESSOA PORTADORA DE DOENÇA GRAVE: ESCLEROSE LATERAL AMIOTRÓFICA — ELA. PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITO À VIDA (ART. 5º, *CAPUT*, CF/88. ILEGALIDADE DA AUTORIDADE COATORA NA EXIGÊNCIA DE CUMPRIMENTO DE FORMALIDADE BUROCRÁTICA. 1 — A existência, a validade, a eficácia e a efetividade da Democracia está na prática dos atos administrativos do Estado voltado para o homem. A eventual ausência de cumprimento de uma formalidade burocrática exigida não pode ser óbice suficiente para impedir concessão da medida porque não retira, de forma alguma, a gravidade do maior de todos os bens, que é a própria vida. 2 — É dever do Estado assegurar a todos os cidadãos, indistintamente, o direito à saúde, que é fundamental e está consagrado na Constituição da República nos arts. 6º e 196. 3 — Diante da negativa/omissão do Estado em prestar atendimento à população carente, que não possui meios para a compra de medicamentos necessários à sua sobrevivência, a jurisprudência vem se fortalecendo no sentido de emitir preceitos pelos quais os necessitados podem alcançar o benefício almejado (STF, AG n. 238.328/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 11/05/99; STJ, REsp n. 249.026/PR, Rel. Min. José Delgado, DJ 26/06/2000). 4 — Despicienda de quaisquer comentários a discussão a respeito de ser ou não a regra dos arts. 6º e 196 da CF/88 normas programáticas ou de eficácia imediata. Nenhuma regra hermenêutica pode sobrepor-se ao princípio maior estabelecido, em 1988, na Constituição Brasileira, de que “a saúde é direito de todos e dever do Estado” (art. 196). 5 — Tendo em vista as particularidades do caso concreto, faz-se imprescindível interpretar a lei de forma mais humana, teleológica, em que princípios de ordem ético-jurídica conduzam ao único desfecho justo: decidir pela preservação da vida. 6 — Não se pode apegar, de forma rígida, à letra fria da lei, e sim, considerá-la com temperamentos, tendo-se em vista a intenção do legislador, mormente

perante preceitos maiores insculpidos na Carta Magna garantidores do direito à saúde, à vida e à dignidade humana, devendo-se ressaltar o atendimento das necessidades básicas dos cidadãos. 7 — Recurso ordinário provido para o fim de compelir o ente público (Estado do Paraná) a fornecer o medicamento Riluzol (Rilutek) indicado para o tratamento da enfermidade da recorrente. ROMS n. 11183/PR, rel. Min. José Delgado, DJ de 04/09/2000, p. 00121.

COMENTÁRIOS

Luiz Cietto⁽¹⁾

Como se observa, mais esta decisão do Superior Tribunal de Justiça — STJ, vem confirmar a tendência do entendimento deste Tribunal Superior, que revela a possibilidade de ser determinada a prestação do direito à saúde, fundada diretamente na norma constitucional. É o que se deduz da conclusão a que chegou a 1ª Turma do STJ, no julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança *supra* referenciado.

A posição doutrinária que defende as prestações positivas do Estado, deduzidas diretamente da Constituição, quanto aos direitos à saúde, encontra respaldo jurisprudencial tanto no STJ, como no Supremo Tribunal Federal — STF, embora subsistam oscilações jurisprudenciais em juízos e Tribunais e persista alguma polêmica doutrinária sobre a natureza programática de tais direitos.

O fulcro da questão está relacionado tanto à dignidade da pessoa humana e à necessidade imperiosa da defesa de seus direitos fundamentais, quanto ao meio de alcançá-los, ou seja, à efetividade da tutela jurisdicional.

A propósito, invocamos o testemunho do doutrinador espanhol, *Joan Picó I Junoy*⁽²⁾ ao lembrar o *duplo aspecto de uma garantia fundamental*: “nosso T.C. (Tribunal Constitucional), seguindo a doutrina do Bundesverfassungsgericht alemão, mantém o duplo caráter ou função, objetivo e subjetivo dos direitos fundamentais. Assim, a STC 51/1985, destaca que todos os direitos estabelecidos nos arts. 14 a 29 C.E. (Constituição Espanhola), apresentam uma dupla linha de projeção de sua eficácia, pois são um parâmetro

(1) Pós-Doutorando em Direito Sanitário pela USP. Mestre em Direito Processual Civil pela PUC-Campinas. Professor da Faculdade de Direito do UNASP. Advogado militante. Professor Titular da Faculdade de Ciências Médicas da UNICAMP.

(2) *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1997, p. 22.

para fixar a legitimidade constitucional das Leis e comportam um direito (e uma norma) diretamente exercitável (aplicável) pelo particular” (nossa tradução). E o autor destaca as conseqüências mais importantes da constitucionalização dos direitos fundamentais no direito espanhol, a saber:

- sua aplicação direta e imediata;
- sua interpretação conforme a Declaração Universal dos Direitos Humanos e aos tratados e acordos internacionais sobre as mesmas matérias ratificadas pelo Estado espanhol;
- a sua regulamentação deve respeitar seu conteúdo essencial;
- a possibilidade de pedir tutela dos tribunais ordinários mediante um procedimento preferencial e sumário;
- a possibilidade de pedir a tutela ao Tribunal Constitucional mediante recurso de amparo;
- a sua especial proteção perante o Tribunal Constitucional pela via do recurso de inconstitucionalidade.

Também merecem registro especial as assertivas seguintes de *Joan Picó I Junoy*⁽³⁾:

“O caráter normativo da Constituição, unanimemente admitido nos nossos dias, comporta que os direitos fundamentais vinculem a todos os poderes públicos; requerendo um adequado sistema de garantias constitucionais dentro das quais se encontra a exigência aos juízes de aplicar, de modo direto e imediato, as normas constitucionais. Por este motivo tais garantias se subtraem da livre disposição dos particulares, isto é, são irrenunciáveis... Finalmente, e como derivação desta primeira conseqüência, observa reiteradamente o T.C. a necessidade, sempre e em todo caso, de efetuar em matéria de direitos fundamentais, uma interpretação da legalidade a mais ampla possível, visando a dar-lhe a máxima virtualidade e eficácia. É contínua e constante sua doutrina segundo a qual o ordenamento jurídico deve ser interpretado judicialmente no sentido mais favorável ao exercício e desfrute dos direitos fundamentais, pelo que devem ser especialmente considerados todos os poderes públicos e mui especialmente pelos órgãos jurisdicionais em sua função de aplicação das leis ...” (nossa tradução).

Toda a análise desenvolvida pelo doutrinador espanhol e os pontos por ele destacados são fundamentais e de mais alta relevância. Ademais, são integralmente aplicáveis à realidade brasileira, eis que em nosso ordenamento jurídico igualmente existe previsão de garantia constitucional e legal à tutela judicial efetiva, tempestiva e adequada.

(3) *Ob. cit.*, pp. 24-35.

Logo, pode-se constatar que, tanto no direito espanhol como no brasileiro, o direito à efetividade das decisões judiciais é uma garantia fundamental.

Todavia, admitida a premissa do direito à tutela judicial efetiva, tanto em sede doutrinária, como na legal e na jurisprudencial, resta considerar o grave problema, sempre presente, da escassez e da alocação de recursos. No campo da saúde, isto nos leva fatalmente ao terreno das decisões trágicas.

É indiscutível que certas pretensões, como a saúde, alicerçadas em direitos fundamentais, demandam recursos materiais para sua satisfação. Sendo tais meios finitos, surge então a escassez. *Quando se diz que um bem é escasso significa que não há o suficiente para satisfazer a todos.* Assim Gustavo Amaral introduz o estudo do tema, lembrando que, além da escassez, há outras duas importantes variáveis a destacar na alocação de recursos: a divisibilidade e a homogeneidade do bem a ser alocado. E escassez, divisibilidade e homogeneidade dos meios materiais nos levam a um desafio — o tratamento isonômico.⁽⁴⁾

A questão da escassez de recursos ganha especial relevo quando se trata do acesso à saúde, cujos custos se tornam insuportáveis, inclusive como reflexo da alta tecnologia do setor. Esta é uma realidade inarredável, com que temos de nos defrontar com frequência, não sendo um privilégio apenas de nosso país, mas um mal que atinge inclusive países desenvolvidos.

O desenvolvimento de drogas contra a rejeição de órgãos, v.g., concorre para o aumento da indicação de transplantes, contribuindo para a segurança desta terapêutica e para a melhoria no índice de sucesso do tratamento. Conseqüentemente, mais médicos adotam esta conduta terapêutica, acarretando a exaustão dos recursos humanos e materiais disponíveis. Igual fenômeno se revela quanto às UTI's — Unidades de Tratamento Intensivo, cujo desenvolvimento tem refletido na expansão de indicações médicas de internação, que suplantam os índices recomendáveis.⁽⁵⁾ Vários outros fatores tem contribuído para a elevação dos dispêndios no setor saúde, o que vem agravar o problema da escassez e conduzir a situações de escolhas trágicas.

Constatado que a escassez de recursos no setor saúde não é apenas accidental, mas, essencial, ganha relevância o problema da alocação de recursos. Como tem sido registrado, as decisões relativas à alocação são escolhas trágicas, pois implicam em negação de direitos, que podem significar, no campo da saúde, imposição de sofrimento, de dor e até a morte.⁽⁶⁾

(4) AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 133-135.

(5) *Ibidem*, pp. 137-138.

(6) *Ibidem*, p. 147.

Como sabemos, as decisões alocativas envolvem, fundamentalmente, quanto a disponibilizar e a quem atender. Isto nos leva a decisões políticas. As decisões sobre alocações de recursos para a saúde são eminentemente políticas, antes que técnicas, embora devam ser baseadas em estudos desta natureza. Mas estas decisões, em última análise, resultam em favorecer determinados bens e serviços em prejuízo de outros, o que pode gerar novas formas de ameaça e tornar as decisões alocativas mais complexas ainda. Esta complexidade se agiganta, quando lembramos que os critérios de alocação são objeto de estudo da justiça distributiva. Ora, os direitos fundamentais, como a saúde, são a positivação de direitos humanos. Entretanto, registramos a impossibilidade de abordarmos aqui tema de tão grande amplitude como o da justiça distributiva.

Chegamos ao ponto de considerar a interpretação das pretensões positivas, a solução dos conflitos e o papel do intérprete. Grande debate doutrinário tem sido travado sobre a questão de como transformar o Direito, de realidade abstrata em realidade concreta e individualizada. Devemos ocupar-nos, por exemplo, com a problema da “transformação de uma previsão abstrata como ‘a saúde é direito de todos e dever do Estado’ em pretensão de um indivíduo específico, voltada a uma ação estatal específica, em um dado momento concreto e, também, numa decisão judicial resolvendo um litígio com essas características.”⁽⁷⁾

A superação dos conflitos entre pretensões positivas deve iniciar-se pela interpretação das normas geradoras de tais pretensões. O jurista participante deve, em nossos dias, dar a sua contribuição por meio de estudos e propostas, no campo da dogmática, de novas fórmulas, novas interpretações, novas construções conceituais. Quer nos parecer que o grande espaço para esta luta jurídico-política é a Constituição. Mesmo porque o legislador constitucional é sempre mais progressista que o legislador ordinário. Portanto, em busca de um progresso rumo ao social, devemos utilizar todas as possibilidades interpretativas da Constituição, sem deixar de defender intensamente a aplicação direta das normas constitucionais, independentemente de concretização legislativa infraconstitucional.⁽⁸⁾

Reconhecemos a insuficiência de recursos para o setor saúde e registramos a dificuldade alocatória. Mas defendemos a exigibilidade de prestações positivas do Estado, deduzíveis diretamente da Constituição. Entendemos que a pacificação deste conflito possa ser alcançada pela exigibilidade do mínimo existencial, a semelhança da tese defendida por *Ricardo Lobo Torres* e por *Robert Alexy*, aceitando as observações e reservas a respeito, apresentadas por *Amaral*. Para estes autores, há um mínimo existencial exigível, embora deva-se considerar a dificuldade em determinar concretamente o referido mínimo.⁽⁹⁾

(7) *Idem, ibidem*, p. 188.

(8) *Ibidem*, pp. 187-197.

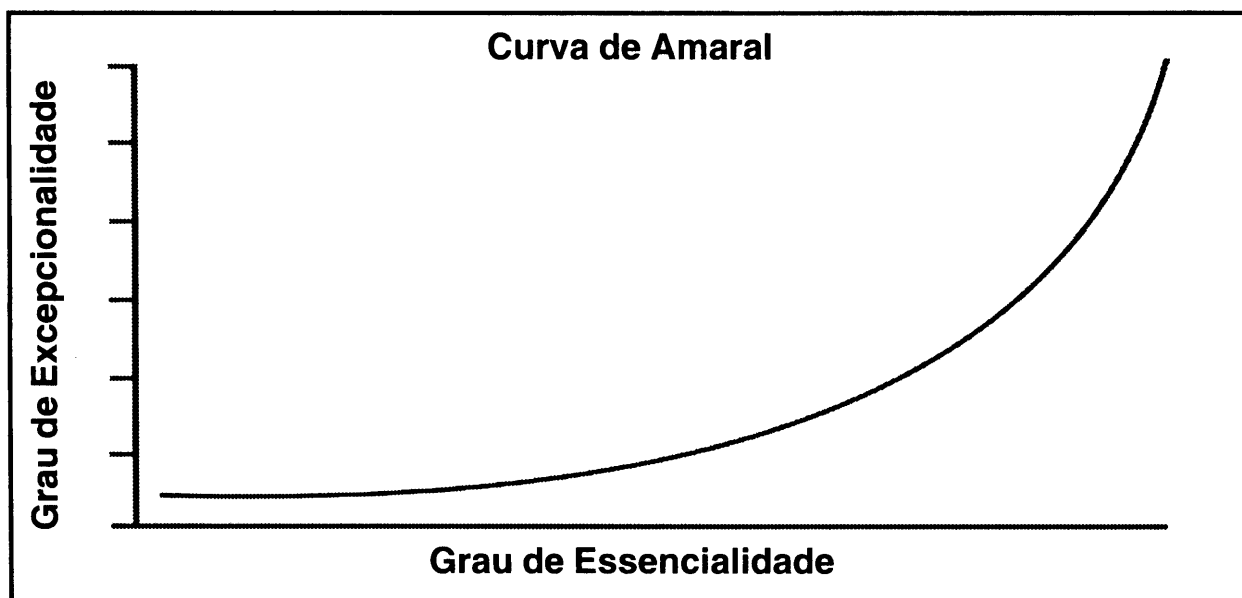
(9) *AMARAL, ibidem*, p. 213.

A “Curva de Amaral”

Estudando o tema do “Direito, Escassez e Escolhas Trágicas”, *Amaral* apresenta uma fórmula para a solução do problema abordado. Posiciona-se, defendendo que “as prestações positivas são exigíveis pelo cidadão, havendo dever do Estado de entregar a prestação, por meio de um dar ou fazer, ou de justificar porque não o faz. Esta justificativa será apenas a existência de circunstâncias concretas que impedem o atendimento de todos que demandam prestações essenciais e, assim tornam inexoráveis escolhas trágicas, conscientes ou não.”⁽¹⁰⁾

Somente quando estiverem presentes as apontadas circunstâncias, o Estado estaria apto a exercer o poder de escolha, podendo, então, estabelecer os critérios de alocação dos recursos e de atendimento às demandas. Assim, poderia legitimar a não entrega da prestação demandada àqueles que não satisfizessem os critérios estabelecidos.

A formulação proposta pode ser representada graficamente pela figura abaixo, que resolvemos denominar “Curva de Amaral”.



Diz *Amaral*: a curva começa em um ponto ideal, que arbitrariamente chamamos de (1,1), em que há uma unidade de medida de essencialidade e uma unidade de excepcionalidade, sendo que essas unidades arbitrárias só aceitam números naturais. Se não houver qualquer grau de essencialidade, então não temos uma escolha trágica e provavelmente nada deste trabalho será aplicável. Se não houver nenhuma excepcionalidade, aqui

(10) *Ibidem*, pp. 214-215. Devem existir circunstâncias concretas que impeçam o atendimento e não apenas alegações vazias, como dizer que a decisão é discricionária, compondo o mérito do ato administrativo.

entendida como razão para deixar de atender, então todos devem ser atendidos e o dilema alocativo não se porá.

O grau de essencialidade está ligado ao mínimo existencial, à dignidade da pessoa humana. Quanto mais necessário for o bem para a manutenção de uma existência digna, maior será seu grau de essencialidade.

Quanto mais essencial for a prestação, mais excepcional deverá ser a razão para que ela não seja atendida. A curva à direita do gráfico tende ao infinito numa exponencial que tenderá a atingir uma exigibilidade total, salvo a ocorrência de uma excepcionalidade absoluta.

Caberá ao aplicador ponderar essas duas variáveis, de modo que se a essencialidade for maior que a excepcionalidade, a prestação deve ser entregue, caso contrário, a escolha estatal será legítima.

Concluindo, reiteramos nosso posicionamento em favor do reconhecimento do direito à saúde, como direito fundamental originário, a saber, dedutível diretamente da Constituição, independentemente de concretização legislativa infraconstitucional. O direito à vida e o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana, devem anteceder qualquer outro direito, sendo a condição primária do exercício de todos os demais.

Pensamos, ainda, que a discricionariedade é um dever-poder, não dispensando a Administração Pública de buscar a realização de sua finalidade — o bem comum, contribuindo assim para o pleno acesso à Justiça e a concretização da paz social.

Entendemos que a tendência jurisprudencial das cortes superiores brasileiras, consentâneas com a doutrina dominante, autorizam firmar o entendimento de confiança na eficácia da tutela jurisdicional dos direitos à saúde.
