Hermenêutica do Direito à Saúde sob o viés da Juridicidade

Flávio Antonio de Oliveira

Universidade Santa Cecília (UNISANTA), Santos-SP, Brasil.

Email: flavio.dpms@ibest.com.br

Resumo: O presente artigo tem por objetivo defender a obrigatoriedade de fornecimento de insumos em prol da garantia da saúde e qualidade de vida humana mesmo que não contemplados em atos normativos internos pelo Estado, em razão da imprescindível hermenêutica sistemática sob o viés da juridicidade em consonância com os direitos fundamentais. A juridicidade administrativa se concebe pelo diálogo das fontes derivadas dos princípios e regras, ampliando o conceito de estrita legalidade administrativa sob a ótica constitucional em vista da supremacia de sua força normativa, compreendendo toda a ordem jurídica. Em decorrência de um processo sistêmico que vise à prevenção e cura de doenças e concomitantemente uma qualidade adequada de vida, o direito constitucional à tutela jurisdicional não pode ser restringido por entendimento de aplicação da sistemática infraconstitucional dos recursos repetitivos a partir de um paradigma extensível aos casos futuros, isso considerando o processo como instrumento de aferição da realidade de cada indivíduo e como pressuposto de efetivação do acesso aos meios indispensáveis ao estado de saúde plena e ou bem-estar.

Palavras-chave: Saúde; Hermenêutica; Juridicidade.

Hermeneutics of The Right to Health Under the vies of Juridicity

Abstract: The purpose of this article is to defend the obligation to provide inputs for the guarantee of human health and quality of life even if not contemplated in internal normative acts by the State, due to the indispensable systematic hermeneutics under the Juridical bias in line with the fundamental rights. Administrative juridicity is conceived by the dialogue of sources derived from principles and rules, extending the concept of strict administrative legality from the constitutional point of view in view of the supremacy of its normative force, comprising the whole legal order. As a result of a systemic process aimed at preventing and curing diseases and concomitantly an adequate quality of life, the constitutional right to judicial protection can not be restricted by understanding the application of the infraconstitutional system of repetitive resources from a paradigm that can be extended to cases future, considering the process as an instrument for assessing the reality of each individual and as a presupposition of effective access to the means indispensable to the state of full health and / or well-being.

Keywords: Cheers; Hermeneutics; Juridicality.

Introdução

Recepcionada no Brasil pela introdução de Marques [1], a teoria do “Diálogo das Fontes”, desenvolvida na Alemanha por Erik Jayme, sustenta que em razão da unidade do

Direito, as suas normas derivadas de diversas ramificações não se excluem, ao revés, se complementam, portanto, dialogam, sem olvidar do necessário norte constitucional.

Binenbojm [2] acerca da juridicidade assevera que:

> A ideia de juridicidade administrativa, elaborada a partir da interpretação dos princípios e regras constitucionais, passa, destarte, a englobar o campo da legalidade administrativa [...]. Isso significa que a atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra, (i) segundo a lei, quando esta for constitucional (atividade secundum legem), (ii) mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independentemente ou para além da lei (atividade praeter legem), ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais (atividade contra legem, mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição).

A própria Constituição da República brasileira, em seu artigo 5º, Parágrafo 1º, institui sua eficácia direta, ao prelecionar que "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".

Malgrado parcela doutrinária conceba como programático o caráter da norma de tutela à saúde inscrita no artigo 196 da Constituição da República, o comando constitucional não pode ficar à mercê de provimentos de categoria inferior, sob pena da eficácia dos princípios constitucionais permanecerem à sua mercê, o que subverteria a superioridade da Constituição, retrocedendo à fase positivista pretérita em relação à exegese constitucional que ora vige.

Por este prisma, o Superior Tribunal de Justiça, legítimo intérprete superior da legislação federal, já afirmou que "o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República". (RESP nº 1.069.810-RS)

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal, legítimo intérprete maior da Constituição da República, na Pet. 1.246/SC, sob relatoria do Min. Celso de Mello, obtemperou que "entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, [...] só é possível uma opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas.

Objetivos

O escopo do presente é demonstrar que o direito à saúde tem natureza de um direito público subjetivo inalienável assegurado a todos constitucionalmente, se caracterizando, pois, como prioritário e fundamental em relação a interesses financeiros e secundários relativos à gestão governamental da saúde.

Material e métodos

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça afetou pela sistemática dos recursos repetitivos o Recurso Especial nº 1.657.156 - RJ (2017/0025629-7) interposto pelo Estado do Rio de Janeiro, cujo debate se limita à discussão do dever estatal de fornecimento de medicamentos não incorporados ao Programa de Medicamentos Excepcionais do Sistema Único de Saúde (Portaria n. 2.577/2006).

Logo, o método será o indutivo, calcado na concepção de assento normativo constitucional da garantia da saúde pública até então existente, e ante a hipótese de futura deliberação restritiva com a acepção de conclusão repetitiva processual que poderia implicar em grave retrocesso.

Resultados

O Poder Público suscita que não pode ser obrigado a fornecer insumos de saúde que não se encontrem previstos nos Protocolos Clínicos incorporados pelo Ministério da Saúde ou nas listas de dispensação dos entes públicos, porquanto não se inseririam no dever de Assistência Terapêutica a ser prestada pelo SUS, nos moldes autorizados pela Lei nº 12.401/2008.

Neste pêndulo entre o interesse público secundário do Estado em limitar o atendimento por critérios que unilateralmente estabelece, inclusive decorrentes do compreensível e necessário dever de zelo pelo orçamento público e o direito fundamental à saúde, verifica-se que o dever de prestação da assistência à saúde à população necessitada não se junge à técnica a subsunção legislativa de tratamentos sanitários aos limites normativos infraconstitucionais ou a atos infralegais, pois, a fundamentalidade do direito à saúde revelador da prorrogação da existência humana qualitativa tem suporte na juridicidade constitucional sob a ótica da promoção e evolução dos direitos humanos, inclusive porque o Estado foi instituído para servir sua população e se mantém pelo custeio dela.

Discussão

O Poder Público aduz que só deveria fornecer os insumos de saúde condizentes com o seu dever de Assistência Terapêutica nos casos previstos e autorizados pela Lei, pois a Administração Pública se submete ao princípio da legalidade estrita, e para tanto, invoca que o artigo 19-M da Lei 12.401/2008 estabelece que a integralidade da Assistência Terapêutica consiste na dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em Protocolo Clínico para a Patologia ou na falta deste protocolo clínico - em conformidade com o que dispõe o artigo 19-P da mesma Lei -, que a dispensação seria então realizada com base em relações de medicamentos instituídas pelo Gestor Federal do SUS em âmbito federal, e no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal e Municípios, de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos Gestores Estaduais e Municipais do SUS.

Pois bem. A leitura hodierna do princípio da legalidade não se satisfaz mais com mera interpretação literal estrita de dispositivos de um diploma legal, devendo haver uma juridicidade interpretativa, porquanto, o direito à saúde está consagrado no rol aberto e dinâmico dos direitos fundamentais, não podendo ser dada a eles qualquer interpretação restritiva, consentâneas ao princípio da máxima efetividade constitucional.

Ora, a admissão meramente conjectural de que o Superior Tribunal de Justiça pudesse restringir o direito de se receber ou não um tratamento de saúde condicionado à previsão antecedente em uma lista ou relação de medicações instituída pelo próprio responsável-devedor da prestação choca pela contradição e subversão do processo e acesso à justiça como instrumento de garantia do bem da vida pretendido e o direito à saúde.

Schwartz [3] afirma que nos termos do artigo 196 da Constituição Federal, a saúde é

> um processo sistêmico que objetiva a prevenção e cura de doenças, ao mesmo tempo que visa a melhor qualidade de vida possível, tendo como instrumento de aferição a realidade de cada indivíduo e pressuposto de efetivação a possibilidade de esse mesmo indivíduo ter acesso aos meios indispensáveis ao seu particular estado de bem-estar

Por este raciocínio, como se pretender aceitar como razoável a possibilidade de um órgão do Poder Judiciário pretensamente poder ceifar - tomando em conta um caso por amostragem - todo o direito humano presente e futuro de tentar obter saúde mediante uma prescrição médica em mãos, a qual assegurasse pela ciência médica que determinado tratamento – não experimental – mas concebido, quiçá até por novos estudos científicos e empíricos médicos, que determinado procedimento ou princípio ativo medicamentoso tivesse

a possibilidade de tratar alguém, cuja previsão não houvesse no rol estatuído pelo poder público?

Tal conjectura, indubitavelmente - além de contrariar a própria Constituição Federal, a qual estabelece ser o direito à saúde autoaplicável, e, portanto, exigível, independentemente de lei, em decorrência de sua essencialidade – traria franco retrocesso social ao sistema de saúde, eis que o sistema de justiça, lhe sendo subsidiário, necessita se envolver da ciência médica, repleta de nuances e riscos, sem uma compreensão completa e definitiva, razão pela qual a necessidade de apreciação individual das casuísticas de saúde enaltece a necessidade de um devido processo legal sanitário superlativo de garantias, já que o mérito da causa, quando não se trata da persecução da tutela da própria vida e o afastamento do risco de morte, tange à manutenção de uma qualidade adequada à continuidade da existência, principal objetivo humano, sem o qual, os demais são inatingíveis.

Considerações finais

Diante de todo o explanado, conclui-se que a possibilidade de o Superior Tribunal de Justiça vir a reconhecer como limite um rol de insumos de saúde estabelecidos pelo próprio Poder Público, responsável-devedor da implementação da saúde, subverte o direito ao devido processo legal sanitário, haja vista que a compreensão médica estabelecida na ciência não se compraz com algo completo e definitivo a ponto de ser possível proibir a discussão judicial da eficácia ou não de determinado tratamento de saúde – não experimental – apenas pelo fato de ele não ter uma previsão prévia em um rol normativo instituído pelo Estado.

O princípio do acesso prioritário à garantia da implementação da política estatal de saúde e - em face de sua omissão -, ao sistema de justiça, em decorrência do dever constitucional de imunizar a pessoa humana dos riscos sanitários e de assegurar-lhe mecanismos eficazes para promover o seu direito humano à existência ou manutenção dela com qualidade, na concepção da máxima efetivação de direitos e garantias fundamentais em juízo, inclusive o de ter o direito de apreciação casuística individual, jamais pode ser ofuscada pela perversa exegese parcial das disposições normativas inferiores.

Referências bibliográficas

1. Marques, CL. O “Diálogo das Fontes” como método da nova teoria Geral do Direito:um tributoa Erik Jaime. In: (coord) Diálogo das Fontes do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo, Ed. Revistas dos Tribunais, 2012, p.18 e ss.

2. Binenbojm, G. *Uma Teoria de Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

3. Schwartz, GAD. Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.