

8. O NÚCLEO ESSENCIAL DO DIREITO À SAÚDE E O CUSTEIO DE TRATAMENTOS NO EXTERIOR

Luciana Gaspar Melquíades Duarte
Víctor Luna Vidal

Palavras-chave: Direito à saúde. Núcleo essencial. Tratamentos no Exterior.

O presente trabalho apresenta as considerações iniciais da pesquisa dos autores no Programa de Mestrado em Direito e Inovação da Universidade Federal de Juiz de Fora.

A elevada demanda judicial pela garantia do direito à saúde suscita acirrados debates quanto à sua possibilidade de efetivação, o que resulta no surgimento do termo judicialização da saúde.

Considerada a limitação dos recursos públicos e a necessidade de atendimentos das demais obrigações estatais, a utilização da via judicial para a obtenção de medicamentos e tratamentos médicos e hospitalares coloca o Poder Judiciário num contexto em que se tem que decidir em situações complexas e, por muitas vezes, delicadas, especialmente quando está em discussão o direito à vida.

Consagrado como um direito fundamental de segunda dimensão, conforme Sarlet (2004), isto é, um direito fundamental social, o direito à saúde reclama a ação estatal positiva para sua efetivação, o que requer a destinação de recursos públicos para tanto.

Sob o lume do Pós-Positivismo jurídico, notadamente pelas contribuições jurídico-filosóficas de Alexy (2017), as normas de direito fundamental são vazadas em regras e princípios dotados de força vinculante. A partir da leitura constitucional, Melquíades Duarte (2011) reconhece o caráter principiológico e, portanto, *prima facie* do direito à saúde no ordenamento nacional, o que conduz à necessidade de ponderação com os demais princípios consagrados no plano normativo.

Apesar da possibilidade de concreção gradual do referido direito, Melquíades Duarte (2013, p. 79), identifica a existência de “um núcleo essencial cuja implementação é inafastável”, consubstanciado em uma norma da natureza de regra, consagrando “direitos definitivos”.

Sendo a vida humana condição de possibilidade para o exercício dos demais direitos, o núcleo em análise corresponde ao conjunto de prestações estatais dirigidas à sua manutenção, adotando-se a nomenclatura de demandas de saúde de primeira necessidade. (MELQUÍADES DUARTE, 2011).

Por seu turno, as demandas de saúde de segunda necessidade estão relacionadas a prestações que promovam a melhoria na qualidade de vida dos indivíduos, “mas que não são suficientes para proteger e garantir o pré-requisito para a fruição da dignidade, qual seja, estar vivo” (Id., 2011, p. 170).

Diante das diversas discussões geradas quanto à judicialização da saúde, este trabalho tem como propósito analisar se a definição do núcleo essencial do direito à saúde enunciada é adequada ao objeto de investigação apresentado: com o desenvolvimento de novas tecnologias e, especialmente, de novos tratamentos de saúde, o Judiciário tem enfrentado demandas cujos tratamentos pedidos não são oferecidos no país, adicionando às já elevadas despesas públicas gastos com transporte e estadia.

Sendo as normas de direito fundamental vazadas em regras e princípios, e, por conseguinte, apresentando a última espécie normativa natureza *prima facie*, isto é, correspondendo a mandamentos que devem ser submetidos à máxima da proporcionalidade à luz do caso concreto, a definição do núcleo essencial, conforme o pensamento de Alexy (p.299-

300, 2017), resulta na manifestação da teoria relativa do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Reconhecida a tese da relatividade, constata-se que, diante do caso concreto, a inserção de novos elementos à discussão, isto é, outros princípios colidentes com o direito à saúde, pode resultar em definição do núcleo essencial distinta daquela proposta originalmente por Melquíades Duarte (2011).

De fato, a existência de tratamentos de saúde oferecidos exclusivamente no exterior acarreta o incremento de recursos financeiros a serem custeados pelo Estado, devendo ser consideradas, por exemplo, despesas com estadia e transporte não somente daqueles que têm direito ao tratamento, mas também de seu (s) acompanhante (s). Em se tratando de condição essencial para que o tratamento seja executado e, por consequência, seja a vida protegida, estando tal definição alinhada com o direito à vida garantido constitucionalmente, a definição do núcleo essencial para a hipótese tratada deve abarcar não somente o custeio dos tratamentos de saúde, mas também os já mencionados custos relativos à sua realização no exterior.

Correntemente, a questão revela a ausência de um critério específico dirigido à definição das questões levadas ao Judiciário. No Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, foi decidido no Mandado de Segurança n.º 8.895/DF pelo indeferimento do custeio público de tratamentos em Cuba para os portadores de retinose pigmentar. A partir do referido julgamento, os casos seguintes seguiram a mesma orientação, sendo invocada a Portaria n. 763 (BRASIL, 1994), do Ministério da Saúde, que veda o financiamento dos tratamentos no exterior. No Recurso Extraordinário n.º 368564, contudo, o Supremo Tribunal Federal deferiu aos portadores da enfermidade citada a possibilidade de realizar o tratamento em Cuba.

A controvérsia apresentada indica a existência de um conflito que invoca o princípio da igualdade: por meio dele, o sistema jurídico visa “repelir qualquer tipo de tratamento desigual a usuários que se encontram em situações idênticas” (FLUMINHAN, 2014, p. 129). Assim:

[...] o programa de assistência médica estipulado pelas normas que regem o SUS (leis, decretos, portarias, normas técnicas), conquanto com alguma variação devido a peculiaridades regionais, deve ser essencialmente o mesmo para todo o território nacional. Por isso, a igualdade desejada pelo constituinte é de acesso ao que está disponível pelo sistema (FLUMINHAN, 2014, p. 129).

Considerando que, conforme as regras de carga de argumentação de Alexy (2005), a inserção de novas proposições ao discurso acarreta a obrigação, em caso de questionamento, de novos argumentos, sustenta-se que, diante proposição destacada, para que seja protegida a vida humana, inclusive quando o exercício do seu direito exige a alocação de recursos escassos estatais para o custeio de tratamentos no exterior, o pagamento das despesas acessórias ao tratamento é condição de possibilidade para a materialização do direito à vida. A assertiva destacada, quando analisada a definição do núcleo essencial proposto por Melquíades Duarte (2011), não resulta, em verdade, na adição de um novo elemento à discussão, na medida em que, como possibilidade, o financiamento de tratamentos no exterior diz respeito tão somente ao dever constitucional de proteção da vida, confirmando a sua natureza de regra.

Em se tratando de uma norma regra, e considerando que a Constituição Federal (BRASIL, 1988), embora mencione a articulação de um sistema de serviços de saúde de âmbito nacional, não vede expressamente a possibilidade de garantia dos tratamentos em análise, quando a vida é ameaçada, não parece razoável a suposta prevalência da igualdade de tratamento. Consequentemente, na medida em que não há a referida vedação expressa constitucional, também não há violação à igualdade.

Desse modo, reconhece-se que, independentemente da concepção filosófica adotada:

[...] a vida é um direito do homem oponível aos seus pares e às instituições públicas e privadas, que terão, para com ele, o dever de sua preservação, o que

se confunde com o direito à existência e à integridade física e moral. A ninguém – pessoa física ou jurídica, pública ou privada – será lícito deixar de manter a vida de alguém, quando ele o desejar (MELQUÍADES DUARTE, 2013, p. 94-95).

Tal condição tem sido objeto de estudo pelo legislador nacional, o que resultou no Projeto de Lei nº 120 (BRASIL, 2017). O projeto, que tramita desde 05 de outubro de 2017 na Comissão de Assuntos Econômicos (Secretaria de Apoio à Comissão de Assuntos Econômicos) do Senado Federal, tem como fundamento o princípio da integralidade de assistência no Sistema Único de Saúde – SUS (artigo 1º). Por meio do §1º do artigo 2º do referido projeto, pretende-se abarcar “as despesas referentes ao deslocamento e à estadia do paciente e de dois acompanhantes”.

Embora o projeto apresente algumas limitações que exigem reflexões mais profundas, ele acena para a necessidade de reunião de condições materiais para a manutenção do direito à vida, coincidindo com a proposta da presente investigação. Verifica-se, em princípio, que o critério proposto Melquíades Duarte (2011) atende, portanto, à situação descrita.

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica. A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Zilda Hutchinson Schild Silva (trad.). São Paulo: Landy, 2005.

_____. Teoria dos direitos fundamentais. 2. ed. Virgílio Afonso da Silva (trad.). São Paulo: Malheiros, 2017.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 120, de 2017. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128887>>. Acesso em: 29 mar. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança n.º 8.895/DF. Impetrante: Roberto Thomaz da Silva. Impetrados: Ministro de Estado da Saúde; Secretário de Assistência à Saúde. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Brasília, 22 de outubro de 2003. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1008477&num_registro=200300142650&data=20040607&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 21 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 368564. Recorrente: União. Recorrido: Maria Euridice de Lima Casali. Relator: Ministro Menezes Direito. Brasília, 13 de abril de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=625531>>. Acesso em: 21 abr. 2018.

FLUMINHAN, Vinícius Pacheco. A judicialização do direito à saúde no SUS: limites e possibilidades. 2014. 189 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Metodista de Piracicaba, Piracicaba. Disponível em: <file:///C:/Users/W10/Desktop/11112014_105628_vinicius.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2018.

MELQUÍADES DUARTE, Luciana Gaspar. A eficácia do direito social à saúde. Ética e filosofia política. Juiz de Fora, v.1, n. 16, p. 77 – 105, jul. 2013. Disponível em: <<http://www.ufjf.br/eticaefilosofia/edicoes/anteriores/numero-xvi-volume-i-julho-de-2013/>>. Acesso em: 12 jan. 2018.

_____. Possibilidades e limites para o controle judicial das políticas públicas de saúde: um contributo para a dogmática do direito à saúde. Belo Horizonte: Fórum, 2011
SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.