

FORNECIMENTO DE TRATAMENTO MÉDICO DOMICILIAR SOB O ENFOQUE DA COLISÃO DO DIREITO SUBJETIVO INDIVIDUAL À SAÚDE E DO DEVER DE SOLIDARIEDADE SOCIAL

Nelson Yoshiaki Kato¹

RESUMO: O presente artigo aborda, sob a ótica jurisprudencial, a questão da resolução do conflito entre o direito de qualquer administrado à saúde e o dever estatal de solidariedade social. Visa pontuar a existência de julgados que adotam a tese de que o Estado deve assegurar a efetivação integral e ilimitada do direito à saúde, que se encontra constitucionalmente assegurado a todos. Todavia, será aqui defendido que deve prevalecer o entendimento esposado em outros julgamentos no sentido de que no tocante ao direito à saúde, a despeito de preconizado na Constituição Federal, a Administração Pública, em atendimento ao dever de solidariedade social, igualmente consagrado na Carta Magna, não está obrigada a fornecer todo e qualquer tratamento médico, inclusive a assistência domiciliar (“home care”), ante a escassez dos recursos públicos que devem ser destinados às políticas sanitárias de caráter geral. Assim, considerando que o tratamento a domicílio não faz parte do sistema público de saúde disponibilizado, genericamente, a todos, não deve ser assegurado judicialmente a ninguém, por implicar em alocação de recursos públicos a atendimento a situações individuais em prejuízo da sociedade como um todo.

¹ Procurador do Município de Diadema/SP. E-mail do autor: katolegal@aasp.org.br

PALAVRAS-CHAVE: Direito administrativo. Direito à saúde. Dever de solidariedade social. Colidência de interesses constitucionalmente assegurados. Desobrigação do Poder Público de fornecer tratamento médico domiciliar (“home care”).

1 Introdução

O presente trabalho tem por escopo analisar, no campo jurisprudencial, a obrigatoriedade da Administração Pública de fornecimento de toda espécie de tratamento médico, inclusive a domicílio (“home care”), tendo em vista o direito à saúde assegurado a todos e o dever do Estado.

Nesse contexto, confrontar-se-á a corrente jurisprudencial que sustenta que, a obrigação estatal de assegurar o direito à saúde é prioritária, portanto não limitado por nenhum outro interesse, independentemente de sua natureza; com a outra que adota a tese de que o dever de solidariedade social limita o direito individual à saúde.

No mais, abordar-se-á que a República Federativa do Brasil, por ser um Estado Democrático de Direito, elegeu como um dos objetivos fundamentais o da solidariedade social, que deve ser necessariamente ponderado na interpretação e aplicação das normas jurídicas em geral.

Ao final, neste estudo, será adotado o entendimento de que o direito à saúde não pode ser tido como absoluto, posto que os recursos públicos comprometidos com a execução e implementação de políticas sanitárias genéricas não devem ser destinados a atendimento de situações individuais a possibilitar o fornecimento de privilegiado tratamento médico, inclusive no regime a domicílio (“home care”) em detrimento dos demais portadores das mesmas necessidades, ou ainda mais graves. Tal posicionamento resulta da ponderação de que o direito de um indivíduo a uma específica assistência médica deve ser analisado sob o crivo do igual direito dos demais portadores da mesma necessidade, ou até mais graves, sendo que, se estes não recebem referido tratamento especial, aquele também não faz jus, porquanto cabe ao Poder Público viabilizar o atendimento do direito de saúde assegurado constitucionalmente à sociedade como um todo.

2 Considerações sobre o fornecimento de tratamento médico domiciliar sob o enfoque da colisão do direito subjetivo individual à saúde e do dever de solidariedade social

Para melhor contextualização do tema aqui explorado, convém destacar que o Art. 1º da vigente Constituição Federal, define o Brasil como uma República Federativa, tendo como fundamentos:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.”

A dignidade da pessoa humana da qual decorre o direito à vida e saúde restou, portanto, eleita como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

No mais, por ser um Estado Democrático, o poder emana do povo e é por ele exercido em seu nome, conforme consagrado no respectivo parágrafo único do dispositivo constitucional supramencionado, *in verbis*:

“Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

Nesse contexto, o povo, pelos representantes por ele eleitos, assim elegeu, no Art. 3º, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

“Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

A solidariedade social que prega a construção de uma sociedade solidária, não individualista, então, foi alçada como um dos objetivos fundamentais da República Federal do Brasil.

Quanto à saúde, a Constituição Federal, no seu art. 196, assim, preconiza:

“Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e 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.”

Em regulamentação a tal dispositivo constitucional, a lei 8.080 de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências, assim, estatui em seu Art. 2º e respectivo parágrafo primeiro:

“Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.”

Por seu turno, o art. 3º e o respectivo parágrafo único estatuem, *in verbis*:

“Art. 3º Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais. (Redação dada pela Lei nº 12.864, de 2013)

Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.”

Tanto a Carta Magna, quanto a legislação infraconstitucional de regência da matéria ora abordada, então, apesar de estabelecerem que é dever do Estado garantir o direito de saúde a todos, ressalvam que a efetiva implementação deve ser mediante condições que assegurem acesso universal, ou seja, a toda a coletividade, e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Logo, o direito à saúde não se revela como absoluto, eis que limitado pelo princípio da solidariedade social. Daí decorre que o Poder Judiciário não deve impor ao Poder Público a obrigação de fornecer tratamento especial a determinados jurisdicionados, como a assistência médico-hospitalar a domicílio (“home care”), objeto do presente estudo, em manifesta distinção com os demais, portadores das

mesmas necessidades, quiçá mais graves, que dependem dos tratamentos genéricos e universalistas disponibilizados pelo Estado.

Nessa esteira, o entendimento adotado, em caso análogo, pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da SS 3073/RN, mediante r. decisão proferida pela eminente ministra Ellen Gracie que, no que aqui interessa, assim, sacramentou:

“[...]”

Verifico estar devidamente configurada a lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde. Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários.

Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se deferir o custeio do medicamento em questão em prol do impetrante, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade.

Ademais, o medicamento solicitado pelo impetrante, além de ser de custo elevado, não consta da lista do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde, certo, ainda, que o mesmo se encontra em fase de estudos e pesquisas.”

Por seu turno o Superior Tribunal de Justiça, em um caso idêntico ao objeto de análise do estudo em questão, na pessoa do ministro Herman Benjamin, ao decidir o AREsp 534630/RJ, assim, reconheceu que o Art. 196 da Constituição

Federal, que reza que o direito à saúde é de todos e dever do Estado, encontra-se limitado pelo dever de solidariedade social consagrado no seu Art. 3º, inciso I:

“Trata-se de Agravo de decisão que inadmitiu Recurso Especial (art. 105, III, “a”, da CF) interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região cuja ementa é a seguinte:

ADMINISTRATIVO- CONSTITUCIONAL- MENOR QUE SE ENCONTRA EM TRATAMENTO HOSPITALAR, REQUER O TRATAMENTO DOMICILIAR. ART.196, CF- IMPOSSIBILIDADE DE SITUAÇÕES INDIVIDUAIS. VIOLAÇÃO AO DEVER DE SOLIDARIEDADE SOCIAL.

-Cuida-se de ação de rito comum ordinário, ajuizada em face da UNIÃO FEDERAL, do ESTADO DO RIO DE JANEIRO e do MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO, na qual objetivam que os réus propiciem condições necessárias para transferência da primeira autora, para regime de cuidados domiciliares, fornecendo, para uso contínuo, todos medicamentos, insumos e aparelhos necessários ao seu tratamento, nos termos dos laudos.

-A pretensão autoral foi inacolhida (fls.1218/1224), sob a fundamentação de que a imposição, pelo Poder Judiciário da prestação de assistência domiciliar por tempo indeterminado, violaria flagrantemente o dever de solidariedade social, princípio limitador do direito individual à saúde.

-A questão de fundo envolve o tema das políticas públicas, no plano de sua formulação, execução, e implementação, que estão regradas, passe-se o truísmo, pelas balizas constitucionais, apoiadas nas cláusulas da legalidade, e da reserva do possível, bem como do altruísmo, sob pena, de nesta última vertente, propiciar-se tratamento anti-isonômico, de cunho privilegiado, a par de se inviabilizar o atendimento da Sociedade como um todo, pelo que corretas as ponderações do juízo de piso, alegando, finalmente : “...E por todos os motivos expostos, não havendo qualquer dúvida que partir do Poder Judiciário ordem que imponha à UF, ao ERJ e ao MRJ a prestação de assistência domiciliar (home care), na forma como requer a autora na inicial, por tempo indeterminado, violaria flagrantemente o dever de solidariedade social, princípio constitucional limitador do direito individual à saúde, pois outros indivíduos, acometidos pelos mesmos problemas de saúde da autora,

não recebem do Poder Público semelhante assistência domiciliar (home care), impondo-se, portanto, o indeferimento do pedido formulado na inicial.”

-Em realidade, conforme anotado nas contrarrazões da União, o tema vertido se imbrica com as opções legislativas, que não devem ser subtraídas do seu foro adequado, o que conduziria maltrato, ao fim, e ao cabo do artigo 2º da Constituição Federal.

-Há que se reconhecer que, no caso concreto, de acordo com o próprio texto constitucional (art.196), a saúde é um direito “garantido mediante políticas sociais e econômicas”. Assim, sob pena de se inviabilizar todos o sistema público de saúde, deve-se evitar decisões que impliquem em destinação de recursos ao atendimento de situações individuais, desconsiderando-se inclusive a disciplina legal estabelecida.”

[...]

A ponderação a ser realizada no caso concreto é extremamente difícil e esta magistrada é sensível à questão, tendo, inclusive, em audiência, podido ouvir os pais da autora que estavam presentes, mas exige, por outro lado, que não se ignore que (i) a autora, de fato, está sendo bem tratada no HCE e (ii) ser inegável que inúmeras outras crianças, que possuem necessidades semelhantes à da autora, ou ainda mais graves, não possuem estrutura médico-domiciliar mantida às custas pela UF ERJ e MRJ, na forma como pretende nestes autos. Ao contrário, muitas, com sorte, encontram-se internadas em hospitais públicos onde, talvez, os recursos materiais e humanos sejam até escassos e, portanto, insuficientes às suas necessidades. Sem falar na restrição quanto à visitação, fato que no HCE não se verifica como já salientado.

Considero, ainda, que, se por um lado, o direito à saúde é direito de todos, e, ao mesmo tempo, como todos os demais direitos constitucionais, não é um direito absoluto, e, diante da finitude dos recursos, não se pode fechar os olhos para o dever de solidariedade social, eleito pelo constituinte originário como um dos objetivos fundamentais da República, a teor do artigo 3º, I, da CRFB/88.

Trata-se de escolha ideológica, tendo optado o constituinte originário por uma sociedade solidária e não por uma sociedade egoísta. Desse modo, repito, diante da finitude de recursos, da inexistência de direitos absolutos e

do dever de solidariedade social, o direito dos indivíduos sofrerá (deverá sofrer) limitações na hipótese de não ser possível atender a todos da forma que entenderem adequada ou a mais adequada.

E a limitação ao direito do indivíduo encontra-se no respeito ao direito de outro indivíduo. E isso se dá, repito, por força de escolha constitucional que expressamente definiu como objetivo da República a solidariedade social e, portanto, ao fazê-lo, impõe um dever de alteridade entre todos os indivíduos de uma sociedade.

Isso significa dizer que o direito de um indivíduo à determinada assistência médico-hospitalar e a determinados medicamentos deve, necessariamente, passar pelo igual direito dos demais indivíduos que deles, igualmente, necessitem.

Entender contrariamente é não só ignorar escolha constitucional, como estimular uma sociedade individualista. E caberá ao Poder Judiciário a tarefa difícil de definir em cada caso concreto se o alegado direito a determinado medicamento e a determinada assistência médico-hospitalar em especial à assistência domiciliar (home care) deve ou não sofrer limitações.

*E por todos os motivos expostos, não havendo qualquer dúvida que partir do Poder Judiciário ordem que imponha à UF, ao ERJ e ao MRJ a prestação de assistência domiciliar (home care), na forma como requer a autora na inicial, por tempo indeterminado, violaria flagrantemente o dever de solidariedade social, princípio constitucional limitador do direito individual à saúde, pois outros indivíduos, acometidos pelos mesmos problemas de saúde da autora, não recebem do Poder Público semelhante assistência domiciliar (home care), impondo-se, portanto, o indeferimento do pedido formulado na inicial.
[...]"*

3 Conclusão

A vigente Constituição Federal, no inciso I do seu Art. 3º, elegeu a construção de uma sociedade solidária como um dos objetivos fundamentais da República do Brasil.

Consagrou, portanto, a solidariedade social que deve ser observada em uma nação não individualista.

Ademais, no que tange à saúde, a Carta Magna em seu Art. 196 deixou claro de que se trata de um direito de todos e dever do Estado, mas, em atenção ao dever de solidariedade social, igualmente, não deixou pairar nenhuma dúvida de que a sua efetivação fica subordinada a condições que assegurem acesso universal, ou seja, não individualista, e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

O Poder Público, então, só deve ser obrigado a fornecer a um indivíduo a padronizada assistência médico-hospitalar disponibilizada a todos portadores da mesma necessidade.

Nesse panorama, o especial tratamento médico domiciliar (home care), objeto específico do presente estudo, por não ser disponibilizado na rede pública de saúde, não deve ser concedido individualmente a um determinado administrado em detrimento dos demais, portadores das mesmas necessidades, amparados pela política sanitária de assistência universalista adotada pela Administração Pública.

Assim, a despeito da saúde ser considerada constitucionalmente um direito de todos, deve prevalecer a visão de que o Poder Público, em observância ao dever de solidariedade social, igualmente consagrado na Constituição Federal, não está obrigada a fornecer, em situações individuais, tratamento médico-hospitalar privilegiado como a assistência domiciliar (“home care”), porquanto não disponibilizada, genericamente, aos demais indivíduos com as mesmas necessidades, ou até mais graves. Tal conclusão decorre da limitação do direito a saúde pelo dever de solidariedade social a ser respeitado pelo Estado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Agravo em Recurso Especial nº 534630/RJ (2014/0147671-9) – STJ – Decisão Monocrática: Ministro Herman Benjamin – j.21/08/2014. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?processo=534630.NUM.&&b=DTXT&the_saurus=JURIDICO&p=true. Acesso em 08/12/2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 10/12/2015.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8080.htm. Acesso em 10/12/2015.

BRASIL. Suspensão de Segurança nº 3073/RN – STF – Presidência - Relatora: Ministra Ellen Gracie – j.09/02/2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000003394&base=basePresidencia>. Acesso em 04/12/2015.