

A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO AMAZONAS SOBRE O DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL À SAÚDE

THE JURISPRUDENCE OF COURT OF JUSTICE OF AMAZONAS OVER THE RIGHT TO HEALTH

Felipe Braga de Oliveira¹

Marklea da Cunha Ferst²

RESUMO

O presente artigo versará sobre o Direito à saúde, categorizando-o como Direito Humano, e a sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro. As previsões legais deste Direito, insculpidas principalmente nos arts. 6º e 196 da Constituição Federal, requerem análise pormenorizada acerca do tratamento que lhe é dado, fazendo necessário a investigação de sua repercussão no âmbito jurídico. Por fim, examinar-se-á a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Amazonas em relação ao Direito à saúde, em consonância com os casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal e outros Tribunais, dando enfoque àqueles relativos ao acesso à medicamentos e ao tratamento de saúde e seu alcance nos planos de saúde privados.

PALAVRAS CHAVES: Direito à saúde; Direitos Humanos; Jurisprudência.

ABSTRACT

The present article will focus on the Right to Health, categorizing it as a Human Right, and its inclusion in the Brazilian legal system. The legal provisions of this Right, roiling mainly in arts. 6 and 196 of the Federal Constitution of Brazil, require detailed analysis about the treatment given to it, making it necessary to investigate its effects. Finally, it will examine the jurisprudence of the Court of Justice of Amazonas over the Right to Health, in line with the cases decided by the Federal Supreme Court (STF) and other courts, focusing on those relating to access to medicines and health care and its extension to private health plans.

KEYWORDS: Right to health; Human Right; Jurisprudence.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo trará análises acerca do direito à saúde. Nas linhas iniciais o objetivo

1 Graduando em Direito pelo Centro Universitário do Norte/Laureate International Universities e em História pela Universidade Federal do Amazonas. E-mail: felipe.bragaa@gmail.com.

2 Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Coordenadora do Curso de Direito do Centro Universitário do Norte – Uninorte/Laureate e Profa. da Universidade do Estado do Amazonas – UEA.

maior é categorizar tal direito como um Direito Humano. Para isso, necessário se faz que, embora de maneira não exauriente, se recorde a construção dos direitos humanos nas sociedades e sua importância.

Quando nos deparamos com as questões que envolvem os Direitos Humanos, a relevância dada a elas é indiscutível. Os estudos sobre este tema encontram destaque porque expressam uma corrente principiológica embasada positivamente pela Constituição Federal brasileira. Isto posto, não seria de maneira diversa a atenção dada por juristas, bem como por todos os profissionais da área das ciências sociais.

Os Direitos Humanos constituem seara de discussão em todas as áreas do Direito e requerem notória alusão quando discutidos em Tribunais, salas de aula ou conversas informais. Almeja-se com a classificação do Direito à saúde enquanto Direito Humano, alcançar um grau de importância ainda maior, colocando-o como vital para a existência do ser humano, para além do que versa a Constituição Federal do Brasil a respeito desse tema.

Em momento posterior, a análise dos dispositivos constitucionais acerca deste direito se dará de forma aprofundada, aludindo aos dispositivos que perpassam o direito à saúde na Lei Maior brasileira.

A Constituição Federal, enquanto ensejadora de direitos basilares a todo cidadão, inseriu em vários artigos a saúde como meio de possibilitar a consecução dos princípios da dignidade humana e do direito à vida, motivo pelo qual a discussão entrelaçada dos dispositivos e dos princípios alcança horizonte neste trabalho.

Outrossim, ao final do trabalho, será apreciada a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Amazonas a respeito do direito à saúde. A escolha do respectivo tribunal se deu em virtude da ausência de sistematização de suas decisões, e da necessidade de acompanhamento da compreensão dos que lá labutam pela justiça, quando refutados sobre demasiado direito humano.

Para se entender o recorte metodológico deste texto, oportuno esclarecer o entendimento acerca do termo jurisprudência. Segundo Rizatto Nunes (2002, p. 87), “define-se jurisprudência como o conjunto das decisões dos tribunais a respeito do mesmo assunto. Alguns especificam 'conjunto das decisões uniformes dos tribunais' e outros falam apenas em 'conjunto de decisões', sem referência à uniformidade.”

Tendo em vista tal conflito de entendimento, Paulo Nader (2013, p. 172) apresenta duas conceituações modernas acerca do termo jurisprudência: 1) “Em sentido amplo: é a coletânea de decisões proferidas pelos tribunais sobre determinada matéria jurídica [...]. 2)

Em sentido estrito: dentro desta acepção, jurisprudência consiste apenas no conjunto de decisões *uniformes*, prolatadas pelos órgãos do Poder Judiciário, sobre uma determinada questão jurídica”.

Na construção deste trabalho, filiou-se à perspectiva da jurisprudência em sentido estrito, visto que se constituirá fonte do artigo as decisões importantes as quais se quer dar maior publicidade e relevância acadêmica.

Logo, o estudo que se iniciará trará a baila as discussões advindas das decisões dos magistrados que ocupam os órgãos de duplo grau de jurisdição presentes no Estado do Amazonas, suprimindo uma necessidade até então negligenciada: a falta de um estudo, ainda que pequeno, sobre as respectivas decisões judiciais no que concerne ao direito humano à saúde e suas repercussões jurídicas e sociais.

Por tratar-se de um curso de Ciências Sociais, o Direito se vê no conjunto das discussões que envolvem relações humanas. O Direito se caracteriza como um regulador social e, como tal, merece um estudo diário e aprofundado sobre o direito dos indivíduos em relação à si, em relação ao outro, bem como em esferas estatais e mundiais, ainda mais quando se refere à sua condição de vida, à sua saúde física e mental.

Diante de todo o exposto, almeja este artigo contribuir para a construção de um Direito mais humano (se é que é possível fazê-lo de modo diverso), buscando analisar casos relacionados ao Direito à saúde e o priorizando, dado que a saúde física, mental e ambiental se coaduna com o princípio da dignidade humana, positivados no ordenamento jurídico brasileiro e em diversas legislações internacionais.

2. DIREITOS HUMANOS

Na busca de uma conceituação desta categoria de direitos, parte-se da afirmação de que Direitos Humanos constituem um termo de uso comum, mas não categoricamente definido. Esses direitos são concebidos de forma a incluir aquelas reivindicações morais e políticas que, no consenso contemporâneo, todo ser humano tem ou deve ter perante sua sociedade ou governo, reivindicações estas reconhecidas como 'de direito' e não apenas por amor, graça ou caridade.

Ao buscar uma conceituação que se adeque com perfeição para servir de embasamento nesta questão pouco definida, obtém-se como expoente a afirmação de que os direitos humanos derivam de um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento

histórico, concretizam as exigências de dignidade, liberdade, igualdade humana, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos, nos planos nacional e internacional.

Diante dessas qualificações, podemos adentrar diversos parâmetros que nos indicam o norte para este artigo. Os direitos humanos, como visto, resultam de reivindicações inerentes a toda pessoa submetida à um Estado. Portanto, ao viver em um Estado Democrático de Direito, não há o que se contestar sobre a relevância de certas garantias no que tange à integridade física, mental, de diversos posicionamentos políticos, bem como da infinitude de direitos que permeiam o ser humano em sua complexidade.

O surgimento dos direitos humanos, segundo Nascimento Filho (2013, p. 21), adveio do “diálogo de várias fontes, desde tradições estabelecidas em diversas civilizações, até a junção de pensamentos filosófico-jurídicos, ideias surgidas com o cristianismo e com o direito natural”.

A história tem nos mostrado que a problematização dos direitos humanos acontece na medida em que a sociedade se transforma e traz consigo uma realidade de direitos diferentes da época anterior. O momento histórico, assim, requer direitos distintos, em razão da própria conceituação de dignidade, liberdade e igualdade.

Celso Lafer (1988, p. 118) expõe que o valor da pessoa humana, este sendo o fundamento dos Direitos Humanos, tem assento desde as origens do ser humano. Levando em consideração a Bíblia judaica e cristã como fundamento da criação do Homem, o livro do Gêneses assevera ser o Homem o ápice da criação, possuindo demasiada importância frente às diversas outras coisas criadas. A vida do homem, portanto, constitui pressuposto de dignidade, com a aquiescência de Direitos que permeiem as relações do homem com outros e com a natureza.

O reconhecimento desses direitos ocorridos posteriormente à Carta das Nações Unidas, assinada em 1945, vem dando relevo a uma sistemática internacional de igualdade entre os povos e que devem ser efetivadas por todos os países signatários. Outro diploma legal internacional, assinado em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, acorda o comprometimento dos Estados-Membros com a promoção do respeito aos direitos e liberdades fundamentais da pessoa, bem como com as garantias deles decorrentes. Não se pode olvidar que esta República ratificou tais tratados no ordenamento jurídico pátrio.

Com a promulgação da Declaração dos Direitos Humanos e da Revolução Francesa se reconheceu, o que Hannah Arendt denominaria de “direito a ter direitos”, ou seja, direito de

ser cidadão, conferindo direitos sociais, civis e políticos a um maior número de pessoas.³ Todavia, ao contrário do que se esperava, a mera declaração de direitos não foi suficiente para garantir à comunidade seu gozo, embora tenham significado um passo significativo na conquista destes direitos, pois confere ao Estado um parâmetro a ser observado. Nesse sentido oportuno os ensinamentos de Flávia Piovesan (2003, p. 38):

Uma das principais qualidades da Declaração é constituir-se em parâmetro e código de atuação para os Estados integrantes da comunidade internacional. Ao consagrar o reconhecimento universal dos direitos humanos pelos Estados, a Declaração consolida um parâmetro internacional para a proteção desses direitos. Nesse sentido, a Declaração é um dos parâmetros fundamentais pelos quais a comunidade internacional “deslegitima” os Estados. Um Estado que sistematicamente viola a Declaração não é merecedor da aprovação por parte da comunidade mundial.

Diante disso, fica expresso que a temática dos Direitos Humanos deve transpassar quase todas as áreas de estudo do Direito, percebida sua relevância na construção dos ideais de sociedade justa e solidária na qual o mundo busca conquistar⁴ e se, a positivação destes direitos não é suficiente para efetivá-los, toda sociedade deve trabalhar em prol da efetividade dos direitos humanos. É o que se busca com este trabalho, disseminar as decisões judiciais sobre o direito à saúde, com a finalidade de se fazer valer os direitos consagrados em nossa Constituição e nos diversos diplomas jurídicos nacionais e internacionais.

3. DIREITO HUMANO À SAÚDE

A saúde, para além de um direito fundamental previsto nos diplomas legais, constitui-se um Direito Humano. O direito humano à saúde tem que figurar como um dos mais importantes campos de atuação dos Estados para sua concretização, visto que não há o que se falar em vida humana digna, sem que a saúde física e mental esteja em plena fruição.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também intitulada de Pacto de São José da Costa Rica, reconhece em seu preâmbulo que “os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como

3 Segundo Marco Mandaini (PINSKY, 2003, p. 116), a Revolução Inglesa que se iniciou em 1640 foi o ponto de partida para o desenvolvimento dos direitos de cidadania. Segundo o autor “foi quando um país se envolveu naquela que é considerada a primeira revolução”.

4 Não se almeja neste capítulo, conforme apresentado na introdução deste trabalho, abarcar de maneira aprofundada a temática dos Direitos Humanos, reservou-se suscitar apenas as suas linhas gerais para embasar a afirmação feita *a posteriori*, onde se elencou a saúde como Direito Humano. Para aprofundamento no nascedouro e nas perspectivas dos direitos humanos, indica-se: COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

fundamento os atributos da pessoa humana”. Assim, apreende-se a generalização da saúde, porquanto se configure um direito essencial do homem, ser tutelada por todos os Estados.

O maior bem do ser humano é a vida. Essa afirmação pode ser obtida por meio de simples análise do conteúdo normativo interno e externo de todos os países. A Convenção retrocitada também declara que “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida”, afirmando ainda dever ser esse direito “protegido pela lei e, em geral, desde o momento da sua concepção” (art. 4º, item 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos).

A vida, portanto, é o grande objeto jurídico à ser tutelado. No entanto, não se pode negar que este bem deve ser resguardado de maneira satisfatória. A saúde do ser humano dá a ele uma vida digna e com possibilidades infinitas de crescimento profissional, pessoal, mental, etc. Dessa forma sustentam Fernando Vasconcelos e Maurílio Maia que “a vida saudável é um dos fatores que possibilitam a vida digna” (2012, p. 67) Noutro passo, sem saúde não há como se fruir dos outros direitos insertos em diplomas legais.

A saúde se constitui para além de ausência de doenças, “é o resultado das condições – objetivas e subjetivas – que propiciam uma vida digna” (BRASIL. Ministério da Saúde. 2007, p. 5). Logo, se percebe que o horizonte no qual se deve olhar a saúde não se restringe ao aspecto físico do ser humano, ainda que dele não desapegue a importância.

Desse modo, a saúde deve ser tutelada tanto pelo viés individual quanto pelo coletivo. A abrangência do direito humano à saúde, repise-se, enquanto um direito necessário para fruição de outros direitos, deve alcançar a todos, de maneira individual e coletiva. À vista disso, asseveram Fernando Vasconcelos e Maurílio Maia “a saúde é tutelável tanto na via individual quanto na coletiva. Apesar disso, é preciso lembrar que o direito à saúde, por ser direito social, prima por efetivação igualitária na sociedade. Dessa forma, [...] firma-se a via jurisdicional coletiva como a preferencial frente à ideia de acesso isonômico à saúde entre os cidadãos”(2012, p. 68).

Dessarte, assegurando ser a saúde, enquanto Direito Humano, um objeto jurídico de alto relevo, a Declaração dos Direitos Humanos, em seu preâmbulo, declara “que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direito entre homens e mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla”.

Não há o que se falar em direitos humanos fundamentais, dignidade humana, progresso social e melhores condições de vida sem que se propicie saúde, em toda a sua

abrangência anteriormente comentada, para todas as sociedades. É inócua a afirmação de todos esses direitos sem que se vislumbre o direito à saúde universal como meta.

Atesta ainda a Declaração Universal dos Direitos Humanos que “toda pessoa tem direito à vida” (art. III da Declaração Universal dos Direitos Humanos), sustentando ainda que toda pessoa deve fruir dos direitos sociais indispensáveis à sua dignidade⁵, sendo enfática que “toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família *saúde e bem-estar*, inclusive alimentação, vestuário, habitação, *cuidados médicos e serviços sociais indispensáveis*”⁶ (itálico pessoal).

O direito à saúde deve ser elencado como direito humano na medida em que se constitui como “mecanismo que viabiliza a vida digna e saudável extrapola os limites fisiológicos humanos, pois permite o pleno desenvolvimento da personalidade humana”(op cit., p. 72). Por conta disso, se pode até vislumbrar, em sentido econômico, que a saúde deve ser prioridade para os Estados pois fornece ao mercado capitalista a mão de obra necessária para a produção e o seu alvo máximo, o lucro. Assim, Fernando Vasconcelos e Maurílio Maia entendem que “os gastos com a saúde devem ser considerados uma forma de investimento e não como mera despesa de consumo” (2012, p. 79).

Disserta Fernando Aith (2011, p. 14) que:

o reconhecimento de que saúde é um direito humano, necessário para que se tenha uma vida digna, foi universalizado em diferentes tratados internacionais de direitos humanos, assinados por praticamente todos os países do globo. O grande desafio para o Direito nos dias de hoje é, a partir deste reconhecimento, descobrir qual a exata extensão do direito à saúde, quais os direitos e deveres que dele emergem para o Estado, a família, as empresas e os indivíduos.

Assim sendo, resta clara o reconhecimento da saúde como direito humano e a importância que deve ser dada a ela, porquanto se queira alcançar uma sociedade sem problemas em relação à ordem social. Os diplomas legais internacionais priorizam a vida e, por conseguinte, a saúde, garantindo a todos os povos o direito de fruir de outros direitos em condições saudáveis e adequadas. Isto posto, requer-se uma análise acerca do ordenamento jurídico pátrio com relação ao direito à saúde.

5 Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. XXII, “Toda pessoa, como membro da sociedade tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade”.

6 *Ibidem*, art. XXV.

4. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O DIREITO À SAÚDE

A Constituição da República de 1988, chamada de Constituição Cidadã, trouxe em seu bojo mais uma inovação frente às anteriores. Nas Constituições antecedentes, a saúde não constava como direito social expresso, sendo considerada somente como um benefício da previdência social (BRASIL. Ministério da Saúde. 2007, p. 7). . Esta última visão sobre a saúde, enquanto benefício econômico, beira o absurdo se reputada nas sociedades hodiernas, posto que este tipo de análise está eivada de individualismo, negando o direito à saúde como universal.

À vista disso, assevera Érica Paula Barcha Correia (2010, p. 45) que “independente de contribuição para o sistema denominado SUS (Sistema Único de Saúde) pela CF/88, todo cidadão em território brasileiro tem direito à prestações de saúde”, ainda podendo tal atendimento ser feito por empresas privadas, na qual o cidadão que desejar utilizar de tal serviço tenha aderido ao contrato de plano de saúde.

A Carta Magna atual expõe, acertadamente, em seu art. 6º, os direitos sociais, dentre eles o direito à saúde⁷. Porém, para além da categorização da saúde como direito social, a Constituição já impõe tal direito quando da apresentação dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, quando menciona a cidadania e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III, da Constituição Federal), bem como no mais citado dispositivo da Constituição, o importante artigo 5º, expressa que a inviolabilidade do direito à vida é uma garantia⁸. Logo, a vida, como bem jurídico humano e conforme apresentado *supra*, deve ser usufruída de maneira plena, devendo ser permeada de boa saúde física, mental, etc.

Flávia Piovesan ensina que (2010, p. 54):

A Constituição de 1988 acolhe a ideia da universalidade dos direitos humanos, na medida em que consagra o valor da dignidade humana como princípio fundamental do constitucionalismo inaugurado em 1988. O texto constitucional ainda realça que os direitos humanos são tema de legítimo interesse da comunidade internacional, ao prever, pela primeira vez, dentre os princípios a reger o Brasil nas relações internacionais, o da prevalência dos direitos humanos.

Da mesma forma, quando a Lei Maior prevê como princípio fundamental a dignidade

7 Art. 6º, CF: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

8 Art. 5º, *caput*: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos”

humana, não a faz de maneira isolada. Ressalta Uadi Lammêgo Bulos (2010, p. 499) que :

a constitucionalização do vetor da dignidade da pessoa humana vem plasmada em diversos ordenamentos jurídicos mundiais, o que comprova que o homem é o centro, fundamento das sociedades modernas. Daí a Lei Fundamental de Bonn de 1949, diploma que muito influenciou a Constituição espanhola de 1978, ter enfatizado, logo no art. 1º, “a dignidade do homem” (*Schutz der Menschenwürde*): “A dignidade do homem é intangível. Respeitá-la, protegê-la é obrigação de todo poder público”. O mesmo aconteceu com a Constituição portuguesa de 1978, que também assegurou o princípio (art. 1º)

Ainda assim, ao categorizar a saúde como Direito Social, a Constituição, nas palavras de Uadi Lammêgo Bulos, tem a finalidade de “beneficiar os hipossuficientes, assegurando-lhes situação de vantagem, direta e indireta, a partir da realização da igualdade real. [Os direitos sociais] partem do princípio de que incumbe aos Poderes Públicos melhorar a vida humana”(2010, p. 783).

Alexandre de Moraes (2013, p. 201) conceitua direitos sociais como

direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras *liberdades positivas*, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando a concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.

Quando o retromencionado jurista apresenta o termo “liberdades positivas”, quer figurar o direito social como “um fazer por parte dos órgãos do Estado, que têm a incumbência de realizar serviços para concretizar os direitos sociais” (2010, p. 783). Assim, é obrigação do Estado brasileiro oferecer, como exemplo, serviços médico-hospitalares adequados à população independente de sua condição social.

O Ministro Carlos Ayres Britto (BRASIL. STF. 2011, p. 599) explica que o “Direito à saúde, positivado como um dos primeiros dos direitos sociais de natureza fundamental e também como o primeiro dos direitos constitutivos da seguridade social, [se constitui] serviços de pronto qualificados como 'de relevância pública', caracterizando ainda a higidez físico-mental como “bem inestimável do indivíduo”.

Cabe problematizar, como o faz Uadi Lammêgo Bulos (2010, p. 784), quanto a efetividade dos direitos sociais. “Que fazer para os direitos sociais saírem do papel?”. Esse questionamento nasce da ineficiência da proteção de tais direitos, decorrente de variados motivos. Bulos exprime que

Só mediante profunda mudança de mentalidade para a eficácia social de tais dispositivos se realizar. Urge que nossos legisladores saiam do período da programaticidade e ingressem na fase de efetividade dos comandos constitucionais positivados. Nada adiantam promessas, programas de ação futura, normas e eficácia contida ou limitada, se os Poderes Públicos não as cumprirem plenamente, criando, para tanto, as condições necessárias. Resta, pois, que todos os segmentos da sociedade, sem distinções, cobrem a execução concreta dos preceitos constitucionais, principalmente num país de significativa inflação legislativa e de reformas inoportunas e despropositadas como o Brasil, onde tudo é nivelado por baixo e o respeito ao homem é quase inexistente.

Diante dessa problematização, requer-se uma mudança de paradigma para que as letras da Constituição tome som e ecoe na sociedade. De certo, a saúde encontra relevância na Lei Maior do Brasil, sendo expressamente prevista também no Título VIII - “Da Ordem Social”-, ordem esta que tem como objetivo o bem-estar social e serve como base para a implementação dos direitos previstos no art. 6º da Constituição.

O Capítulo II do aludido título constitucional, mais precisamente na seção II, aduz à saúde. O art. 196⁹ afiança ser a saúde direito de todos e dever do Estado. Desta afirmação se pode entrever o direito à saúde reiteradamente categorizado como direito humano. O Estado, ou melhor, todos os Estados devem construir políticas para garantir uma vida saudável aos seus cidadãos.

O aludido dispositivo constitucional traz em seu bojo alguns parâmetros importantes de serem elencados, para além dos já mencionados: a) a necessidade de políticas públicas para a efetivação do direito à saúde; b) o objetivo dessas políticas deve ser a redução de doenças, inclusive o possível risco destas; c) o acesso às políticas públicas deve ser universal e igualitário, motivo pelo qual abordar-se-á mais adiante decisões do Tribunal de Justiça do Amazonas nesse sentido; d) ações e serviços devem ser efetivados para promover, proteger e recuperar a saúde de qualquer cidadão.

A promoção, proteção e recuperação da saúde de todos os cidadãos somente será alcançada por meio de um sistema que atenda a demanda a contento, perseguindo o ideal de infraestrutura adequada, a formação de equipes de saúde com o maior aproveitamento possível, disponibilizando ainda os medicamentos necessários para qualquer atendimento de emergência ou de medicina intensiva. Ou seja, todas as ações descritas no art. 196 tornam-se inócuas se não buscarem alcançar todos esses parâmetros ligados à satisfação da saúde, previamente e posteriormente às doenças.

9 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.

Conforme dispõe o art. 198 da Carta Magna de 88, estas “ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um *sistema único*”. O Sistema Único de Saúde brasileiro, elogiado por diversos países quando da sua implementação, tem como diretriz “o atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais” (art. 196, II, da CF/88). Assim, assevera a Lei Maior que o conceito de saúde está, como já mencionado, para além da ausência de doença, mas, destaca Fernando Aith (2011, p. 15) “como um estado de equilíbrio físico, mental e social, que permite ao indivíduo responder da forma mais eficiente possível às exigências da vida social”, devendo o Estado, portanto, agir de maneira preventiva.

A Constituição Federal e as Leis Orgânicas da Saúde¹⁰, definem como princípios do SUS: a) a universalidade de acesso; b) a integralidade da atenção; c) a equidade; d) a participação social; e quanto ao seu aspecto organizativo, definem: a) intersectorialidade; b) a descentralização político-administrativa; c) a hierarquização e a regionalização; e d) a transversalidade. Todos esses princípios fazem com que a busca pela saúde tenha diretriz e alcance o objetivo maior, qual seja atender a população¹¹.

Todo o arcabouço legislativo em torno da temática da saúde expõe axiomático que a persecução de políticas públicas, a construção de uma infraestrutura adequada, a disponibilização de materiais e a contratação de equipes de saúde (médicos, enfermeiros, assistentes sociais, psicólogos, fisioterapeutas, etc) em quantidade suficiente devem ser aspirações do Estado. Dessa forma leciona o Min. Marco Aurélio Mello, que “incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando alcançar a saúde” (BRASIL. STF. p. 1903)¹².

Resta indiscutível e sólido o entendimento de que o Estado, abrangendo todos os seus Poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário, porquanto dentro de suas atribuições criar mecanismos, executá-los e fazer cumprir os princípios e normas abarcados pelo ordenamento jurídico pátrio para a efetividade do Direito à Saúde.

4.1 A APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS REFERENTES À SAÚDE

10 Compreendem as Leis Orgânicas da Saúde, Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, e Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990.

11 Para uma análise inicial dos princípios do SUS, ver: BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. Departamento de Apoio à Gestão Participativa. *Caminhos do direito à saúde no Brasil*. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2007.

12 RE 195.192, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 22-2-2000, Segunda Turma, DJDE 31-3-2000.

Posteriormente à análise das normas constitucionais que tratam do direito à saúde, cabe sopesá-las quanto às suas eficácias e aplicabilidades. As normas jurídicas, anota Luís Roberto Barroso (2013, p. 212), “são o objeto do Direito, a forma pela qual ele se expressa. Normas jurídicas são prescrições, mandamentos, determinações que, idealmente, destinam-se a introduzir a ordem e a justiça na vida social”.

À vista disso, o mesmo autor assevera que uma das características das normas constitucionais é a natureza da linguagem, refletindo que (2013, p. 221):

o texto constitucional se utiliza, com abundância maior do que outros documentos legislativos, de *cláusulas gerais*, que são categorias normativas pelas quais se transfere para o intérprete, com especial intensidade, parte do papel de criação do Direito, à luz do problema a ser resolvido.

É diante desta assertiva que, embora classifique-se as normas constitucionais quanto à sua eficácia referentes ao direito à saúde (principalmente os arts. 6º e 196 da Constituição Federal), é na análise do caso concreto que advogados, promotores de justiça, juízes etc, criarão o direito a ser apurado e farão emergir do enunciado normativo a verdadeira norma, esta sendo “produto da incidência do enunciado normativo sobre os fatos da causa, fruto da interação entre texto e realidade”, conforme nos adverte Luís Roberto Barroso (2013, p. 217).

José Afonso da Silva (2001, p. 101), na obra *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, as classificou como de eficácia plena, contida ou limitada (reduzida). Plena “são aquelas que, desde a entrada em vigor da consituição produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta ou normativamente, quis regular”.

As normas de eficácia contida são conceituadas como “aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer” (2001, p. 116).

Os direitos sociais, no qual se inclui o direito à saúde, são classificados na maioria da doutrina como de eficácia limitada por princípio programático, posto que são caracterizadas por sua aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem totalmente sobre o interesse em questão após uma normatividade ulterior que lhe desenvolva.

Maria Helena Diniz (1992, p. 103) prefere denominar as normas de eficácia limitada como 'normas com eficácia relativa dependente de complementação legislativa', posto que,

sua possibilidade de produzir efeitos é mediata, pois, enquanto não for promulgada aquela lei complementar ou ordinária, não produzirão efeitos positivos, mas terão eficácia paralisante de efeitos de normas precedentes incompatíveis e impeditiva de qualquer conduta contrária ao que estabelecerem. Não recebem, portanto, do constituinte normatividade suficiente para sua aplicação imediata, porque ele deixou ao Legislativo a tarefa de regulamentar a matéria, logo, por esta razão, não poderão produzir efeitos de imediato, porém têm aplicabilidade mediata, já que incidirão totalmente sobre os interesses tutelados, após o regramento infraconstitucional.

Assim, podem ser algumas características das normas constitucionais de eficácia limitada, de acordo com Uadi Lammêgo Bulos (2010, p. 470):

as leis editadas para regulá-las podem ampliar o conteúdo delas, aumentando o campo de abrangência dos assuntos que disciplinam; enquanto não advier normatividade para viabilizar o exercício do direito ou benefício que consagram, permanecem inaplicáveis; por isso, são normas de aplicação indireta, mediata ou diferida; e embora não nasçam prontas para ser aplicadas, pois dependem de lei para lograr eficácia social, produzem *efeitos normativos*, vinculando o legislador infraconstitucional aos seus comandos e paralisando os efeitos de leis que as desrespeitem.

Embora Uadi Bulos já conduza à reflexão acerca da produção de efeitos das normas limitadas frente à falta de aplicabilidade imediata, compete acrescentar o que ensina Luís Roberto Barroso (2013, p. 237):

Estas normas, contudo, ao contrário do que ocorria com as ditas não autoaplicáveis, não são completamente desprovidas de normatividade. Pelo contrário, são capazes de surtir uma série de efeitos, revogando as normas infraconstitucionais anteriores com elas incompatíveis, constituindo parâmetro para a declaração da inconstitucionalidade por ação ou omissão, e fornecendo conteúdo material para a interpretação das demais normas que compõem o sistema constitucional.

Mais precisamente, as normas de eficácia limitada podem ser de 'princípio institutivo' ou de 'princípio programático'. “São, pois, normas constitucionais de princípio institutivo aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei”, destaca José Afonso da Silva (2001, p. 126).

Concebe-se como normas de princípio programático “aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativo, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado” (SILVA. 2001, p. 138).

Diante desta anotação, requer-se a indagação acerca da possibilidade das normas constitucionais referentes aos direitos sociais terem eficácia plena, em contraponto aos que as classificam como de eficácia limitada por princípio programático. Isto porque o art. 5º, § 1º da Constituição Federal, ao asseverar que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm *aplicação imediata*” (itálico pessoal), caracterizam todos os direitos fundamentais como normas constitucionais de eficácia plena.

De acordo com a defesa feita supra, a caracterização dos direitos sociais, em especial o direito à saúde, como direito fundamental, tendo em vista que, adequadamente afirmado pelo Min. Celso de Mello, o “direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida” (BRASIL. STF. 2011, p. 1901)¹³, baseia a tese de que a eficácia das normas constitucionais em relação aos direitos ora estudados é plena, possuindo efeitos essenciais provenientes da vontade do constituinte.

Não se quer dizer, no entanto, que as normas que se referem ao direito à saúde, enquanto exemplo de direito social, não possam ter legislações infraconstitucionais que estatuem programas a serem desenvolvidos pelo Estado, principalmente no que tange à orçamento e diretrizes básicas. O que se afirma, portanto, é a autoaplicação dessas normas, por serem possíveis desde o momento em que entram em vigor, dada a potencialidade integral e direta da produção de seus efeitos, revogando, inclusive, leis infraconstitucionais que à elas contrariem.

5. A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO AMAZONAS SOBRE O DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL À SAÚDE

Importa, com enfoque nos objetivos deste artigo, examinar os julgados do Tribunal de Justiça do Amazonas referentes ao Direito à saúde. Sobejando este Direito como fundamental e, acima de todas as categorizações, como Direito Humano, necessária se faz a análise dos casos em que o Poder Judiciário do Amazonas é instado à se manifestar acerca dessa questão, conferindo, outrossim, a jurisprudência da mais alta Corte brasileira, o Supremo Tribunal Federal.

Cabe, anteriormente à discussão proposta neste capítulo, entender o papel da jurisprudência, uma vez que a conceituação dessa fonte do direito já fora apresentada. Em

13 RE 271.286-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12/09/2000, Segunda Turma, DJ de 24/11/2000.

relação ao cenário jurisprudencial, diferentemente do que ocorre nos Estados ligados ao sistema anglo-americano, o Estado brasileiro tem tradição romano-germânica, onde prevalece o entendimento de que o papel da jurisprudência limita-se a revelar o Direito preexistente (NADER. 2013, p. 177).

Paulo Nader (2013, p. 177), ao travar discussão acerca da criação do Direito por meio da jurisprudência, constata que o julgador tem a função de interpretar o direito e não de criá-lo. Entretanto, completa o autor que “esta opinião não exclui a contribuição da jurisprudência para o progresso da vida jurídica, nem transforma os juízes em autômatos, com a missão de encaixar as regras jurídicas aos casos concretos. [...] Portanto, a atividade dos juízes é fecunda e, sob certo ponto de vista, criadora”

Nesse mesmo sentido entende Michel Miaille (2005, p. 217) que um juiz ao decidir uma lide tem a finalidade de ditar o direito, e “ditar o direito é, no caso preciso, declarar qual é o direito aplicável ou, se necessário, criar esse direito”, dissertando ainda que “habitualmente, diga-se o que se disser, a criação jurisprudencial de direito não concorre com a lei, mas é dela complementar”.

Assim, importa ao jurista conhecer a legislação e a jurisprudência, de igual modo, a fim de que, independentemente de cargo ou função que ocupe, disponha de um arcabouço de conhecimento adequado, fazendo prevalecer o direito em questão e o princípio da segurança jurídica.

5.1 DIREITO DE ACESSO À MEDICAMENTOS E TRATAMENTO DE SAÚDE PELO ESTADO

É cediço nos Tribunais de todo o país, como prevê a Constituição Federal, que é dever do Estado fornecer medicamentos a todos aqueles que necessitarem, objetivando a concretização do direito à vida em sua plenitude.

Entende o Ministro Cezar Peluzo, do Supremo Tribunal Federal, que para configurar a necessidade aludida, “não basta ao paciente comprovar ser portador de doença que o justifique, exigindo-se prescrição formulada por médico do Sistema” (BRASIL. STF. 2011, p. 1903)¹⁴. Obtendo, portanto, a prescrição médica de determinado medicamento, o seu fornecimento se apresenta como obrigação para o Estado.

Compreende neste sentido o Min. Luiz Fux (BRASIL. STF. 2011, p. 1897), ao

14 STA 334-AgR, julgamento em 24-06-2010, DJE de 13-8-2010.

asseverar que

o recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada a sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isto porque, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido na Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional¹⁵.

Flávia Piovesan (2010, p. 58), ao escrever sobre o assunto, defende que “a distribuição gratuita de medicamentos permitiria conferir efetividade aos preceitos constitucionais, representando um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e sua essencial dignidade”.

Assim, o direito à saúde é dever do Estado, devendo este “propiciar aos necessitados não qualquer tratamento, mas o tratamento mais adequado e eficaz, capaz de ofertar ao enfermo maior dignidade e menor sofrimento. Deste modo, deve ser assegurado o medicamento mais eficaz e adequado ao tratamento, mesmo que não previsto em portaria do Ministério da Saúde, com fundamento nos direitos à saúde e à vida” (PIOVESAN. 2010, p. 59)

Apesar da divergência entre juristas acerca da justiciabilidade dos direitos sociais, principalmente o direito à saúde, crê-se que a fundamentação dos contrários à possibilidade do Poder Judiciário ao ser instado à se manifestar e proferindo decisões que impõem a prestação de tratamento de saúde e medicamentos, que se calca na insuficiência de recursos orçamentários, não encontra guarida no sistema jurídico-constitucional e, para além disso, não encontra respaldo quando colocadas frente ao rol de direitos humanos previstos nos Tratados e em seus princípios basilares.

No entanto, há decisões que sustentam a não realização de despesas que não estiverem previstas no orçamento¹⁶. Apesar disso, e como já se enfatizou anteriormente, não pode o Brasil, enquanto possuidor de um ordem jurídica que garante o direito à vida em todos os aspectos em que possa ser interpretado, bem como um Estado de Bem Estar Social com uma carga tributária entre as maiores do mundo, se esquivar do dever de prestar assistência médica, fornecimento tratamento adequado e medicação condizente com a patologia do doente.

15 RE 607.381-AgR, julgamento em 31-5-2011, DJE de 17-6-2011. p. 1897.

16 Nesse sentido: MS 6.564/RS, STJ.

O Tribunal de Justiça do Amazonas, instado a se manifestar por meio de Agravo de Instrumento interposto pelo Estado do Amazonas em relação à decisão em sede de Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público Estadual para tutelar direito de tratamento de saúde à uma criança acometida com polineuropatia desmielizante inflamatória crônica e cinesiológica funcional de tetraplegia flácida, impondo o fornecimento de cadeira de rodas, cama hospitalar, suplemento alimentar, realização de fisioterapia respiratória e motora, entre outros, negou provimento às razões do Agravo, sustentando-se na proteção constitucional à saúde.

No caso em questão, o agravante afirmou que as razões para não fornecimento de parte do que foi pedido e firmado pela decisão atacada, especificamente a cama hospitalar, não pode ser oferecida por circunstâncias alheias à sua vontade. Ainda, alegou que a decisão agravada aplicava medida coercitiva de cumprimento (multa diária no valor de R\$ 1.000) de forma descabida e desproporcional, bem como a decisão de bloquear as verbas públicas até o cumprimento da decisão era contrária à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Em seu voto, o relator, Des. Aristóteles Lima Thury, afirmou não caber a alegação de desproporcionalidade na decisão do juiz que impôs a multa diária, visto que a criança sofre por uma doença de alta complexidade, requerendo, por conseguinte, o fornecimento dos equipamentos para a manutenção da sua vida. O relator, conforme se observa, corrobora com o direito à saúde alegado durante este estudo, na medida em que o tratamento adequado deve ser oferecido pelo Estado, conforme salienta a Constituição.

Afirmou ainda o Desembargador Relator, que “não há dúvidas de que entre uma possível lesão aos cofres públicos, o que se por ventura vier a acontecer se dará em razão de verdadeira desídia do Estado, e o direito à saúde e à vida que se põem em questão, estes últimos deverão prevalecer”¹⁷. Colaciona-se a ementa do caso em comento:

PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – DOENÇA DE EXTREMA GRAVIDADE – FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTOS E MEDICAMENTOS – IRRESIGNAÇÃO QUANTO À FIXAÇÃO DE MULTA DIÁRIA EM CASO DE DESCUMPRIMENTO – POSSIBILIDADE – DISCIPLINA DO ART. 461, §5º, CPC – PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À SAÚDE, À VIDA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – POSSIBILIDADE DE BLOQUEIO DE VALORES EM CONTAS PÚBLICAS – PRECEDENTES STJ – AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E DESPROVIDO.

O Superior Tribunal de Justiça, já firmou entendimento no sentido de, em casos que envolvem a proteção aos direitos constitucionais à saúde, à vida e à dignidade da pessoa humana, ser possível a fixação de multa diária, como medida coercitiva para forçar o Estado a efetivar o cumprimento do pronunciamento jurisdicional. Da

17 Neste sentido: STJ, Resp. 900.458/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 3/08/2007.

mesma forma, é forte o entendimento naquela corte quanto à possibilidade de se efetivar o bloqueio em contas estatais em tais casos, buscando o fiel cumprimento das determinações judiciais. Submeter os valores da multa ao procedimento de precatório, findaria por tonar inócuo o pronunciamento em questão. - Agravo de Instrumento conhecido e desprovido.¹⁸

Ante o exposto, torna-se claro que o Estado tem a obrigação de fornecer tratamento adequado, incluindo os medicamentos necessários para que todos os cidadãos tenham uma vida digna, não se podendo excluir, por óbvio, a saúde

5.2 DIREITO DE ACESSO À TRATAMENTO DE SAÚDE NOS PLANOS PRIVADOS

No mesmo bojo, os planos privados de saúde, ao prestarem um serviço *a priori* público, para além da visão empresarial, devem ter em vista que saúde é um bem essencial à sadia qualidade de vida.

Inúmeras têm sido as decisões dos Tribunais tendo como base o Código de Defesa do Consumidor, reconhecendo, outrossim, a abusividade de cláusulas que, em contrato de seguro-saúde, afastam tratamentos adequados de doenças infectocontagiosas de notificação compulsória, bem como patologias em geral (PIOVESAN. 2010, p. 61)¹⁹.

Por conseguinte, não está fora disso o Tribunal de Justiça do Amazonas, quando instado a se manifestar. A saber, em ação de obrigação de fazer, onde figurava no polo ativo da demanda um homem diagnosticado com leucemia mielóide crônica e fibrose pulmonar em estado avançado e no polo passivo uma operadora de planos de saúde, pleiteando o fornecimento por parte da demandada de medicamento necessário para o tratamento da referida doença.

Em grau recursal de apelação, a operadora do plano de saúde afirmou que a obrigação objeto da lide não estava amparada contratualmente, utilizando-se do princípio de que o contrato faz lei entre as partes.

No entanto, o Rel. Des. Aristóteles Lima Thury asseverou em seu voto (acompanhado por unanimidade), que a disposição contratual de não fornecimento de medicamento que não seja produzido no Brasil trata-se de “cláusula abusiva ou leonina que objetiva restringir o princípio do equilíbrio a ser mantido entre as partes contratantes, impondo um ônus excessivo que se incompatibiliza com o objeto pactuado”.

18 Agravo de Instrumento nº 2011.007117-5, Rel. Des. Aristóteles Lima Thury, Terceira Câmara, julgamento em 17/09/2012, DJ 24/09/2012.

19 Nesse sentido: STJ, AgRg no Resp 265.872 e AgRg no Resp 251.722.

O relator colaciona em seu voto a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que solidifica o entendimento de que o médico, e não o plano de saúde, é responsável pela orientação terapêutica e, portanto, somente cabe ao plano de saúde prever contratualmente quais doenças serão cobertas, mas não o seu tratamento, independente se a medicação é produzida no Brasil ou no exterior (REsp 668.216/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Menezes Direito, *DJ* de 02.04.2007 e Resp 952.144/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *DJ* 13/05/2008).

DIREITO DO CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL - APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – PORTADOR DE LEUCEMIA MIELÓIDE CRÔNICA E FIBROSE PULMONAR EM ESTADO AVANÇADO – RECUSA DO PLANO DE SAÚDE EM FORNECER O MEDICAMENTO NECESSÁRIO PARA O TRATAMENTO – CLÁUSULA QUE FAZ DISTINÇÃO DE TRATAMENTO – CONSIDERADA ABUSIVA OU LEONINA – INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR – ART. 47 DO CDC – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Os planos de saúde podem fixar quais as doenças que serão cobertas, entretanto limitar o tipo de tratamento a ser alcançado ao paciente é considerado como cláusula abusiva. - Apelo conhecido e desprovido²⁰.

Do mesmo modo, o Des. Ari Jorge Moutinho da Costa, em seu voto como relator em Agravo de Instrumento de decisão exarada em ação de obrigação de fazer, com pedido de tutela antecipada, entendeu, embora a apelante (plano de saúde) alegasse que os pleitos da apelada não constavam do objeto do contrato de prestação de serviço assinados entre as partes, dentre eles o fornecimento de medicamentos na fase de internação domiciliar, mesmo que a paciente fosse idosa (como no caso em questão).

O relator afirmou que “a interpretação da letra fria do contrato fere não só a função social dos contratos, como a dignidade da pessoa humana, ignorando as peculiaridades do idoso em relação aos demais contratantes do plano de saúde da agravada que não ostentem essa condição”. Para além disso, constata relator que “não pode a operadora do plano de saúde recusar-se a fornecer medicamento pelo simples fato de ser necessária sua administração em domicílio do paciente e não em suas dependências, sob pena de inviabilizar o tratamento médico objeto do pacto”.

Vislumbra-se claro, dessa forma, que o tratamento médico adequado e, conseqüentemente, o fornecimento e administração de medicamentos necessários para a recuperação da saúde do paciente não podem sofrer restrições contratuais.

²⁰ Apelação nº 2011.005761-8, Terceira Câmara Cível, Rel. Des. Aristóteles Lima Thury, julgamento em 07/05/2012, *DJ* 14/05/2012.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE COBERTURA. ABUSIVIDADE DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. OCORRÊNCIA. TRATAMENTO DEVIDO. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO. 1. Sendo o Agravado pessoa idosa é a ele garantido pelo Estatuto do Idoso o direito à acompanhante em tempo integral, segundo critério médico. 2. O item 5.1 do Contrato prevê “(...) atendimento em regime de internação, sem limites de prazos, valor máximo e quantidade, em hospitais e clínicas básicas e especializadas, para procedimentos clínicos ou cirúrgicos(...)” devendo, como consectário lógico, o transporte ser providenciado pelo Agravado. 3. É cediço que, sob pena do malferimento da função social do contrato, não pode o Plano de Saúde recusar-se a fornecer medicamento pelo simples fato de ser necessária sua administração em domicílio do paciente e não nas suas dependências, sob pena de inviabilizar o tratamento médico objeto do pacto. Precedentes Jurisprudenciais. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E IMPROVIDO.²¹

O Tribunal de Justiça do Amazonas tem reconhecido a existência de dano moral e seu consequente ressarcimento nos casos em que a cláusulas contratuais abusivas são postas em prática pelos planos de saúde.

Em julgamento de apelação cível em que a parte apelada propôs Ação Declaratória de Nulidade de Cláusula Contratual cumulada com Obrigação de Fazer e Indenização por danos morais, alegando que havia cláusulas contratuais de serviços que limitava o número de ultrassonografias no ano e que eximia a operadora de plano de saúde de fornecer medicamentos e materiais cirúrgicos. Nesta situação, o juiz *a quo* decidiu favoravelmente à ação, declarando tais cláusulas nulas e condenando a prestadora de serviço ao pagamento de indenização por danos morais.

Irresignada, a apelante defendeu o princípio *pacta sunt servanda*, aduzindo, em suma, que o contrato excluiria expressamente a cobertura dos procedimentos almejados pela paciente-cliente.

O Des. Yedo Simões de Oliveira, relator, improveu o recurso baseando em diversas fontes do Direito, discordando do afirmação de que a função social do contrato serve para dar às partes o que previamente pactuado. Afirmando ainda, acertadamente:

A meu sentir, o velho *pacta sunt servanda*, tão mitigado e não mais aplicável, exceto em situações singulares, é que se presta a tal fim, dar aos contratantes o pactuado nos estritos limites da avença. A função social do contrato tem natureza constitucional, nasceu da necessidade de atender ao fim social não só da norma legal mas, principalmente, da contratual.

21 Agravo de Instrumento nº 2010.006013-1, Rel. Des. Ari Jorge Moutinho da Costa, Terceira Câmara Cível, julgamento em 09/04/2012, DJ 16/04/2012.

Do mesmo modo, não reconhece a prosperidade do recurso quanto à limitação de realização de exames sob o mesmo fundamento da função social do contrato, asseverando novamente de forma adequada ser certo que “objetiva a seguradora evitar fraudes que redundam na realização de exames indevidos e desnecessários, por agente inescrupulosos. No entanto, resta evidente que a prestadora de serviços é quem escolhe os profissionais com os quais irá trabalhar em parceria, não podendo, face à sua má escolha, punir o consumidor”.

Em relação ao dano moral pretendido pela apelada, favorável o voto do relator, acompanhado por unanimidade pelos desembargadores, no que expõe à conduta, nexos e resultado que são necessários para configurar o dano moral, restando claro que o direito à saúde se sobrepõe à normas contratuais, posto que está calcado na Carta Magna e, portanto, requer uma análise baseada nela.

APELAÇÃO CÍVEL – PLANO DE SAÚDE – CLÁUSULAS LIMITADORAS – OFENSA À FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO – VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NO ART. 51 DO CDC – NULDADE DA CLÁUSULA – DANOS MORAIS – PROPORCIONALIDADE – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO – SENTENÇA MANTIDA NA INTEGRALIDADE. Restando configurada a violação da função social do contrato, imperioso o reconhecimento da nulidade das cláusulas; Restringir o número de exames por ano, fere diretamente a natureza do pactuado, configurando abusividade; Obrigar o consumidor a adquirir o material para a realização do procedimento cirúrgico caracteriza, incontestavelmente, prática abusiva; Se da prática abusiva nasceu o dano moral, inafastável o direito à reparação; Recurso conhecido e improvido; Sentença ratificada.²²

Importa, noutro lance, lembrar que a Lei 12.653/2012 acrescentou o art. 135-A ao Código Penal, para tipificar o crime de condicionar atendimento médico-hospitalar emergencial a qualquer garantia²³. À vista disso, para além de figurar desumano o não atendimento emergencial em hospitais privados por conta de não apresentação de uma garantia de pagamento do serviço, agora constitui-se crime apenado na forma da Lei. No entanto, não foram encontradas jurisprudências no Tribunal de Justiça do Amazonas no tocante à crime de condicionamento de atendimento médico-hospitalar emergencial em hospitais privados, conforme tipifica o dispositivo legal retromencionado.

Impende destacar a disposição civilista do artigo 421, de que a liberdade de contratar

22 Apelação nº 2011.002223-7, Rel. Des. Yedo Simões de Oliveira, Segunda Câmara Cível, julgamento em 30/01/2012, *DJ* 08/02/2012.

23 Art.135-A. Exigir cheque-caução, nota promissória ou qualquer garantia, bem como o preenchimento prévio de formulários administrativos, como condição para o atendimento médico-hospitalar emergencial: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa. Parágrafo único. A pena é aumentada até o dobro se da negativa de atendimento resulta lesão corporal de natureza grave, e até o triplo se resulta a morte.

será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Maria Helena Diniz (1999, p. 163) nos ensina que: "O fim social é o objetivo de uma sociedade, encerrado na somatória de atos que constituirão a razão de sua composição; é, portanto, o bem social, que pode abranger o útil, a necessidade social e o equilíbrio de interesses".

Desta forma, o judiciário, ao decidir as questões que envolvem os planos de saúde e os usuários destes serviços, deve ponderar as normas de proteção ao consumidor, insculpidas no Código de Defesa do Consumidor, e a função social do contrato, prevista no artigo 421 do Código Civil Brasileiro.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o estudo apresentado, resta demonstrado que os Direitos Humanos, derivados de um aglomerado de prerrogativas com o objetivo de tornar sólida a dignidade da pessoa humana e enveredar no caminho da igualdade material e formal dos seres humanos, podem ser considerados de importância tal que não se possam deles ouvidar quando do estudo e análise do Direito positivado ou natural.

O Direito à saúde, enquanto Direito Humano, requer atenção especial nos ordenamentos jurídicos dos países em geral e, em especial, do Brasil. Baseando-se nos Tratados e princípios internacionais, afirmou-se que a saúde figura de maneira incontestada entre os direitos humanos já solidamente elencados, como igualdade, liberdade e vida, mesmo porque não há o que se falar em vida digna sem que esta esteja na plena fruição da sua saúde.

Para além dos Tratados e princípios internacionais, fundou-se o estudo, ainda de maneira mais aprofundada, sob o aspecto da constitucionalidade do direito à saúde. É cediço que se vive um neoconstitucionalismo, onde os ordenamentos jurídicos são formados a partir de uma Lei Maior, portanto, deve ser ela o ponto-chave para a discussão de qualquer temática referente à direitos e garantias.

Provou-se a importância que a Constituição Federal de 1988 dá para os direitos sociais, incluindo a saúde, classificando-os como direito fundamental, posto que o art. 1º da Lei Maior, ao dispor sobre os fundamentos da República Federativa do Brasil, dispôs no inciso III a dignidade da pessoa humana. Dignidade essa, repete-se, não alcançável sem saúde plena.

No tocante à eficácia destas normas constitucionais referentes ao direito ora estudado, entendeu-se que para além de normas de eficácia limitada por princípio

programático, requerendo, desse modo, programas e atuação legislativa às normas gerais disciplinadas pela Constituição Federal, podem ser classificadas como norma de eficácia plena, posto que produzem efeitos desde o seu nascedouro, podendo, inclusive, serem utilizadas para declarar a inconstitucionalidade de leis infraconstitucionais.

Por fim, a pesquisa trouxe à baila a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Amazonas referentes ao direito à saúde, afirmando-se o papel que as decisões dos Tribunais têm recebido no sistema jurídico brasileiro. Trabalhou-se de forma pormenorizada no tratamento de saúde e no fornecimento de medicamentos por parte do Estado e dos planos privados, obtendo-se como respostas às análises que, em relação à prestação do Estado, este deve realizar todos os esforços para tutelar a saúde dos cidadãos, não podendo de modo algum calcar-se na justificativa de que o tratamento ou medicamento necessário ao doente está fora dos orçamentos previstos, posto que este entendimento vai de encontro aos Tratados, princípios internacionais e a Constituição Federal.

Relativamente aos planos privados, não podem, segundo jurisprudência pacífica e acertada, negar tratamento ou medicamento adequado à patologia sofrida por seus segurados, podem, somente, prever em contrato as doenças nas quais firma-se-á o contrato, mas nunca o seu tratamento e medicação, tendo em vista que isso compete à equipe médica. Do mesmo modo, não podem utilizar-se do mitigado princípio *pacta sunt servanda* (Os contratos devem ser cumpridos) para impor ao consumidor cláusulas abusivas ou leoninas, esquivando-se do dever de prestar assistência condigna. Outrossim, os responsáveis pelo não atendimento emergencial por alegação de que não há certificação de que tal serviço será pago, incorrerão penalmente, conforme ditames do Código Penal brasileiro.

Direito à saúde, é direito fundamental insculpido em nossa Constituição. Trata-se de um direito que cria um dever jurídico ao Estado, e, por tratar-se da vida humana, sua negação é uma irresponsabilidade ética insustentável.

Ao fim e ao cabo, a pesquisa feita evidenciou um direito há muito negligenciado no Brasil e prestada aquém do condizente, bastando para esta constatação que se busque tratamento adequado, hospitais equipados, consultas nas diversas especialidades da área da saúde, como nos serviços de medicina ou fisioterapia. À vista disso, aquele que necessita de tratamento de saúde, independentemente se da rede pública ou privada, busca a via judicial para fazer valer seu direito humano e constitucional, logrando êxito, como demonstrado pela jurisprudência comentada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AITH, Fernando. A emergência do Direito Sanitário como um novo campo do Direito. *In*: SENADO FEDERAL ROMERO, Luiz Carlos. DELDUQUE, Maria Célia. *Estudos de Direito Sanitário: a produção normativa e saúde*. Brasília: Senado Federal: Subsecretaria de Edições Técnicas, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. Departamento de Apoio à Gestão Participativa. *Caminhos do direito à saúde no Brasil*. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2007.
- _____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *A Constituição e o Supremo*. 4ª ed. Brasília: Secretaria de Documentação, 2011.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 64/2010. São Paulo: Saraiva, 2010.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CORREIA, Érica Paula Barcha. A relação homoafetiva e o direito seguridade social – Uma leitura a partir dos Direitos Fundamentais. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes [et al.] (Coords.). *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- _____. *Norma constitucional e seus efeitos*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo como pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- MAIA, Maurílio Casas. *O direito à saúde, a atuação do Ministério Público e a visão do Superior Tribunal de Justiça*. *In*: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Amazonas. CEAF, v. 13 (jan/dez 2012). Manaus: PGJ/CEAF, 2012. p. 247-264.
- MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao Direito*. 3ª ed. Editorial Estampa, 2005.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 29ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 35ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- NASCIMENTO FILHO, João Batista do. *A dignidade da pessoa humana e a condição feminina: um olhar sobre a descriminalização do aborto*. Curitiba: Juruá, 2013.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. 4. ed. rev. atual. Saraiva, 2002.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. *Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes [et al.] (Coords.). *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

VASCONCELOS, Fernando A. de. MAIA, Maurílio Casas. *O Direito à saúde e o Direito ao desenvolvimento*. Revista Direito e Desenvolvimento. João Pessoa – a. 3, nº 6, p. 65-81. jul/dez., 2012.

_____. *O direito à saúde na Constituição e no Código de Defesa do Consumidor*. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais. Vol. 17. p. 1-31. Curitiba, 2012.