

V- PARECER JURÍDICO

Nº 001/2020

Interessados: Pessoa com Paralisia Cerebral e Família

Assunto: Consulta e Orientação de Atuação

Grande área do Direito: Público. Relação Estado versus Cidadão Ramos do Direito: Administrativo

Parecerista: Theles de Oliveira Costa⁵⁷

Orientadora: Inara de Pinho Nascimento Vidigal⁵⁸

I– Do Relatório

Ementa: DIREITO PÚBLICO. ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO FORA DO PAÍS. SUS. POSSIBILIDADE DE CUSTEIO PELO ESTADO.

Chega a este escritório de advocacia, para análise e emissão de parecer jurídico, a consulta de uma cliente sobre processo de Direito Público administrativo que se refere à consulta formulada pela cliente, quanto à obrigatoriedade de o Governo custear um tratamento de células-tronco para uma sobrinha, portadora de paralisia cerebral, fora do Brasil.

Segundo relatos da cliente, existe um tratamento no País Asiático Tailândia, que pode trazer benefícios significativos:

No país asiático Tailândia, existe um tratamento com célula tronco para paralisia cerebral que não existe no Brasil. É um tratamento em torno de 100 mil reais que a família não tem condições de arcar. A dúvida é se o governo tem a obrigação de custear o tratamento ou não.

Com base na narrativa da cliente, a análise jurídica versará se o Estado, através do

⁵⁷ Graduando do curso de Direito, 4º período – FEAMIG.

⁵⁸ Professora orientadora do trabalho de redação de Pareceres Jurídicos sobre casos reais.

Sistema Único de Saúde (SUS), tem a obrigatoriedade de custear o tratamento com células troncos de uma cidadã brasileira fora do país, em específico no país asiático Tailândia.

É o relatório, no essencial.

II- Da Manifestação Jurídica

Destaca-se que a presente análise é feita arrimada nos termos da Constituição Federativa da República do Brasil, de 1988 e da Lei nº 8.080/1990, chamada Lei Orgânica do Sistema Único de Saúde, bem como, que a verificação dos aspectos técnicos, financeiros, de conveniência e de oportunidade não serão destacados.

A presente manifestação jurídica pretende assistir à cliente assessorada, no procedimento da legalidade administrativa dos atos a serem tomados, modo este, não será realizado exame prévio e conclusivo de textos de minutas e seus anexos, pois não foram trazidos para análise.

A função da Consultoria Jurídica é apontar os possíveis caminhos do ponto de vista jurídico e recomendar providências para salvaguardar a cliente assessorada, a quem compete avaliar a real dimensão do fato e a necessidade de se adotar ou não a ação recomendada.

Importante salientar que o exame dos fatos se restringe aos seus aspectos jurídicos, excluídos, portanto, aqueles de natureza técnica.

Finalmente, esse parecer jurídico frisa que algumas observações serão feitas sem caráter vinculativo, mas em prol do benefício da própria cliente assessorada, a quem incumbe, dentro da margem de discricionariedade que lhe é conferida pela lei, avaliar e acatar, ou não, tais recomendações. De qualquer forma, as questões relacionadas à legalidade serão apontadas para fins de sua correção. O seguimento do processo sem a observância destes apontamentos será de responsabilidade da cliente.

III. Da Lei

No tocante à indagação sobre a obrigatoriedade do Estado, através do Sistema Único de Saúde, de custear o tratamento de saúde de uma cidadã brasileira fora do território

nacional, essa deve ser analisada à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e da Lei Orgânica do Sistema Único de Saúde (Lei Nº 8.080/1990).

O direito à saúde, assistência pública e garantia das pessoas portadoras de deficiência encontra-se consagrado nos Art. 23, inciso II e Art. 196, da Constituição da República Federativa do Brasil CRFB/88, prescreve que: “*É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: inciso II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência*”; e “*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*”.

Adicionalmente, estabelece o Art. 227, também do Texto Constitucional, que:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

E o Art. 198:

As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:”, em seu § 1º: “O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

Diante desse contexto, foi editada em 1990, a Lei Nº 8.080 (Lei Orgânica do Sistema Único de Saúde), 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, com o fim de regular as ações e serviços de saúde que garanta, o acesso de pessoas portadoras de deficiência e da população, em geral, aos serviços de saúde conforme previsto nos Arts. 23 inciso II, 196, 198 § 1º e 227 da Constituição Federal. Entre as diretrizes da Lei n.º 8.080/1990, destacam-se as que se seguem:

Art. 5º. São objetivos do Sistema Único de Saúde SUS:

- a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas.

Art. 6º. Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):

I - a execução de ações:

(...)

d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;

Art. 7º. As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no

Art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

- universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;

- integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;

(...)

IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;

Art. 15. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exercerão, em seu âmbito administrativo, as seguintes atribuições:

XV - propor a celebração de convênios, acordos e protocolos internacionais relativos à saúde, saneamento e meio ambiente;

Trata-se de dever do Estado e dos seus órgãos e entes administrativos, o que gera, por consequência, um direito ao cidadão. É o que prevê detalhadamente os §§ 1º, 2º e Parágrafo Único do Art. 2º da Lei 8.080/1990:

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.

§ 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.

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.

A Lei, assim como a previsão constitucional, elevam os valores de transparência, da celeridade e da responsabilidade como o norte de toda e qualquer relação entre o Estado e o cidadão, relação de direito Público, o que afeta sobremaneira a forma de Administração Pública lidar com as suas informações.

Todavia, o acesso não é irrestrito, como já adianta os Arts. Supracitados da Constituição Federal, bem como dos Art. 2º §§ 1º e 2º, Art. 6º inciso I alínea d, Art. 5º inciso III, Art. 7º incisos I, II e IV, e Art. 15 inciso XV, da Lei n.º 8.080/1990, há, ainda, previsto na Constituição Federal, os direitos sociais do cidadão. Vejam-se os dispositivos:

Dos Direitos Sociais - Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, (...)

Neste viés, a portadora de paralisia cerebral, como qualquer outro cidadão, deve ser reconhecido como sujeito de direitos, detentor, entre outros, do direito personalíssimo, às condições indispensáveis ao pleno exercício da saúde e a garantia da assistência pública a saúde, de pessoa portadora de deficiência, conforme dispõe o Art. 23 inciso II e Art. 196, da Constituição Federal:

Art. 23 É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

II – cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.

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.

IV- Da Jurisprudência

Sobre a questão, existem jurisprudências neste sentido:

Tribunal de Justiça do Piauí TJ-PI - Apelação Cível: AC 0002408-08.2010.8.18.0140 PI - Julgamento 15/02/2018 - APELAÇÃO CÍVEL. PEDIDO DE CUSTEIO DE TRATAMENTO MÉDICO NO EXTERIOR. PARAPLEGIA. TRATAMENTO EM FASE EXPERIMENTAL SEM COMPROVAÇÃO DE EFICÁCIA. POSSIBILIDADE DE TRATAMENTO OFERTADO PELO SUS E EM TERRITÓRIO NACIONAL. QUEBRA DE ISONOMIA NÃO COMPROVADA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. Pedido formulado por paciente portador de paraplegia para tratamento médico no exterior.

É cediço que o direito fundamental à saúde está consagrado na Constituição Federal, em seu art. 196, o qual se dá por meio de políticas públicas que possibilitem alternativas para o tratamento médico cabível, que melhor atenda ao interesse público diante da impossibilidade de custeá-lo. Obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do sistema, inclusive a Administração Pública, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada. Deve ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente, mormente quando se tratar de tratamentos que estão em fase experimental, sem eficácia totalmente comprovada, ou que exceda os limites do território nacional. Portaria n. 763/1994 do Ministério da Saúde. Em que pese a alegação de ofensa à isonomia diante de um caso em que tenha sido deferido o tratamento, não se pode generalizar tal ocorrência quando farta jurisprudência decide o contrário, sem se configurar, igualmente, ofensa à dignidade da pessoa humana. Apelação Cível conhecida e não provida.

Tribunal Regional Federal da 1ª Região TRF-1 - APELAÇÃO CIVEL : AC 111106420114014100 - Julgamento: 26/11/2014 - CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. CUSTEIO DE TRATAMENTO MÉDICO NO EXTERIOR, COM CÉLULAS TRONCO. LEGALIDADE DA PORTARIA 763/94, DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. NEGATIVA. - Pretende-se custeio de tratamento médico, com células tronco, fora do domicílio (TFD), na cidade de Düsseldorf, na Alemanha, tendo constado como

fundamento da sentença "a existência de Portaria do Ministério da Saúde que veda, expressamente, o financiamento, pelo governo brasileiro, de tratamento médio no exterior (Portaria n. 763/94), cuja legitimidade fora reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça". A jurisprudência do STJ é no seguinte sentido: "1. O financiamento de tratamento médico no exterior pelo Sistema Único de Saúde é vedado nos termos da Portaria n. 763/1994, do Ministério da Saúde, considerada legítima, no julgamento do MS nº 8.895/DF pela Primeira Seção desta Corte, julgado em 22.10.2003. Precedentes: REsp 844291/DF, Primeira Turma, julgado em 15/08/2006, DJ 31/08/2006 p. 281; REsp 511660/DF, Segunda Turma, julgado em 04/04/2006, DJ 18/04/2006 p. 189; REsp 616.460/DF, Primeira Turma, julgado em 15/02/2005, DJ 21/03/2005 p. 243" (EEEARE 200800277342, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJE de 02/03/2010).

Em caso semelhante, julgou esta Turma:

1. Inexiste ilegalidade no ato administrativo que nega pedido de custeio de tratamento de retinose pigmentar em Cuba, máxime quando ausente prova pré-constituída da eficácia do tratamento e da impossibilidade de ele ser realizado no Brasil. Precedentes. 2. Declarada pelo STJ a legalidade da Portaria 763/1994 do Ministério da Saúde, que proíbe o financiamento pelo SUS de tal tratamento no exterior" (AC 200634000097240, Rel. Desembargador Federal Fagundes de Deus, e-DJF1 de 27/02/2009).

Também julgou esta Corte:

Correto o voto vencedor ao prestigiar a Portaria nº 763/94 do Ministério da Saúde que proíbe o custeio, pelo Estado, de tratamento médico no exterior. 'A medicina social não pode desperdiçar recursos com tratamentos alternativos, sem constatação quanto ao sucesso nos resultados' (STJ, MS 8895/DF, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 07/06/2004). Precedentes" (EAC 200234000273807, Rel. Juiz Federal Alexandre Jorge Fontes Laranjeira (em Substituição), Terceira Seção, e-DJF1 de 07/06/2010). Apelação a que se nega provimento. Decisão - A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação.

Tribunal Regional Federal da 1ª Região TRF-1 – Apelação Cível (AC): AC 0016380-35.2011.4.01.3400 - Julgamento: 06/03/2017 - ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. SAÚDE. RETINOSE PIGMENTAR. LIBERAÇÃO DE VERBAS PARA

TRATAMENTO MÉDICO NO EXTERIOR POR FORÇA DE ORDEM MANDAMENTAL. RESTITUIÇÃO DOS VALORES LIBERADOS. PRELIMINAR: COISA JULGADA. REJEIÇÃO. DEVOLUÇÃO INDEVIDA. SENTENÇA MANTIDA.

Afasto a preliminar de coisa julgada, porquanto o mandado de segurança nº 0049123-78.2000.4.03.6100/SP trazido pela União como causa da coisa julgada, foi impetrado com vistas a obter o tratamento de retinose pigmentar em Cuba, conforme ementa de fl. 131 (cópia). Vale dizer, não houve naquele feito discussão ligada ao pedido de devolução/reposição ao erário, relativa a valores despendidos com tratamento de doença (retinose pigmentar) do autor no exterior, por força de decisão judicial posteriormente reformada, como no presente caso. Logo, os processos tem causa de pedir, partes e pedidos distintos. Não prospera, portanto, a preliminar de coisa julgada arguida pela União.

"É incabível o pedido de restituição de valores despendidos pelo erário, por força de liminar concedida em mandado de segurança posteriormente julgado improcedente, para tratamento de doença grave - retinose pigmentar - em Havana, Cuba, se a pretensão era reiteradamente acolhida no âmbito desta Corte Superior à época da concessão da tutela de urgência e se o tratamento era reputado indispensável para evitar a cegueira completa dos recorridos. Inaplicabilidade da Súmula nº 405/STJ. Em casos tais, é de se afirmar efetivamente existente a boa-fé objetiva, indubiosamente aplicável às relações entre o particular e o Estado, não podendo os recorridos, após consumado o tratamento médico de urgência, ser condenados ao ressarcimento em função de posteriores oscilações jurisprudenciais sobre a matéria, o que não se ajusta aos postulados constitucionais do direito à saúde, segurança jurídica, estabilidade das relações sociais e dignidade da pessoa humana, próprios do Estado Social em que vivemos e fruto da opção garantista do legislador constitucional originário.". Precedente: (REsp 950.382/DF, Rel. Min. LUIZ FUX, Rel. p/ Acórdão Min. HAMILTON CARVALHIDO, DJE 10.5.2011)

Ademais, se o Superior Tribunal de Justiça tem afirmado a irrepetibilidade de prestações de caráter alimentício, como nos casos de servidor público e previdenciários, com mais razão há que se afirmar o não cabimento da restituição em hipóteses como a dos autos, em que se está a tratar da saúde, comprovada, na espécie, a urgência da consecução do tratamento pleiteado e a hipossuficiência financeira dos réus. Recurso de apelação de que se conhece e a que se nega provimento.

IV – Do Parecer Jurídico

Portanto, pela legislação em vigor, dentro dos parâmetros resguardados pelo Direito Brasileiro e sob a égide da Cr/1988, o direito à saúde, assistência pública e garantia das pessoas portadoras de deficiência deve ser protegido.

É competência do Estado cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência, através do Sistema Único de Saúde (SUS), pois a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

Entretanto, as decisões dos tribunais brasileiros têm decidido sobre a matéria com sucessivas negativas aos pleitos.

V – Da Conclusão

Ante o exposto, entende-se, nos limites da análise jurídica e excluídos os aspectos técnicos e o juízo de conveniência e oportunidade, em regra é provida de fundamento jurídico, a exigência de pagamento de despesas médicas para tratamento médico no exterior, que não é oferecido dentro do território nacional, posto que existe um rol de tratamentos, procedimentos e acessos à saúde garantidos pelo SUS, entretanto o tratamento pleiteado não se encontra nesse rol garantido.

Lado outro, de qualquer forma, este parecer declara a legalidade da solicitação com base nos Art. 23 inciso II e Art. 196 da Constituição Federal, mas pondera que, dentro da margem de discricionariedade que lhe é conferida pela lei, fica a cargo da solicitante do parecer acatar as orientações dadas ou não.

Belo Horizonte, 12 de novembro de 2020.

Theles de Oliveira Costa (Parecerista)

REFERÊNCIAS

LEGISLAÇÃO. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1998**. Portal da Legislação, 2020. Disponível em: < <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>>. Acesso em: 20 de out. de 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.080**, de 19 de setembro de 1990. Lei Orgânica do Sistema Único de Saúde. Disponível em:

<<https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=8080&ano=1990&ato=9f7gXSq1keFpWT905>>. Acesso em: 29 de out. de 2020.

PROCURADORIA FEDERAL. **Parecer n. 00416/2020/JUR/PFUFMG/PGF/AGU**.

Disponível em:

<<https://sapiens.agu.gov.br/documento/504132849>>. Acesso em: 20 de outubro de 2020.