



Ingo Sarlet
Juiz e professor

...ias temos pouco o que comemorar (parte 2)

Dando sequencia à retrospectiva iniciada na [coluna anterior](#), daremos

destaque, nesta primeira parte, à jurisprudência do STF em matéria de direitos sociais, onde se destaca decisão envolvendo o direito à saúde, mas também a outras questões de relevância em matéria de direitos fundamentais, especialmente a demonstração de que uma ação institucional forte pode auxiliar e mesmo promover a proteção mais efetiva de direitos e garantias fundamentais e a aplicação de tratados internacionais de direitos humanos.

Na seara dos direitos sociais, designadamente do direito à saúde, causou impacto e polêmica a decisão monocrática proferida pelo ministro Luiz Edson Fachin no sentido de determinar o fornecimento da droga fosfoetanolamina a uma paciente com câncer no Rio de Janeiro, cassando decisão denegatória do Tribunal de Justiça de São Paulo, que, por sua vez, estava reformando decisões concessivas proferidas por juízes do 1º grau de jurisdição, coloca novamente em destaque o problema dos limites do controle judicial em matéria do reconhecimento de direitos subjetivos a prestações na seara da saúde.

Uma peculiaridade da decisão reside na circunstância de ser diversa do que o STF havia decidido, mediante decisão unânime do Plenário, na STA 175, julgada em março de 2010, quando foram estabelecidos parâmetros para a concessão de medicamentos pela via judicial, na condição de direito subjetivo do cidadão. Naquela quadra, o STF estabeleceu a distinção entre medicamentos experimentais e medicamentos novos, consignando que no caso dos primeiros, por se tratar de fármacos ainda não aprovados quanto a sua segurança e eficácia, portanto, ainda não liberados para comercialização, não seria possível impor ao Estado (e também não aos planos de saúde privados) o fornecimento de tais medicamentos, inclusive pelo risco potencial à saúde do próprio requerente e titular do direito à saúde enquanto direito fundamental. Já no caso dos medicamentos chamados de “novos”, o deferimento da concessão pela via judicial poderia ser admitido em casos excepcionais, porquanto já aprovados no âmbito dos protocolos científicos (superada a fase experimental) e aptos a serem comercializados, embora ainda não aprovados, no Brasil, pela Anvisa e/ou não incluídos na lista de medicamentos elaborada pelo Ministério da Saúde.

Relembrando que na ocasião se cuidava de um caso individual e que a medicação assegurada pela decisão na STA 175 importava, na época, num custo mensal superior a R\$ 50 mil, já naquela quadra se revelava intenso o debate sobre os limites da intervenção judicial na seara da saúde, mormente nos casos em que o Poder Judiciário estaria invadindo a esfera das competências legislativas e administrativas, ou mesmo violando princípios e regras básicas em matéria orçamentária e financeira, mas também operando com baixo déficit de legitimidade, sem prejuízo de uma série de outros argumentos.

Em face desse precedente, é claro que a decisão mais recente do ministro Fachin enveredou por outra linha, justificando a concessão do fármaco pelo caráter excepcional da situação e, sem dúvida, preocupado com o caráter humano da questão, aspecto que definitivamente sempre deve ser priorizado. Todavia, não é possível desconsiderar o fato de que o critério da excepcionalidade da situação, tal como defendido pelo prolator da decisão, não afasta a correção da justificativa adotada para afastar a possibilidade de via judicial impor ao Estado ou mesmo aos planos de saúde o fornecimento de medicamentos em fase experimental, pelos riscos para a própria saúde do autor da demanda ou mesmo em virtude da ainda não comprovada eficácia do medicamento, ademais de seu custo em relação a medicamentos devidamente aprovados e reconhecidos pela comunidade médica e pelas autoridades sanitárias nacionais.

Além disso, importa considerar que a droga objeto da celeuma nem sequer se encontrava na fase de experiências com seres humanos, mas, sim, vinha sendo testada em animais, nem sequer atingido um estágio avançado nas pesquisas, que, de resto, deve atender protocolos bem definidos e que precisam ser respeitados para que os medicamentos possam ao final ser aprovados e liberados para comercialização e consumo. O problema que se enfatiza é o de impor ao poder público e mesmo aos planos de saúde um ônus que, nas circunstâncias, dificilmente poderá ser tido como exigência da dignidade da pessoa humana e do direito à vida, ainda mais em face da ausência de comprovação da eficácia. Ademais disso, por maior que seja (e há de ser) a relevância atribuída ao direito à saúde, o mesmo não assume a condição de direito absoluto ou de um direito subjetivo “a qualquer coisa”, aspectos que nem sempre tem sido suficientemente levados em conta.

De todo modo, como o próprio ministro Luiz Edson Fachin consignou, a decisão pelo menos (ainda que

passível de críticas) propiciou a reabertura do debate sobre a matéria, debate que eventualmente poderá viabilizar um repensar do problema da intervenção judicial na seara da saúde, sem descurar que o direito à saúde é, sim, um direito fundamental essencial, ligado à vida, integridade física e psíquica e à própria dignidade da pessoa humana, e que ao Estado, em seu conjunto, cabe dispender todos os esforços no sentido da maximização de sua eficácia e efetividade, o que, contudo, não pode ser feito à custa da proteção e promoção de outros direitos fundamentais relevantes, os quais também devem ser feitos e sem os quais a própria vida não poderá ser plenamente desenvolvida.

Na segunda parte desta coluna, assume relevo lembrar o caso da audiência de custódia e a implantação de exigências do direito internacional dos direitos humanos pela atuação institucional e coordenada do Poder Judiciário e das demais funções essenciais à Justiça.

A assim designada audiência de custódia (doravante AC) de fato enfrentou e ainda enfrenta resistências na comunidade jurídica, mas parece um caminho sem volta ainda que sempre passível de atualização e aperfeiçoamento.

Como frisado quando da coluna específica sobre o tema, é verdade também que nem todas as resistências foram motivadas por uma recusa ignorante ou venal à implantação das exigências dos tratados internacionais no sentido de que o preso deve ser apresentado sem demora à autoridade responsável pela prisão. Algumas reflexões de natureza crítica, designadamente quanto ao modo de implantação da audiência de custódia, não deixam de ser no mínimo razoáveis, inclusive pelo fato de revelarem preocupação com o respeito a outros direitos e garantias fundamentais ou mesmo requisitos constitucionais, como é o caso do contraditório, da legalidade ou pautadas pelo sistema de repartição de competências legislativas consagrado pela nossa Constituição.

Buscando assumir pelo menos um “verniz jurídico”, podem ser identificadas decisões no sentido da inexistência, na ordem jurídica pátria, do instituto da audiência de custódia, mas que esbarram na elementar constatação ou da efetiva ignorância no que diz com o fato de que as duas convenções referidas, que expressamente preveem a obrigação de apresentação sem demora do preso, foram ratificadas pelo Brasil em 1992 (há apenas 23 anos!) e desde então incorporadas ao Direito interno mediante decreto legislativo e posterior regulamentação por decreto do Poder Executivo, ostentando — ao menos desde a guinada na jurisprudência do STF quanto ao ponto — hierarquia supralegal, de modo a prevalecer sobre todo e qualquer ato normativo infraconstitucional. Ademais, ainda que a hierarquia seguisse sendo a de lei ordinária, os tratados aprovados pelo Congresso Nacional teriam efeito revogatório sobre normas anteriores em sentido contrário.

Outra linha argumentativa já encontrada em decisões judiciais assume ares mais rebuscados do ponto de vista jurídico, designadamente ao invocar a inconstitucionalidade de regulamentação da audiência de custódia por meio de resolução do CNJ ou mesmo Provimento de Corregedorias dos Tribunais, em virtude de uma alegada indispensabilidade de lei federal a dispor sobre processo penal, o que também não poderia ser contornado por força da aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais tal como prevista no artigo 5º, parágrafo 1º, da CF.

Também aqui, salvo melhor juízo, não assiste razão aos que se opõe a AC. Não apenas os direitos fundamentais da CF (de cujo catálogo, forte no artigo 5º, parágrafo 2º, fazem parte os direitos enunciados nos tratados ratificados pelo Brasil), mas também os próprios direitos humanos dos tratados ora em questão são de aplicação imediata pelos Estados signatários. Além do mais, não se há de confundir norma de competência com o regime material de aplicação de normas de direitos fundamentais, ainda que a aplicabilidade imediata não torne irrelevante a regulamentação infraconstitucional. Soma-se a isso que as duas convenções que preveem a apresentação do preso foram convertidas, pelo Congresso Nacional, em legislação interna, ademais de regulamentadas, portanto, provenientes da autoridade legislativa competente também para a matéria. O fato de se buscar regradar mediante leis em sentido material (atos não legislativos) aspectos da organização judiciária e questões acessórias de procedimento prático, como é o caso do funcionamento dos plantões judiciários para tal finalidade, diretrizes para as necessárias comunicações, transporte e apresentação dos presos, entre outros, não extrapola a esfera de competências do legislativo e mantém sintonia com o poder-dever (e não faculdade) dos juízes no sentido de dar aplicação imediata às normas de direitos fundamentais.

É claro que tal como genericamente referido nos tratados de direitos humanos que nos dizem respeito, a apresentação sem demora do preso objetiva tanto assegurar o preso em relação a eventuais abusos de autoridade, incluindo violência física ilegítima, quando da prisão, quanto o tempestivo exame da legalidade da restrição da liberdade. Ao delimitar rigorosamente as hipóteses de prisão provisória, sejam ou não resultantes de flagrante, ademais de determinar a imediata comunicação da prisão ao Poder Judiciário, tanto a CF quanto a legislação interna já atendiam (o que não impede o seu descumprimento) tais requisitos, de modo que a AC ora implantada nesse particular apenas aperfeiçoa o sistema, propiciando elementos para que o magistrado possa melhor decidir sobre a legalidade da prisão. Paralelamente, porém, a AC passa a colmatar lacuna no que diz com a prevenção da violência física ou moral, ou seja, da prática de determinado tipo de abuso de autoridade quando da segregação, o que por si só já justifica a sua adoção.

Nesse contexto, calha agregar que a despeito de algumas vozes nessa toada, a AC não tem por escopo facilitar a liberação de presos, mas atender aos objetivos acima nominados. Eventual abuso de autoridade demandará investigação e, se for o caso, responsabilização pela via própria, mas por si só não é causa para a liberação do preso se presentes as hipóteses legais autorizativas. O que se está a promover é estabelecer um sistema mais eficaz de garantias, inclusive o de uma decisão mais informada e segura sobre eventual homologação da prisão em flagrante e/ou decretação de prisão preventiva ou concessão de liberdade provisória, mediante fixação de medidas alternativas.

Tudo somado, verifica-se que a AC, embora a necessidade de afinar algumas questões jurídicas e logísticas, além de atender, ainda que tardiamente, uma exigência do sistema internacional de direitos humanos, guarda sintonia com a nossa Constituição Federal e apenas aperfeiçoará o controle jurisdicional da legalidade das prisões, ademais de contribuir para assegurar com maior eficácia a integridade física do preso. Para tanto, o que mais se precisa é de uma pitada de boa vontade e de um saudável diálogo institucional entre os atores envolvidos no processo. Felizmente, o STF está alinhado (ao menos no encaminhamento da questão, por ora) com tal perspectiva, negando concessão de liminar contra a regulamentação da AC pelo TJ-SP, permitindo o florescer das diversas experiências positivas e já comandadas pelo CNJ em nível nacional. Além disso, a AC revela como uma ação institucional, nesse

caso do Poder Judiciário, mas com decisiva cooperação de outras instituições, como a Defensoria Pública, o Ministério Público e a própria autoridade policial, podem contribuir para a maior efetividade da proteção dos direitos humanos.

Date Created

22/01/2016