

**Obrigatoriedade da manutenção de tratamento médico a criança ou adolescente pelo Estado. Direito Constitucional à saúde.**

**1) Ementa.**

Constitucional, processual civil e administrativo. Aplicação de medida sócio-protetiva. Manutenção de tratamento médico psiquiátrico ou psicológico a menor pelo Estado (Município). Obrigatoriedade. Afastamento das delimitações. Dever constitucional. Art. 7º c.c. arts. 98, I, e 101, V, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Arts. 196 e 227, da CF de 1988. Precedentes desta Corte Superior e do Colendo STF.

1. Recurso Especial contra Acórdão que negou liminar nos autos de ação de aplicação de medida sócio-protetiva ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul em favor de menor, de 09 anos de idade, à época, com o objetivo de que fosse garantido tratamento médico e psiquiátrico ou psicológico do menor, a cargo do Município recorrido.

2. O art. 7º, c.c. os arts. 98, I, e 101, IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente, dão plena eficácia ao direito consagrado na Constituição Federal (arts. 196 e 227), a inibir a omissão do ente público (União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios) em garantir o efetivo tratamento médico a menor necessitado, inclusive com o fornecimento, se necessário, de medicamentos de forma gratuita para o tratamento, cuja medida verificada no caso dos autos se impõe de maneira imediata, em vista da urgência e conseqüências que possam acarretar sua não realização.

3. Pela peculiaridade do caso e em face da sua urgência, há que se afastar delimitações na efetivação da medida sócio-protetiva pleiteada, não padecendo de qualquer ilegalidade a decisão que ordena à Administração Pública a continuidade de tratamento médico e psiquiátrico ou psicológico de menor.

4. O poder geral de cautela há que ser entendido com uma amplitude compatível com a sua finalidade primeira, que é a de

assegurar a perfeita eficácia da função jurisdicional. Insere-se, aí, sem dúvida, a garantia da efetividade da decisão a ser proferida. A adoção de medidas cautelares (inclusive as liminares *inaudita altera parte*) é crucial para o próprio exercício da função jurisdicional, não devendo encontrar óbices, salvo no ordenamento jurídico.

5. O provimento cautelar tem pressupostos específicos para sua concessão. São eles: o risco de ineficácia do provimento principal e a plausibilidade do direito alegado (*periculum in mora* e *fumus boni iuris*), que, presentes, determinam a necessidade da tutela cautelar e a inexorabilidade de sua concessão, para que se protejam aqueles bens ou direitos de modo a se garantir a produção de efeitos concretos do provimento jurisdicional principal.

6. A verossimilhança faz-se presente (as determinações preconizadas no Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/90, em seus arts. 7º, 98, I, e 101, V, em combinação do atestado médico indicando a necessidade do tratamento postergado). Constatação, também, da presença do *periculum in mora* (a manutenção do *decisum a quo*, determinando-se a suspensão do tratamento já realizado desde agosto de 1999, com risco de dano irreparável à saúde do menor). Se acaso a medida for outorgada somente ao final do julgamento dos autos, poderá não mais ter sentido a sua outorga, haja vista a possibilidade de danos irreparáveis e irreversíveis ao menor amparado pelo provimento.

7. Prejuízos irá ter o menor beneficiário se não lhe for concedida a liminar, haja vista que estará sendo usurpado no direito constitucional à saúde, com a cumplicidade do Poder Judiciário. A busca pela entrega da prestação jurisdicional deve ser prestigiada pelo magistrado, de modo que o cidadão tenha, cada vez mais facilitada, com a contribuição do Poder Judiciário, a sua atuação em sociedade, quer nas relações jurídicas de direito privado, quer nas de direito público.

8. Precedentes desta Corte Superior e do colendo STF.

9. Recurso provido (STJ, REsp 442.693-RS, rel. Min. José Delgado, j. 17/09/2002, 1ª Turma, DJ de 21/10/2002, p 00311, v.u.).

## **2) Comentários.**

Obrou com acerto, a nosso ver, o Superior Tribunal de Justiça, ao dar provimento ao Recurso Especial interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que negou liminar, nos autos de ação de aplicação de medida sócio-protetiva ajuizada pelo Ministério Público daquele Estado, em favor de criança, de 09 anos de idade, à época, com o objetivo de que lhe fosse garantido tratamento médico e psiquiátrico ou psicológico, a cargo do Município.

Realmente seria completamente irrelevante os supostos prejuízos materiais suportados pelo Município com o tratamento da referida criança, se comparado com os prejuízos que teria a mencionada criança caso não lhe fosse concedida a liminar, haja vista que estaria sendo usurpada de seu direito constitucional à saúde, com a cumplicidade do Poder Judiciário.

Como observado na decisão em análise, a busca pela entrega da prestação jurisdicional deve ser prestigiada pelo magistrado, de modo que o cidadão tenha, cada vez mais facilitada, com a contribuição do Poder Judiciário, a sua atuação em sociedade, quer nas relações jurídicas de direito privado, quer nas de direito público.

Além disso, mostra-se necessário o respeito aos direitos e garantias amparados pela Constituição Federal, acabando-se com o paternalismo mantido pelo Poder Judiciário, principalmente dos Estados, com relação ao Poder Público.

O Tribunal de Justiça do Estado, ao julgar a Apelação Cível nº 97.863-0/2-00, da Comarca de Presidente Prudente, em 24 de fevereiro de 2003 (relator Des. Theodoro Guimarães), observou o seguinte:

*(...) é importante que só faça a distinção entre o poder discricionário do administrador público e sua inércia diante das obrigações que lhe impõe nossa Lei Maior, a exemplo do dever de prestar transporte suplementar aos educandos (art. 208, VII, da CF), regra também consagrada no ECA (art. 54, VII), na Lei de Diretrizes e Bases da Educação (art. 4º, VIII) e na própria Lei Orgânica Municipal de Presidente Prudente (art. 212, III). Por isso, o respeito à norma legal não está sujeito ao arbítrio do administrador público. Só há discricionariedade quando, de duas ou mais providências possíveis, qualquer delas possa atender ao escopo legal.*

*O agente político pode definir a melhor forma de executar a lei, mas não pode deixar de fazê-lo sob qualquer pretexto. A lei constitui limite ao exercício do poder discricionário. Se desobedecer aos ditames legais, a ação deixa de ser válida por desvio de poder, sujeitando-se ao controle judicial.*

Assim, observa-se que a discricionariedade administrativa não é motivo para que o Poder Judiciário se omita na prestação jurisdicional, pois a Constituição Federal garante que o *direito à saúde* é de todos, sendo *dever do Estado* prestá-la, como será explicitado adiante.

De outro lado, nota-se que é o art. 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) que assegurou “proteção integral à criança e ao adolescente”.

Esta nova visão é baseada nos direitos próprios e especiais das crianças e adolescentes que, na condição peculiar de pessoas em

desenvolvimento, necessitam de proteção diferenciada, especializada e integral (TJSP, AC 19.688-0, Rel. Des. Lair Loureiro).

Como observa Paulo Afonso Garrido de Paula<sup>1</sup>, a “proteção integral constitui-se em expressão designativa de um sistema onde crianças e adolescentes figuram como titulares de interesses subordinantes frente à família, à sociedade e ao Estado”.

A doutrina da proteção integral inspirou-se na normativa internacional, materializada em tratados e convenções.

Como anota Antônio Augusto Cançado Trindade<sup>2</sup>, “a expansão e a generalização da proteção internacional dos direitos humanos também possibilitaram que se voltasse a atenção aos direitos atinentes a distintas categorias de *pessoas protegidas*, tidas como necessitadas de proteção especial, o que levou a enunciado de, e. g., direitos dos trabalhadores, direitos dos refugiados, direitos das mulheres, direitos da criança, direitos dos idosos, direitos dos inválidos. Tem-se também tentado distinguir entre a proteção de certos direitos *vis-à-vis* o Estado (liberdades fundamentais) e a garantia de outros direitos pelo próprio Estado. Em todo o caso, a implementação dos instrumentos voltados à salvaguarda dos direitos de determinadas categorias de pessoas protegidas há de ser apropriadamente abordada no entendimento de que são eles *complementares* aos tratados *gerais* de proteção dos direitos humanos (e. g., os Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas, as três Convenções regionais – a Européia, a Americana e a Africana – de direitos humanos)”.

---

<sup>1</sup> Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 23.

<sup>2</sup> A proteção internacional dos direitos humanos. São Paulo: Editora Saraiva, 1991, p. 39.

E foram especialmente os seguintes documentos internacionais que inspiraram a doutrina da proteção integral:

a) Convenção das Nações Unidas Sobre Direitos da Criança: adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989.

A referida Convenção, em seu artigo 6, estabelece que (1) os Estados Partes reconhecem que toda criança tem o direito inerente à vida. E que (2) Os Estados Partes assegurarão ao máximo a sobrevivência e o desenvolvimento da criança.

Já no artigo 24 dispõe que (1) os Estados Partes reconhecem o direito da criança de gozar do melhor padrão possível de saúde e dos serviços destinados ao tratamento das doenças e à recuperação da saúde. Os Estados Partes envidarão esforços no sentido de assegurar que nenhuma criança se veja privada de seu direito de usufruir desses serviços sanitários. (2) Os Estados Partes garantirão a plena aplicação desse direito e, em especial, adotarão as medidas apropriadas com vistas a: (a) reduzir a mortalidade infantil; (b) assegurar a prestação de assistência médica e cuidados sanitários necessários a todas as crianças, dando ênfase aos cuidados de saúde; (c) combater as doenças e a desnutrição dentro do contexto dos cuidados básicos de saúde mediante, *inter alia*, a aplicação de tecnologia disponível e o fornecimento de alimentos nutritivos e de água potável, tendo em vista os perigos e riscos da poluição ambiental; (d) assegurar às mães adequada assistência pré-natal e pós-natal; (e) assegurar que todos os setores da sociedade, e em especial os pais e as crianças conheçam os princípios básicos de saúde e nutrição das crianças, as vantagens da amamentação, da higiene e do saneamento ambiental e das medidas de prevenção de acidentes, tenham acesso à educação pertinente e recebem apoio para a aplicação desses conhecimentos; (f) desenvolver a assistência médica preventiva, a orientação

aos pais e a educação e serviços de planejamento familiar. (3) Os Estados Partes adotarão todas as medidas eficazes e adequadas para abolir práticas tradicionais que sejam prejudiciais à saúde da criança. (4) Os Estados Partes se comprometem a promover e incentivar a cooperação internacional com vistas a lograr, progressivamente, a plena efetivação do direito reconhecido no presente Artigo. Nesse sentido, será dada atenção especial às necessidades dos países em desenvolvimento. Resumo – Saúde e Serviços Relacionados. O direito ao mais alto nível de saúde possível e acesso aos serviços médicos e de saúde, com ênfase especial na medicina preventiva, educação sobre saúde pública e redução da mortalidade infantil. A obrigação do Estado de trabalhar para a abolição de práticas tradicionais nocivas. Ênfase é colocada na necessidade de cooperação internacional para assegurar este direito.

b) Regras mínimas das Nações Unidas para a administração da Justiça da Infância e da Juventude. Regras de Beijing.

Dispõem as mencionadas Regras mínimas, na primeira parte (princípios gerais), item 1 (orientações fundamentais), que (1.1) os Estados Membros procurarão, em consonância com seus respectivos interesses gerais, promover o bem-estar da criança e do adolescente e de sua família. (1.2) Os Estados Membros se esforçarão para criar condições que garantam à criança e ao adolescente uma vida significativa na comunidade, fomentando, durante o período de idade em que ele é mais vulnerável a um comportamento desviado, um processo de desenvolvimento pessoal e de educação o mais isento possível do crime e da delinqüência.

c) Regras mínimas das Nações Unidas para a proteção dos jovens privados de liberdade.

Ao tratar, na letra “H”, da Detenção médica, estabelece que (49) todo jovem deverá receber atenção médica adequada, tanto

preventiva como corretiva, incluída a atenção odontológica, oftalmológica e de saúde mental, assim como os produtos farmacêuticos e dietas especiais que tenham sido receitados pelo médico. Normalmente, toda esta atenção médica deverá ser prestada aos jovens reclusos através dos serviços de instalações sanitárias apropriados da comunidade onde esteja localizado o centro de detenção, com o objetivo de evitar que se estigmatize o jovem e de promover sua dignidade pessoal e sua integração à comunidade. (50) Todo jovem terá direito de ser examinado por um médico, imediatamente depois de seu ingresso em um centro de jovens, com o objetivo de se constatar qualquer prova de maus-tratos anteriores e verificar qualquer estado físico ou mental que requeira atenção médica. (51) Os serviços médicos à disposição dos jovens deverão tratar de detectar e cuidar de toda doença física ou mental, todo uso indevido de substâncias e qualquer outro estado que possa constituir um obstáculo para a integração do jovem na sociedade. Todo centro de detenção de jovens deverá ter acesso imediato a instalações e equipamentos médicos adequados que tenham relação com o número e as necessidades de seus residentes, assim como a pessoal capacitado em saúde preventiva e em tratamento de urgências médicas. Todo jovem que esteja doente, apresente sintomas de dificuldades físicas ou mentais ou se queixe de doença, deverá ser examinado rapidamente por um funcionário médico.

d) Diretrizes das Nações Unidas para a prevenção da delinqüência juvenil. Diretrizes de Riad.

Constam das Diretrizes em análise, ao tratar dos princípios fundamentais, que (1) a prevenção da delinqüência é parte essencial da prevenção do delito na sociedade. Dedicados a atividades lícitas e socialmente úteis, orientados rumo à sociedade e considerando a vida com critérios humanistas, os jovens podem desenvolver atitudes não criminais. (2) Para ter êxito, a prevenção da delinqüência juvenil requer, por parte de toda a sociedade, esforços que garantam um desenvolvimento harmônico dos

adolescentes e que respeitem e promovam a sua personalidade a partir da primeira infância. (3) Na aplicação das presentes diretrizes, os programas preventivos devem estar centralizados no bem-estar dos jovens desde sua primeira infância, de acordo com os ordenamentos jurídicos nacionais.

e) Declaração dos Direitos da Criança - de 20 de novembro de 1959, cujo texto é lei no Brasil e em quase todas as nações filiadas à Organização das Nações Unidas, que resume as condições mínimas que todas as sociedades devem dar à infância. Dentre os princípios consagrados, destacam-se os seguintes:

“2º princípio - A criança gozará de proteção especial e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidades e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na instituição de leis visando a este objetivo levar-se-ão em conta, sobretudo, os melhores interesses da criança.

(...)

4º princípio - A criança gozará dos benefícios da previdência social. Terá direito de crescer e criar-se com saúde; para isto, tanto à criança como a mãe, serão proporcionados cuidados e proteção especiais, inclusive adequados cuidados pré e pós-natais. A criança terá direito à alimentação, habitação, recreação e assistência médica adequadas.

5º princípio - A criança incapacitada física, mental ou socialmente serão proporcionados o tratamento, a educação e os cuidados especiais pela sua condição peculiar.

(...)

8º princípio - A criança figurará em quaisquer circunstâncias entre os primeiros a receber proteção e socorro.

9º princípio - A criança gozará de proteção contra quaisquer formas de negligência, crueldades e exploração. Não será jamais

objeto de tráfico, sob qualquer forma. Não será permitido à criança empregar-se antes da idade mínima conveniente; de nenhuma forma será levada ou ser-lhe-á permitido empenhar-se em qualquer ocupação ou emprego que lhe prejudique a saúde ou a educação ou que interfira em seu desenvolvimento físico, mental ou moral”.

f) Convenção sobre os direitos da criança – adotada pela Resolução nº L.44 (XLIV) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989 e ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990.

A referida Convenção entende por criança, todo ser humano menor de 18 anos de idade (artigo 1º), estabelecendo que os Estados-partes reconhecem que toda criança tem o direito inerente à vida (artigo 6º - 1), e que assegurarão ao máximo a sobrevivência e o desenvolvimento da criança (artigo 6º - 2).

Essa doutrina da proteção integral da criança e do adolescente derivou, de certa forma, do princípio da prioridade absoluta, consagrado na Constituição Federal, que também assegurou a inviolabilidade do direito à vida (art. 5º, *caput*).

Com efeito, assegura o art. 227, *caput*, da Carta Política ser “dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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”.

A esse respeito, observa Alexandre de Moraes<sup>3</sup> o seguinte: “Trata-se, como ensinou Pontes de Miranda, em relação à norma semelhante na Constituição de 1946 (art. 164), de norma obrigatória e não meramente programática. O Estado, no cumprimento de sua obrigação constitucional, promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais e obedecendo aos seguintes preceitos: aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil; criança de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos”.

Note-se que também o Estatuto da Criança e do Adolescente, em sintonia com a Ordem Constitucional, no art. 4º, *caput*, repetiu o referido princípio da prioridade absoluta, nos seguintes termos: “É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”.

Incluiu-se a comunidade como intermediária entre a família e a sociedade, que seria composta pelo “grupo social próximo à criança ou adolescente (vizinhos, escola, igreja etc.)”.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Constituição do Brasil interpretada. São Paulo: Editora Atlas, 2ª edição, 2003, p. 2055.

<sup>4</sup> Cury, Garrido & Marçura. Estatuto da criança e do adolescente anotado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 3ª edição, 2002, p. 23.

E o próprio ECA, no parágrafo único do art. 4º, esclarece o que se deve compreender como garantia de prioridade absoluta, a saber:

- (a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- (b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- (c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- (d) e destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Segundo Wilson Donizeti Liberati<sup>5</sup>, “por *absoluta prioridade* devemos entender que a criança e o adolescente deverão estar em primeiro lugar na escala de preocupação dos governantes; devemos entender que, primeiro, devem ser atendidas todas as necessidades das crianças e adolescentes, pois *o maior patrimônio de uma nação é o seu povo, e o maior patrimônio de um povo são suas crianças e jovens* (Gomes da Costa, A. C.). Por *absoluta prioridade* entende-se que, na área administrativa, enquanto não existirem creches, escolas, postos de saúde, atendimento preventivo e emergencial às gestantes, dignas moradias e trabalho, não se deveriam asfaltar ruas, construir praças, sambódromos, monumentos artísticos etc., porque a vida, a saúde, o lar, a preservação de doenças são mais importantes que as obras de concreto que ficam para demonstrar o poder do governante”.

O art. 7º do ECA estabelece que “a criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de

---

<sup>5</sup> Comentários ao estatuto da criança e do adolescente. São Paulo: Malheiros Editores, 6ª edição, 2002, p. 16/17.

políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”.

Nota-se, também, que o referido Estatuto não se limita a garantir o direito à vida e à saúde para a criança e o adolescente, mas também à gestante.

Como observa Eduardo Dias de Souza Ferreira<sup>6</sup>, a concepção faz lembrar “a referência ao direito posto e direito pressuposto, ou ainda a discussão sobre o direito à existência digna, pois não se pode falar em direito à saúde sem vida e nem em existência plena sem saúde, mas em que ponto os avanços tecnológicos da ciência médica ameaçam o direito de nascer”.

Esclarece, ainda, o referido autor<sup>7</sup> que “a Organização Mundial da Saúde (OMS), segundo nos ensina Massako Iyda, define saúde como *o completo bem-estar, físico, mental e social*, englobando nessa definição vários aspectos e afirmando que a saúde é um bem, uma qualidade inerente ao homem (Iyda, 1994). Em nosso ordenamento, o conceito adotado de saúde e das ações de saúde é amplo e suas políticas envolvem desde a educação, até a prevenção e o tratamento propriamente dito, com destaque para o reforço dado ao direito à saúde decorrente do dever de proteção à vida, que deve ser assistida para que possa crescer e se desenvolver plenamente; reforçando a idéia de acesso igualitário (Lêfreve). Assim, desde as políticas públicas e sociais e educacionais, até a intervenção e a terapêutica individual, portanto, transmitem a idéia de que *o direito à saúde da infância brasileira* deve ser compreendido como direito público subjetivo das crianças e dos adolescentes e a saúde pública como direito transindividual, que a família, a sociedade e os entes do Estado devem considerar”.

---

<sup>6</sup> Direito à saúde no Estatuto da Criança e do Adolescente. Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora da PUC/SP, sob a orientação do Professor Doutor Sérgio Seiji Shimura. 2001, p. 33.

<sup>7</sup> Op. cit., p. 12.

Maria Helena Diniz<sup>8</sup> afirma que o conceito de saúde pode ser desmembrado em três: (1) Medicina legal: a) exercício normal das funções psíquicas e dos órgãos físicos; b) qualidade do que é sadio; c) é, segundo a Organização Mundial de Saúde, o bem-estar biopsicossocial; (2) Direito constitucional: bem-estar físico, psíquico, econômico e social que constitui um dos direitos sociais garantidos pelo Estado; (3) Direito previdenciário: é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença ou de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

O acórdão em análise fundamenta o *decisum* também no art. 196 da Constituição Federal, que assegura ser a SAÚDE um “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”.

A esse respeito, observa Alexandre de Moraes<sup>9</sup> que “o direito à vida e à saúde, entre outros, aparecem como consequência imediata da consagração da *dignidade da pessoa humana* como fundamento da República Federativa do Brasil. Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual”.

Desta forma, ainda que a necessidade do tratamento da saúde, para garantia da vida, se desse em proveito de um adulto, não se poderia permitir a omissão por parte do Poder Público.

---

<sup>8</sup> *Apud* Eduardo Dias de Souza Ferreira, op. cit., p. 36/37.

<sup>9</sup> Op. cit., p. 1926.

Valter Kenji Ishida<sup>10</sup> cita decisão, tanto do TJSC, como do STF, confirmando a obrigação do poder público de custear tratamento em clínica especializada nos Estados Unidos, envolvendo transplante de células mioblásticas em “menor impúbere”, cuja família possui escassos recursos materiais.

No *decisum* do STF citado, o Min. Celso de Mello fez a seguinte observação: “entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, *caput*), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões ético-jurídicas impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida”.

Por fim, o acórdão em análise, ao condenar o Município a garantir à criança o tratamento médico e psiquiátrico ou psicológico, agiu com acerto, pois compete à União, aos Estados, ao Distrito Federal e principalmente aos Municípios garantir a saúde pública de todas as pessoas.

É que a municipalização do atendimento é uma das diretrizes da política de atendimento imposta pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 88, inc. I).

Saliente-se que o Município, que com a Constituição Federal de 1988 passou a ter autonomia, acabou assumindo todas as decisões, no âmbito governamental, prevenindo e defendendo os

---

<sup>10</sup> Estatuto da Criança e do Adolescente. São Paulo: Editora Atlas, 4ª edição, 2003, p. 38/39.

direitos da criança e do adolescente, deixando de ser um mero executor das políticas traçadas pela União e pelos Estados.

E nem poderia ser diferente, pois a criança e o adolescente, antes de estarem no território da União ou dos Estados, vivem e sobrevivem no Município. É este que se encontra mais próximo da comunidade, e com ela, poderá traçar e executar as diretrizes da política de atendimento imposta pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Como esclarece Edson Sêda<sup>11</sup> “havia até agora um problema do menor abandonado (ou infrator) que era federal. Para isso havia uma Política de Bem-Estar do Menor que era federal, mas devia ser executada pelos Estados. Mas, é claro, os Estados pediam ‘ajuda’ aos Municípios para cumprir essa execução. E havia um ‘órgão executor’ para essa política. Agora, tudo isso acabou: o que há são crianças ou adolescentes atendidos ou violados em seus direitos, que moram no Município, são filhos de pais que moram no Município, vivem em vizinhanças num bairro do Município e cultivam seus valores, suas aspirações, suas alegrias e tristezas na comunidade do próprio Município. Cabe ao Município discutir e resolver a situação do atendimento dos direitos dessas crianças e adolescentes em sua realidade comunitária, e decidir como fazer para que os direitos ameaçados ou violados sejam instaurados em sua plenitude. (...) Por isso, o Município deve mobilizar todos os recursos que a Constituição e o Estatuto põem a sua disposição e deve fazer valer as prerrogativas que são suas, em defesa do que é dos seus”.

Destarte, a nosso ver, mostrou-se correta a decisão do Superior Tribunal de Justiça, que obrigou o Município a garantir o tratamento médico da criança.

---

<sup>11</sup> *Apud* Wilson Donizeti Liberati, *op. cit.*, p. 56/57.

Ocorre que a decisão ora comentada, infelizmente, não reflete a regra do posicionamento de nossos tribunais.

Com efeito, em inúmeros arestos, garante-se ao Poder Público a discricionariedade ampla de prestar ou não o serviço público de saúde, como se não existisse a Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor e outras legislações que asseguram a todas as pessoas tal serviço.

No Agravo de Instrumento nº 153.915-5/6-SP (Agravante a Prefeitura Municipal de São Paulo e Agravado o Ministério Público, relator o Des. Sidnei Beneti, j. 14/06/2000, v.u.), o Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso, por entender que “o ente público possui sua parcela de discricionariedade na decisão dos serviços administrativos a que dê atendimento prioritário, na extensa gama de necessidades naturalmente evidenciada pela Administração Pública. Pela opção eventualmente inadequada nos limites da discricionariedade, responderão os agentes públicos do Município que tomaram decisões, inclusive mediante o fornecimento de forte arsenal de material à oposição, a ser explorado no debate público e político, de forma que, se optou mal, não serão, os agentes públicos, aquinhoados com votos em outras eleições. O Judiciário não pode, em princípio, substituir essa vontade do administrador, na opção entre possibilidades discricionárias, e optar, ele, o Judiciário, discricionariamente, por mais que se impressione com a situação fática. O Judiciário não tem poder discricionário. Só pode determinar se a lei o determinar”.

Tratava-se, o caso citado, de ação civil pública movida visando obrigar a municipalidade a dar atendimento às emergências médicas necessárias no Pronto Socorro de sua responsabilidade. Sendo a

saúde um “dever do Estado”, a nosso ver, não haveria qualquer discricionariedade por parte do Poder Público.

*In casu*, o julgado transformou a questão jurídica em política, dando-se mais ênfase a um futuro sucesso na próxima eleição, do que em assegurar o direito à saúde consagrado na Constituição Federal.

Ignorou-se, por completo, a observação, já mencionada, feita pelo Min. Celso de Melo, de que “entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, *caput*), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões ético-jurídicas impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida”.

E ainda, no mesmo sentido, o Tribunal de Justiça de São Paulo deu provimento aos recursos oficial e da Fazenda do Estado de São Paulo, na Apelação Cível nº 213.998.5/0 – SP (rel. Des. Paulo Franco, j. 7/8/2003, v.u.), movida pelo Ministério Público Estadual, para reformar a sentença que havia condenado a ré a realizar serviços no Hospital Heliópolis, bem como adquirir equipamentos, medicamentos, materiais, adequar ambientes a normas técnicas, preencher totalmente e até ampliar o seu quadro de funcionários, sob pena do pagamento de multa diária.

Entendeu-se em tal julgado que “não é dado ao Judiciário substituir-se ao Administrador em matéria de sua exclusiva competência, relativa a questões que dizem respeito a conveniência e oportunidade do ato administrativo. Os preceitos constitucionais invocados consubstanciam normas programáticas que não excluem a discricionariedade de que dispõe a Administração na sua observância, atendidas as prioridades

na atuação do poder público, assim como os limites e objetivos traçados pelas leis orçamentárias. Inexistindo, no caso, norma específica que estabeleça de modo concreto a obrigatoriedade de praticar os atos reclamados pelo autor, importaria até ofensa ao princípio da separação dos Poderes impor ao Executivo a conduta administrativa almejada pelo Ministério Público”.

Também o Tribunal de Justiça de São Paulo, ao decidir a Apelação Cível nº 168.840-5/8-00-SP. (Apelante o Ministério Público do Estado de São Paulo e apelado o Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo – HCFMUSP, relator Des. Eduardo Braga, j. 23/8/2001, v.u.), negou provimento ao recurso, permitindo a criação da denominada “dupla porta de atendimento” (SUS e particular), com a seguinte ementa:

“...III – ATENDIMENTO MÉDICO-HOSPITALAR. Hospital das Clínicas. Atendimento a particular que se dispõe a pagar. Captação de recursos extra-orçamentários pelo Hospital. Admissibilidade. Inexistência de violação do princípio da isonomia e igualdade. Os recursos captados pelo HCFMUSP, em razão de atendimento a particulares que se dispõem a pagar, ora combatidos pela presente ação civil pública, reverterem para o SUS, e, nesse caso, acaba por, pelo menos, amainar a carência dos recursos públicos destinados ao SUS, considerando-se a grande demanda de pacientes a procurar atendimento no HCFMUSP. Há, inclusive, assistência farmacêutica gratuita. O atendimento mais rápido aos que pagam ou se dispõem a pagar, na verdade, existe, porque a fila é indubitavelmente menor, levando-se em conta os demais atendimentos. Ou, como está explicitado, o atendimento pelo Sistema de Saúde é incomparavelmente maior que o atendimento em regime particular. Outrossim, o fornecimento pago de próteses para deficientes físicos, se resume às de uso externo, fabricadas na própria oficina do Hospital e excluídas de cobertura pelo SUS. Fora, a questão, desta

maneira, da previsão do art. 222, V, da CE, mesmo porque, ela se insere no conceito da assistência social. Improcedência da ação. Apelação não provida>>.

Destaca-se do referido julgado as seguintes afirmações: <<...não é inviável o atendimento pago, na medida em que há busca de captação de recursos particulares, para o bem comum, valendo consignar, ademais, que o hospital jamais deixou de atender quem quer que seja, inclusive os que podem pagar, mas optam por não fazê-lo. Não há obrigatoriedade e nem coação. Não há atendimento privilegiado a quem se dispõe a pagar e nem em detrimento dos demais, os quais nunca foram excluídos do atendimento gratuito e que tem cobertura do SUS. Sob essa ótica, não há falar-se em desigualdade ou ferimento ao princípio da igualdade e, pois, em afronta ao artigo 196, da CF.

Como foi fundamentado, o particular que se dispõe a pagar pelo atendimento, à evidência, procura alguma vantagem compensatória e tal não poderia deixar de ser. Não há falar-se em discriminação e, pois, em violação ao princípio da isonomia.

O atendimento mais rápido aos que pagam ou se dispõem a pagar, na verdade, existe, porque a fila é indubitavelmente menor, levando-se em conta os demais atendimentos. Ou, como está explicitado, o atendimento pelo Sistema de Saúde é incomparavelmente maior que o atendimento em regime particular>>.

Assim sendo, embora o acórdão eleito para ser comentado tenha decidido de acordo com o ordenamento jurídico vigente, condenando o Município a garantir tratamento médico e psiquiátrico ou psicológico a criança, ele ainda se mostra um tanto isolado, pois, na maioria dos casos, o “poder discricionário” entregue ao administrador, é interpretado de maneira equivocada, para se afastar a responsabilidade do Poder Público.

### **3) Bibliografia.**

1) CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A proteção internacional dos direitos humanos. São Paulo: Editora Saraiva, 1991.

2) CURY, Munir; Paulo Afonso Garrido de Paula e Jurandir Norberto Marçura. Estatuto da criança e do adolescente anotado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 3ª edição, 2002.

3) GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

4) ISHIDA, Valter Kenji. Estatuto da Criança e do Adolescente. São Paulo: Editora Atlas, 4ª edição, 2003.

5) MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada. São Paulo: Editora Atlas, 2ª edição, 2003.

6) SOUZA FERREIRA, Eduardo Dias de. Direito à saúde no estatuto da criança e do adolescente - dissertação de mestrado apresentada na PUC-SP, 2001, São Paulo.