

A BIOÉTICA E O PRINCÍPIO DA JUSTIÇA

BIOETHICS AND THE PRINCIPLE OF JUSTICE

Mathias Felipe Gewehr¹

Sumário: Introdução. 1 Evolução histórica dos princípios da bioética: noções gerais da matriz principialista. 2 Conceito e características do princípio da justiça. 3 O princípio da justiça como direito fundamental. 4 A verificação prática do princípio da justiça. 4.1 O direito subjetivo de acesso a medicamentos e tratamentos especializados no sistema jurídico brasileiro. 4.2 O posicionamento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça. Conclusão. Referências.

Resumo: O estudo acerca da bioética traduz-se pela necessidade da sociedade moderna de regular o trato ético entre médico-paciente, e pesquisador-cobaia, de sorte, a pautarem-se posturas que requeiram a proteção dos indivíduos envolvidos a fim de evitar atrocidades como aquelas outrora ocorridas. O presente ensaio tem por objetivo esmiuçar o princípio da justiça na bioética, como meio a demonstrar a matriz principialista e a importância do princípio estudado no que concerne a proteção à saúde dos indivíduos. Além disso pretende esboçar o estudo do aludido princípio, enquanto direito fundamental, evocado na seara constitucional pátria e a sua verificação prática em termos de acesso à justiça em busca de compelir o Estado a resguardar a justa e equânime distribuição de medicamentos, fazendo valer os conceitos e características do princípio da justiça na práxis atual.

Palavras-chave: Bioética. Princípio da justiça. Tratamento igualitário. Direitos fundamentais. Obrigação do Estado. Acesso à justiça. Acesso a medicamentos.

Abstract: The study of bioethics is reflected by the need of modern society to regulate ethical dealings between physician and patient, researcher and guinea pig, so to learn from positions that require the protection of individuals involved in order to prevent atrocities as those previously occurred. This paper aims to scrutinize the principle of justice in bioethics, as a means to demonstrate the main matrix and the importance of the principle studied with regard to protecting the health of individuals, and intended to trace the study alluded to the principle as a fundamental right referred to in the harvest constitutional country and its practical verification in terms of access to court seeking to compel the State to safeguard the fair and equitable distribution of drugs, enforcing the concepts and features of the principle of justice in actual practice.

Keywords: Bioethics. Principle of justice. Equal treatment. Fundamental rights. Obligation of the state. Access to justice. Access to medicines.

Introdução

¹ Advogado. Mestre em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS). Especialista em Direito Público Municipal pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI). Coordenador dos Cursos de Especialização em Direito de Família Contemporâneo e Mediação Familiar e de Direito Médico e da Saúde na Faculdade da Serra Gaúcha (FSG). Professor do Curso de Direito do Centro de Ensino Superior Cenequista de Farroupilha (CESF). Advogado. Membro da Associação Brasileira de Advogados Ambientalistas – ABAA. E-mail: mathias@advogadosdosul.adv.br

O estudo da bioética tem seu surgimento no campo da discussão autônoma, enquanto ciência que se destina ao estudo das relações da medicina com o comportamento dos seres humanos, ligando essencialmente o trato entre médico e paciente no que diz respeito à ética médica, a partir do início da década de setenta, através do norte americano Van Rensseler Potter (JUNGES, 1999, p. 16). Potter foi o primeiro estudioso a utilizar o termo “bioética”, na obra intitulada *Bioethics: Bridge to the future*, no ano de 1971 (JUNGES, 1999, p. 16).

O movimento bioético teve seu surgimento a partir dos anos setenta na tentativa de refletir acerca de várias questões ligadas ao desenvolvimento nos campos experimental e científico. Esse estudo repercutiu nas discussões nas áreas da filosofia, da ética, da medicina e do direito, destacando-se, especialmente, o debate em torno da utilização de seres humanos em pesquisas, transplante de órgãos, reprodução assistida, diagnósticos genéticos, clonagem, dentre outras técnicas inovadoras (BRAUNER, 2002, p. 93).

Diante dessa postura, o movimento bioético, composto por especialistas de diversas áreas, se deparou com questões relevantes que envolvem o estudo acerca da ética na pesquisa, bem como as implicações na saúde humana revelando a necessidade de humanizar a medicina. Dentre diversas correntes dentro da bioética, a corrente principalista, de origem norte-americana, se destacou pelo fato de traçar um esquema claro para uma ética normativa que tinha de ser prática e produtiva (PESSINI e BARCHIFONTAINE, 2002, p. 48).

Essa teoria de princípios obteve sucesso porque foi aceita notadamente pelos profissionais da saúde servindo para a solução de conflitos de ordem moral, principalmente nas questões envolvendo pacientes e a necessidade de tomada de decisões terapêuticas.

O presente estudo objetiva demonstrar a evolução dos princípios da bioética, bem como tratar da questão específica de investigação do estudo do princípio da justiça, analisando o mesmo como direito fundamental.

Procurar-se-á, também, fazer a ligação entre o princípio da justiça na bioética e os próprios conceitos de justiça, enquanto distribuição justa e proporcional, sob a ótica de cooperação social que deve existir entre Estado e cidadãos.

Em outro aspecto, buscar-se-á demonstrar a aplicação do princípio da justiça como uma distribuição equilibrada dos benefícios e encargos sociais. Em termos práticos, sobretudo quanto o direito constitucional à saúde faz desencadear tal princípio no campo do acesso à justiça. A saber, em que os cidadãos possuem o direito público subjetivo de exigir do Estado a prestação desses serviços e destinar o tratamento igualitário e indistinto que visem garantir o acesso a medicamentos e tratamentos especiais.

Nesse sentido, demonstrar-se-á posicionamento da jurisprudência firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, quanto à declaração do direito à saúde enquanto obrigação e dever do Estado por força dos fundamentos constitucionais da dignidade da pessoa humana e do próprio direito à prestação desses serviços à população.

Em notas conclusivas, procurar-se-á trazer as contribuições do princípio da justiça na bioética e da própria matriz principalista criada pelo movimento bioético.

Em suma, no que se refere a desencadear o acesso por parte da população necessitada aos tratamentos de saúde e incentivar a concretização dos direitos assegurados a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

1 Evolução histórica dos princípios da bioética: noções gerais da matriz principalista

Os princípios da bioética tiveram seu surgimento, a partir da necessidade da sociedade, em regular determinadas práticas médicas e científicas, notadamente aquelas que envolvem a pesquisa em seres humanos. Um dos marcos iniciais na tentativa de repelir as práticas de pesquisa com seres humanos foi a percepção das atrocidades ocorridas durante a Segunda Guerra Mundial, em que inúmeras experiências degradantes foram realizadas pelos nazistas contra o povo judeu.

Em decorrência das práticas realizadas nos campos de concentração alemães, que culminaram com o extermínio de milhares de pessoas merece destaque o que se denominou de Tribunal de Nuremberg. Relembrando a história, no ano de 1946 foram realizados os julgamentos dos crimes de guerra ocorridos sob o nazismo, os quais suscitaram um grande debate mundial acerca da preocupação de coibir práticas degradantes contra seres humanos em se tratando de pesquisas no campo da medicina (BRAUNER, 2002, p. 95).

Na lição de Brauner (2002, p. 95), o Código de Nuremberg de 1947:

seria o marco inicial na busca da coibição de experiências aviltantes em seres humanos e estabeleceu-se como princípio que o ser humano não pode ser um simples objeto para as ciências toda pesquisa ou experiência biomédica exige do paciente um consentimento anterior, livre, esclarecido e inequívoco.

Além do nascedouro em Nuremberg, a necessidade de estudar as relações éticas e principiológicas da biomedicina, tiveram voga em outros acontecimentos históricos que, igualmente, foram frutos de atrocidades cometidas contra seres humanos decorrentes das pesquisas nas áreas da medicina e da biologia.

Os movimentos da sociedade, em prol de um controle da prática indiscriminada de pesquisa envolvendo seres humanos, surgiram após experiências médicas constituindo-se, entre outros exemplos, os casos envolvendo pessoas portadoras de deficiência, idosos e comunidades negras, nos Estados Unidos da América, entre as décadas de quarenta a setenta (PESSINI, 2000, p. 44).

Essa preocupação surgiu após a sensibilização da sociedade, de um modo geral, em resguardar a dignidade indistinta de todas as pessoas, como forma de impedir pesquisas indiscriminadas que não respeitassem questões éticas para com o ser humano envolvido no experimento.

Os grandes acontecimentos, em se tratando de pesquisa médica em seres humanos, os quais transformaram uma consciência ética na sociedade e a necessidade de instituírem princípios básicos de bioética, vêm manifestados na doutrina de PESSINI (2000, p. 44),

Em particular, três casos notáveis mobilizaram a opinião pública e exigiram regulamentação ética: 1) em 1963, no Hospital Israelita de doenças crônicas de Nova York, foram injetadas células cancerosas vivas em idosos doentes; 2) entre 1959 e 1970, no hospital estatal de Willowbrook (NY), injetaram hepatite viral em crianças retardada mentais; 3) desde os anos 40, mas descoberto apenas em 1972, no caso Tuskegee study, no estado do Alabama, foram deixados sem tratamento quatrocentos negros sífilíticos para pesquisar a história natural da doença.

Esses acontecimentos podem ser vistos como antecedentes históricos que marcaram a criação, no ano de 1974, da Comissão Nacional para a proteção dos seres humanos da pesquisa biomédica e comportamental, “*com o objetivo de levar a cabo uma pesquisa e um estudo completo que identificassem os princípios éticos básicos que deveriam nortear a experimentação em seres humanos nas ciências do comportamento e na biomedicina*” (PESSINI, 2000, p. 44).

Os estudos da comissão resultaram no reconhecido Relatório de Belmont, no ano de 1978, oportunidade em que foram publicadas recomendações para buscar a resolução dos conflitos decorrentes da ética na biomédica (PESSINI, 2000, p. 45).

Esse relatório decorrente da ação governamental americana, no sentido de breçar as práticas antiéticas com relação às pesquisas envolvendo seres humanos, tornou-se o marco inicial na declaração dos princípios bioéticos.

Na visão de Pessini (2000, p.45), o Relatório Belmont foi oficialmente promulgado em 1978 e causou grande impacto. Tornou-se a declaração principalista clássica, não somente para a ética ligada à pesquisa com seres humanos, mas também para a reflexão bioética em geral.

Considerando todos os acontecimentos marcantes que envolveram a pesquisa indiscriminada em seres humanos, surge a necessidade de se estabelecer uma ética nessas relações. Sobretudo para resguardar a proteção de indivíduos no que concerne aos direitos dos pacientes nas relações biomédicas, culminado pela universalização de diretrizes que fossem capazes de regulamentar as diferenças existentes entre os seres envolvidos em tais pesquisas e seus pesquisadores, tomando os princípios da bioética universais.

Brauner (2002, p. 96), nesse sentido, alerta que

A partir desses importantes acontecimentos, surge a necessidade de reflexão para se estabelecer um juízo crítico sobre a questão da universalidade da ciência quando se evoca a situação dos países em vias de desenvolvimento e em virtude de graves denúncias e condenações envolvendo as experimentações sobre seres humanos, justamente daqueles integrantes de comunidade consideradas vulneráveis, dentre eles apenados, negros, indígenas, idosos, crianças doentes mentais. Em virtude destes acontecimentos, verificou-se a importância de envolver os discursos e as práticas da ciência e de repensar as relações entre pacientes e médicos.

A instituição dos princípios da bioética, além de se dar em face da necessidade de se coibir as práticas antiéticas envolvendo pesquisas em seres humanos, acaba por desencadear na bioética os princípios da autonomia, da

beneficência ou não maleficência, que é parte integrante desta e o da justiça (FIORILLO, 1999, p. 82).

Antes de ingressar-se no estudo do princípio da justiça, é necessária a abordagem conceitual dos princípios que, junto daquele, prevalecem no campo de estudo da bioética que são o da beneficência e o da autonomia, os quais na lição de Brauner (2002, p. 99), vêm assim explícitos:

a beneficência - que implica fazer o bem ao paciente. É considerado o critério mais antigo da Ética médica, enunciado no princípio hipocrático da Medicina, onde o compromisso do médico é fazer o bem ao paciente, restabelecendo a sua saúde.

a autonomia - o paciente e o médico devem compartilhar as decisões, ou seja, no gozo pleno de seus direitos deve o paciente decidir o que é melhor para si e buscar a concordância de seu médico.

A partir dessas análises, tem-se um parâmetro sobre a necessidade da instituição dos princípios bioéticos no trato da ética que deve prevalecer entre o trato médico-paciente ou pesquisador-cobaia, como forma de fazer com que atrocidades como as acima citadas não venham a ocorrer na sociedade atual, para que sejam garantidos os princípios básicos da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

2 Conceito e características do princípio da justiça

A expressão *justiça*, num primeiro momento, deixa transparecer que está relacionada aos conceitos jurídicos do que seja direito, sendo a justiça uma de suas formas de expressão mais evidente.

Faz-se necessário, então, antes de se adentrar na questão das características do princípio da justiça na bioética, trazer a lume alguns conceitos de justiça extraídos da doutrina.

Gusmão (1997, p. 69), busca resolver o problema criado na ciência jurídica quanto à questão de confusão entre os termos direito e justiça, e objetiva resolver o conflito, alertando que o direito é o dever-ser enquanto que a justiça é ou deve ser a meta objetivada por determinada ordem jurídica.

Assim, justiça, na visão de Gusmão (1997, p. 69),

A ideia de justiça que nós, ocidentais, temos é herdada, em grande parte, de Platão, Aristóteles e dos juristas romanos. Os dois primeiros deram dela o sentido ético e formal, enquanto os romanos o sentido jurídico e material. A justiça – pensa Platão – é virtude suprema, harmonizadora das demais virtudes. A harmonia é a sua nota fundamental. Mas Platão também considera-a como equilíbrio. Como equilíbrio e proporção a definiu Aristóteles. É clássica a distinção que formulou entre justiça distributiva e justiça corretiva (sinalagmática ou comutativa) em função do critério da proporção e da igualdade. A primeira, pelo critério da proporção, distribui os meios correspondentes ao mérito e às necessidades de cada um, enquanto

justiça corretiva ou sinalagmática, com base no princípio de igualdade, torna justas as trocas entre as pessoas. A distributiva dependeria do Estado, que pode distribuir bens e honras, levando em conta o mérito de cada um. Já a sinalagmática, preside as relações entre os homens, equilibrando-as de modo que cada um receba o que merece, o que lhe é devido. Esta última subdivide-se em comutativa, em sentido estrito, e judicial. A primeira reside nas relações de troca, isto é, as relações contratuais, enquanto a judicial (juiz ou árbitro) aplica a sanção adequada e proporcional ao delito.

Mais adiante, acrescenta que

Justiça é igualdade de tratamento jurídico, bem como proporcionalidade da pena ao delito, da indenização ao dano, do preço à coisa vendida, da prestação à contraprestação etc. Daí ser a justiça: 1) comutativa, tendo por critério a igualdade, aplicável às relações entre os indivíduos (direito de família, direito dos contratos, direito das sociedades comerciais etc); 2) distributiva, tendo por critério a proporcionalidade, que rege o direito penal, a reparação dos danos, o direito fiscal, a distribuição dos bens ou de encargos, etc.

Em igual sentido, Beuchamp e Childress (2002, p.352) adotam a definição de justiça pelo caráter retributivo, ao afirmarem:

A expressão justiça distributiva se refere a uma distribuição justa, equitativa e apropriada no interior da sociedade, determinada por normas justificadas que estruturam os termos da cooperação social. Seu domínio inclui políticas que repartem diversos benefícios e encargos, como propriedades, recursos, taxas, privilégios e oportunidades. Várias instituições públicas e privadas estão envolvidas, incluindo o governo e o sistema de assistência à saúde.

Saliente-se, ainda, que, em decorrência do princípio da justiça em sentido formal (distributiva), surgem seis subprincípios em seu entorno, designados por Beuchamp e Childress (2002, p.355-356) da seguinte forma:

1. A todas as pessoas uma parte igual;
2. A cada um de acordo com sua necessidade;
3. A cada um de acordo com seu esforço;
4. A cada um de acordo com sua contribuição;
5. A cada um de acordo com seu merecimento;
6. A cada um de acordo com as trocas do livre mercado.

Acrescente-se que o conceito de justiça passa pelo campo da equidade, princípio esse intrínseco ao próprio princípio em estudo sob o enfoque da bioética, que significa uma forma de distribuição justa e igualitária, ou seja, aos iguais, tratamento igualitário e, aos desiguais, tratamento desigual (DINIZ, 2002, p. 16).

Na visão de Kelsen (2001, p. 2), a justiça vem assim definida como sendo “uma característica possível, porém não necessária, de uma ordem social”, seguindo-se a seguinte indagação:

mas o que significa ser uma ordem justa? Significa essa ordem regular o comportamento dos homens de modo a contentar a todos, e todos encontrarem sob ela felicidade. O anseio por justiça é o eterno anseio do homem por felicidade. Não podendo encontrá-la como indivíduo isolado, procura essa felicidade dentro da sociedade. Justiça é felicidade social, é a felicidade garantida por uma ordem social.

Assim, Kelsen considera a justiça como a felicidade social, aquela garantida por uma ordem justa, na qual se regula o comportamento humano, em que todosistem contentados.

A aspiração da justiça seria como uma eterna noção de felicidade, em que o homem não pode encontrar sozinho e, para tanto, procura-a na sociedade, sendo essa felicidade social denominada justiça.

Outro conceito de justiça está descrito em Rawls (2000, p. 66), sendo possível em torno de vários fatores que, distribuídos numa sociedade, caminham em um ideário de justiça, o qual vem assim definido,

Todos os valores sociais – liberdade e oportunidade, renda e riqueza, e as bases sociais da autoestima – devem ser distribuídos igualmente, a não ser que uma distribuição desigual de um ou de todos esses valores traga vantagens para todos.

Verificados os conceitos de justiça e sua declinação para o campo da equidade, é necessário que se apontem as noções e características do princípio, o qual é marcado basicamente com a igualdade de repartição de benefícios e universalidade na prestação e acesso à saúde.

Sendo um dos princípios da bioética, que acompanha os da beneficência e autonomia, o princípio da justiça vem traduzido pela doutrina com o caráter de universalidade na prestação dos serviços de saúde e o acesso irrestrito a toda população, às inovações científicas e tecnológicas que tiverem por base os avanços na área da saúde.

A universalidade na prestação dos serviços relacionados à saúde e seu acesso indistinto são os pontos marcantes deste princípio, principalmente no que se refere à equidade sob a qual se deve ater-se na imparcialidade e na distribuição justa e igualitária dos benefícios da saúde.

Nesse sentido, Diniz (2002, p.16-17) assevera que o princípio da justiça,

requer a imparcialidade na distribuição dos riscos e benefícios, no que atina à prática médica pelos profissionais da saúde, pois os iguais deverão ser tratados igualmente. Pode ser também postulado, através dos meios de comunicação, por terceiros ou instituições que defendem a vida ou por grupos de apoio à AIDS, cujas atividades exercem influência na opinião pública, para que não haja discriminações.

O princípio da justiça como componente da tríade principalista da bioética, na conceituação de Fiorillo (1999, p. 84), vem delineado como sendo “...o princípio que garante à relação equânime, justa e universal dos benefícios dos serviços de saúde. A justiça sempre foi vista como parte da consciência da cidadania e luta pelo direito à saúde”.

O princípio da justiça na bioética caracteriza-se como meio eficaz de dar acesso indistinto e irrestrito à todos aqueles que, em função de suas vulnerabilidades, sociais, financeiras e culturais, não possuem condições, com recursos próprios de obter as prestações dos serviços de saúde. Por essa razão, surge o Estado como interventor neste processo para oferecer a essas pessoas os meios necessários à satisfação das suas necessidades no trato da saúde (SELLI, 1998, p. 52).

Caracteriza-se, portanto, o princípio da justiça por exigir do Estado que sejam garantidos os direitos sociais dos administrados, através de políticas públicas que preservem e resguardem os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do direito à saúde.

Nesse sentido, Selli (1998, p. 55) esclarece que “a justiça nas políticas estatais de saúde e nas relações que se estabelecem entre profissionais e pacientes deve ser, portanto, um critério norteador de conduta dos legisladores e dos que estabelecem as políticas públicas na área de saúde”.

Assim, após tais apontamentos, pode-se ver que o princípio da justiça integra a esteira de direitos fundamentais, próximo tópico a ser detalhado no presente estudo.

3 O princípio da justiça como direito fundamental

Pode-se visualizar o princípio da justiça como um direito fundamental, principalmente quando se têm implícitos, na bioética atual brasileira, normas constitucionais aplicáveis a essa área do conhecimento.

Esses fundamentos constitucionais podem ser vistos desde o art. 1º, inciso III, com o princípio da dignidade da pessoa humana, com o art. 3º, no que se refere ao direito de igualdade de tratamento. Ainda, com sua passagem pelo art. 5º, através dos direitos de informação, do direito à vida, ao acesso à justiça, ao princípio constitucional da isonomia, além do próprio direito à saúde que vem explícito no art.

196, e o princípio da indisponibilidade do corpo humano disposto no § 4º, do art. 199, todos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Na lição de Rothenburg (2000, p. 147): “Diz-se dos direitos fundamentais que são universais porque inerentes à condição humana. Peculiaridades locais ou ocasionais não teriam o condão de afastar o dever de respeito e a promoção dos direitos fundamentais”.

Diante do que se propõe a desenvolver no presente trabalho, deve-se ater ao desenvolvimento do princípio da justiça sob a ótica dos direitos fundamentais, abordando o princípio da dignidade da pessoa humana, do direito de igualdade, do direito à vida, do acesso à justiça e do direito à saúde.

Esse princípio, enquanto direito fundamental, em um primeiro momento, deve ser analisado como uma das próprias razões dentro de uma sociedade moderna, que se preocupa com os direitos sociais de seus indivíduos, como objetivo primeiro da promoção do respeito à dignidade da pessoa humana, assim como está descrito no art. 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O princípio da justiça, enquanto fundamento do princípio da dignidade da pessoa humana, decorre do fato que a prestação universal dos serviços de saúde deve pautar pelo atendimento digno e indistinto a todas as pessoas.

Segundo Silva (2004, p. 105), “dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”.

Esse dispositivo fundamental previsto na Constituição da República Federativa do Brasil tem sua essência fluída a partir da ideia de universalidade do direito, que transpassa a simples interpretação de um direito individual, para integrar uma esfera ampla de designação conceitual, sendo viável a toda uma coletividade de indivíduos integrantes do Estado.

Preleciona Diniz (2002, p. 17) que

Os bioteticistas devem ter como paradigma o respeito à dignidade da pessoa humana, que é o fundamento do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, III) e o cerne de todo o ordenamento jurídico. Deveras, a pessoa humana e sua dignidade constituem fundamento e fim da sociedade e do Estado, sendo o valor que prevalecerá sobre qualquer tipo de avanço científico e tecnológico. Consequentemente, não poderão bioética e biodireito admitir conduta que venha a reduzir a pessoa humana à condição de coisa, retirando dela sua dignidade e o direito a uma vida digna.

Logo, a proteção à saúde, enquanto núcleo do princípio da justiça, não pode ser aleatoriamente tratada pelo Estado, devendo ele assegurar o tratamento justo e igualitário aos administrados, sob pena de não prestação adequada aos fins primários dos direitos declarados na Constituição da República Federativa do Brasil. De modo que, se assim agir, se sujeita a interposição de ações judiciais, para o efeito de garantir a prestação do Estado com o propósito que tutele de forma eficaz o direito à saúde.

A proteção ao direito à saúde, integrante da esfera de direitos fundamentais previstos na Constituição está ligada, indissociavelmente, à bioética. Portanto, sendo decorrente do princípio da justiça e tendo atuação assegurada no campo constitucional, principalmente quando à tutela da saúde e do acesso da população a serviços de qualidade.

Um segundo ponto que incita uma discussão acerca da natureza de direito fundamental do princípio da justiça, é o do direito de igualdade ou isonomia, tratado respectivamente, nos artigos 3º, inciso IV, e 5º, *caput*, ambos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Por este viés, pode-se dizer que o legislador constituinte pretendeu deixar claro que a igualdade deve pautar os fins da República, banindo toda e qualquer forma de discriminação.

Diante disso, o princípio da igualdade é elemento chave no que diz ao tratamento irrestrito e indistinto do princípio da justiça na bioética a ser promovido pelo Estado de todas as formas, devendo ser atendidas as necessidades de tratamento e resguardo indistinto dos administrados, como forma de tolher toda a discriminação e injustiças sociais.

Nesse sentido, Bonavides (2002, p. 343), citando Pernthaler, assevera que

Pelo princípio da igualdade material, segundo Pernthaler, que o Estado se obriga mediante intervenções de retificação na ordem social a remover as mais profundas e perturbadoras injustiças sociais. Só assim, acrescenta ele, apoiado pela jurisprudência do Tribunal Constitucional da Áustria, pode o princípio da igualdade se converter em princípio jurídico básico do Estado prestacionista e administrativo.

O Estado, em face do princípio da justiça, deve assegurar o tratamento indistinto da população no que diz respeito à saúde, e dispor de todos os meios necessários a minimizar as injustiças existentes, concedendo à toda população o acesso irrestrito aos tratamentos relacionados à saúde.

Outro elemento nuclear da visão fundamentalista do princípio da justiça é o que diz respeito à proteção do direito à vida, o qual deve ser pautado como condicionante a todos os demais direitos da personalidade e devem ser assegurados pelo Estado.

Na esteira deste entendimento Diniz (2002, p. 21) acrescenta que

O direito à vida, por ser essencial ao ser humano, condiciona os demais direitos da personalidade. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, *caput*, assegura a inviolabilidade do direito à vida, ou seja, a integralidade existencial, conseqüentemente, a vida é um bem jurídico tutelado como direito fundamental básico desde a concepção, momento específico, comprovado cientificamente, de formação da pessoa.

Diante disso, o princípio da justiça adentra no campo deste direito fundamental, posto que um de seus fins é assegurar o tratamento equânime a toda

população, sobretudo ao acesso aos meios de tratamento de saúde, que significa assegurar o direito à vida (DINIZ, 2002, p. 22).

O direito à saúde, previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, igualmente é visto como um dos fins do Estado e um dos fundamentos do princípio da justiça.

Prescreve o art. 196 da Constituição da República Federativa do Brasil:

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 o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Como se pode observar da leitura do citado artigo constitucional, o direito à saúde prevê o acesso universal e, portanto, indistinto a toda população, principalmente no que se refere às políticas públicas preventivas e terapêuticas relacionadas às moléstias existentes.

O direito à saúde, enquanto parte integrante da obrigação do Estado e entendido como um dos fins a que se propõe princípio da justiça na bioética, pressupõe na lição Canotilho e Moreira (1993, p. 342), a existência de duas vertentes, quais sejam,

uma, de natureza negativa, que consiste no direito a exigir do Estado (ou de terceiros) que se abstenha de qualquer acto que prejudique a saúde; outra, de natureza positiva, que significa o direito às medidas e prestações estaduais visando a prevenção de doenças e o tratamento delas.

Note-se que o direito à saúde e o princípio da justiça foram inseridos no ordenamento jurídico constitucional brasileiro somente a partir de 1988, quando, então, a saúde ganhou o caráter universal de sua prestação, porquanto que, anteriormente a isso, apenas eram beneficiados trabalhadores que possuíam vínculo trabalhista e carteira de trabalho devidamente assinada.

Portanto, o princípio da justiça atualmente contempla o direito à saúde como um dos seus fins e garante a universalidade de seu tratamento nos termos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Dessa maneira, tem-se que o princípio da justiça é parte integrante da esfera dos direitos fundamentais inseridos no texto constitucional brasileiro, estando presente em vários de seus dispositivos.

4 A verificação prática do princípio da justiça

Neste ponto, é necessária a abordagem de questões práticas acerca do princípio da justiça, sobretudo no que diz respeito ao exercício do direito constitucional de acesso à justiça pela população, toda vez que a universalidade no tratamento de saúde for negada ao cidadão e o Estado não promover adequadamente

sua obrigação em garantir o direito de acesso a medicamentos e tratamentos especiais aos administrados.

4.1 O direito subjetivo de acesso a medicamentos e tratamentos especializados no sistema jurídico brasileiro

O direito subjetivo de acesso a medicamentos e tratamentos especializados no sistema jurídico brasileiro se consubstancia na aferição prática do princípio da justiça, sobretudo porque nada mais é do que a externalização de direitos constitucionalmente assegurados.

Logo, se é dever do Estado promover o acesso universal a toda população no que se refere à saúde, tanto preventiva quanto terapêutica, nada mais justo do que em casos de negativas administrativas em conceder medicamento ou tratamento, faça a parte lesada uso de seu direito constitucionalmente assegurado e exija a prestação por parte do Município, Estado, ou União do medicamento ou tratamento de que necessite.

É sabido que o direito público subjetivo à saúde se consubstancia como prerrogativa jurídica indisponível, representando bem jurídico constitucionalmente tutelado.

Nesse viés, é de ser ressaltado que integra o rol de direitos fundamentais inerentes ao princípio da dignidade da pessoa humana, de modo que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, rompeu com os obstáculos outrora existentes e universalizou o trato da prestação da saúde pública no Brasil.

Previsto entre os direitos sociais do art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil, o direito à saúde visa à melhoria de condições à população mediante ações positivas do Estado requerendo o acesso universal e equânime a serviços e ações de promoção, proteção e recuperação da saúde (CARVALHO, 1999).

Como o direito à saúde apresenta dupla face, uma que diz respeito à preservação da saúde e outra de proteção da saúde, sendo a primeira como contrapartida às políticas que visam à redução do risco de doença, e a segunda que está ligada à proteção da saúde propriamente dita, a ser prestada pelo Estado, sobretudo quanto ao fornecimento de medicamentos (FERREIRA FILHO, 1995).

Deve-se alertar, inclusive, que na prática processual, depara-se com situações em contestações idealizadas por órgão do Poder Público, sejam eles municipal, estadual ou da União em que os entes buscam escusar-se de suas responsabilidades. De modo Geral, argumentando não ser de competência sua a distribuição do medicamento ou tratamento pleiteado, alegando ainda para o dispêndio de verba pública e a irreversibilidade das medidas antecipatórias que visam o acesso a medicamentos e tratamentos especializados.

No entanto, entende-se que esses argumentos de defesa utilizados não servem para afastar o direito de acesso da parte que requer judicialmente o medicamento ou o tratamento, pelo simples fato que o princípio da justiça e o acesso

à saúde se constitui no dever do Estado em todos os seus níveis de promover a distribuição universal à população que necessite dos serviços de saúde pública.

Acrescente-se, a título ilustrativo, que os Tribunais norte-americanos reconhecem que o atendimento deve ser prestado de forma universal e indistinta tendo decidido pela regularidade da obrigação de tratamento a indivíduos fora de sua jurisdição (BEUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 354-355).

Assim, tem-se que, mesmo fora dos limites da jurisdição municipal, estadual ou da própria União, deve o Estado custear todo o tratamento do postulante, caso tenha que se afastar dos limites territoriais para buscar o tratamento necessário a moléstia da qual seja portador.

Há nesse aspecto, exemplos práticos de verificação da responsabilidade constitucional determinada aos entes públicos no que diz respeito ao acesso indistinto à saúde da população, varia desde pedidos de medicamentos, como em casos de *diabetes mellitos*, tidos como simples, até mesmo a tratamentos especializados, como ocorrem em ações que visam garantir tratamentos em grandes complexos hospitalares.²

Quando se tratar de verificação prática do princípio da justiça, deve ser acrescentado que os pedidos judiciais, formulados com base neste primado, têm atingido o seu êxito de efetividade. Principalmente porque o Poder Judiciário reconhece o direito líquido e certo da população a tratamentos especializados e medicamentos de difícil aquisição, tendo por fundamento tanto a norma constitucional do art. 196, da Constituição da República Federativa do Brasil, quanto o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto na mesma Carta Política, no inciso III, do art. 1º.

4.2 O posicionamento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça

Foi analisada a aplicação prática do princípio da justiça, no que diz respeito à obrigação estatuída no art. 196 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Neste tópico é necessário mencionar quanto ao posicionamento da jurisprudência firmada no Superior Tribunal de Justiça com relação à possibilidade de garantir o acesso a medicamentos e tratamentos especiais por parte da população.

Vale salientar que o entendimento jurisprudencial firmado pelo Superior Tribunal de Justiça é no sentido da possibilidade da população em garantir o acesso a medicamentos, com base no direito à saúde, instituído na Constituição da

² Nesse sentido, vide Ações Judiciais de Obrigação de Fazer interpostas contra o Estado do Rio Grande do Sul e o Município de Catuípe/RS, respectivamente Processo n. 091/1.3.0000868-9, já transitado em julgado, correspondente ao ingresso de ação por portador de diabetes tipo melitos, para exigir do Estado medicamentos necessários de uso diário em que o requerente não possuía qualquer condição econômica de adquirir os remédios e corria risco de morte em caso de não ingestão dos mesmos, tendo sido deferido o pedido integralmente no que se refere a obrigação do Estado de fornecer o referido terapêutico. Outro exemplo, é o Processo n. 091/1.04.0000715-3, no qual paciente requereu fosse custeado por parte do Município o traslado para tratamento junto ao Hospital Sara Kubschek em Brasília, tendo sido condenado o ente municipal a prestar-lhe o referido auxílio na justiça do primeiro grau, tendo sido interposto recurso pelo Município, se encontrando no aguardo por julgamento junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

República Federativa do Brasil de 1988, fundamentando ainda no respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A título ilustrativo, observe-se o seguinte aresto, o qual evidencia o posicionamento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, ao decidir que

RECURSO ESPECIAL. SUS. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. PACIENTE PORTADOR DO VÍRUS HIV. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. 1. Ação ordinária objetivando a condenação do Estado do Rio Grande do Sul e do Município de Porto Alegre ao fornecimento gratuito de medicamento não registrado no Brasil, mas que consta de receituário médico, necessário ao tratamento de paciente portador do vírus HIV. 2. O Sistema Único de Saúde - SUS visa a integralidade da assistência à saúde, seja individual ou coletiva, devendo atender aos que dela necessitem em qualquer grau de complexidade, de modo que, restando comprovado o acometimento do indivíduo ou de um grupo por determinada moléstia, necessitando de determinado medicamento para debelá-la, este deve ser fornecido, de modo a atender ao princípio maior, que é a garantia à vida digna. 3. Configurada a necessidade do recorrente de ver atendida a sua pretensão, posto legítima e constitucionalmente garantida, uma vez assegurado o direito à saúde e, em última instância, à vida. A saúde, como de sábeça, é direito de todos e dever do Estado. 4. Precedentes desta Corte, entre eles, mutadis mutandis, o Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 83/MG, Relator Ministro EDSON VIDIGAL, Corte Especial, DJ de 06.12.2004: "1. Consoante expressa determinação constitucional, é dever do Estado garantir, mediante a implantação de políticas sociais e econômicas, o acesso universal e igualitário à saúde, bem como os serviços e medidas necessários à sua promoção, proteção e recuperação (CF/88, art. 196). 2. O não preenchimento de mera normalidade – no caso, inclusão de medicamento em lista prévia – não pode, por si só, obstaculizar o fornecimento gratuito de medicação a portador de moléstia gravíssima, se comprovada a respectiva necessidade e receitada, aquela, por médico para tanto capacitado. Precedentes desta Corte. 3. Concedida tutela antecipada no sentido de, considerando a gravidade da doença enfocada, impor, ao Estado, apenas o cumprimento de obrigação que a própria Constituição Federal lhe reserva, não se evidencia plausível a alegação de que o cumprimento da decisão poderia inviabilizar a execução dos serviços públicos." 5. Ademais, o STF sedimentou entendimento no sentido de que "PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - 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. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da

Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, 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 de sua essencial dignidade. Precedentes do STF." (RE 271286 AgR/RS, Relator Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJ de 24.11.2000) 6. Recursos especiais desprovidos. (Processo: REsp 684646/RS, 2004/0118791-4, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA. Data do Julgamento: 05/05/2005. Data da Publicação/Fonte: DJ 30.05.2005 p. 247)

Portanto, tal decisão demonstra a efetividade prática dos fins a que se destina o princípio da justiça no sentido de que se ofereça à população o acesso indistinto e irrestrito a tratamentos de saúde, fazendo valer os fundamentos constitucionais expostos no presente trabalho e que vem se firmando cada vez mais em nível de Tribunais Superiores, sobretudo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

Conclusão

A partir do presente estudo pode-se perceber os desdobramentos decorrentes do princípio da justiça enquanto derivado da bioética. Permitiu-se verificar, em linhas gerais, o processo de criação de uma matriz principalista no estudo da bioética. Ela surgiu em decorrência de diversas perversidades cometidas contra seres humanos, as quais chegaram ao conhecimento da sociedade em face dos julgamentos dos crimes da Segunda Guerra Mundial, principalmente aqueles ocorridos nos campos de concentração nazistas, que foram julgados pelo Tribunal de Nuremberg, realizado no ano de 1947.

Foram detalhados alguns casos ocorridos nos Estados Unidos da América, em que, a partir dessas verificações, se deu a necessidade de ser implementados mecanismos eficazes para se instituir uma ética que fosse capaz de colocar fim aos experimentos com seres humanos realizados sem o consentimento prévio e informado.

A partir disso, surgiu a criação da bioética e sua matriz principalista, com o Relatório Belmont, no ano de 1978, derivando os princípios da autonomia, da beneficência e não maleficência e o da justiça, ponto central referido ao longo do presente trabalho.

Fazendo uma análise do princípio da justiça, permitiu-se tratar em seu estudo uma visão conceitual e, após, fazer uma verificação do mesmo no sentido da importância de uma justa distribuição e equidade no acesso irrestrito da população a tratamentos de saúde.

Constatou-se, também, a inserção do princípio da justiça no sistema constitucional brasileiro, concluindo-se que tal princípio se apresenta entre os direitos fundamentais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, sendo um instrumento importante para assegurar os direitos dos cidadãos.

Quanto à verificação na prática de acesso à justiça, invocando por base o princípio da justiça, foi possível averiguar que toda vez que houver negativa por parte do Estado em fazer a justa e equânime distribuição dos recursos de saúde à população, existe o direito público subjetivo que assegura o acesso a tais benefícios. Por sua vez, o posicionamento firmado nos tribunais superiores, sobretudo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, é majoritário no sentido de determinar que o Estado cumpra o texto constitucional que o obriga a prestar assistência no que se refere à saúde.

Indubitavelmente, o princípio da justiça assume importante relevância na esfera de proteção aos direitos fundamentais no Brasil, bem como no sentido de demonstrar que a matriz principalista da bioética se revelou de suma importância no sentido de garantir a eficácia ética nas relações entre pacientes, médicos e reconhecendo a obrigação estatal de assegurar de modo indistinto o acesso de todos à saúde pública.

Referências

BEUCHAMPS, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios de Ética Biomédica**. Trad. Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola. 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. Os dilemas do avanço bioeconômico e a função do biodireito. **Revista Trabalho e Ambiente**. Caxias do Sul: EDUCS, p. 93-104, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 31.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CANOTILHO, J. J.Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional Didático**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**: aumentado e atualizado de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988** – Vol. IV. São Paulo: Saraiva, 1995.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Biodiversidade e Patrimônio Genético no Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Max Lemond, 1999.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao Estudo do Direito**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

JUNGES, José Roque. **Bioética: perspectivas e desafios**. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

KELSEN, Hans. **O Que é Justiça?: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas Atuais de Bioética**. 5. ed. São Paulo: Loyola, 2000.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos fundamentais e suas características. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, v. 8, n. 30, p. 146-158, 2000.

SELLI, Lucilda. **Bioética na Enfermagem**. São Leopoldo: Unisinos, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

