

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO  
FACULDADE DE DIREITO  
CAMPUS CARAZINHO

Camila Lawall

O FORNECIMENTO DE TRATAMENTO DE SAÚDE NO  
EXTERIOR PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: O  
MÍNIMO EXISTENCIAL COMO CRITÉRIO PARA  
ANÁLISE DA SUA (IN)VIABILIDADE

Carazinho

2014

Camila Lawall

O FORNECIMENTO DE TRATAMENTO DE SAÚDE NO  
EXTERIOR PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: O  
MÍNIMO EXISTENCIAL COMO CRITÉRIO PARA  
ANÁLISE DA SUA (IN)VIABILIDADE

Monografia apresentada ao Curso de Direito, da  
Faculdade de Direito, da Universidade de Passo  
Fundo, como requisito parcial para a obtenção do  
grau de Bacharel em Direito, sob a orientação da  
Mestre Jaqueline Morandini.

Carazinho

2014

Camila Lawall

O FORNECIMENTO DE TRATAMENTO DE SAÚDE NO EXTERIOR PELA  
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: O MÍNIMO EXISTENCIAL COMO CRITÉRIO PARA  
ANÁLISE DA SUA (IN)VIABILIDADE

Monografia apresentada ao Curso de Direito, da  
Faculdade de Direito, da Universidade de Passo  
Fundo, como requisito parcial para a obtenção do  
grau de Bacharel em Direito, sob a orientação da  
Mestre Jaqueline Morandini.

Aprovada em \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2014.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Professora Mestre Jaqueline Morandini - Orientadora

---

Prof. Xxxxx - Primeiro(a) integrante

---

Prof. Xxxxx - Segundo(a) integrante

Dedico este trabalho aos meus pais, Olenir e Maria Jeovana, às minhas irmãs, Carina e Cailane, e ao meu amado Claudio, pelo apoio incondicional.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, por guiar meus passos e iluminar meu caminho.

Aos meus pais, Olenir e Maria Jeovana, por me ensinarem a valorizar e a respeitar a vida e as outras pessoas; por me amarem e estarem ao meu lado em todos os momentos; e, por me ensinarem o que sei de mais precioso com os seus exemplos.

Às minhas irmãs, Carina e Cailane, por me proporcionarem compartilhar suas alegrias e angústias e, com isso, crescermos juntas.

Ao meu amado Claudio, por tornar os meus dias mais felizes e pela inspiração diária.

À minha orientadora, Professora Mestre Jaqueline Morandini, pelas preciosas lições durante o desenvolvimento deste trabalho de conclusão.

Aos meus amigos da Promotoria de Justiça de Sarandi e do Escritório Pasqualotto Advogados, pela amizade e por me propiciarem aperfeiçoar os conhecimentos construídos em sala de aula, aplicando-os na prática.

“Ninguém nasce odiando outra pessoa pela cor de sua pele, por sua origem ou ainda por sua religião. Para odiar, as pessoas precisam aprender, e se podem aprender a odiar, podem ser ensinadas a amar.”

Nelson Mandela

## RESUMO

Analisar a (in)viabilidade do fornecimento de tratamento de saúde no exterior pela Administração Pública, utilizando-se o mínimo existencial como critério, demanda uma abordagem do direito à saúde na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a partir de um estudo das condições históricas que motivaram o aparecimento dos direitos fundamentais sociais, a verificação da natureza e do grau de eficácia das normas constitucionais brasileiras asseguradoras do direito à saúde, dos limites e dos limites aos limites dos direitos fundamentais e da atuação do Poder Judiciário na concretização do direito à saúde. Também, para obter o resultado pretendido, deve-se investigar os significados do mínimo existencial e os limites por ele impostos à reserva do possível, confrontar o princípio da universalidade de acesso às políticas públicas de saúde em face do direito individual ao fornecimento de tratamentos excepcionais, além de apontar parâmetros racionais, de observância obrigatória, para os que pretendem lhe seja alcançado tratamento de saúde no exterior. Os objetivos acima mencionados foram atendidos utilizando-se o método hipotético-dedutivo e a técnica da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial com a leitura, o fichamento e a análise comparativa do posicionamento adotado pelos doutrinadores e nas decisões sedimentadas nos Tribunais pátrios. A partir do exposto, concluiu-se que o fornecimento de tratamento de saúde no exterior pela Administração Pública mostra-se viável na medida em que se verifica, no caso concreto, o atendimento de parâmetros racionais pelo indivíduo que demanda a sua concessão, tais como: a existência de prova científica robusta acerca da eficiência e da segurança do tratamento, prévia avaliação clínica, indicação do tratamento por profissional especializado, compatibilidade entre o tratamento prescrito e a doença diagnosticada, inexistência de tratamento igualmente eficaz no país, insuficiência econômica da parte demandante e comprovação da urgência e da necessidade do tratamento. Quando preenchidos esses critérios, diz-se que a referida prestação de saúde integra o conjunto de medidas que compõem o mínimo existencial para sobrevivência digna dos cidadãos. Dessa forma, admite-se o ajuizamento de processos individuais para a garantia do direito social fundamental à saúde e afasta-se o argumento da reserva do possível como limitador fático à sua concessão.

Palavras-chave: Administração pública. Mínimo existencial. Parâmetros racionais. Reserva do possível. Tratamento de saúde no exterior.

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 A HISTORICIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS: DO RECONHECIMENTO À CONSTITUCIONALIZAÇÃO .....	12
2.1 Significados dos direitos fundamentais .....	12
2.2 Perspectiva histórica dos direitos fundamentais e as suas dimensões .....	17
2.3 O Estado de Direito e os seus conteúdos .....	24
2.4 O processo de constitucionalização dos direitos fundamentais .....	29
2.5 Os direitos sociais na Constituição Federal de 1988 .....	32
3 ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO À SAÚDE E A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO.....	38
3.1 Direito à saúde: direito social prestacional e direito social defensivo .....	38
3.2 A natureza e a eficácia das normas constitucionais asseguradoras do direito à saúde ...	43
3.3 O direito à saúde é uma cláusula pétreia da Constituição Federal de 1988? .....	48
3.4 Os limites e os limites aos limites dos direitos fundamentais sociais.....	52
3.5 A atuação do Poder Judiciário na concretização do direito à saúde .....	60
4 O MÍNIMO EXISTENCIAL COMO CRITÉRIO DE ANÁLISE DA (IN)VIABILIDADE DE CONCESSÃO DE TRATAMENTO DE SAÚDE NO EXTERIOR PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA .....	70
4.1 Os significados do mínimo existencial .....	70
4.2 O mínimo existencial como limite da reserva do possível .....	75
4.3 O princípio da universalidade de acesso às políticas públicas de saúde <i>versus</i> o fornecimento de tratamentos excepcionais para satisfazer o direito individual à saúde.....	79
4.4 A jurisprudência sobre o fornecimento de tratamento de saúde no exterior pelo poder público: o processo n. 0001778-95.2014.4.03.6110 da Vara Federal de Sorocaba - SP e o Agravo de Instrumento n. 0008474-47.2014.4.03.0000/SP do Tribunal Regional Federal da 3ª Região .....	86
4.5 Parâmetros para o fornecimento de tratamento médico no exterior pela Administração Pública .....	92
5 CONCLUSÃO.....	102
REFERÊNCIAS .....	106
APÊNDICE A .....	114
Comentários às Portarias n. 1.236, de 1993 e n. 763, de 1994, do Ministério da Saúde, e aos Projetos de Lei n. 5.964 de 2001, n. 7.190 de 2002 e n. 4.166 de 2004.....	114
APÊNDICE B.....	117
Comentários sobre a Audiência Pública da Saúde n. 04 do Supremo Tribunal Federal, sobre a Recomendação n. 31 e sobre a Resolução n. 107 do Conselho Nacional de Justiça.....	117

## 1 INTRODUÇÃO

Este trabalho de conclusão desenvolver-se-á a partir de uma abordagem sobre o mínimo existencial como critério delimitador do conteúdo do direito social fundamental à saúde. Especificamente, investigará o modo pelo qual o referido critério repercute na concessão de tratamento de saúde no exterior pela Administração Pública e, em decorrência disso, propõe-se a responder sob que circunstâncias torna-se viável ou inviável o seu fornecimento.

Com o intuito de esclarecer as proposições expostas acima, constituem-se objetivos da presente pesquisa averiguar os significados conferidos ao termo “direitos fundamentais”, as condições históricas que motivaram o seu aparecimento e estudar as dimensões nas quais eles geralmente são classificados. Também objetiva-se demonstrar a relação umbilical entre o Estado de Direito, os direitos fundamentais e o Constitucionalismo Moderno, para então abordar os direitos sociais na Constituição Federal de 1988 (CF/88), dentre os quais encontra-se o direito à saúde, objeto principal do estudo.

Ainda, objetiva-se discorrer acerca da natureza e do grau de eficácia das normas constitucionais brasileiras asseguradoras do direito à saúde e apontar os limites incidentes sobre os direitos sociais e os limites aos limites dos direitos fundamentais, necessários para evitar a sua fragilização. Somado a isso, a atuação do Poder Judiciário na concretização do direito à saúde será ressaltada a fim de demonstrar em que medida a judicialização das políticas públicas contribui e/ou prejudica o aperfeiçoamento das instituições democráticas.

Além do mais, busca-se verificar os significados elaborados para a categoria do “mínimo existencial” e os limites por ele impostos à “reserva do possível”. Confronta-se o princípio da universalidade de acesso às políticas públicas de saúde e o direito individual ao fornecimento de tratamentos excepcionais de saúde. Para aproximar a discussão da realidade enfrentada pelo Poder Judiciário, analisa-se um processo judicial paradigmático, no que tange ao fornecimento de tratamento de saúde no exterior, e apontam-se parâmetros racionais, de observância obrigatória, para os que pretendem seja-lhe alcançada a prestação de saúde abordada.

A justificativa do trabalho encontra-se no fato de que o direito à saúde está intimamente relacionado ao direito à vida e mostra-se imprescindível para que todo indivíduo sobreviva com o mínimo de dignidade. A CF/88 concedeu à saúde o *status* de direito social fundamental, determinando não apenas uma atuação positiva do Estado para que tal serviço

seja prestado à população, mas também a abstenção do Estado e de terceiros em relação à adoção de medidas que prejudiquem e agridam a saúde dos indivíduos.

Some-se a isso os dados da realidade fática, que têm demonstrado que o direito à saúde não está sendo prestado de maneira satisfatória às pessoas pela Administração Pública. Isso tem gerado um crescente número de processos judiciais visando a assegurar o acesso a medicamentos, exames e tratamentos de toda espécie. Entre eles, encontram-se os que apenas são realizados no exterior.

Tal situação exige do Poder Judiciário a adoção de critérios racionais para otimizar os resultados práticos das suas decisões, tendo em vista a insuficiência dos recursos disponíveis. A discussão sobre a (in)viabilidade do custeio de tratamento de saúde no exterior pelo Estado pautada pelo mínimo existencial, entendido como parâmetro delimitador do conteúdo do direito à saúde, visa a proteger primordialmente o núcleo essencial deste direito social e assegurar o mínimo necessário à sobrevivência digna. Em vista do acima exposto, nota-se a relevância do presente estudo.

A primeira hipótese que orientará a pesquisa e a análise dos textos utilizados na elaboração do trabalho diz respeito ao fato de que a saúde trata-se de direito social fundamental assegurado pela CF/88 a todos os brasileiros. Sendo assim, o indivíduo possui, frente ao Estado, o direito a prestações positivas, já que a Lei Maior não condicionou expressamente a produção de efeitos pelas normas constitucionais asseguradoras do direito à saúde. Dessa maneira, as omissões injustificadas autorizariam os indivíduos a buscarem a tutela dos seus direitos na via judicial, ainda que necessitem de tratamento de saúde no exterior, desde que comprovado o atendimento de critérios pré-estabelecidos, como a indicação do tratamento, a inexistência de outro meio eficiente disponibilizado pelo SUS, a comprovação da sua necessidade e a ausência de condições financeiras do requerente.

Já, na segunda hipótese, considera-se que os direitos sociais não são absolutos, pois estão sujeitos à ponderação dos valores em colisão e às possibilidades financeiras, jurídicas e sociais do Estado, que deve concretizá-los de modo gradual e progressivo. Portanto, não seria razoável exigir o cumprimento de toda e qualquer prestação na área da saúde. Como exemplo tem-se o fornecimento de tratamento de saúde no exterior, tendo em vista que à coletividade deve ser garantida, em primeiro lugar, a efetivação de prestações relativas à atenção básica, ou seja, a concretização do núcleo consubstanciador do direito à saúde, cujo conteúdo é delimitado pelo critério do mínimo existencial.

No desenvolvimento desta pesquisa, adotou-se o método hipotético-dedutivo. Para tanto, parte-se de uma perspectiva geral para uma específica. O problema foi identificado,

formularam-se hipóteses acerca do fenômeno investigado, e, por último, tais hipóteses foram submetidas a um processo de falseamento, ou seja, à verificação teórica, a fim de confirmá-las ou rejeitá-las. O método ora adotado compreende que as conclusões científicas obtidas sobre os assuntos investigados são sempre provisórias. Desse modo, o falseamento objetiva verificar o alcance e a consistência das respostas obtidas por meio das hipóteses formuladas.

A técnica utilizada para desenvolver este estudo científico foi a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, por meio de leitura, fichamento e análise comparativa do posicionamento adotado pelos doutrinadores e das decisões sedimentadas nos Tribunais pátrios acerca dos principais pontos da pesquisa: o direito à saúde, o mínimo existencial, a judicialização das políticas públicas e o tratamento de saúde no exterior.

Ao longo da pesquisa, e com o intuito de formular argumentos favoráveis e/ou contrários ao fornecimento de tratamento de saúde no exterior, pretende-se responder questões que digam respeito ao conteúdo, no caso do direito fundamental e social à saúde, do mínimo existencial; se o conjunto de normas jurídicas brasileiras é suficiente para obrigar o Estado a dispensar o mais variado número de tratamentos como meio de efetivar a Constituição Federal; se é viável garantir um tratamento excessivamente oneroso para uma única pessoa e prejudicar o acesso à saúde da coletividade; se o direito à saúde, amplamente considerado, é condição mínima de sobrevivência ou se apenas algumas prestações dele decorrentes devem ser protegidas; se o fornecimento de tratamento de saúde no exterior pelo Poder Público encontra-se compreendido entre as prestações integrantes do núcleo essencial do direito à saúde; e quais realidades da vida são protegidas pelo direito fundamental à saúde.

Para tanto, o primeiro capítulo analisa o direito à saúde no âmbito do sistema jurídico pátrio. Aborda, sob a perspectiva histórica, o processo de fundamentalização dos direitos sociais a partir da sua consagração pelas ordens constitucionais. O enquadramento do direito à saúde como direito fundamental social implica inúmeros significados, os quais são elencados nesse momento inicial. As dimensões dos direitos fundamentais, o surgimento e a evolução dos documentos constitucionais e do Estado Moderno são tratadas de maneira interligada para possibilitar a compreensão do contexto em que o direito à saúde está inserido.

No segundo capítulo, investiga-se o regime jurídico que envolve o direito à saúde. Dessa forma, será evidenciada a dimensão prestacional e a dimensão defensiva do direito à saúde e a sua natureza, se programática ou não, a sua aplicabilidade, se imediata ou não, o seu caráter, se público-subjetivo ou não, e a possibilidade de o direito à saúde constituir ou não uma cláusula pétrea, a fim de delimitar o conteúdo desse direito social imprescindível à manutenção da vida e à dignidade humana. Também, os principais limites e os limites aos

limites do direito social fundamental à saúde são expostos, vez que, por ora, as restrições a ele impostas desrespeitam a proteção constitucional que lhe é conferida e, outras vezes, a potencialização do seu alcance acarreta prejuízos à coletividade. Além disso, atuação do Poder Judiciário na concretização do direito à saúde será estudada, já que se verifica um crescente controle judicial sobre as decisões e/ou omissões tomadas pelos outros poderes estatais nessa área.

Por fim, o terceiro capítulo averigua a viabilidade ou não do fornecimento de tratamento de saúde no exterior pela Administração Pública. O critério do mínimo existencial norteia tal análise. Para isso, evidenciam-se os significados a ele conferidos, as implicações dele decorrentes sobre a reserva do possível e, para concluir, demonstra-se como o mínimo existencial repercute sobre o direito à saúde, se tal garantia autoriza o custeamento de saúde no exterior e em que circunstâncias isso ocorre. Por último, sendo positiva a resposta, estabelecem-se os parâmetros que viabilizam tal prestação, a fim de racionalizar a prestação de saúde pelo Estado.

## **2 A HISTORICIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS: DO RECONHECIMENTO À CONSTITUCIONALIZAÇÃO**

Sustentar a viabilidade ou a inviabilidade do fornecimento de tratamento de saúde no exterior pela Administração Pública demanda a análise do direito à saúde no âmbito do sistema jurídico brasileiro. O direito à saúde constitui-se um direito social por excelência e, enquanto tal, um direito fundamental protegido pela CF/88. Essa simples afirmação carrega um variado número de significados, sem os quais não será possível desenvolver satisfatoriamente o presente estudo. Desse modo, o primeiro capítulo aborda, sob a perspectiva histórica, o reconhecimento da fundamentalidade dos direitos sociais e a sua inserção na ordem constitucional do Estado brasileiro.

Para tanto, são analisados os principais significados alcançados aos direitos fundamentais, enquanto gênero, dos quais os direitos sociais são parte integrante. Além disso, o Estado de Direito em suas diversas modalidades, as dimensões dos direitos fundamentais, o surgimento e a evolução dos documentos constitucionais são analisados de maneira interligada. Somente dessa forma é possível compreender os contornos do direito à saúde e estabelecer os pilares deste trabalho. Afinal, sem tais precedentes históricos todas as informações lançadas nos capítulos seguintes careceriam de suporte teórico.

### **2.1 Significados dos direitos fundamentais**

Tanto a doutrina quanto o texto constitucional em vigor utilizam expressões diversas para se referir àquele grupo de direitos que, neste trabalho, será uniformemente designado como “direitos fundamentais”. Para exemplificar, a doutrina utiliza as locuções “direitos humanos”, “direitos do homem”, “direitos subjetivos públicos”, “liberdades públicas”, “direitos individuais”, “liberdades fundamentais”, “direitos humanos fundamentais”. Na CF/88 encontram-se expressões como “direitos humanos” (artigo 4º, inciso II), “direitos e garantias fundamentais” (Título II e artigo 5º, §1º), direitos e liberdades constitucionais (artigo 5º, inciso LXXI) e “direitos e garantias individuais” (artigo 60, §4º).

Ressalta-se que a terminologia “Direitos e Garantias Fundamentais” foi adotada na epígrafe do Título II da CF/88 e abrange, enquanto gênero, os direitos e deveres individuais e coletivos (Capítulo I), os direitos sociais (Capítulo II), a nacionalidade (Capítulo III), os direitos políticos (Capítulo IV) e o regulamento dos partidos políticos (Capítulo V). Ao se

valer do termo “direitos fundamentais”, o constituinte brasileiro revela sua inspiração na Lei Fundamental da Alemanha e na Constituição Portuguesa de 1976<sup>1</sup>.

Para melhor esclarecer o objeto do tópico que segue, mostra-se relevante distinguir a designação “direitos fundamentais” da designação “direitos humanos”. A primeira se refere aos direitos inerentes ao ser humano, reconhecidos e positivados pelo texto constitucional de determinado Estado<sup>2</sup>. Já a segunda diz respeito “àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independente de sua vinculação com determinada ordem constitucional”<sup>3</sup>, relacionando-se a documentos de aspiração universal consagrados no âmbito internacional, como por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.

Diante disso, constata-se que os direitos humanos muitas vezes coincidem com os direitos fundamentais consagrados na ordem constitucional de determinado país, embora os primeiros sejam desprovidos do “caráter da fundamentalidade formal próprio dos direitos fundamentais”<sup>4</sup> e sejam titularizados pela universalidade dos indivíduos, não realizando qualquer espécie de distinção. Os direitos humanos são, por isso, “inclusivos e gerais.”<sup>5</sup>

Diferenciadas as categorias acima, cumpre delinear, de modo mais profundo, o sentido e a extensão do conceito “direitos fundamentais”, enquanto gênero que abrange os direitos sociais e, por consequência, o direito à saúde. Alexy elaborou o seguinte conceito geral e formal de direitos fundamentais: “direitos fundamentais são posições que são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode simplesmente ser deixada para a maioria parlamentar simples”<sup>6</sup>. A ideia formulada pelo autor refere-se ao fato de que o legislador está vinculado às normas de direitos fundamentais. Isso porque, elas limitam a sua competência, não podendo ele livremente dispor, em virtude delas representarem posições de grande importância para o Direito Constitucional do Estado.

Em complemento à concepção geral e formal, o autor elaborou uma definição ampla e substancial determinada pelo conceito de dignidade humana, na medida em que eles

---

<sup>1</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. ver. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 28.

<sup>2</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Almedina: Coimbra, 2003, 393.

<sup>3</sup> SARLET, 2011, p. 29.

<sup>4</sup> SARLET, 2011, p. 34.

<sup>5</sup> HACHEM, Daniel Wunder. Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão – Repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte: Fórum, ano 14, n. 55, jan./mar. 2014. p. 146.

<sup>6</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 444-445.

“expressam um sistema de valores em cujo centro se encontra o livre desenvolvimento da personalidade humana e de sua dignidade no seio da comunidade social.”<sup>7</sup>

Ainda, no que concerne ao significado da expressão “direitos fundamentais”, Bonavides aduz que “criar e manter os pressupostos de uma vida na liberdade e na dignidade humana, eis aquilo que os direitos fundamentais almejam [...] direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais”<sup>8</sup> e Sarlet assevera que eles “constituem o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado.”<sup>9</sup>

Em todas as noções deduzidas, evidencia-se a perspectiva histórica inerente aos direitos fundamentais, a qual será detidamente analisada no tópico seguinte. Para melhor fluência das ideias, antecipa-se que o espaço e o tempo delimitam quais direitos são proclamados e o nível de proteção a eles conferido pela ordem constitucional de determinado Estado, aqui compreendido como um ente público concreto que representa uma comunidade jurídica específica. Quando os direitos fundamentais convertem-se em elementos do direito positivo, assumem um “caráter básico e fundamentador do sistema jurídico.”<sup>10</sup> Sendo assim, todos os demais dispositivos constitucionais, os poderes constituídos, estruturados e legitimados no âmbito de um Estado Constitucional, além da legislação infraconstitucional cujo pressuposto de validade encontra-se na CF/88, devem respeitar, garantir e proteger os direitos fundamentais.

A inserção dos direitos fundamentais na ordem constitucional dos Estados não ocorreu pacificamente. Eles são “fruto de reivindicações concretas, geradas por situações de injustiça e/ou de agressão a bens fundamentais elementares ao ser humano.”<sup>11</sup> Dentre as suas funções primordiais está, além daquela limitativa do poder, a própria legitimação do poder estatal e da ordem constitucional. Por isso, ainda que o processo de constitucionalização revele-se pressuposto à consagração dos direitos fundamentais, a legitimidade da ordem constitucional está condicionada a tal reconhecimento, isto é, o poder estatal e a ordem constitucional somente se justificam quando os promovem. Tal entendimento pode ser aferido também na noção elaborada por Moraes quando sustenta que os direitos fundamentais: “colocam-se como uma das previsões absolutamente necessárias a todas as Constituições, no sentido de

---

<sup>7</sup> ALEXY, 2011. p. 506.

<sup>8</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 560.

<sup>9</sup> SARLET, 2011, p. 31.

<sup>10</sup> SARLET, 2011, p. 31.

<sup>11</sup> SARLET, 2011, p. 52-53.

consagrar o respeito à dignidade humana, garantir a limitação do poder e visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana.”<sup>12</sup>

O conceito antes apresentado por Sarlet, apenas evidencia o aspecto formal dos direitos fundamentais ao apregoar que são aqueles reconhecidos pela Carta Magna. Porém, tem-se que esse conceito mostra-se insuficiente por não revelar adequadamente o que eles realmente representam para a ordem constitucional brasileira e também pelo fato de que a Constituição Federal expressamente admite, no artigo 5º, §2º, a existência de outros direitos fundamentais não constantes no catálogo do Título II. O próprio autor, ciente do conteúdo material inerente aos direitos que pretendem ser enquadrados como fundamentais, conclui que:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do catálogo).<sup>13</sup>

As próximas considerações dizem respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado na ordem constitucional brasileira como fundamento da República Federativa do Brasil no artigo 1º, inciso III. Com essa previsão, o constituinte “reconheceu expressamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana e não o contrário, já que o homem constitui a finalidade precípua e não o meio da atividade estatal.”<sup>14</sup> Assim, a dignidade da pessoa humana justifica e constitui a finalidade básica do Estado brasileiro, considerado instrumento para garantia e promoção deste primado maior. Ela foi por Sarlet conceituada como

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.<sup>15</sup>

<sup>12</sup> MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos artigos 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 2.

<sup>13</sup> SARLET, 2011, p. 77.

<sup>14</sup> SARLET, 2011, p. 98.

<sup>15</sup> SARLET, 2011, p. 126.

Sob a perspectiva da concepção naturalista, a dignidade da pessoa humana é considerada uma característica inerente à natureza humana. Em virtude disso, a simples condição humana acarreta direitos que devem ser reconhecidos e respeitados tanto pelo Estado quanto pelos outros indivíduos. O ser humano é digno por sua natureza, não podendo tal qualidade ser renunciada, alienada, retirada ou a ele concedida, pois, como ela pressupõe a simples existência humana, abstenções ou prestações estatais não teriam o condão de concretizar a dignidade humana que desde sempre existiu<sup>16</sup>.

Em contrapartida, sustenta-se que a concepção naturalista da dignidade da pessoa humana não deve ser exclusivamente considerada. Afinal, ainda que a dignidade seja inerente à condição humana, ela possui um sentido cultural, pois nem sempre foi reconhecida e protegida. Inúmeras foram as reivindicações e lutas, no decorrer da história da humanidade, com o objetivo de salvaguardá-la. Diante do exposto, a noção naturalista e a cultural se complementam e levam à conclusão de que o Estado não deve apenas respeitar tal circunstância elementar à condição humana, mas deve também realizá-la por meio de um programa de ações diretamente voltadas à promoção do bem-estar social e da emancipação dos indivíduos que dele fazem parte. De grande utilidade para a compreensão das considerações feitas são as conclusões de Sarlet ao afirmar:

É justamente nesse sentido que assume particular relevância a constatação de que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais. Na condição de limite da atividade dos poderes públicos, a dignidade necessariamente é algo que pertence a cada um e que não pode ser perdido ou alienado, porquanto, deixando de existir, não haveria mais limite a ser respeitado (considerado o elemento fixo e imutável da dignidade). Como tarefa imposta ao Estado, a dignidade da pessoa humana reclama que este guie as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente ou até mesmo de criar condições que possibilitem o pleno exercício da dignidade, sendo, portanto dependente (a dignidade) da ordem comunitária, já que é de perquirir até que ponto é possível o indivíduo realizar, ele próprio, parcial ou totalmente suas necessidades existenciais básicas ou se necessita, para tanto, do concurso do estado ou da comunidade (este seria o elemento mutável da dignidade).<sup>17</sup>

Para que a previsão do artigo 1º, inciso III, da CF/88 não se torne um simples enunciado desprovido de efetividade, o constituinte reconheceu que há um vínculo íntimo entre o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e os direitos e garantias fundamentais. O primeiro tem sido considerado o alicerce de toda a gama de direitos

---

<sup>16</sup> SARLET, 2011, p. 100-101.

<sup>17</sup> SARLET, 2011, p. 102.

fundamentais reconhecida no âmbito constitucional interno. Não há, em decorrência disso, como afirmar que a Constituição de um Estado e todo o aparato estatal, por meio das inúmeras prestações fornecidas à população, respeitam a dignidade inerente aos seres humanos se não protegerem e concretizarem os direitos fundamentais, se não garantirem que a pessoa não será objeto de ofensas e humilhações e se não promoverem o pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo<sup>18</sup>.

Para finalizar, o objetivo principal do presente tópico foi apresentar e discorrer sobre alguns dos significados conferidos à categoria dos direitos fundamentais, afinal eles constituem o pano de fundo da problemática que é objeto do presente estudo. Além disso, como não poderia ser diferente, abordou-se a íntima relação existente entre os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana, já que os mesmos exercem sobre si influência direta.

Faz-se mister, nas próximas linhas, esclarecer que, não obstante exista um consenso em torno da fundamentalidade dos valores da vida, da liberdade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana, dificilmente será possível obter um conceito definitivo, completo e abstratos acerca dos direitos fundamentais. Isso porque, o conteúdo desses direitos, inclusive dos valores básicos antes referidos, transforma-se, amplia-se e ganha novos significados a depender da realidade de cada ordem constitucional, ou seja, da realidade social e cultural verificada no momento histórico em que ela for analisada<sup>19</sup>.

## **2.2 Perspectiva histórica dos direitos fundamentais e as suas dimensões**

O estudo dos direitos fundamentais, enquanto gênero que abrange os direitos sociais e, em última análise, o direito à saúde – objeto do presente estudo –, demanda a compreensão da historicidade, que é uma das suas características inafastáveis. O caráter histórico dos direitos fundamentais revela que categorias como o espaço e o tempo influenciaram diretamente no seu processo de reconhecimento e significação.

Bobbio ressalta a perspectiva histórica inerente aos direitos fundamentais e sustenta que eles “não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou quando podem nascer.”<sup>20</sup> Daí se constata que as circunstâncias sociais, econômicas e culturais são decisivas na caracterização dos direitos fundamentais, e que eles foram reconhecidos gradualmente, ou

---

<sup>18</sup> SARLET, 2011, p. 109.

<sup>19</sup> SARLET, 2011, p. 76.

<sup>20</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 10. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 5-6.

seja, não surgiram “todos de uma vez e nem de uma vez por todas”<sup>21</sup>. Nos próprios conceitos antes transcritos está intrínseca tal historicidade, pois eles evidenciam o contexto histórico no qual os direitos fundamentais surgiram. Noções como “dispositivos constitucionais”, “poder estatal” e “liberdade individual” pressupõem o surgimento do Estado Moderno, o Constitucionalismo e a luta contra a ameaça à liberdade individual perpetrada em face dos detentores do poder político e econômico no século XVIII.

A história dos direitos fundamentais é a mesma que desencadeou o surgimento do Estado de Direito fundado em uma Constituição, “cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem.”<sup>22</sup> Com o intuito de sintetizar o processo histórico de afirmação dos direitos fundamentais, Stern destaca três etapas:

[...] a) uma pré-história, que se estende até o século XVI; b) uma fase intermediária, que corresponde ao período de elaboração da doutrina jusnaturalista e da afirmação dos direitos naturais do homem; c) a fase da constitucionalização, iniciada em 1776, com as sucessivas declarações de direitos dos novos Estados americanos.<sup>23</sup>

Com a mesma finalidade, mas de modo diverso, Canotilho estabelece um “corte histórico no processo de desenvolvimento da ideia dos direitos fundamentais”<sup>24</sup>, no qual se distingue a época anterior à Declaração de Direitos da Virgínia de 1776 e à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 da posterior.

Das lições de Canotilho, constatou-se que, em relação à época anterior à Declaração de Direitos da Virgínia de 1776 e à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, fala-se na existência de um estado de “cegueira em relação à ideia dos direitos do homem.”<sup>25</sup> Isso porque, segundo o constitucionalista português, na idade antiga, a escravidão era considerada natural; as ideias cristãs da idade média, somente quando superadas pela secularização do direito natural trouxeram as primeiras concepções de direitos naturais do indivíduo e de direitos humanos universais; ainda, na idade média, a Magna Carta de 1215, exemplo de carta de franquia medieval dada pelos reis aos vassallos, afirmava os “direitos corporativos da aristocracia feudal em face do seu suserano”<sup>26</sup>; por último, a idade moderna, com o Estado Absoluto, centralizou o poder, estabeleceu privilégios à nobreza e ao clero e

<sup>21</sup> BOBBIO, 2004, p. 5-6.

<sup>22</sup> SARLET, 2011, p. 36.

<sup>23</sup> STERN apud SARLET, 2011, p. 37.

<sup>24</sup> CANOTILHO, 2003, p. 380.

<sup>25</sup> CANOTILHO, 2003, p. 380.

<sup>26</sup> CANOTILHO, 2003, p. 382.

marginalizou a burguesia e “a falta de liberdade política da burguesia constituirá um dos incentivos principais a favor da luta pelos direitos dos homens.”<sup>27</sup>

A par da generalização utilizada acima, ressalta-se que, do mundo antigo, foram legadas ideias provenientes da religião e da filosofia que influenciaram no pensamento jusnaturalista e na “concepção de que o ser humano, pelo simples fato de existir, é titular de alguns direitos naturais e inalienáveis.”<sup>28</sup> Somado a isso, Sarlet sustenta que, a partir do século XVI, as doutrinas jusnaturalistas influenciaram no reconhecimento dos direitos fundamentais no século XVIII. Elas afirmavam a existência de postulados suprapositivos que atuavam como critério de legitimação do exercício do poder. São Tomás de Aquino defendia a ideia de que “a personalidade humana se caracteriza por ter um valor próprio, inato, expresso justamente na ideia de sua dignidade de ser humano, que nasce na qualidade de valor natural, inalienável e incondicionado, como cerne da personalidade do homem.”<sup>29</sup>

Nos séculos XVII e XVIII, ocorreu um processo de laicização do direito natural que atingiu seu ápice com o Iluminismo. Na Inglaterra, no século XVII, “a concepção contratualista da sociedade e a ideia de direitos naturais do homem assumiram particular relevância”<sup>30</sup> e culminaram na elaboração de diversas Cartas de Direitos assinadas pelos monarcas desse período. Tais Cartas implicaram a ampliação do conteúdo das liberdades reconhecidas e na extensão da sua titularidade. A vida, a liberdade, a propriedade e a resistência eram consideradas direitos naturais e inalienáveis do homem, com eficácia oponível, inclusive, aos detentores do poder.

Aconteceu “o reconhecimento, em nível do direito constitucional positivo dos direitos fundamentais no final do século XVIII.”<sup>31</sup> A Declaração de Direitos do Povo da Virgínia, de 1776, e a Declaração Francesa de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, marcam tal fato. A declaração americana, além de consagrar direitos e liberdades, trouxe, como notas distintivas:

[...] a característica da universalidade e supremacia dos direitos naturais, sendo-lhes reconhecida eficácia inclusive em relação à representação popular, vinculando, assim, todos os poderes públicos. [...] supremacia normativa e a posterior garantia de sua justiciabilidade por intermédio da Suprema Corte e do controle judicial da constitucionalidade [...].<sup>32</sup>

<sup>27</sup> CANOTILHO, 2003, p. 384.

<sup>28</sup> SARLET, 2011, p. 38.

<sup>29</sup> SARLET, 2011, p. 38.

<sup>30</sup> SARLET, 2011, p. 39.

<sup>31</sup> SARLET, 2011, p. 36.

<sup>32</sup> SARLET, 2011, p. 43.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, elaborada após a Revolução Francesa, movimento que culminou no declínio do Antigo Regime, não se caracteriza como uma Constituição, mas foi incorporada ao preâmbulo de inúmeras delas ao longo do tempo. Ela não vinculava o parlamento. No entanto, “foi decisiva para o processo de constitucionalização e reconhecimento de direitos e liberdades fundamentais nas Constituições do século XIX.”<sup>33</sup>

Salienta-se que, no Estado Absoluto, todos os poderes estavam concentrados nas mãos dos monarcas e o Estado personificava-se na figura do rei, que se apropriava dele como se fosse propriedade sua. O poder ilimitado dos reis se alicerçava na ideia de que ele possuía uma origem divina e, por isso, não estava vinculado a qualquer forma de controle ou limitação. A nobreza e o clero dispunham de inúmeros privilégios, dentre os quais o de não pagamento de qualquer tipo de imposto<sup>34</sup>. Tais circunstâncias deflagraram a Revolução Francesa de 1789 e, em consequência dessa, a superação do Absolutismo, com a imposição do Estado de Direito que agregou diferentes conteúdos ao longo da história<sup>35</sup>. A referência mais importante sobre o Estado de Direito é o fato de que ele se funda nos valores decorrentes dos direitos fundamentais consagrados na ordem constitucional que, por consequência, limitam o poder estatal que outrora foi absoluto.

Por isso, a partir desse momento, o presente trabalho tratará da inter-relação existente entre as dimensões dos direitos fundamentais, as particularidades do Estado de Direito e as características do constitucionalismo que o legitima e o pressupõe. No Estado Liberal de Direito do final do século XVIII, os direitos fundamentais, consoante Andrade, aparecem “como liberdades, esferas de autonomia dos indivíduos em face do poder do Estado, a quem se exige que se abstenha, quanto possível, de se intrometer na via social”<sup>36</sup>, e sua defesa estava completamente desvinculada de qualquer preocupação com as consequências sociais dessa abstenção estatal<sup>37</sup>.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão, também designados de direitos civis e políticos, possuem um caráter eminentemente individualista, afirmando-se como direitos de

<sup>33</sup> SARLET, 2011, p. 44.

<sup>34</sup> STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis de. *Ciência política e teoria do estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 45.

<sup>35</sup> STRECK; MORAIS, 2010, p. 92.

<sup>36</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 43.

<sup>37</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 309.

defesa do indivíduo em face do Estado. Delimitam um espaço no qual o Estado não deve intervir, da mesma forma que consagram um campo de autonomia do indivíduo em detrimento dos poderes instituídos. Entre os direitos fundamentais de primeira dimensão, encontram-se os direitos à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade perante a lei e os direitos de participação política<sup>38</sup>. As características inerentes à primeira dimensão dos direitos fundamentais decorrem da centralização do poder durante a vigência do Estado Absoluto, no qual a burguesia foi marginalizada não possuindo qualquer espécie de liberdade política.

Entretanto, a abstenção estatal na regulação da vida dos indivíduos agravou o nível de desigualdade social. Isso porque a industrialização provocou o inchaço das cidades, acelerou o ritmo de vida, impôs padrões de consumo e fragmentou a sociedade em grupos inversamente desiguais no que tange às condições de vida. Em síntese, “a primeira geração ou dimensão de direitos fundamentais é justamente aquela que marcou o reconhecimento de seu status constitucional material e formal.”<sup>39</sup> Em decorrência da positivação dessa dimensão dos direitos fundamentais, houve a afirmação “do Estado de Direito, na sua concepção liberal-burguesa, por sua vez determinante para a concepção clássica dos direitos fundamentais que caracteriza a assim denominada primeira dimensão (geração) desses direitos.”<sup>40</sup>

Imperativo, a partir de então, foi a adoção de medidas pelo Estado capazes de nivelar economicamente a sociedade por meio do fornecimento de prestações positivas<sup>41</sup>. Assim, no século XIX, reivindicou-se o reconhecimento pela ordem constitucional de direitos que deveriam atribuir “ao Estado um comportamento ativo na realização da justiça social”<sup>42</sup>. Afinal, a liberdade e a igualdade, até o referido momento, haviam sido apenas consagradas pela lei, mas não efetivamente vivenciadas.

Em virtude disso, reivindicou-se a proclamação de direitos que visam a proporcionar bem-estar a todos os integrantes da sociedade, os quais foram designados de direitos fundamentais de segunda dimensão ou também de direitos econômicos, sociais e culturais. Vale ressaltar que eles não se confundem com os direitos coletivos ou difusos, pois dizem respeito ao indivíduo singularmente considerado. Nesse sentido:

---

<sup>38</sup> SARLET, 2011, p. 46-47.

<sup>39</sup> SARLET, 2011, p. 37.

<sup>40</sup> SARLET, 2011, p. 45.

<sup>41</sup> ANDRADE, 1987, p. 48-49.

<sup>42</sup> SARLET, 2011, p. 47.

A utilização da expressão ‘social’ encontra justificativa [...] na circunstância de que os direitos de segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem à reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracterizava (e, de certa forma, ainda caracteriza) as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um maior ou menor grau de poder econômico.<sup>43</sup>

Os direitos sociais de segunda dimensão são os direitos a prestações materiais e requerem para sua concretização um comportamento positivo do Estado. Dentre as prestações, incluem-se a habitação, a saúde, a segurança, a assistência social, o trabalho etc. O direito à igualdade é a base dos direitos sociais, econômicos e culturais. Eles objetivam, em último plano, o bem-estar social, proporcionando aos indivíduos condições mínimas para uma vida digna por meio da redistribuição das riquezas.

Nesse sentido, Canotilho aduz que,

Se o capitalismo mercantil e a luta pela emancipação da sociedade burguesa são inseparáveis da consciencialização dos direitos do homem, de feição individualista, a luta das classes trabalhadoras e as teorias socialistas põem um relevo a unidimensionalização dos direitos do homem egoísta e a necessidade de completar os direitos do cidadão burguês pelos direitos do homem total, o que só seria possível numa nova sociedade. [...] a radicação da ideia da necessidade de garantir o homem no plano econômico, social e cultural, de forma a alcançar um fundamento existencial-material, humanamente digno, passou a fazer parte do patrimônio da humanidade.<sup>44</sup>

Além da igualdade, o direito à liberdade também é um argumento a favor dos direitos sociais. Isso porque, a consagração formal da liberdade não tem valor se ao indivíduo não for viabilizada a possibilidade de realizar escolhas. E, na sociedade atual, tal possibilidade depende de uma postura ativa por parte do Estado, com a prestação de serviços públicos pautados pelo princípio da igualdade<sup>45</sup>.

Há, ainda, os direitos fundamentais de terceira dimensão. Na essência desses direitos encontram-se a solidariedade e a fraternidade. Eles ampliaram o horizonte de proteção dos cidadãos e, entre eles, está o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento econômico, à preservação do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação<sup>46</sup>. Para sua efetivação, faz-se necessário o esforço de toda a comunidade humana. Consoante Branco, os direitos de terceira dimensão “peculiarizam-se

<sup>43</sup> BRANCO, 2010, p. 309.

<sup>44</sup> CANOTILHO, 2003, p. 385.

<sup>45</sup> ALEXY, 2011. p. 503-504.

<sup>46</sup> ARAUJO, Luiz Alberto; David; NUNES Júnior, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 139-140.

pela titularidade difusa ou coletiva, uma vez que são concebidos para a proteção não do homem isoladamente, mas de coletividades, de grupos.”<sup>47</sup> Eles resultam das novas reivindicações do ser humano ocasionadas “pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes consequências, acarretando profundos reflexos na esfera dos direitos fundamentais.”<sup>48</sup>

Grande parte dos doutrinadores reconhecem a existência da quarta e da quinta dimensão dos direitos fundamentais. A respeito da quarta geração dos direitos fundamentais, sustenta-se que ela é resultado da globalização e é composta pelos direitos à democracia, à informação e ao pluralismo. Os direitos de quarta dimensão correspondem à última fase da institucionalização do Estado Social. “Deles se depreende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.”<sup>49</sup>

No que tange à quinta geração dos direitos fundamentais, Bonavides afirma que ela abarca o direito à paz, o qual, na proposta do referido autor, deveria ser reclassificado e inserido em uma dimensão autônoma. Para ele, a paz é necessária à democracia, ao desenvolvimento e ao progresso social, econômico e cultural, constituindo-se pressuposto dos direitos humanos e fundamentais<sup>50</sup>.

Deve-se ressaltar que a classificação doutrinária dos direitos fundamentais em dimensões demonstra um processo de cumulação progressiva dos seus objetos de proteção e não a sobreposição de uma dimensão pela outra<sup>51</sup>. Em outras palavras, as dimensões dos direitos fundamentais denotam a ampliação no conteúdo e os diferentes momentos históricos em que eles foram constitucionalizados<sup>52</sup>, demonstrando que estão em permanente expansão, cumulação e fortalecimento. Contrariamente, “o uso da expressão gerações pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra.”<sup>53</sup>

Após a sedimentação dos direitos fundamentais nas primeiras constituições, ganhou relevância a discussão em torno das suas dimensões. Cada dimensão dos direitos fundamentais está vinculada às novas necessidades básicas dos cidadãos e aos novos aspectos

---

<sup>47</sup> BRANCO, 2010, p. 310.

<sup>48</sup> SARLET, 2011, p. 48-49.

<sup>49</sup> BONAVIDES, 2011, p. 571.

<sup>50</sup> BONAVIDES, 2011, p. 593.

<sup>51</sup> BONAVIDES, 2011, p. 563.

<sup>52</sup> BRANCO, 2010, p. 310.

<sup>53</sup> SARLET, 2011, p. 45.

inerentes ao princípio da dignidade da pessoa humana decorrentes das transformações sociais, econômicas, políticas e culturais que além de terem proporcionado o seu surgimento, são consequências da evolução do Estado de Direito.

Diante do exposto, conclui-se que o reconhecimento dos direitos fundamentais ocorreu ao longo de um processo cumulativo de consagração e proteção das suas já enunciadas dimensões. Os direitos fundamentais nasceram a partir da afirmação dos ideais jusnaturalistas nos séculos XVII e XVIII, conforme acima exposto, como direitos naturais, inerentes à condição humana, quando aspiravam abstratamente a universalidade dos seres humanos. Posteriormente, desde a sua proclamação pelas ordens constitucionais dos Estados até a atualidade são compreendidos e analisados a partir do reconhecimento e do nível de proteção que lhes conferem as ordens internas, desvinculando-se, portanto, de seu aspecto abstratamente universal.

### **2.3 O Estado de Direito e os seus conteúdos**

Antes de adentrar às especificidades assumidas por cada modalidade do Estado de Direito, cumpre traçar um panorama explicativo da sua evolução. Tanto o Estado Absoluto, no qual a figura do monarca se identificava com o Estado, quanto o Estado Liberal em que se defendia a limitação do poder e o estabelecimento de garantias aos indivíduos, são considerados exemplos de Estados Modernos porque neles “aparece unificado um centro de tomada e implementação de decisões.”<sup>54</sup> Foi no seio do modelo de vida estruturado na ideologia liberal-burguesa que se desenvolveu o Estado de Direito, o qual incorporou determinados conteúdos que conduziram a estruturação do Estado Liberal de Direito, do Estado Social de Direito e do Estado Democrático de Direito.

Após a superação do Estado Absoluto no século XVIII, com a afirmação do Estado Liberal de Direito regido e condicionado à observância da lei, houve a imposição de procedimentos para organização da estrutura do Estado e a distribuição das competências a ele inerentes, a fim de evitar a concentração do poder. Ainda, houve o reconhecimento dos direitos fundamentais com o intuito de limitar a atuação estatal e orientar os fins a serem atingidos pelo Estado por meio de sua atuação. Somente a partir desse momento “chega-se fatalmente à noção – umbilicalmente ligada à ideia de Estado de Direito – de legitimidade da ordem constitucional e do Estado.”<sup>55</sup>

---

<sup>54</sup> STRECK, 2010. p. 101.

<sup>55</sup> SARLET, 2011, p. 59.

Nessa perspectiva, não se pode afirmar, de modo isolado, que o surgimento do Estado de Direito resultou no reconhecimento dos direitos fundamentais ou que, devido à consagração de tais direitos, foi possível a existência do Estado de Direito. Afinal, “uma vez que o Estado de Direito exige e implica, para sê-lo, a garantia dos direitos fundamentais, ao passo que estes exigem e implicam, para sua realização, o reconhecimento e a garantia do Estado de Direito.”<sup>56</sup>

O Estado de Direito, em sua versão liberal, consolidou-se no final do século XVIII, quando a burguesia pretendia não apenas o poder econômico, mas também o poder político<sup>57</sup>. Diante disso, ele se estruturou impregnado pelas ideias liberais-burguesas para as quais o indivíduo encontra uma posição central na organização da sociedade. Consequentemente, neste modelo de Estado houve o reconhecimento dos direitos fundamentais da primeira dimensão.

Nesse tocante, “a constituição inaugural do perfil do liberalismo político sustentou a necessidade de limitação do poder e das funções do Estado.”<sup>58</sup> Além do primado da limitação jurídico-negativa da atuação estatal, a doutrina liberal reivindicou e constitucionalizou um grau elevado de liberdade civil e religiosa. Para tanto, o Estado deveria atuar apenas para garantir a paz e a segurança, proteger a liberdade civil, a liberdade pessoal e assegurar a liberdade econômica<sup>59</sup>, “ou seja, a este cabia o estabelecimento de instrumentos jurídicos que assegurassem o livre desenvolvimento das pretensões individuais, ao lado de restrições impostas a sua atuação positiva.”<sup>60</sup> Dizia-se que “o papel do Estado é negativo, no sentido de proteção dos indivíduos.”<sup>61</sup> Afinal, a lógica do liberalismo era a não interferência do Estado e a garantia dos direitos individuais, civis e políticos.

Entretanto, o projeto liberal de Estado deixou marcas sociais profundas, como por exemplo, a adoção de uma postura individualista e egoísta e de uma concepção formal de liberdade apenas reconhecida pelo direito, mas não desfrutada na realidade; a formação do proletariado que vivia em condições subumanas devido a industrialização; a urbanização desenfreada; e, o desemprego. Diante desse contexto, no final século XIX e início do século XX, teve início a transição do modelo liberal de Estado limitado a proteger a liberdade para

---

<sup>56</sup> SARLET, 2011, p. 60.

<sup>57</sup> STRECK; MORAIS, 2010, p. 51.

<sup>58</sup> STRECK; MORAIS, 2010, p., p. 52.

<sup>59</sup> STRECK; MORAIS, 2010, p., p. 56.

<sup>60</sup> STRECK; MORAIS, 2010, p., p. 96.

<sup>61</sup> STRECK; MORAIS, 2010, p., p. 61.

um modelo de Estado que assumiu o dever de fornecer prestações aos cidadãos para melhorar as suas condições sociais e garantir condições mínimas de existência<sup>62</sup>.

A referência social característica do novo constitucionalismo do século XX não mais pretende “conceder idênticas posições jurídico-subjetivas a todas as pessoas e ignorava as condições socioeconômicas de cada indivíduo ou grupo social para fins de concessão de direitos e vantagens.”<sup>63</sup> Ela afasta a visão formal da igualdade que impedia um tratamento diferenciado pelo Estado e mantinha as condições sociais de cada indivíduo, proporcionando a proteção dos mais desfavorecidos a fim de atingir a igualdade substancial ou, pelo menos, a redução das diferenças fáticas existentes entre os indivíduos<sup>64</sup>.

O Estado de Direito acrescenta um conteúdo Social materializado nas Constituições que proclamaram, além dos direitos à liberdade e à igualdade formal, os direitos sociais, econômicos e culturais da segunda dimensão. O ente estatal atraiu para si a tarefa de realizar a justiça social que se traduzia na necessidade de o Estado fornecer suporte aos indivíduos que compõem a coletividade por meio da concretização dos direitos sociais, já que apenas com a sua própria iniciativa os indivíduos não conseguiam mais satisfazer as suas necessidades básicas. Por isso, o Estado do Bem-Estar “pode ser considerado ao mesmo tempo produto, complemento, corretivo e limite do Estado Liberal de Direito e dos clássicos direitos de defesa de matriz liberal-burguesa.”<sup>65</sup>

A materialização do seu conteúdo social se verifica por meio das intervenções assumidas pelo Estado para “manter os desempregados; oficinas públicas são mantidas para resolver o problema do desemprego, legislação sobre o trabalho de menores, regulação da jornada de trabalho, leis relativas à segurança no trabalho, etc.”<sup>66</sup> A atuação estatal dava-se por meio de interferências na economia e na organização social, com a garantia de “tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados a todo cidadão, não como caridade, mas como direito político.”<sup>67</sup>

De maneira esclarecedora, Sarlet afirma:

---

<sup>62</sup> LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 244.

<sup>63</sup> HACHEM, 2014, p. 141.

<sup>64</sup> HACHEM, 2014, p. 141.

<sup>65</sup> SARLET, 2011, p. 202.

<sup>66</sup> STRECK; MORAIS, 2010, p., p. 65.

<sup>67</sup> STRECK; MORAIS, 2010, p., p. 79.

No âmbito de um Estado social de Direito [...] os direitos fundamentais sociais constituem exigência inarredável do exercício efetivo das liberdades e garantia da igualdade de chances (oportunidades), inerentes à noção de uma democracia e um Estado de Direito de conteúdo não meramente formal, mas, sim, guiado pelo valor da justiça material. Cumpre frisar que a ideia do reconhecimento de determinadas posições jurídicas sociais fundamentais, como exigência do princípio da dignidade da pessoa humana, decorre da concepção de homogeneidade social e uma certa medida de segurança social não servem apenas ao indivíduo isolado, mas também à capacidade funcional da democracia considerada na sua integralidade.<sup>68</sup>

Sendo assim, os direitos sociais, “compreendidos como direitos fundamentais que têm por objeto a tutela de bens econômicos, sociais e culturais imprescindíveis para assegurar uma vida digna”<sup>69</sup>, representam a condição de realização da igualdade e das liberdades reais. Logo, a justiça social somente se concretizará quando eles deixarem de ser apenas uma experiência formal dos textos constitucionais para se transformarem em um instrumento à disposição das necessidades materiais das pessoas na busca por condições de igualdade. Os direitos sociais fundamentais “se encontram intimamente vinculados às tarefas exercidas pelo Estado na condição de Estado Social, o qual justamente deve zelar por uma adequada e justa distribuição e redistribuição dos bens existentes.”<sup>70</sup>

Neste ponto, evidencia-se que, apesar de a efetivação do Estado Social verificar-se de maneira clara em inúmeros países, críticas contundentes são feitas ao caso brasileiro, no sentido de que, aqui, ele jamais se consolidou. Isso porque não foi capaz de intervir para resolver os problemas da acumulação das riquezas, da distribuição dos recursos econômicos e da democratização do país. No Brasil, “a tese intervencionista sempre esteve ligada ao patrimonialismo das elites herdeiras do colonialismo”<sup>71</sup>, servindo para a acumulação de capital por uma pequena parcela da população que se valeu dessa faceta intervencionista e regulatória para se apropriar e privatizar o Estado, ocasionando um imenso prejuízo à sociedade. Isso porque, em contrapartida ao imenso poder econômico e à modernização, os problemas da qualidade de vida e do bem-estar coletivo não foram resolvidos.

Na sequência da linha evolutiva traçada, o Estado de Direito adotou um conteúdo democrático. Nele, além da proclamação constitucional formal dos direitos à liberdade e à igualdade, mostra-se imperiosa a sua concretização e a extensão a todo o povo do Estado, como condição para a efetiva participação dos indivíduos nas decisões sobre o futuro do Estado. Streck e Moraes aduzem que, embora o Estado intervencionista signifique “uma

---

<sup>68</sup> SARLET, 2011, p. 62.

<sup>69</sup> HACHEM, 2014, p. 142.

<sup>70</sup> SARLET, 2011, p. 202.

<sup>71</sup> STRECK, 2010, p. 81.

espécie de amálgama capitalista, como projeto salvacionista em face do crescimento dos movimentos de massa, tornou-se, na verdade, o embrião da construção das condições da etapa que o sucedeu nos países desenvolvidos, o Estado Democrático de Direito.”<sup>72</sup>

Por isso, afirma-se que o Estado Democrático de Direito assume o compromisso, em decorrência do seu conteúdo constitucionalizado, de transformar a realidade. Além de buscar a concretização de uma vida digna ao homem, ele incentiva a participação deste na definição dos rumos da sociedade. Para isso, a democracia requer, primeiramente, a resolução dos problemas relacionados às necessidades básicas dos seres humanos<sup>73</sup>. Streck e Moraes sustentam que o Estado Democrático de Direito “mais do que uma continuidade, representa uma ruptura”<sup>74</sup>, porque assume o compromisso cumprir as promessas realizadas outrora, as quais se restringiram de a uma disposição formal no âmbito dos textos constitucionais.

Essa última faceta assumida pelo Estado de Direito, inclusive no caso brasileiro, consoante apregoa expressamente o caput, do artigo 1º, da Carta Magna, pressupõe uma correlação íntima entre a democracia e os direitos fundamentais, já que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana. Desse modo, os direitos fundamentais são considerados pressupostos, garantias e instrumentos para a autodeterminação de cada indivíduo e, conseqüentemente, do povo. A concretização da ordem democrática somente é possível se a liberdade real for proclamada, protegida e outorgada com a finalidade de possibilitar a participação da comunidade no destino da nação por meio do exercício dos direitos políticos.

Para finalizar, destaca-se que o Estado de Direito prescreve a supremacia da lei. O seu surgimento impõe a submissão dos indivíduos e das autoridades aos instrumentos regulados e autorizados pela ordem jurídica. Além de ele se calcar na hierarquia das leis, também se funda em um conjunto de direitos fundamentais que determinou, ao longo do tempo, os seus conteúdos.

---

<sup>72</sup> STRECK, 2010, p. 81-82.

<sup>73</sup> STRECK, 2010, p. 97-98.

<sup>74</sup> STRECK, 2010, p. 104.

## 2.4 O processo de constitucionalização dos direitos fundamentais

Todos os significados conferidos à categoria dos “direitos fundamentais” revelam a noção de direitos “contidos em dispositivos constitucionais”<sup>75</sup>. Para a compreensão do fenômeno da constitucionalização dos direitos fundamentais, cumpre rememorar o fato histórico, político, jurídico e filosófico denominado constitucionalismo. Segundo Canotilho,

Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Nesse sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos.<sup>76</sup>

Desse modo, a investigação proposta no presente tópico, que não deixa de ser histórica, revelará a existência de um vínculo indissociável entre os direitos fundamentais, a Constituição e o Estado de Direito ao longo do tempo. Os primeiros documentos aos quais se conferiu o *status* constitucional são datados do século XVIII. Na época, a burguesia não estava mais satisfeita apenas com o poder econômico e pretendia apoderar-se igualmente do poder político. A partir de então, para legitimar o poder em suas mãos, propôs a elaboração de uma Constituição entendida como a expressão jurídica do acordo político fundante do Estado<sup>77</sup>, ou seja, para os liberais a Constituição representava o contrato social. Nesse tocante, de acordo com o ideário liberal-burguês:

O melhor instrumento que pode melhor ordenar os regramentos sobre competências e atribuições, de uma maneira neutra e racional (sob a ótica liberal), é a Lei; entretanto, para que vincule inclusive o Estado ao respeito a mesma, ela deve ter um *status* diferenciado, capaz de obrigar a todos os entes políticos: o de Lei Constitucional.<sup>78</sup>

Para atingir os objetivos acima atribuídos a esse documento que contém normas supremas e para conferir unidade e coerência à ordem constitucional, o constitucionalismo do século XVIII culminou na elaboração de um documento escrito que contém:

---

<sup>75</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 54.

<sup>76</sup> CANOTILHO, 2003, p. 51.

<sup>77</sup> STRECK, 2010, p. 51.

<sup>78</sup> LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 123-124.

(1) ordenação jurídico-política plasmada num documento escrito; (2) declaração, nessa carta escrita, de um conjunto de direitos fundamentais e do respectivo modo de garantia; (3) organização do poder político segundo esquemas tendentes a torná-lo um poder limitado e moderado.<sup>79</sup>

Enquanto elementos fundantes da ordem constitucional, as reflexões em torno da “Constituição” e dos “direitos fundamentais” partiam do pressuposto de que estes dois institutos correspondiam a “manifestações paralelas e unidimensionadas da mesma atmosfera espiritual. Ambas se compreendem como limites normativos ao poder estatal.”<sup>80</sup> Além desse caráter limitador, o núcleo material das primeiras Constituições escritas, de molde liberal-burguês, era constituído por alguns dos direitos fundamentais de primeira dimensão e pelo princípio da separação dos poderes. Destaca-se que não obstante os direitos civis e políticos corresponderem à fase inicial do constitucionalismo ocidental, eles “continuam a integrar os catálogos das Constituições no limiar do terceiro milénio, ainda que lhes tenha sido atribuído, por vezes, conteúdo e significado diferenciados.”<sup>81</sup>

Com a consagração formal desses direitos, a sua concretização passou a ser tarefa permanente do Estado Liberal de Direito que se estruturava e era regido por uma Constituição escrita alicerçada nos direitos fundamentais e na limitação do poder estatal<sup>82</sup>. Streck e Moraes sustentam que o Constitucionalismo é o núcleo político-jurídico do liberalismo que se firmou com

[...] o estabelecimento de um documento fundamental acerca dos limites do poder político é crucial para a garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos, bem como para traçar os marcos da atividade estatal, não só pela limitação de seus poderes como também pela divisão de suas funções. A Constituição escrita estatui limitações explícitas ao governo nacional e aos estados individualmente e institucionaliza a separação dos poderes de tal maneira que um controla o outro (*checks and balances* dos americanos), e o Judiciário aparece como salvaguarda para eventuais rupturas, em particular através do *judicial review*.<sup>83</sup>

Em outras palavras, afirma-se que a constitucionalização decorreu e desencadeou a limitação e a sistematização do poder estatal pela lei, como medida imprescindível à garantia dos direitos dos indivíduos. Desse modo, o processo de elaboração das Constituições escritas está intimamente relacionado ao surgimento dos direitos fundamentais e à estruturação de uma nova forma de ordenar o poder político, qual seja, o Estado de Direito.

<sup>79</sup> CANOTILHO, 2003, p. 52.

<sup>80</sup> SARLET, 2011, p. 58.

<sup>81</sup> SARLET, 2011, p. 47.

<sup>82</sup> SARLET, 2011, p. 59.

<sup>83</sup> STRECK, 2010, p. 59-60.

No final do século XIX e início do século XX, as Constituições de molde liberal – que reconheciam apenas os direitos fundamentais de primeira dimensão – já não protegiam satisfatoriamente grande parte da população mundial, que experimentava as consequências da desigualdade crônica característica da época. Nesse momento histórico, exigia-se do Estado uma postura ativa concretizadora de prestações direcionadas à satisfação das necessidades básicas. A existência de desníveis sociais injustos demandava a implementação de uma nova ordem social que assegurasse a todos um nível compatível de proteção com a dignidade humana e na qual todos deveriam receber proteção e ter acesso aos bens sociais.

Em decorrência disso, as Constituições do segundo pós-guerra e diversos pactos internacionais reconheceram a fundamentalidade de novos direitos, de cunho eminentemente social, os quais se distinguem dos clássicos direitos de liberdade e igualdade, pois “nasceram abraçados ao princípio da igualdade, entendida num sentido material”<sup>84</sup>. Com o reconhecimento dos direitos sociais, a Constituição do Estado Social assume o compromisso de efetivamente concretizar a igualdade pela realização de interferências diretas nas condições de vida dos indivíduos. Esse texto constitucional impõe ao poder público a tarefa de disseminar os benefícios da sociedade contemporânea a todos os grupos sociais. Entretanto, “precisa ser referido que, mesmo sob o Estado social de Direito, a questão da igualdade não obtém solução, embora sobrepuje a sua percepção puramente formal, sem base material.”<sup>85</sup>

Diante da constatação acima, o Estado Democrático de Direito surgiu também do constitucionalismo do segundo pós-guerra. A Constituição do Estado Democrático de Direito “não é um mero instrumento de governo, enunciador de competências e regulador de processos, mas, além disso, enuncia diretrizes, fins e programas a serem realizados pelo Estado e pela Sociedade”<sup>86</sup>, ou seja, ela representa um instrumento de garantia jurídica<sup>87</sup>. A constitucionalização do princípio democrático objetiva a redução das diferenças econômicas e sociais, pois o interesse da maioria somente prevalecerá quando ela dispor de condições concretas de participar da vida social. A partir de então, “a Constituição é colocada no ápice de uma pirâmide escalonada, fundamentando a legislação que, enquanto tal, é aceita como poder legítimo.”<sup>88</sup> A CF/88 institucionalizou no Brasil o Estado Democrático de Direito.

Certo é que, independentemente da tendência adotada texto constitucional, no Estado de Direito vige o império da lei, a qual é válida e de necessária observância tanto para os

---

<sup>84</sup> SARLET, 2011, p. 47-48.

<sup>85</sup> STRECK, 2010, p. 97.

<sup>86</sup> STRECK, 2010, p. 106.

<sup>87</sup> STRECK, 2010, p. 98.

<sup>88</sup> STRECK, 2010, p. 100.

cidadãos quanto para as autoridades que estão à frente de um dos poderes estatais, cuja organização e atuação são legitimadas pelo povo, ressaltando daí o seu caráter essencialmente democrático<sup>89</sup>. É válido ressaltar que, se outra fosse a localização dos direitos fundamentais na ordenação jurídica de um Estado que não na Constituição, eles não passariam de meros enunciados ou aspirações, pois não estariam protegidos de acordo com as especificidades que cercam as normas constitucionais<sup>90</sup>.

Para concluir, sustenta-se, atualmente, a existência de vários constitucionalismos. Nesse sentido, cada Constituição, além de possuir um núcleo básico que carrega todas as conquistas antes narradas e comuns a todos os países que adotaram formas democrático-constitucionais de governo, também dispõe de um núcleo específico referente às peculiaridades de cada Estado Nacional<sup>91</sup>, o qual é representado pelo conjunto de direitos sociais-fundamentais consagrados em cada texto constitucional com a finalidade última de transformar a realidade.

## **2.5 Os direitos sociais na Constituição Federal de 1988**

Neste tópico, cumpre direcionar o estudo para a análise do regime jurídico dos direitos sociais na CF/88. Como já dito anteriormente, a Carta Magna traz, no seu Título II, um rol não exaustivo de Direitos e Garantias Fundamentais. Especificamente, no Capítulo II, entre os artigos 6º ao 11, estão enumerados alguns dos direitos sociais consagrados pelo constituinte brasileiro.

A Carta Magna brasileira possui um caráter analítico e pluralista que se estende aos direitos fundamentais. O cunho analítico refere-se ao grande número de dispositivos legais destinados à regulação dos respectivos direitos. Essa característica denota, segundo Sarlet, “certa desconfiança em relação ao legislador infraconstitucional, além de demonstrar a intenção de salvaguardar uma série de reivindicações e conquistas contra uma eventual erosão ou supressão pelos Poderes constituídos.”<sup>92</sup> Assim, a preocupação do constituinte em regulamentar amplamente a matéria não desconsidera o processo de cumulação e a trajetória histórica percorrida até a consagração dos direitos fundamentais nas ordens constitucionais dos Estados, até porque a proteção e a concretização dos direitos fundamentais reconhecidos

---

<sup>89</sup> CANOTILHO, 2003, p. 52 e 97-8.

<sup>90</sup> CANOTILHO, 2003, p. 377-378.

<sup>91</sup> STRECK, 2010, p. 108.

<sup>92</sup> SARLET, 2011, p. 65.

somente após amplas reivindicações a nível internacional não podem ficar disponíveis à vontade do legislador.

A marca do pluralismo advém do fato de que a CF/88 acolheu reivindicações e posições variadas exercidas por segmentos diversos da sociedade, reunindo, no título destinado aos Direitos e Garantias Fundamentais, dispositivos que reconhecem, além dos clássicos direitos civis e políticos, um amplo rol de direitos sociais e também os novos direitos consubstanciadores do princípio da dignidade da pessoa humana<sup>93</sup>. A localização dos direitos fundamentais no início do texto constitucional, logo após o preâmbulo e os princípios fundamentais, traduz a ideia de que “os direitos fundamentais constituem parâmetro hermenêutico e valores superiores de toda a ordem constitucional e jurídica.”<sup>94</sup>

O catálogo de direitos fundamentais constante no Título II da Lei Maior abrange direitos fundamentais de diversas dimensões. A consagração dos direitos à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade, de direitos e garantias políticos, além dos direitos sociais, exemplificam a proteção conferida aos direitos fundamentais das primeiras dimensões. Outrossim, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (artigo 225 da CF), a proteção do consumidor (artigo 5º, inciso XXXII, da CF) e o direito a informações prestadas pelos órgãos públicos (artigo 5º, inciso XXXIII, da CF) pertencem à terceira dimensão.

É certo que, na ordem constitucional interna, os direitos da quarta e da quinta dimensão ainda reclamam uma atenção maior<sup>95</sup>. Isso não quer dizer que eles não possam ser efetivados, pois, no artigo 5º, §2º, da CF/88, está inserida uma cláusula de abertura, a qual evidencia que o rol desses direitos consubstanciadores da dignidade da pessoa humana não se restringe ao já referido Título II e não exclui outros direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição Federal ou dos tratados internacionais que o país seja parte integrante. Isso porque a concretização e os significados conferidos aos direitos fundamentais advêm da ordem constitucional compreendida enquanto sistema que estabelece inter-relações constantes. Nesse sentido, Sarlet aduz:

[...] que o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais consagrado pelo artigo 5º, §2º, da CF aponta para a existência de direitos fundamentais positivados em outras partes do texto constitucional e até mesmo em tratados internacionais, bem assim para a previsão expressa da possibilidade de se reconhecer direitos fundamentais não-escritos, implícitos nas normas do catálogo, bem como decorrentes do regime e dos princípios da Constituição.<sup>96</sup>

<sup>93</sup> SARLET, 2011, p. 65.

<sup>94</sup> SARLET, 2011, p. 66.

<sup>95</sup> SARLET, 2011, p. 67.

<sup>96</sup> SARLET, 2011, p. 71.

Apenas a título de conhecimento, destaca-se que os direitos sociais, pertencentes à segunda dimensão dos direitos fundamentais, foram pela primeira vez constitucionalizados quando houve a afirmação do Estado Social de Direito pela Constituição do México, de 1917, e pela Constituição de Weimar, de 1919. No direito brasileiro, desde 1934, as Constituições passaram a incorporar os direitos sociais e econômicos que restavam pulverizados no capítulo pertinente à ordem econômica e social. Há que se dizer que “a Carta de 1988 é a primeira Constituição que integra ao elenco de direitos fundamentais os direitos sociais e econômicos.”<sup>97</sup>

Na ordem constitucional vigente, os direitos sociais possuem um capítulo próprio (Capítulo II) inserido no Título II que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais. Tal postura adotada pela Lei Fundamental é ressaltada por Sarlet, quando afirma:

Na Constituição vigente, os direitos a prestações encontraram uma receptividade sem precedentes no constitucionalismo pátrio, resultando, inclusive, na abertura de um capítulo especialmente dedicado aos direitos sociais no catálogo dos direitos e garantias fundamentais. Além disso, verifica-se que mesmo em outras partes do texto constitucional (inclusive fora do catálogo dos direitos fundamentais), se encontra uma variada gama de direitos a prestações.<sup>98</sup>

Dessa maneira, não resta dúvida de que os direitos sociais são direitos formal e materialmente fundamentais. Assim, afirma-se que “no âmbito do sistema de direito constitucional positivo nacional – todos os direitos sociais são fundamentais, tenham sido ele expressa ou implicitamente positivados.”<sup>99</sup> Os direitos sociais são formalmente fundamentais porque estão situados em grau hierárquico superior no ordenamento jurídico; são submetidos a procedimentos complexos de revisão; constituem limite material quando se pretende a modificação do seu significado; e são de necessária observância como parâmetros pelos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais para a tomada de decisões.

São, ainda, materialmente fundamentais, pois eles fornecem parâmetros para a compreensão, para a aplicação do regime jurídico e para a recepção de outros direitos fundamentais não constitucionalizados<sup>100</sup>. Desse modo, a fundamentalidade material diz

<sup>97</sup> PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Oriane Gonçalves; CORREIA, Érika Paula Barcha (Coord.). *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 55.

<sup>98</sup> SARLET, 2011, p. 185.

<sup>99</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 18.

<sup>100</sup> CANOTILHO, 2003, p. 379.

respeito à constatação de que grande parte deles, a exemplo dos direitos à saúde e à educação, tem seu alicerce e são condições para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual constitui “o valor unificador de todos os direitos fundamentais, que, na verdade, são uma concretização daquele princípio e também cumpre função legitimatória do reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, decorrentes ou previsto em tratados internacionais.”<sup>101</sup>

Em síntese, ressalta-se que os bens jurídicos considerados, implícita ou explicitamente como direitos fundamentais por determinada Constituição, são tão relevantes e essenciais para aquela ordem jurídica que dispõem de proteção e normatividade superior em relação às próprias normas constitucionais, tanto que o Poder Executivo, Legislativo e Judiciário não podem deles abdicar<sup>102</sup>.

A CF/88 contempla direitos sociais em diferentes Títulos e não apenas no Título referente aos Direitos e Garantias Fundamentais em consonância com a cláusula de abertura antes citada. Prova disso é o fato de que

[...] os direitos sociais não se limitam aos descritos nos artigos 7º, 8º, 9º, 10 e 11. Eles podem ser localizados, especialmente, no Título VIII, que trata ‘Da Ordem Social’, prevista nos artigos 193 e seguintes da Constituição. [...] O constituinte brasileiro cuidou especificamente do direito prestacional à saúde no Título VIII, ‘Da Ordem Social’, Capítulo I, ‘Das Disposições Gerais’ e no Capítulo II, ‘Da seguridade Social’, seção I, ‘Das disposições gerais’. [...]. Já na seção II, tratou o constituinte pátrio, especificamente, sobre o direito à saúde, disciplinando direitos nos artigos 196 a 200.<sup>103</sup>

As considerações realizadas até o momento sobre a natureza fundamental dos direitos sociais objetivam sustentar as próximas reflexões a respeito do direito à saúde – objeto central do estudo – que se caracteriza como típico direito social fundamental. O direito à saúde foi consagrado pela primeira vez como um direito social fundamental na CF/88.

A Lei Maior dispõe que a saúde é um direito social (artigo 6º) de todos e dever do Estado (artigo 196), devendo ser garantido por políticas públicas que objetivem a sua promoção, a prevenção e a cura das doenças, uma vez que o acesso às políticas públicas deve ser universal e igualitário. Destaca-se que, se não houvesse expressa proteção constitucional,

---

<sup>101</sup> SARLET, 2011, p. 95.

<sup>102</sup> SARLET; 2010, p. 18.

<sup>103</sup> RIBOLI, Cesar. *O direito fundamental à saúde e os limites materiais do estado*. Frederico Westphalen: URI, 2012. p. 87 -88.

o direito à saúde ainda assim estaria salvaguardado devido à defesa conferida ao direito à vida, à dignidade da pessoa humana e ao meio ambiente<sup>104</sup>.

A saúde é um bem jurídico de suma relevância na ordem constitucional brasileira, a qual, além de consagrá-lo como direito fundamental, pressupõe-no condição necessária à preservação de outros bens e valores jurídicos fundamentais eleitos pelo Constituinte, como por exemplo, a vida e a dignidade humana. Além do mais, a norma consagradora do direito à saúde é hierarquicamente superior ao restante das normas jurídicas e dispõe de um regime jurídico de proteção ímpar.

Desse modo, o direito à saúde constitui um direito social duplamente fundamental na CF/88:

A fundamentalidade em sentido material encontra-se ligada à relevância do bem jurídico tutelado pela ordem constitucional, que se evidencia pela importância da saúde como pressuposto à manutenção da vida – e vida com dignidade, ou seja, vida saudável e com certa qualidade -, assim como para a garantia das condições necessárias à fruição dos demais direitos, fundamentais ou não, inclusive no sentido de viabilização do livre desenvolvimento da pessoa e de sua personalidade. Já a fundamentalidade formal decorre do direito constitucional positivo e, ao menos na Constituição pátria, desdobra-se em três elementos: a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais (e, portanto, também o direito à saúde) situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, cuidando-se, pois, de normas de superior hierarquia axiológica; b) na condição de normas fundamentais insculpidas na Constituição escrita, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado para modificação dos preceitos constitucionais) e materiais ('cláusulas pétreas') da reforma constitucional, embora tal condição ainda encontre resistência por parte da doutrina; c) por derradeiro, nos termos do §1º do artigo 5º da CF, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são diretamente aplicáveis, vinculando de forma imediata as entidades estatais e os particulares – comando que alcança outros dispositivos de tutela da saúde, por força da cláusula inclusiva do §2º do mesmo artigo 5º da CF.<sup>105</sup>

A natureza social e fundamental do direito à saúde implica inúmeras consequências teóricas e práticas que serão discutidas no próximo capítulo. Para tanto, cabe, em primeiro lugar, conceituar o que se tem entendido por saúde. A definição aqui utilizada advém da Constituição da Organização Mundial da Saúde, a qual designa a saúde como “completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença.”<sup>106</sup> A referida definição pressupõe a necessária concretização de políticas públicas que pretendam não apenas o fornecimento de medicamentos, exames, internações hospitalares ou procedimentos

<sup>104</sup> SARLET; FIGUEIREDO, 2010, p. 28-29.

<sup>105</sup> SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 125-172.

<sup>106</sup> GLOECKNER, Josiane Ledebrium. A reserva do possível como limite à efetividade do direito fundamental à saúde. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte: Fórum, ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. p. 234.

cirúrgicos, mas sim o amparo integral, tendente “à superação das desigualdades sociais e ao pleno desenvolvimento da personalidade, com compromisso às futuras gerações.”<sup>107</sup>

Nesse tocante, a saúde, enquanto condição mínima a uma vida digna, deve ser garantida tendo em vista a complexidade social, política, econômica e cultural na qual os seres humanos estão inseridos e pressupõe, segundo disposto no Relatório Final da 8ª Conferência Nacional da Saúde, “alimentação, habitação, educação, renda, meio ambiente, trabalho, transporte, emprego, lazer, liberdade, acesso e posse da terra e acesso a serviços de saúde.”<sup>108</sup>

Diante do exposto, conclui-se que, a despeito da relutância em reconhecer a natureza fundamental dos direitos sociais, atualmente, a própria Lei Maior expressamente os incluiu nessa categoria de direitos. A Carta Cidadã, ainda, evidenciou que a concretização dos direitos sociais demanda, na maioria das vezes, prestações materiais por parte da Administração Pública, sem as quais subsistirão apenas garantias formais incapazes de cumprir os fins aos quais se destinam. Em particular, o direito à saúde constitui-se um dos direitos sociais que melhor exemplifica o disposto acima, pois se trata de condição sem a qual o direito à vida e à dignidade humana estão sujeitos ao perecimento e cuja concretização depende de uma atuação efetiva do Estado na elaboração de políticas pública e na prestação de serviços.

---

<sup>107</sup> GLOECKNER, 2003, p. 235.

<sup>108</sup> PEREIRA, Faíse dos Santos; NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. A constitucionalização do direito à saúde e a sua concretização via aplicação da norma constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 20, vol. 81, out./dez. 2012. p. 121.

### **3 ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO À SAÚDE E A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO**

A CF/88 foi a primeira a enquadrar o direito à saúde no rol dos direitos sociais fundamentais no Brasil. Tal situação demanda a análise do regime jurídico que envolve o direito à saúde. Para tanto, no capítulo que segue, será evidenciada a dimensão prestacional e a dimensão defensiva do direito à saúde, sem as quais a proteção dele decorrente é incompleta. Também, a natureza programática ou não, a aplicabilidade imediata ou não, o caráter público-subjetivo ou não e a possibilidade ou impossibilidade de o direito à saúde constituir uma cláusula pétrea serão investigados com a finalidade de delimitar o conteúdo desse direito social imprescindível à manutenção da vida e à dignidade humana.

Neste capítulo, os principais limites e os limites aos limites do direito social fundamental à saúde serão expostos, já que se deve atentar para o fato de que os direitos fundamentais não são absolutos, nem o conteúdo a eles atribuído é imutável diante das categorias “tempo” e “espaço”. Por último, a atuação do Poder Judiciário na concretização do direito à saúde será estudada, já que se verifica um crescente controle judicial sobre as decisões e/ou omissões tomadas pelos outros poderes estatais nessa área. Tudo isso com a finalidade de traçar parâmetros para, no capítulo seguinte, investigar a viabilidade ou a inviabilidade do fornecimento de tratamento de saúde no exterior pela Administração Pública.

#### **3.1 Direito à saúde: direito social prestacional e direito social defensivo**

Ainda que o principal objetivo do presente estudo seja analisar a viabilidade ou não do fornecimento de tratamento de saúde no exterior pela Administração Pública, isto é, investigar as implicações decorrentes da natureza prestacional do direito à saúde, mostra-se relevante abordar a dimensão negativa/absenteísta dos direitos a prestações. Para tanto, constituem premissas básicas do presente tópico a existência da garantia de acesso universal e igualitário às políticas públicas preventivas, promocionais e curativas de saúde consagrada no artigo 196 da Carta Magna, assim como o fato de o direito à saúde também impor a adoção de uma postura negativa pelo Estado e por terceiros que devem se abster de prejudicar a saúde dos seus cidadãos/semelhantes.

As normas constitucionais reguladoras dos direitos sociais, econômicos e culturais são “imposições legiferantes” que obrigam o legislador a criar condições materiais para o exercício desses direitos. Da mesma forma, impõem ao Estado a incumbência de colocar à disposição dos indivíduos instrumentos para a concretização das condições fáticas necessárias

ao exercício das liberdades fundamentais, ou seja, o fornecimento de prestações sociais aos cidadãos<sup>109</sup>. Em decorrência disso, os direitos sociais representam uma ordem dirigida ao Estado para que ele permanentemente os concretize<sup>110</sup> e uma faculdade dirigida aos cidadãos, considerados “credores de prestações materiais”, de exigirem uma atuação positiva do Estado para criação e materialização de leis e políticas públicas com a finalidade de implementar serviços públicos, para promover a igualdade material e a justiça social entre os cidadãos<sup>111</sup>.

Em contrapartida, os direitos fundamentais de matriz liberal-burguesa são considerados direitos de defesa, pois objetivam a limitação do poder estatal a fim de evitar interferências indevidas na esfera de autonomia pessoal e para que o indivíduo possa desfrutar de uma esfera de liberdade<sup>112</sup>. Para Canotilho, o disposto acima evidencia a dupla perspectiva dos direitos da primeira dimensão, os quais

(1) constituem, num plano jurídico – objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera individual; (2) implicam, num plano jurídico – subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos.<sup>113</sup>

A natureza defensiva dos direitos fundamentais de primeira dimensão é evidente. No entanto, questiona-se se apenas eles integram tal grupo. Embora os direitos sociais não sejam pacificamente nele incorporado, sua inclusão justifica-se, pois na medida em que consagram a igualdade, o indivíduo não poderá ser submetido a tratamento discriminatório, sob o pressuposto de surgir “um direito subjetivo de defesa contra toda e qualquer agressão ao princípio da igualdade.”<sup>114</sup>

Assim, os direitos sociais, neles compreendido o direito à saúde, também podem ser classificados como direitos fundamentais de defesa em decorrência da impossibilidade de interferências prejudiciais pelos órgãos estatais, pelas entidades sociais e pelos particulares. Por esse motivo, os direitos fundamentais produzem efeitos também nas relações privadas e o Estado tem o dever de protegê-los contra agressões<sup>115</sup>. Outrossim, é possível caracterizar os

<sup>109</sup> CANOTILHO, 2003, p. 476 e ss.

<sup>110</sup> SARLET, 2011, p. 146.

<sup>111</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações acerca do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado (RERE)*, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n.10, jan. 2002. p. 7-8. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/revista-eletronica-da-reforma-do-estado>>. Acesso em: 03 ago. 2013.

<sup>112</sup> SARLET, 2011, 168.

<sup>113</sup> CANOTILHO, 2003, p. 552.

<sup>114</sup> SARLET, 2011, p. 169.

<sup>115</sup> SARLET, 2011, p. 148.

direitos sociais como direitos de defesa porque representam um direito negativo “constituído pelas liberdades sociais (por exemplo, pelo direito de greve e da liberdade sindical), pelas concretizações do princípio da isonomia e da proibição de discriminações.”<sup>116</sup>

Sarlet assevera que, tanto os direitos civis e políticos quanto os direitos sociais, econômicos e culturais são dotados de uma dimensão negativa (defensiva) e de uma dimensão positiva (prestacional), pois se referem a poderes de conteúdo negativo e positivo<sup>117</sup>. Não só os direitos de defesa possuem uma repercussão prestacional, mas também os direitos a prestações possuem uma dimensão negativa, traduzida em direitos subjetivos negativos “de impugnação de atos que lhes sejam ofensivos”. Possuem, desse modo, um caráter ambivalente<sup>118</sup>. Para o autor, o princípio de proibição do retrocesso demonstra a dimensão negativa dos direitos fundamentais sociais<sup>119</sup>, afinal, ele impõe ao Estado o dever de proteger o nível de realização dos direitos sociais.

O caráter ambivalente antes citado está relacionado ao fato de que qualquer direito fundamental, independentemente da dimensão na qual esteja inserido, resulta numa pretensão à adoção de determinado comportamento (dimensão subjetiva) e impõe limites e diretrizes à atuação do Estado no âmbito de todos os poderes constituídos (dimensão objetiva). Sob essa perspectiva, por exemplo, “os direitos de defesa apresentam um aspecto de direito a prestação positiva, na medida em que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais cobra a adoção de providências, quer materiais, quer jurídicas, de resguardo dos bens protegidos.”<sup>120</sup>

O direito à saúde igualmente comporta uma dimensão prestacional e uma dimensão defensiva:

No caso do direito à saúde, apenas para exemplificar, há uma clara dimensão defensiva, decorrente de um dever de não interferência, ou seja, uma vedação a atos (estatais ou privados) que possam causar dano ou ameaçar a saúde da pessoa: função de defesa do direito social. Além disso, o direito à saúde impõe ao Estado a criação de todo um aparato de proteção [...] assim como a criação de uma série de instituições, organizações e procedimentos dirigidos à prevenção e promoção da saúde [...], situação na qual se está em face de direito social na sua condição de direito prestacional em sentido amplo, tanto como direito de proteção, quanto na condição de direito à organização e ao procedimento. De outra parte, a efetivação do direito à saúde implica o fornecimento de prestações materiais por parte do Estado (medicamentos, procedimentos cirúrgicos, tratamentos, exames, etc.), neste sentido tratando-se de um direito social a prestações materiais.<sup>121</sup>

<sup>116</sup> SARLET, 2011, p. 198-199.

<sup>117</sup> SARLET, 2011, p. 207.

<sup>118</sup> BRANCO, 2010, p. 342.

<sup>119</sup> SARLET, 2011, p. 174.

<sup>120</sup> BRANCO, 2010, p. 344.

<sup>121</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. et al. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013e. p. 542.

Nesse sentido, o direito à saúde enseja um dever de proteção da saúde individual e pública em face de possíveis intervenções do Estado ou de terceiros, revelando a sua dimensão defensiva e um dever de promoção denotando o seu caráter prestacional. Para Alexy, os direitos fundamentais a prestações objetivam prestações jurídicas/normativas ou prestações fáticas/materiais e englobam os direitos a prestações em sentido amplo, dos quais fazem parte os direitos à proteção e os direitos à participação na organização e no procedimento e também englobam os direitos a prestações em sentido estrito que compreendem os direitos a prestações materiais sociais, “vinculados prioritariamente às funções do Estado Social.”<sup>122</sup>

Os direitos a prestações em sentido amplo referem-se às garantias de liberdade e igualdade negativas e, por isso, dizem respeito às funções do Estado de Direito de matriz liberal. A consolidação dos direitos a prestações em sentido amplo exige prestações normativas por parte do Estado “mediante a emissão de normas jurídico-penais, quanto o estabelecimento de normas de organização e procedimento.”<sup>123</sup> Já os direitos a prestações em sentido estrito “constituem direitos a prestações fáticas que os indivíduos ou que o indivíduo, caso dispusesse dos recursos necessários e em existindo no mercado uma oferta suficiente, poderia obter também de particulares, os quais se identificam com os direitos sociais”<sup>124</sup>. Eles remetem àquela gama de direitos cuja concretização, fornecimento e distribuição depende da atuação dos poderes públicos para “assegurar, mediante a compensação das desigualdades sociais, o exercício de uma liberdade e igualdade real e efetiva”<sup>125</sup> a todos. Sob essa perspectiva, os direitos a prestações objetivam não só a igualdade, mas também a liberdade, pois, sem a última, não há que se falar na primeira.

De acordo com a classificação acima, o direito à saúde, enquanto direito a prestação pode operar:

---

<sup>122</sup> SARLET, 2011, p. p. 187.

<sup>123</sup> ALEXY, 2011. p. 444-445.

<sup>124</sup> ALEXY, 2011. p. 499.

<sup>125</sup> SARLET, 2011, p. 199.

[...] ou como um direito a prestações em sentido amplo, gerando deveres de proteção da saúde pessoal e pública, assim como direitos a prestações de cunho organizatório e procedimental (como por exemplo, direito de participação nos Conselhos e Conferências de Saúde); ou como um direito a prestações em sentido estrito, isto é, como um direito à obtenção de prestações materiais variadas (como tratamentos, medicamentos, exames, internações, consultas, etc).<sup>126</sup>

Em relação ao exposto nesse tópico, conclui-se que a concepção clássica distingue de modo estanque os direitos de defesa dos direitos a prestações. Os primeiros visam a obter o respeito e a abstenção por parte dos poderes público e os segundos demandam uma postura ativa do Estado que deve colocar à disposição dos indivíduos prestações jurídicas e materiais a fim de concretizar a isonomia material<sup>127</sup>. Contudo, muitos doutrinadores entendem que essa classificação é insuficiente, haja vista que os direitos sociais também impedem a promoção de um tratamento discriminatório entre os indivíduos.

Em suma, tanto os direitos civis e políticos quanto os direitos sociais, econômicos e culturais representam direitos de defesa dos interesses individuais e, também, constituem diretrizes básicas informadoras da ação positiva dos poderes públicos<sup>128</sup>. Isso porque, enquanto dimensões integrantes dos direitos fundamentais, representam decisões valorativas positivas no âmbito da ordem constitucional, possuem eficácia e exercem uma função informadora sobre todo o ordenamento jurídico. Além disso, fornecem diretrizes interpretativas à elaboração das leis infraconstitucionais, à concretização das políticas públicas e à aplicação do direito aos casos concretos.

Em particular, a promoção da saúde por meio de normas e políticas públicas de acesso da população às atividades nessa área objetiva a superação da desigualdade característica da sociedade. Isso se dá principalmente com a implementação de programas sociais de saúde, notadamente pela assistência a grupos desfavorecidos, pois, o ser humano somente estará apto a participar da vida social, econômica e política se possuir saúde para tanto. Além dessa postura ativa/prestacional, o dever de proteção da saúde revela uma dimensão defensiva que se concretiza “pelas normas penais de proteção à vida, à integridade física, ao meio ambiente, à saúde pública, bem como em diversas normas administrativas no campo da vigilância

<sup>126</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. et al. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1.933.

<sup>127</sup> SARLET, 2011, p. 184-185.

<sup>128</sup> SARLET, 2011, p. 143.

sanitária.”<sup>129</sup> Somente com essa proteção integral (defensiva e prestacional) é possível o respeito à dignidade dos cidadãos.

### 3.2 A natureza e a eficácia das normas constitucionais asseguradoras do direito à saúde

Cumpra-se direcionar o estudo para a análise do regime jurídico do direito à saúde na CF/88. Para tanto, questiona-se qual a força das normas constitucionais asseguradoras do direito à saúde, qual é o seu grau de eficácia, qual é a sua capacidade de produzir efeitos. A resposta a tais indagações se revela a partir da análise do seu caráter programático ou não, da sua aplicabilidade imediata ou não imediata e, ainda, na possibilidade ou na impossibilidade de o direito à saúde possuir um caráter público-subjetivo.

Inicialmente, compilam-se as seguintes considerações decorrentes do texto constitucional acerca do direito à saúde:

(a) são titulares desse direito todas as pessoas que se encontram sob o manto da Constituição, sendo ou não brasileiras e, residindo ou não no País; (b) que o responsável pela realização desse direito é o Estado (sem prejuízo do disposto no art. 199 que trata sobre a iniciativa privada); (c) o Estado deve agir mediante adoção de políticas sociais para prover a saúde e o bem-estar dos cidadãos; (d) essas políticas vem visar à redução do risco de doença procurando prevenir, promover, proteger e agir na recuperação quando falharam as etapas anteriores.<sup>130</sup>

A partir do exposto, questiona-se se o direito social fundamental à saúde atribui ao seu titular a prerrogativa de exigir do Estado, em juízo, a materialização de condições mínimas para uma sobrevivência digna<sup>131</sup>, ou seja, se ele se trata de um direito público-subjetivo. Sempre que for facultado ao sujeito exigir determinado comportamento em face do Estado e este, em decorrência disso, possuir o dever jurídico de cumprir uma obrigação, “o titular do direito fundamental tem a competência de exigir judicialmente esse direito”<sup>132</sup>, isto é, “a ordem jurídica coloca à disposição de seu titular um meio jurídico – que é a ação judicial – para exigir-lhe o cumprimento, deflagrando os mecanismos coercitivos e sancionatórios do Estado.”<sup>133</sup>

<sup>129</sup> SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 125-172.

<sup>130</sup> PEREIRA; NELSON, 2012, p. 127.

<sup>131</sup> MOLINARO, Carlos Alberto. A jurisdição na proteção da saúde: breves notas sobre a instrumentalidade processual. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre: Ajuris, ano 36, n. 115, set. 2009. p. 55.

<sup>132</sup> ALEXY, 2011. p. 445.

<sup>133</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 100.

Para Barroso, as normas constitucionais definidoras de direitos ensejam direitos públicos-subjetivos a seus titulares, os quais poderão deles desfrutar imediatamente por meio de prestações positivas ou negativas que são exigíveis em face do destinatário da norma, inclusive por meio de uma ação judicial<sup>134</sup>. O referido autor assevera que “é puramente ideológica e não científica, a resistência que ainda hoje se opõe à efetivação, por via coercitiva, dos chamados direitos sociais.”<sup>135</sup> Desse modo, os direitos fundamentais, em suas diversas dimensões, são exigíveis e acionáveis judicialmente. Sobre o caráter público-subjetivo dos direitos sociais, Canotilho sustenta:

Com base na indiscutível dimensão subjetiva dos direitos ‘sociais’, afirma-se a existência de direitos originários a prestações quando: (1) a partir da garantia constitucional de certos direitos; (2) se reconhece, simultaneamente, o dever do Estado na criação dos pressupostos materiais, indispensáveis ao exercício efetivo desses direitos; (3) e a faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos.<sup>136</sup>

Atribuir ao direito à saúde a característica de direito público-subjetivo significa reconhecer que ele se trata de um direito oponível em face do Estado e de um direito justiciável<sup>137</sup>. Nesse sentido, ele equivaleria a um poder de exigir um comportamento previsto normativamente, com possibilidade de recorrer ao Judiciário caso não se concretize<sup>138</sup>. Isso porque, no cenário neoconstitucionalista, as normas constitucionais também são consideradas normas jurídicas e “passa a ter um caráter vinculativo e obrigatório pelo reconhecimento de sua força normativa e a inobservância de seu cumprimento gera o direito de recorrer aos meios coercitivos para promover o seu cumprimento forçado.”<sup>139</sup>

Para Schwartz, em vista do exposto acima, o direito à saúde enquadra-se na categoria de direito público-subjetivo, pois a norma constitucional declara expressamente que ele é autoaplicável e possui eficácia imediata. Haja vista esse postulado, deve prevalecer quando, na análise da situação fática, constatar-se risco à vida do cidadão e ele não possuir condições financeiras de custear o seu tratamento sem comprometer o seu sustento e o de sua família<sup>140</sup>. Para o referido autor, somente nega o caráter público-subjetivo do direito à saúde quem não o

---

<sup>134</sup> BARROSO, 2009, p. 100-101.

<sup>135</sup> BARROSO, 2009, p. 102.

<sup>136</sup> CANOTILHO, 2003, p. 477.

<sup>137</sup> SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 56.

<sup>138</sup> SCHWARTZ, 2001, p. 56.

<sup>139</sup> PEREIRA; NELSON, 2012, p. 117.

<sup>140</sup> SCHWARTZ, 2001, p. 56-57.

considera um típico direito fundamental e, por consequência, entende que inexistente “um vínculo jurídico gerador de obrigações entre o cidadão-credor e o Estado-devedor.”<sup>141</sup>

Após realizar considerações sobre a natureza público-subjetiva das normas consagradoras do direito à saúde, convém discorrer sobre a sua aplicabilidade. Em primeiro lugar, ressalta-se que o artigo 5º, §1º, da Lei Maior proclama a aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais. Tal dispositivo refere-se tanto aos direitos da primeira dimensão quanto aos da segunda, independentemente da natureza prestacional ou defensiva e da localização topográfica desses direitos no texto constitucional, já que ambas integram a categoria dos direitos fundamentais. Em virtude do dispositivo sobredito, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais alcançam atualmente uma posição diferenciada e reforçada que afasta “em princípio, o cunho programático destes preceitos, conquanto não exista consenso a respeito do alcance deste dispositivo”<sup>142</sup> e que assegura a todos os direitos fundamentais a capacidade de produzir efeitos jurídicos, “outorgando-lhes, de tal sorte, uma qualidade comum e distintiva.”<sup>143</sup>

Canotilho sustenta que os direitos fundamentais possuem natureza superior no ordenamento jurídico, impõem limites à reforma constitucional, são autoaplicáveis e vinculativos e permitem a abertura do texto constitucional para a acolhida de outros direitos decorrentes dos princípios e dos tratados internacionais, mesmo que não estejam expressamente previstos<sup>144</sup>. Acerca disso, Branco assevera que as normas constitucionais garantidoras dos direitos sociais fundamentais não possuem caráter meramente programático, pois são capazes de regular diretamente as relações jurídicas. Logo, os operadores do direito devem aplicá-las imediatamente pela via interpretativa quando houver omissão, ou ainda contra a lei infraconstitucional quando esta for contrária à Lei Maior<sup>145</sup>. Ainda, Sarlet e Figueiredo aduzem que o legislador infraconstitucional, o aplicador do direito e o administrador público devem conferir às normas constitucionais garantidoras dos direitos fundamentais de cunho social a “máxima eficácia e efetividade possível”, otimizando a sua aplicação “sempre à luz das circunstâncias do caso concreto”<sup>146</sup>.

Em contraposição, Barreto conforma a norma contida no artigo 196 da Lei Maior na categoria de norma programática, refutando a sua pretensa autoaplicabilidade e eficácia

---

<sup>141</sup> SCHWARTZ, 2001, p. 60.

<sup>142</sup> SARLET, 2011, p. 66-67.

<sup>143</sup> SARLET, 2011, p. 73.

<sup>144</sup> CANOTILHO, 2003, p. 379.

<sup>145</sup> BRANCO, 2010, p. 328.

<sup>146</sup> SARLET; FIGUEIREDO, 2010, p. 19.

imediate. Sob essa perspectiva, a referida disposição constitucional apenas indicaria o caminho que deve ser percorrido e os interesses que devem ser preservados pelos órgãos estatais. Para tal doutrinador, o cunho eminentemente programático da Constituição vigente evidencia-se pela grande quantidade de disposições constitucionais que dependem de regulamentação legislativa e apenas estabelecem as finalidades e as direções a serem observadas pelos poderes públicos<sup>147</sup>. Certamente, “com a redação dada ao artigo 5º, §1º o caráter programático das normas definidoras dos direitos fundamentais foi mitigado, mas, ainda assim, não há como negar a subsistência de elementos programáticos.”<sup>148</sup>

O caráter programático de uma norma resulta na limitação da sua eficácia, exigindo-se, para a produção de efeitos, outra lei regulamentando a matéria, na medida que sua aplicação não poderá ser imediata se houver omissão legislativa<sup>149</sup>. Em outros termos, as normas constitucionais programáticas são aquelas em relação às quais o constituinte apenas traçou princípios que devem ser observados pelos órgãos do Estado como programas orientadores na elaboração das regras concretas aplicáveis à matéria e, por isso, são normas de eficácia limitada<sup>150</sup>. Sendo assim, classificar as normas constitucionais definidoras dos direitos sociais e, por consequência, do direito à saúde como programáticas significa considerá-las abstratas e incompletas. Nessa perspectiva, não haveria que se falar em vínculo jurídico originador de deveres decorrentes da norma constitucional consagradora do direito à saúde<sup>151</sup>.

Canotilho critica o enquadramento das normas constitucionais definidoras dos direitos sociais na categoria das normas programáticas, sustentando:

[...] Este é o discurso saturado da doutrina e jurisprudência. Os direitos sociais ficam dependentes, na sua exacta configuração e dimensão, de uma intervenção legislativa, concretizadora e conformadora, só então adquirindo plena eficácia e exequibilidade. Uma tal construção e concepção da garantia jurídico-constitucional dos direitos sociais equivale praticamente ao grau zero de garantia.<sup>152</sup>

<sup>147</sup> BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 112.

<sup>148</sup> SARLET, 2011, p. 65.

<sup>149</sup> BARRETO, 2003. p. 112.

<sup>150</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 142-143.

<sup>151</sup> SCHWARTZ, 2001, p. 59-60.

<sup>152</sup> CANOTILHO, 2003, p. 481-482.

Bonavides não concorda com a natureza programática de tais normas ao sustentar que “A Nova Hermenêutica constitucional se desataria de seus vínculos com os fundamentos e princípios do Estado Democrático de Direito se os relegasse ao território das chamadas normas programáticas, recusando-lhes concretude integrativa”<sup>153</sup>. Desse modo, entende o autor que as normas constitucionais asseguradoras do direito à saúde são de aplicabilidade imediata e eficácia plena, pois impõem ao Estado obrigações que devem ser cumpridas sob pena de a omissão ser suprida pelo Poder Judiciário.

Sarlet assevera que não obstante o entendimento predominante advogue a favor da eficácia plena de todas as normas de direitos fundamentais, há doutrinadores que não concordam em conferir aos direitos sociais a prestações aplicabilidade imediata, e, por consequência, a possibilidade de reconhecimento judicial de prestação não atendida. O fato é que, segundo o referido autor, não é possível negar proteção a um direito fundamental “por conta do argumento de que se trata de direito positivado como norma programática e de eficácia meramente limitada, pelo menos não no sentido de que o reconhecimento de uma posição subjetiva se encontra na completa dependência de uma interposição legislativa.”<sup>154</sup>

Nesse sentido, o artigo 5º, §1º, da Lei Fundamental aplica-se aos direitos sociais, de modo que as normas que os consagram têm aplicabilidade direta e eficácia imediata, por mais que se faça necessário averiguar o alcance da eficácia de cada direito social. De acordo com a delimitação dada pela Carta Magna, alguns direitos sociais possuem baixa normatividade, o que não afasta a obrigação dos órgãos estatais atribuírem a tais normas máxima eficácia e efetividade, nem justifica a criação de obstáculos à sua aplicação imediata e à sua exigibilidade judicial<sup>155</sup>. A ausência ou a insuficiência de regulamentação pelo Poder Legislativo não representa barreira insuperável à atuação do Poder Judiciário, até porque a existência de obscuridade ou lacuna da lei não exime o juiz de julgar.

O Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 271.286/RS, de relatoria do Ministro Celso de Mello, por meio do voto do referido Ministro, publicado no Diário Oficial em 29 de novembro de 2000, pronunciou que a saúde é um direito público subjetivo assegurado à coletividade pela Carta Magna. Trata-se de um bem constitucionalmente consagrado que deve ser tutelado pelo Poder Público, independentemente da esfera de atuação na organização federativa brasileira, por estar

<sup>153</sup> BONAVIDES, 2011, p. 656-657.

<sup>154</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Art. 5º, §1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. et al. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013d. p. 513-515.

<sup>155</sup> SARLET, 2013e, p. 541.

diretamente relacionado ao direito à vida. Caso contrário, a comportamento omissivo revela-se inconstitucional. Isso porque, apesar de a norma possuir um caráter programático, o Poder Público não pode transformar as disposições constitucionais expressas em meras promessas, “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 [...]”<sup>156</sup>

No fragmento acima transcrito, o direito à saúde é considerado um direito fundamental público-subjetivo tanto da coletividade como dos indivíduos. Em que pese se atribua caráter programático às normas constitucionais asseguradoras do direito à saúde, firma-se o posicionamento de que o Poder Público tem o dever de formular políticas idôneas à sua concretização, em vista dele estar estritamente relacionado ao direito à vida. O descumprimento desse dever pelo Poder Público representa afronta expressa à Constituição Federal.

Por fim, após iniciar a análise do regime jurídico do direito fundamental social à saúde, observa-se que atribuir caráter programático, não aplicabilidade imediata, e negar natureza público-subjetiva ao direito à saúde significa afastá-lo de toda e qualquer eficácia. Como tal direito foi positivado expressamente por meio de norma jurídica constitucional, não se mostra viável proceder dessa forma, sob pena de flagrante desrespeito à Lei Maior. Certamente, somente na análise do caso concreto será possível delinear o conteúdo e o alcance do direito à saúde.

### **3.3 O direito à saúde é uma cláusula pétrea da Constituição Federal de 1988?**

No presente tópico, terá continuidade a análise do regime jurídico constitucional do direito à saúde. Para tanto, será investigado se os direitos sociais, entre os quais o direito à saúde, desfrutam da proteção especial resultante das cláusulas pétreas enquanto limites materiais à reforma constitucional. A inclusão dos direitos fundamentais no rol das cláusulas pétreas, também chamadas garantias de eternidade, presente no artigo 60, §4º, da CF/88 manifesta o nível máximo de proteção conferido pela Constituição Federal a essa categoria de direitos, o que acaba “impedindo a supressão e erosão dos preceitos relativos aos direitos fundamentais pela ação do poder constituinte derivado.”<sup>157</sup>

---

<sup>156</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Agravo no Recurso Extraordinário n. 271.286/RS*. Segunda Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 29 de novembro de 2000. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 06 out. 2013.

<sup>157</sup> SARLET, 2011, p. 66-67.

A controvérsia cinge-se em saber se os direitos fundamentais sociais recebem a proteção decorrente das cláusulas de intangibilidade. Bonavides aponta as duas posições existentes. A primeira advém da interpretação literal do texto constitucional, o qual apenas se refere aos direitos e garantias individuais. Essa posição flui “de imediato, e sem qualquer intermediação doutrinária, do formalismo jurídico da Constituição-lei e dos códigos onde se pormenorizam os conteúdos normativos do ordenamento.”<sup>158</sup> Consoante tal entendimento, apenas os direitos fundamentais da primeira dimensão, de matriz liberal-burguês, consagrados pela primeira vez no seio do Estado Liberal de Direito seriam destinatários desse grau máximo de proteção.

Nesse sentido é a posição de Dimoulis e Martins ao aduzirem que a expressão “direitos individuais” exclui de pronto os direitos sociais da proteção conferida pelo artigo 60, §4º, já que tais direitos poderiam sofrer restrições e até serem abolidos se respeitado o procedimento constitucionalmente previsto para reforma da Lei Maior.<sup>159</sup> Os referidos autores concluem que “é protegida pela cláusula do art. 60, §4º, IV, da CF tão somente uma parcela dos direitos fundamentais que, grosso modo, corresponde aos direitos de resistência que podem ser exercidos individualmente.”<sup>160</sup>

Contudo, a interpretação restritiva antes exposta, na qual a letra da lei é aplicada rigorosamente, já não é mais viável frente à nova face assumida pelo constitucionalismo contemporâneo, com o qual houve o “advento de novos direitos que penetram a consciência jurídica de nosso tempo e nos impõem outorgar-lhes o mesmo grau de reconhecimento, em termos de aplicabilidade, já conferido aos [...] direitos e garantias individuais.”<sup>161</sup> Desse modo, o grau máximo de intangibilidade conferido pelo §4º, do artigo 60 abarcaria tanto os direitos individuais quanto os direitos sociais. Atribuir a característica de cláusula pétrea aos direitos fundamentais sociais significa a imposição de uma vedação material às Emendas Constitucionais que intencionem aboli-los<sup>162</sup>.

Não obstante a redação do inciso IV, do §4º, do artigo 60, da CF/88, não se referir expressamente aos direitos sociais, a interpretação do dispositivo supramencionado deve ser inclusiva, devendo os direitos sociais “ser reconhecidos como protegidos contra uma supressão e erosão pelo poder de reforma constitucional.”<sup>163</sup> Isso porque, independentemente

<sup>158</sup> BONAVIDES, 2011, p. 652.

<sup>159</sup> DIMOULIS; MARTINS, 2007, p. 55.

<sup>160</sup> DIMOULIS; MARTINS, 2007, p. 51.

<sup>161</sup> BONAVIDES, 2011, p. 653.

<sup>162</sup> ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2010, p. 395-396.

<sup>163</sup> SARLET; FIGUEIREDO, 2010, p. 19.

da dimensão na qual se enquadram, enquanto direitos fundamentais, foram retirados da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos, pois visam à concretização da dignidade humana, princípio fundamental norteador da ordem constitucional brasileira<sup>164</sup>. Dessa maneira, ilógico seria limitar a reforma constitucional no tocante aos direitos fundamentais individuais e permitir que os direitos fundamentais sociais estejam expostos à vontade do constituinte derivado. Caso contrário, os próprios direito à vida e à liberdade correm o risco de perecer.

O direito à saúde também se encontra-se protegido pelo disposto no inciso IV, §4º, do artigo 60, da CF/88, o que significa dizer que ele constitui cláusula pétrea e impõe limites à reforma constitucional. Consoante Piovesan, apesar de o referido dispositivo apenas mencionar que os direitos e garantias individuais constituem cláusulas pétreas, deve-se atentar para o sistema jurídico e principiológico no qual o direito à saúde está inserido, o que implica a sua inclusão ao regime das cláusulas que impõem tal rigidez material e formal. Desse modo, os direitos sociais “são, portanto, direitos intangíveis, direitos irredutíveis, de forma que tanto a lei ordinária como a emenda à Constituição que afetarem, abolirem ou suprimirem os direitos sociais padecerão do vício da inconstitucionalidade.”<sup>165</sup>

Conferir proteção máxima aos direitos sociais é um resultado lógico e necessário à concretização dos objetivos da República Federativa do Brasil ditados pela Lei Fundamental:

Sem a concretização dos direitos sociais não se poderá alcançar jamais a ‘sociedade livre, justa e solidária’, contemplada constitucionalmente como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º). O mesmo tem pertinência com respeito à redução das desigualdades sociais, que é, ao mesmo tempo, um princípio da ordem econômica e um dos objetivos fundamentais de nosso ordenamento republicano, qual consta respectivamente do art. 170, VII, e do sobredito art. 3º.<sup>166</sup>

A inserção dos direitos sociais na categoria das cláusulas pétreas resulta da interpretação dos princípios e objetivos da República Federativa do Brasil constantes no Título I da CF/88. Essa garantia tão reforçada revela “uma intangibilidade que os coloca inteiramente além do alcance do poder constituinte ordinário, ou seja, aquele poder constituinte derivado, limitado e de segundo grau, contido no interior do próprio ordenamento jurídico.”<sup>167</sup> Sendo assim, tanto as Emendas Constitucionais quanto as leis infraconstitucionais que abalem ou suprimirem os direitos sociais estarão eivadas de

---

<sup>164</sup> SARLET, 2011, p. 70.

<sup>165</sup> PIOVESAN, 2010, p. 56.

<sup>166</sup> BONAVIDES, 2011, p. 657.

<sup>167</sup> BONAVIDES, 2011, p. 657.

inconstitucionalidade, devendo tal vício ser declarado pelos órgãos do Poder Judiciário incumbidos pela guarda da Lei Fundamental<sup>168</sup>.

As diligências interpretativas dos doutrinadores que estendem o nível de proteção das cláusulas pétreas aos direitos sociais são baseadas na dignidade da pessoa humana. Tanto os direitos individuais quanto os direitos sociais possuem o mesmo grau de importância e são indispensáveis à salvaguarda efetiva desse valor supremo antes mencionado. A dignidade da pessoa humana constitui-se uma regra hermenêutica aos direitos sociais, devendo-se, por esse motivo, interpretar os direitos fundamentais da segunda dimensão de modo que seja reconhecido ao seu conteúdo material o nível máximo de proteção outorgado pelo §4º do artigo 60<sup>169</sup>.

Bonavides sintetiza o que foi exposto até então ao aduzir:

Enfim, só uma hermenêutica constitucional dos direitos fundamentais em harmonia com os postulados do Estado Social e democrático de Direito pode iluminar e guiar a reflexão do jurista para a resposta alternativa acima esboçada, que tem por si a base de legitimidade haurida na tábua dos princípios gravados na própria Constituição (art. 1º, 3º e 170) e que, conforme vimos, fazem irrecusavelmente inconstitucional toda inteligência restritiva da locução jurídica ‘direitos e garantias individuais’ (art. 60, §4º, IV), a qual não pode, assim, servir de argumento nem de esteio à exclusão dos direitos sociais.<sup>170</sup>

A equiparação dos direitos sociais aos direitos individuais, de acordo com a perspectiva acima traçada, objetiva conferir aos primeiros o mesmo nível de normatividade dos segundos, sem a intenção de revelar superioridade ou derivação. Isso porque, ainda há os que resistem à assimilação pretendida sob o argumento de que o conteúdo dos direitos sociais é indeterminado, por não esclarecer *a priori* qual prestação deve ser fornecida pelo Estado, diferentemente do que ocorre com os direitos individuais que ostentam clareza, pois visam à liberdade e não demandam uma ação complementar do legislador para definir o seu conteúdo. Outro argumento contrário à equiparação entre as duas dimensões de direitos fundamentais é a escassez financeira, pois sem recursos o Estado não consegue efetivar prestações positivas. Por fim, argumenta-se que os direitos sociais não estão amparados pelos mesmos mecanismos processuais de proteção imediata outorgados aos direitos individuais<sup>171</sup>.

Nesse sentido, Sarlet e Brandão asseveram que

---

<sup>168</sup> BONAVIDES, 2011, p. 657.

<sup>169</sup> BONAVIDES, 2011, p. 658.

<sup>170</sup> BONAVIDES, 2011, p. 659-660.

<sup>171</sup> BONAVIDES, 2011, p. 662.

[...] integram o DNA da nossa Carta tanto a preocupação em proteger o indivíduo do exercício arbitrário do poder, quanto o dever de o Estado propiciar condições materiais que sejam necessárias para a preservação da dignidade humana. Deste modo, a leitura sistemática da CF/1988 conduz a considerar cláusulas pétreas não apenas os direitos de primeira dimensão ou os direitos de defesa, mas igualmente os direitos de segunda e terceira dimensão, sejam eles direitos a prestações estatais negativas ou positivas, ainda que se admita que os direitos prestacionais apresentam dificuldades adicionais no plano da eficácia. Devem ser incluídas, portanto, no rol das cláusulas intangíveis, por exemplo, as liberdades fundamentais, os direitos sociais, econômicos e culturais, os direitos à nacionalidade e políticos, e os direitos difusos e coletivos<sup>172</sup>.

Por fim, ressalta-se que muitos doutrinadores atribuem um “peso definitivo ao elemento gramatical”<sup>173</sup> e não estendem a proteção decorrente das cláusulas pétreas aos direitos sociais e, por consequência, ao direito à saúde. E o fazem tendo em vista que a redação do dispositivo constitucional refere-se apenas aos direitos e garantias individuais, sem atentar para o fato de que, independentemente da dimensão da qual faz parte o direito fundamental em voga e da sua natureza prestacional ou defensiva, todos os direitos fundamentais consagrados pela Lei Maior constituem um sistema que se caracteriza pela unicidade, indivisibilidade e interdependência.

### 3.4 Os limites e os limites aos limites dos direitos fundamentais sociais

O presente estudo terá seguimento com a análise dos limites incidentes sobre os direitos fundamentais sociais. Primeiramente, cumpre ressaltar que não obstante se admita a incidência de restrições sobre tais direitos, os quais serão devidamente abordados na sequência, tal categoria de direitos vincula a atuação de todos os órgãos estatais, pois eles não podem livremente dispor sobre os direitos fundamentais, da mesma forma que estão obrigados a dispensar o máximo de esforço possível para realizar tais direitos.

Nesse sentido, os órgãos legislativos não podem editar atos contrários aos direitos fundamentais e devem tomá-los como parâmetro na elaboração das novas normas, além dos mesmos possuírem o dever de concretizá-los. Os órgãos da administração estatal devem executar apenas as leis que estejam em conformidade com os direitos fundamentais e também devem aplicá-las e interpretá-las em consonância com os direitos fundamentais, sob pena de

<sup>172</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; BRANDÃO, Rodrigo. Anotações ao Art. 60 da CF. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. et al. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1.136.

<sup>173</sup> SARLET; BRANDÃO, 2013, p. 1.135.

invalidação judicial dos atos administrativos. Por último, a atuação dos órgãos judiciais está vinculada aos direitos fundamentais, pois eles controlam a constitucionalidade dos atos dos demais órgãos, eles não podem aplicar normas contrárias aos direitos fundamentais, além de que “os juízes e tribunais estão obrigados, por meio da aplicação, interpretação e integração, a outorgar às normas de direitos fundamentais a maior eficácia possível no âmbito do sistema jurídico.”<sup>174</sup>

Os principais limites traçados pela doutrina e pela jurisprudência para a concretização dos direitos sociais e, em especial, do direito à saúde na via jurisdicional são a Separação entre os Poderes do Estado e a reserva do possível. A independência entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário está consagrada no artigo 2º da Carta Magna. A separação dos poderes resulta, na verdade, na divisão das funções estatais, já que o poder do Estado é uno e indivisível. Desse modo, os três poderes devem engajar-se para alcançar os fins almejados pelo Estado<sup>175</sup>. O constituinte atribuiu diversas funções a cada um dos poderes. Tanto o Poder Legislativo quanto o Poder Executivo e o Poder Judiciário possuem funções típicas e funções atípicas, o que ocasiona interferências recíprocas entre eles. Assim, sustenta-se que a separação dos poderes não é absoluta. Isso ocorre porque um poder tem o dever de fiscalizar o outro e também porque é difícil estabelecer um limite exaustivo entre as atividades que devem ser desempenhadas por cada um deles<sup>176</sup>.

Para melhor ilustrar o exposto acima, Silva assevera:

[...] a função típica do Judiciário é a jurisdicional. Todavia, o órgão exerce, de certa forma, função legislativa, ao elaborar o seu regimento interno, e função executiva, ao ser responsável pela própria organização (autogoverno), sendo essas funções atípicas. De igual modo ocorre com os demais poderes. O Executivo tem por função típica a administração (função executiva), mas ‘legisla’ por meio de medidas provisórias, por exemplo. O Legislativo, cuja função predominante (típica) é a edição de normas (função legislativa), julga os seus pares e promove comissões parlamentares de inquérito (função atípica).<sup>177</sup>

Dessa forma, as ingerências de um poder estatal sobre o outro se justificam na medida em que são simultaneamente necessárias à realização do bem comum e são capazes de evitar o cometimento de arbitrariedades devido à concentração de poder. A atuação judicial na

<sup>174</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Notas introdutórias ao sistema constitucional de direitos fundamentais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. et al. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 194-196.

<sup>175</sup> LEAL, Mônia Clarissa Hennig; GERVASONI, Tássia Aparecida. Imposição judicial de serviços públicos de saúde x teoria da separação dos poderes: uma análise da legitimidade da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre: Ajuris, ano 39, n. 126, jun. 2012. p. 255-256.

<sup>176</sup> LEAL; GERVASONI, 2012, p. 252-253.

<sup>177</sup> LEAL; GERVASONI, 2012, p. 253.

concretização dos direitos fundamentais muitas vezes se faz necessária, pois sem ela nem mesmo os níveis sociais básicos seriam atendidos, o que se constitui uma afronta direta às disposições constitucionais e demanda o controle judicial dessas omissões inconstitucionais.

Sobre o limite da reserva do possível, mostra-se imprescindível consignar que os direitos sociais objetivam, na maioria das vezes, o fornecimento de prestações materiais para reduzir o nível de desigualdade social. Visam, em outros termos, a redistribuir a riqueza e, para tanto, demandam a existência de uma situação econômica compatível. Por esse motivo, muitos doutrinadores consideram os direitos sociais garantias inferiores e secundárias, pois, eles “submetem-se ao natural condicionante de que não se pode conceder o que não se possui.”<sup>178</sup>

Nesse sentido, a realização dos direitos sociais a prestações estaria condicionada à observância da tríplice dimensão da reserva do possível:

a) a real disponibilidade fática dos recursos para efetivação dos direitos sociais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas e, em países como o Brasil, ainda reclama equacionamento em termos de sistema federativo; c) e o problema da proporcionalidade da prestação, em especial quanto à sua exigibilidade e razoabilidade, no que concerne à perspectiva própria e peculiar do titular do direito.<sup>179</sup>

Os doutrinadores contrários à fundamentalidade dos direitos sociais na Carta Magna de 1988 sustentam que, devido ao alto custo desses direitos, a sua previsão no texto constitucional acarreta simples promessas não cumpridas, pois nada pode ser feito pela Administração Pública e pelo Poder Legislativo além do financeiramente possível. Nesse sentido, o constituinte apenas frustra as expectativas dos cidadãos com tais dispositivos, o que poderia ter sido evitado se o texto constitucional não os tivesse proclamado, “pois não se criam fatos com palavras, ainda que essas palavras saiam da boca da lei.”<sup>180</sup>

A reserva do possível trata-se de um limitador fático ao Estado na efetivação das prestações decorrentes dos direitos sociais fundamentais. Diante disso, os direitos sociais consagrados somente podem ser materializados se houver disponibilidade financeira por parte do Estado, “disponibilidade esta que estaria localizada no campo discricionário das decisões

<sup>178</sup> BRANCO, 2010, p. 337.

<sup>179</sup> SARLET, 2013e, p. 533-548.

<sup>180</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. Evolução do constitucionalismo brasileiro pós-88. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. et al. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 63.

governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público.”<sup>181</sup> Quando os recursos disponíveis são escassos, o Estado opta em que segmento aloca as verbas. Tais escolhas são suscetíveis às influências políticas do momento histórico vivenciado que é variável de acordo com o nível de desenvolvimento da sociedade. Desse modo, frente ao problema da escassez, o legislador irá ponderar para satisfazer os direitos sociais no limite do financeiramente possível<sup>182</sup>.

A concretização do direito à saúde depende da formulação e execução de políticas públicas de repercussão social e econômica. Desse modo, tal direito também estaria condicionado às escolhas alocativas realizadas pelo legislador e pelo administrador público<sup>183</sup>. Entretanto, o enaltecimento da reserva do possível como limite fático à concretização dos direitos sociais e, especificamente, do direito à saúde é criticado por muitos, haja vista que não obstante a escassez dos recursos econômicos é viável:

[...] estabelecer prioridades entre as diversas metas a atingir, racionalizando a sua utilização, a partir da ideia de que determinados gastos, de menor premência social, podem ser diferidos em favor de outros, reputados indispensáveis e urgentes [...] se os recursos não são suficientes, deve-se retirá-los de outras áreas (transporte, fomento, serviço de dívida), nas quais sua aplicação não está intimamente ligada aos direitos mais essenciais do homem: sua vida, integridade física e saúde.<sup>184</sup>

Diante disso, os recursos disponíveis devem atender às preferências já delineadas pela CF/88. Não é a Lei Fundamental que depende das disponibilidades orçamentárias para tornar efetivos os direitos fundamentais, mas, sim, no momento da elaboração das diretrizes orçamentárias dos órgãos estatais, deve-se observar as prioridades traçadas pela Lei Maior, principalmente quando os recursos são escassos para atender a generalidade das demandas a prestações sociais<sup>185</sup>.

Os limites aos direitos fundamentais consagrados pela ordem constitucional brasileira devem ser interpretados restritivamente. Nesse âmbito, evidencia-se a incidência de limites aos limites dos direitos fundamentais, como forma de controle às interferências e à

<sup>181</sup> OLIVEIRA, José Lamunier Moreira de. O direito à saúde e o retrocesso/revisão do postulado fundamental do ser humano: sintomas e hiância. *Revista Direito e Liberdade*, Natal, v. 12, n. 2 (6), 2010. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/43499>>. Acesso em: 23 jun. 2014.

<sup>182</sup> BRANCO, 2010, p. 337-338.

<sup>183</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O direito à saúde na Constituição de 1988. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 834.

<sup>184</sup> COELHO, 2010, p. 825.

<sup>185</sup> PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanzola. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas. *Araucária: Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, ano 8, n. 15, jan.-jun. 2005. p. 128-146. Disponível em: <[http://institucional.us.es/araucaria/nro15/monogr15\\_3.pdf](http://institucional.us.es/araucaria/nro15/monogr15_3.pdf)>. Acesso em: 23 jul. 2014. p. 140.

fragilização dos direitos fundamentais sociais. Surge, dessa maneira, a necessidade de que as restrições impingidas aos direitos sociais sejam compatíveis formal e materialmente com a Constituição Federal<sup>186</sup>.

As restrições serão formalmente compatíveis na medida em que observarem a hierarquia superior das normas constitucionais e, por isso, a competência, a forma e o procedimento adotados para limitar o direito ou restringir o seu exercício deve estar em consonância com a Lei Maior. As restrições serão consideradas materialmente compatíveis se a eficácia dos direitos fundamentais for garantida. Entre os limites impostos aos limites dos direitos fundamentais sociais cita-se: o princípio da dignidade da pessoa humana, a garantia do núcleo essencial, a proporcionalidade e a proibição do retrocesso social<sup>187</sup>.

O princípio da dignidade da pessoa humana, conforme ressaltado no capítulo anterior, trata-se de um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, previsto no artigo 1º, inciso III, da CF/88. Daí se conclui que “o Estado existe em função da pessoa humana, disso inferindo-se que aquilo que dá sentido, atribui finalidade e justifica o poder estatal, o legitimando, assim como a própria existência do Estado, é a afirmação e garantia da dignidade da pessoa humana.”<sup>188</sup> Na Carta Magna, o princípio da dignidade da pessoa humana assume uma dupla dimensão, representando um limite às restrições impostas aos direitos fundamentais (dimensão negativa) e uma tarefa aos poderes estatais e à comunidade:

Como limite, dignidade da pessoa humana não apenas implica que a pessoa não pode ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros, como também o fato de que a dignidade gera direitos fundamentais (negativos) contra atos que a violem ou a exponham a grave ameaça, sejam tais atos oriundos do Estado, sejam provenientes de atores privados. Como tarefa, a dignidade implica deveres vinculativos de tutela por parte dos órgãos estatais, com o objetivo de proteger a dignidade de todos, assegurando-lhe, também por meio de medidas positivas (prestações), o devido respeito e promoção, assim como decorem deveres fundamentais (inclusive de tutela) por parte de outras pessoas.<sup>189</sup>

A garantia de uma vida digna constitui-se “parâmetro necessário para a justiciabilidade dos direitos sociais prestacionais”<sup>190</sup> e tal princípio “pode ser tido como

<sup>186</sup> SARLET, 2011, p. 394.

<sup>187</sup> SARLET, 2011, p. 395.

<sup>188</sup> SARLET, 2011, p. 182.

<sup>189</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Art. 1º, III – a dignidade da pessoa humana. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. et al. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013c. p. 125.

<sup>190</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição do retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érika Paula Barcha (Coord.). *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 98.

verdadeiro limite material implícito autônomo ao poder de reforma da Constituição.”<sup>191</sup> Afinal, por revelar a essência e integrar a identidade da Lei Fundamental, toda decisão judicial baseada em qualquer preceito normativo vigente no ordenamento jurídico além de buscar a concretização da dignidade humana, não poderá colocá-la em risco ou subjugar-la.

O alicerce dos direitos fundamentais encontra-se na dignidade da pessoa humana, cuja intensidade com que se faz presente em cada direito fundamental varia. A maioria dos direitos fundamentais contém não apenas conteúdo e significado específicos, mas também um conteúdo que remete à dignidade da pessoa humana. Dessa maneira, se “o conteúdo do direito fundamental caracteriza-se por uma tão intensa identificação com a dignidade da pessoa humana resultaria inviável a respectiva restrição, eis que tal importaria ofensa direta e manifesta àquele princípio.”<sup>192</sup> Logo, o estabelecimento de restrições aos direitos fundamentais sociais mostra-se viável desde que tais ingerências não excedam o limite intangível delineado pela dignidade da pessoa humana.

Outro limite que deve necessariamente ser observado é a garantia de proteção do seu núcleo essencial. O núcleo essencial de um direito fundamental é composto por elementos inerentes e inseparáveis, ou seja, pela fração sem a qual ele perde a sua mínima eficácia e é destituído do seu caráter duplamente fundamental. Em outros termos, “o núcleo essencial compreende o conjunto de elementos essenciais à configuração de um direito como tal, insuscetíveis de supressão ou alteração, sem que, com isso, ocorra a descaracterização do conteúdo e/ou estrutura do direito.”<sup>193</sup> Desse modo, nenhum limite imposto aos direitos fundamentais pode destituí-los desse mínimo de eficácia indisponível, sob pena de haver o esvaziamento do seu significado<sup>194</sup>.

Quanto ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, destaca-se que

[...] a exata determinação de qual o núcleo essencial de um direito dificilmente poderá ser estabelecida em abstrato e por antecipação, de tal sorte que, ainda que se possa controverter sobre aspectos importantes de sua formulação doutrinária, a razão de fato parece estar com Virgílio Afonso da Silva, ao afirmar que ‘o conteúdo essencial dos direitos fundamentais é definido a partir da relação entre as diversas variáveis – e de todos os problemas que as cercam – como o suporte fático dos direitos fundamentais (amplo ou restrito) e a relação entre os direitos e as suas restrições (teorias externa ou interna).’<sup>195</sup>

<sup>191</sup> SARLET, 2011, p. 108.

<sup>192</sup> FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos fundamentais: limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 177.

<sup>193</sup> SARLET, 2013e, p. 543.

<sup>194</sup> SARLET, 2011, p. 402.

<sup>195</sup> SARLET, 2011, p. 404.

Para a teoria relativa, o conteúdo do núcleo essencial de cada direito fundamental é variável em cada caso concreto, pois está submetido a um juízo de ponderação do qual se extrai se a medida restritiva é adequada, inevitável e proporcional. Desse modo, mesmo que se admita a realização de restrições aos direitos fundamentais, “toda e qualquer afetação desvantajosa do conteúdo essencial do direito fundamental é constitucionalmente inadequada, por isso que inconstitucional.”<sup>196</sup> Em contraposição, para a teoria absoluta o conteúdo consubstanciador do núcleo essencial de cada direito fundamental é permanente e não se subordina ao caso concreto, devendo ser objetivamente considerado, enquanto instituição jurídica abstrata.

Tem prevalecido a posição de que o essencial de cada direito fundamental social só ocorre no caso concreto, após a ponderação que abrange as restrições impostas sobre o âmbito de proteção do direito limitado. Segundo Sarlet, “a garantia de condições materiais mínimas à vida com dignidade e certa qualidade” pode ser considerada como o parâmetro inicial para a definição do que constitui o núcleo essencial<sup>197</sup>.

Além do princípio da dignidade da pessoa humana e da garantia ao núcleo essencial, a proporcionalidade também opera como limite dos limites aos direitos fundamentais. Para tanto, ela é subdividida em proibição de excesso e proibição da proteção insuficiente. Em sua primeira perspectiva, é composta pelos subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. A adequação exige que o meio utilizado deve ser apto para atingir o resultado constitucionalmente desejável; a necessidade reflete no fato de que as medidas restritivas de direitos fundamentais não devem produzir intervenções que poderiam ser menos drásticas se outro meio apto para atingir o resultado desejado tivesse sido escolhido; e, a proporcionalidade em sentido estrito sustenta que deve existir uma “relação custo benefício entre o resultado obtido pelo emprego do meio eleito e a afetação desvantajosa a direitos fundamentais”, ou seja, deve haver um equilíbrio entre os meios utilizados e os fins desejados<sup>198</sup>.

Outrossim, o princípio da proporcionalidade é uma ferramenta de controle e fiscalização dos atos praticados pelos poderes públicos. Para efetivar seus fins, por vezes, o Estado intervém drasticamente nos direitos do cidadão e, outras vezes, atua de modo insuficiente, deixando de conferir-lhes proteção efetiva. Nesse sentido, afirma-se:

---

<sup>196</sup> FREITAS, 2007, p. 196-197.

<sup>197</sup> SARLET, 2013e, p. 543.

<sup>198</sup> FREITAS, 2007, p. 211.

[...] o princípio da proporcionalidade possui como que uma dupla face, atuando simultaneamente como critério para o controle da legitimidade constitucional de medidas restritivas do âmbito de proteção de direitos fundamentais [proibição do excesso], bem como para o controle da omissão ou atuação insuficiente do Estado no cumprimento de seus deveres de proteção [proibição de insuficiência]. Em suma, desproporções – para mais ou para menos – caracterizam violações ao princípio [da proporcionalidade].<sup>199</sup>

Quando o Estado frustrar o dever de proteção constitucionalmente exigido, o princípio da proporcionalidade deve ser utilizado para controlar a omissão ou a atuação insuficiente. A proibição da proteção insuficiente igualmente pode ser analisada sob a perspectiva trifásica antes destacada. Nessa perspectiva, em primeiro lugar, deve-se verificar se a medida adotada é realmente apta para proteger o direito fundamental. Além disso, deve-se verificar se não existe um meio mais eficiente de proteção. Por último, deve-se investigar se, após a efetivação das medidas de proteção, as ameaças remanescentes ao direito fundamental podem ser toleradas “em face de uma ponderação com a necessidade de preservar outros direitos e bens fundamentais pessoais ou coletivos.”<sup>200</sup>

O controle exercido pelo princípio da proporcionalidade poderá se dar sob a própria lei, pois a sua existência não pode legitimar uma intervenção irrestrita nos direitos fundamentais dos indivíduos. As restrições consagradas pelo legislador devem ser proporcionais, ou seja, adequadas e justificadas pelo interesse da coletividade. Dessa maneira, guiado pelo princípio sobredito, deve-se analisar as finalidades pretendidas pelo legislador com os limites formalizados e a necessidade da utilização de limites, assim como se deve realizar uma necessária “ponderação entre a restrição a ser imposta aos cidadãos e os objetivos pretendidos.”<sup>201</sup>

O princípio da proporcionalidade pode ser empregado pelos órgãos estatais quando se verificar a carência de recursos para concretizar os preceitos normativos da Lei Maior. Nesse caso, os interesses em conflito são ponderados e os subprincípios inerentes ao princípio da proporcionalidade são considerados na tentativa de se obter uma solução jurídica de acordo com os preceitos básicos da Constituição Federal. “Em hipótese alguma admitir-se-á, todavia, o sacrifício, o desprezo e a distribuição da medula normativa de nível constitucional que compõe a estrutura daqueles direitos – sociais.”<sup>202</sup>

Por fim, o princípio da proibição do retrocesso social também atua como limite dos limites impostos aos direitos fundamentais. Ele significa que tanto o legislador, após

---

<sup>199</sup> SARLET, 2011, p. 397.

<sup>200</sup> SARLET, 2013f, p. 203-205.

<sup>201</sup> MORAES, 2011, p. 28.

<sup>202</sup> BONAVIDES, 2011, p. 660.

concretizar determinado direito social no plano infraconstitucional, quanto os órgãos executivos, após a elaboração e execução de políticas públicas para efetivar os direitos sociais, não podem voltar atrás e suprimir ou relativizar o grau de proteção já atribuído, uma vez que diretamente relacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana<sup>203</sup>.

Além dessa salvaguarda contra a afetação aos níveis de proteção já concretizados das normas de direitos sociais, os quais visam a materializar o princípio da dignidade da pessoa humana, a proibição do retrocesso social também diz respeito a um dever de implementação progressiva dos direitos sociais, devendo ser permanentemente desenvolvidos e adaptados às transformações da realidade. Em consequência, uma medida que acarrete retrocesso no nível de proteção já efetivado de determinado direito social somente será aceitável se, além de possuir justificativa constitucional, seja suficientemente eficaz na proteção do núcleo essencial daquele direito fundamental que “se encontra condicionado pelas circunstâncias históricas, geográficas, sociais, econômicas e culturais em cada lugar e momento em que estiver em causa.”<sup>204</sup> Tal exigência é uma forma de assegurar segurança jurídica e a confiança na estabilidade e continuidade do Direito e a preservação do núcleo essencial dos direitos sociais.

A título de conclusão, no presente tópico, observou-se que a proteção conferida aos direitos fundamentais não é ilimitada, pois eles não são absolutos. Diante disso, admite-se a incidência de limites sobre o âmbito de proteção dos direitos fundamentais. Entretanto, não poderá haver o esvaziamento do núcleo essencial de cada direito fundamental após as restrições sobreditas, sob pena de flagrante violação à dignidade humana.

### **3.5 A atuação do Poder Judiciário na concretização do direito à saúde**

Diante da inércia do Poder Legislativo em elaborar normas regulamentadoras dos dispositivos constitucionais referentes ao direito social fundamental à saúde, e do Poder Executivo em efetivar as políticas públicas concretizadoras das prestações sociais, o Poder Judiciário tem sido frequentemente demandado, principalmente por meio de ações judiciais individuais que objetivam obter as prestações necessárias à promoção e à proteção da saúde.

Em primeiro lugar, cumpre diferenciar as denominações “judicialização da política” e “ativismo judicial”. Enquanto a última consiste em uma intervenção judicial exagerada, a

---

<sup>203</sup> SARLET, 2011, p. 452.

<sup>204</sup> SARLET, 2011, p. 455.

primeira trata-se de uma interferência legítima<sup>205</sup>. O ativismo judicial “diz respeito ao abuso do poder judicial, uma judicialização excessiva a ponto de tornar o Judiciário um poder supremo.”<sup>206</sup> Barroso compreende esse fenômeno como uma tentativa de expandir o Poder Judiciário por meio da interpretação constitucional “para suprir lacunas, sanar omissões legislativas ou determinar políticas públicas quando ausentes ou insuficientes.”<sup>207</sup>

Já a judicialização da política consiste na atuação diligente do juiz que atende os prazos processuais e os seus deveres funcionais, pois está preocupado com a “adequação do Direito à realidade de sua época, de modo a consagrar os valores em vigor.”<sup>208</sup> Isso significa que questões políticas, sociais e morais relevantes estão sendo decididas pelo Judiciário. Barroso aponta como causas desse fenômeno a importância do Judiciário na proteção dos direitos fundamentais, “uma certa desilusão com a política majoritária”, o fato de que muitas vezes as figuras políticas preferirem que o Judiciário decida as questões polêmicas para evitar desgastes com o eleitorado e a grande quantidade de legitimados para propor ações diretas perante o STF. Para o autor, toda vez que uma matéria é inserida na Constituição, sua judicialização é possível<sup>209</sup>.

Cumpra, igualmente, esclarecer que as “políticas públicas” são os meios por meio dos quais as atividades estatais são organizadas para realizar os objetivos sociais do Estado. Dessa forma, elas envolvem a prestação de serviços, a elaboração de um conjunto normativo adequado, a regulação eficiente e o desenvolvimento de uma política de fomento a fim de “reduzir os esforços públicos e as iniciativas privadas para o atingimento dos fins considerados valiosos pela Constituição e pela Sociedade.”<sup>210</sup>

Inúmeras críticas têm sido formuladas ao fenômeno da juridicização das políticas públicas implementadoras dos direitos sociais, como por exemplo, o desrespeito à separação dos poderes e aos critérios de dotação orçamentária.

<sup>205</sup> FARO, Julio Pinheiro; GOMES, Marcelo Sant’Ana Vieira Gomes; PESSANHA, Jaqueline Fraga. O controle judicial das políticas públicas como forma de tutela dos direitos coletivos: a perspectiva da saúde. *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*, Porto Alegre: Tribunal de Publicações Jurídicas, ano 61, n. 432, out. 2013.

<sup>206</sup> FARO; GOMES; PESSANHA, 2013.

<sup>207</sup> BARROSO, Luís Roberto. Introdução. In: \_\_\_\_\_. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Fórum: Belo Horizonte, 2012. p. 17. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI168919,51045-O+constitucionalismo+democratico+no+Brasil+cronica+de+um+sucesso>>. Acesso em: 28 jul. 2014.

<sup>208</sup> FARO; GOMES; PESSANHA, 2013.

<sup>209</sup> BARROSO, 2012, p. 16.

<sup>210</sup> BARCELLOS, Ana Paula. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 102.

Nesse sentido, Mendes assevera:

[...] é a dimensão prestacional (positiva) dos direitos sociais o principal argumento contrário à sua judicialização. A dependência de recursos econômicos para a efetivação dos direitos de caráter social leva parte da doutrina a defender que as normas que consagram tais direitos assumem a feição de normas programáticas, dependentes, portanto, da formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis. Nesse sentido, também se defende que a intervenção do Poder Judiciário, ante a omissão estatal quanto à construção satisfatória dessas políticas, violaria o princípio da separação dos poderes e o princípio da reserva do financeiramente possível.<sup>211</sup>

Os doutrinadores contrários ao controle judicial das políticas públicas sustentam que a concretização dos direitos nelas consagrados está submetida à discricionariedade dos órgãos administrativos e, portanto, submetidos à conveniência e à oportunidade do administrador público. Sendo assim, o Poder Judiciário não poderia interferir, sob pena de violação ao princípio da separação de poderes<sup>212</sup>, pois haveria uma usurpação de direitos da maioria, já que para decidir o juiz ignora as decisões majoritárias tomadas pelo legislador eleito. Essa crítica teria relevância se as condições básicas de vida já tivessem sido implementadas. Como isso não se verifica, na maioria das vezes o Judiciário intervém com esse propósito em atendimento às disposições constitucionais<sup>213</sup>.

Outrossim, o direito fundamental à inafastabilidade da jurisdição, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da CF/88 “já é bastante para fragilizar o argumento da inviabilidade do controle judicial das políticas públicas.”<sup>214</sup> Ainda que o Poder Judiciário não deva substituir o Legislativo, os direitos sociais são, em primeiro lugar, direitos do indivíduo e não podem ser destituídos de toda sua eficácia porque a elaboração das políticas públicas ou dos atos normativos estão condicionados às decisões majoritárias do legislador. Isso porque o Estado brasileiro é fundado na dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, “cada pessoa tem a si assegurada uma esfera de autonomia e liberdade individual que não pode ser comprimida nem restringida.”<sup>215</sup>

O constituinte considera o direito à saúde essencial e, por isso, classificou no artigo 197 da Lei Fundamental as ações e serviços necessários à sua concretização como de relevância pública. Desse modo, a atuação do Poder Judiciário será considerada legítima quando o legislador infraconstitucional e o administrador público descumprirem o dever de

<sup>211</sup> MENDES, 2010, p. 829.

<sup>212</sup> PIOVESAN; VIEIRA, 2005, p. 144.

<sup>213</sup> PIOVESAN; VIEIRA, 2005, p. 133.

<sup>214</sup> SARLET, 2013e, p. 544.

<sup>215</sup> SARLET, 2013e, p. 544-548.

regulamentar e executar as políticas públicas em voga<sup>216</sup>. Certamente, cabe, em primeiro lugar, aos Poderes Legislativo e Executivo determinar as ações necessárias à proteção dos direitos fundamentais sociais. No entanto, “a alegação de violação da separação dos Poderes não justifica a inércia do Poder Executivo em cumprir seu dever constitucional de garantir o direito à saúde (art. 196), legalmente estabelecido pelas normas que regem o Sistema Único de Saúde.”<sup>217</sup>

Outro argumento contrário à intervenção judicial na realização dos direitos sociais a prestações funda-se nos reflexos econômicos, financeiros e orçamentários inerentes à sua materialização. Como a efetividade dos direitos sociais depende da disponibilidade desses recursos, isso implicaria a impossibilidade de o Judiciário determinar a satisfação de tais prestações, pois em vista dos custos para realização dos direitos sociais mínimos a um grande número de pessoas, um percentual elevado do orçamento disponível estaria comprometido se prevalecer o entendimento de que eles podem ser irrestritamente exigíveis judicialmente.

O destinatário das normas consagradoras dos direitos sociais deve ter o poder de disposição e de decisão sobre a prestação reclamada, ou seja, o poder de vincular os recursos públicos à satisfação das prestações sociais. Como o “exercício dessa competência caberia aos órgãos políticos, sobretudo ao legislador”<sup>218</sup>, o Poder Judiciário seria ilegítimo para tanto.

Compete à Administração Pública implementar as políticas públicas, pois apenas por meio delas “o Estado poderá, de forma sistemática e abrangente, realizar os fins previstos na Constituição (e muitas vezes detalhados pelo legislador), sobretudo no que diz respeito aos direitos fundamentais cuja fruição direta dependa de ações.”<sup>219</sup> Como tal ação estatal envolve gasto de dinheiro público e esses recursos são limitados, faz-se necessário escolher em que o dinheiro será investido. Entretanto, para isso, deve-se observar os fins estabelecidos pela Lei Maior. Sendo assim, tais escolhas não estão unicamente reservadas à discricionariedade administrativa, pois recebem influência direta das normas jurídicas constitucionais.

Para melhor esclarecer o exposto acima, Barcellos aduz:

---

<sup>216</sup> MENDES, 2010, p. 832.

<sup>217</sup> MENDES, 2010, p. 837.

<sup>218</sup> SARLET, 2013e, p. 544-545.

<sup>219</sup> BARCELLOS, 2010, p. 106.

Visualize-se novamente a relação existente entre os vários elementos que se acaba de expor: (i) a Constituição estabelece como um de seus fins essenciais a garantia e a promoção dos direitos fundamentais; (ii) as políticas públicas constituem o meio pelo qual os fins constitucionais podem ser realizados de forma sistemática e abrangente; (iii) as políticas públicas envolvem gasto de dinheiro público; (iv) os recursos públicos são limitados e é preciso fazer escolhas; logo, em certa medida (v) a Constituição vincula as escolhas em matéria de políticas públicas e o gasto dos recursos públicos.<sup>220</sup>

Dessa forma, ao definir em que serão gastos os recursos econômicos estatais, é possível realizar os fins constitucionais. Há, portanto, uma relação lógica entre o controle jurisdicional das políticas públicas e a realização das prioridades constitucionais. Isso pode ser facilmente constatado se se perceber que “a impossibilidade de controle em tais hipóteses acabaria por esvaziar a normatividade de boa parte dos comandos constitucionais relacionados com os direitos fundamentais, cuja garantia e promoção dependem, em larga escala, das políticas públicas.”<sup>221</sup>

Há, ainda, quem afirme que o elevado nível de justiciabilidade das prestações de saúde afeta a estabilidade e a sustentabilidade das políticas públicas planejadas pela Administração Pública e a organização do SUS<sup>222</sup>. Obviamente, em relação ao mérito das escolhas realizadas e à eleição das prioridades atendidas pelo Legislador e pelo Administrador não cabe interferência judicial. No entanto, as políticas públicas são sindicáveis no que se refere à “legitimidade e na legalidade dessas escolhas à luz das regras e dos princípios consagrados na Constituição Federal”<sup>223</sup>. Isso quer dizer que, além dos casos de omissão, em vista da ausência de regulamentação normativa e também devido à não elaboração ou efetivação das políticas públicas asseguradoras de prestações positivas aos cidadãos, o controle judicial poderá ocorrer se o agente público tomar uma decisão desproporcional, desarrazoada, ou seja, se a decisão foi inoportuna e inconveniente.

O que se verifica, normalmente, são determinações judiciais impondo o cumprimento das políticas públicas na área da saúde já definidas pelo legislador e não uma intervenção judicial em decorrência da ausência absoluta de políticas públicas direcionadas à proteção do direito à saúde. “Portanto, não se cogita do problema da interferência judicial em âmbitos de

<sup>220</sup> BARCELLOS, 2010, p. 106.

<sup>221</sup> BARCELLOS, 2010, p. 106-107.

<sup>222</sup> BINS, Denise Dias de Castro. Panorama do direito Constitucional à saúde no contexto brasileiro: consagração, acesso e judicialização. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre: Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, n.56, out. 2013. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao056/Denise\\_Bins.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao056/Denise_Bins.html)>. Acesso em: 23 jul. 2014.

<sup>223</sup> BINS, 2013.

livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros poderes quanto à formulação de políticas públicas.”<sup>224</sup>

Ainda assim, ressalta-se que o crescimento do controle realizado pelo Poder Judiciário em decorrência da autonomia adquirida pelo direito e a conseqüente diminuição da liberdade do legislador devido ao caráter analítico dos textos constitucionais e à previsão de amplo acesso à jurisdição, não deve diminuir o espaço ocupado pelo Poder Legislativo em relação aos outros poderes do Estado, sob pena de diminuir drasticamente a democracia e descaracterizar o Estado Democrático de Direito<sup>225</sup>.

Alexy sustenta que a atuação do Poder Judiciário vai desde “a constatação de uma inconstitucionalidade, passando pelo estabelecimento de um prazo dentro do qual deve ocorrer uma legislação compatível com a Constituição, até a denominação judicial daquilo que é obrigatório em virtude da Constituição.”<sup>226</sup> Independentemente do motivo para o qual o Judiciário é provocado, as decisões que determinem a entrega de um bem ou a prestação de um serviço na área da saúde sem tutela legislativa ou não concretizados devido à inércia da Administração Pública, devem sempre ter como parâmetro a dignidade da pessoa humana e a garantia do mínimo existencial, o qual será devidamente abordado no capítulo seguinte.

Ainda, sustenta-se que o Poder Judiciário tem como objetivo encontrar soluções aos casos concretos que lhe são apresentados e, em decorrência disso, “muitas vezes não teria condições de, ao examinar determinada pretensão à prestação de um direito social, analisar as conseqüências globais da destinação de recursos públicos em benefício da parte com invariável prejuízo para o todo.”<sup>227</sup> Essa intervenção do Poder Judiciário na concretização de ações na área da saúde tem gerado conflito entre os legisladores e os administradores das políticas públicas, os quais, em muitos casos, “se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área da saúde e além das possibilidades orçamentárias.”<sup>228</sup>

Faro, Gomes e Pessanha asseveram que o Poder Judiciário não possui legitimidade para conceder tutelas individuais na área da saúde. Isso porque o controle atomizado das políticas públicas repercute concretamente nos direitos de outras pessoas que não participaram

---

<sup>224</sup> MENDES, 2010, p. 835.

<sup>225</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e princípios da interpretação constitucional*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. et al. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 79.

<sup>226</sup> ALEXY, 2011. p. 514.

<sup>227</sup> MENDES, 2010, p. 829.

<sup>228</sup> MENDES, 2010, p. 830.

do processo<sup>229</sup>. De acordo com essa perspectiva, apenas ações coletivas podem ensejar um controle judicial legítimo. Nesse sentido, para os referidos autores “nem mesmo em situação de necessidade extrema pode haver uma tutela atomizada, já que, do contrário, o benefício concedido a um único indivíduo resultaria no prejuízo da coletividade.”<sup>230</sup> Em contraposição, Barroso aduz que o Poder Judiciário possui uma atuação decisiva na concretização da Constituição. Desse modo, toda vez que a Lei Fundamental cria um direito subjetivo individual ou social ele é exigível na via judicial. Isso decorre do fato de que os dispositivos constitucionais são considerados normas diretamente exigíveis<sup>231</sup>.

Certamente, mais adequado seria se a Administração Pública efetivasse os direitos sociais por meio da implementação de políticas públicas, pois elas direcionam as verbas públicas de modo eficaz e racional, atendendo a todos, indistintamente<sup>232</sup>. No entanto, quem necessita não pode depender da vontade do Administrador em concretizar as prestações na área da saúde.

A respeito da legitimidade do Poder Judiciário nos casos de omissão estatal na implementação de políticas públicas asseguradas pela CF/88, a decisão da 2ª Turma do STF, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 639.337/SP, de relatoria do Ministro Celso de Mello, dispôs que, embora os Poderes Executivo e Legislativo possuam a faculdade/dever de formular e executar políticas públicas, excepcionalmente, o Poder Judiciário poderá determiná-las, principalmente para determinar o fornecimento das políticas públicas delineadas pela Lei Maior, quando os órgãos estatais competentes forem omissos e com isso prejudiquem a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais consagrados pela ordem constitucional. Isso porque, nada pode ser mais prejudicial que “elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes”<sup>233</sup>, menosprezando os interesses legítimos da coletividade.

Como visto, a Corte Suprema admite, em casos excepcionais, que o Poder Judiciário realize interferências na implementação e na execução de políticas públicas definidas na CF/88, toda vez que os órgãos incumbidos comprometerem a eficácia dos direitos sociais com

---

<sup>229</sup> FARO; GOMES; PESSANHA, 2013.

<sup>230</sup> FARO; GOMES; PESSANHA, 2013.

<sup>231</sup> BARROSO, 2012, p. 6.

<sup>232</sup> GLOECKNER, 2003, p. 240.

<sup>233</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 639.337/SP*. Segunda Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 23 de agosto de 2011. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 10 out. 2013.

a sua omissão. Nessa perspectiva, o controle judicial sobre as omissões e os atos praticados pelos Poderes Legislativo e Executivo não constitui violação ao princípio da separação dos poderes, pois a realidade denota que o Estado tem dispensado prestações insuficientes e ineficazes para atender as necessidades da população, justificando-se a atuação do Poder Judiciário<sup>234</sup>.

Ainda, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45, o STF, em decisão proferida pelo Ministro Relator Celso de Mello, em que pese tenha sido julgado prejudicado o mérito, houve pronunciamento sobre o tema ora versado. Consoante o referido Ministro, sabe-se que não incumbe, em um primeiro momento, ao Poder Judiciário formular e implementar políticas públicas. Excepcionalmente, tal incumbência poderá ser atribuída ao Poder Judiciário quando os órgãos estatais competentes comprometerem a eficácia dos direitos constitucionais com sua omissão ou comportamento abusivo, ainda que se tratem de dispositivos revestidos de caráter programático. Afinal, os direitos sociais, econômicos e culturais destinam-se a evitar a corrosão daquele “núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo.”<sup>235</sup>

Consoante a decisão, quando os Poderes do Estado com incumbência para elaborar e executar as políticas públicas concretizadoras dos direitos sociais assegurados pela Constituição deixarem de fazê-lo, sua atitude prejudica diretamente a concretização do mínimo existencial consubstanciador das garantias mínimas necessárias a uma vida digna. Por isso, considera-se legítima a atuação do Poder Judiciário.

Os Poderes Públicos não podem ser inertes na efetivação dos direitos sociais. Afinal, a Carta Política foi elaborada para ser cumprida integralmente, e não como julgarem conveniente os governantes, em detrimento dos interesses dos cidadãos. A efetivação dos direitos sociais mostra-se vinculada à igualdade, à solidariedade, à distribuição de renda, objetivos que visam à integração social dos grupos vulneráveis. Para que tal mister seja alcançado, as políticas públicas voltadas à implementação dos direitos sociais e, em especial,

---

<sup>234</sup> SCHEID, Cintia Maria. A efetivação dos direitos sociais pelo Poder Judiciário: o mínimo existencial como parâmetro. *Anais do XVIII Encontro Nacional do Conpedi – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito*, Maringá, 2009. p. 1705. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/anais/36/03\\_1720.pdf](http://www.conpedi.org.br/anais/36/03_1720.pdf)>. Acesso em: 20 out. 2013.

<sup>235</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 45*, Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 29 de abril de 2004. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 02 ago. 2012.

do direito à saúde, devem ser tratadas como direito dos cidadãos e dever do Estado, mas não como caridade dos governantes.<sup>236</sup>

Desse modo, a atividade judiciária possui um papel relevante na concretização dos direitos fundamentais sociais. Por mais que a separação dos poderes estatais não constitua um óbice intransponível, trata-se de um limite evidente característico do Estado de Direito, no qual as tarefas estatais são distribuídas. Desse modo, não é facultado ao Judiciário substituir o legislador na sua tarefa de criar o direito<sup>237</sup>. Entretanto, toda vez que uma demanda for ajuizada e buscar o fornecimento de prestações para concretizar direitos sociais, tanto a autoridade judiciária, quanto as autoridades executivas e legislativas não poderão se eximir “da obrigação constitucional de fazer valer a observância das regras e princípios de proteção a semelhantes direitos estampados na Lei Suprema.”<sup>238</sup>

Como o direito à saúde é, em primeiro lugar, um direito de cada pessoa, pois intimamente relacionado e necessário à proteção da vida, da integridade e da dignidade humana, não há como afastar a tutela jurisdicional individual quando se postula a concessão de prestações materiais. O acesso à jurisdição é uma garantia constitucional de cada indivíduo, motivo pelo qual não há como refutar a “possibilidade de judicialização das demandas por prestações materiais de caráter individual relacionadas ao direito à saúde<sup>239</sup>”.

Sarlet ressalta que, reconhecer o direito à saúde como um direito subjetivo individual a prestações materiais, depreendido diretamente da CF/88 e necessário à preservação da vida humana, é uma exigência inafastável de todos os Estados que incluam entre seus valores a dignidade humana e a justiça. Sendo assim, não devem prevalecer os argumentos costumeiramente opostos pelos poderes públicos, tais como a eficácia limitada do direito à saúde, a insuficiência de recursos financeiros, a incompetência do Judiciário para decidir sobre a aplicação dos recursos públicos<sup>240</sup>.

Em síntese, o Estado tem o dever de formular e de realizar políticas públicas para garantir o acesso de todos ao direito à saúde. A decisão judicial que assegura esse direito pressupõe que ele decorre do direito à vida e é, portanto, inalienável e indisponível. Nesse sentido, os interesses financeiros do Estado são secundários e não podem constituir obstáculo

---

<sup>236</sup> PIOVESAN, 2010, p. 67-68.

<sup>237</sup> SARLET, 2011, p. 138.

<sup>238</sup> BONAVIDES, 2011, p. 660.

<sup>239</sup> SARLET, 2013a, p. 1.135.

<sup>240</sup> SARLET, 2011, p. 325.

à efetivação do direito à saúde<sup>241</sup>. Igualmente, a justiciabilidade do direito à saúde não pode ser afastada pela cláusula da separação dos poderes.

---

<sup>241</sup> PIOVESAN; VIEIRA, 2005, p. 144.

#### **4 O MÍNIMO EXISTENCIAL COMO CRITÉRIO DE ANÁLISE DA (IN)VIABILIDADE DE CONCESSÃO DE TRATAMENTO DE SAÚDE NO EXTERIOR PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Depois de averiguar a historicidade e o processo de constitucionalização dos direitos fundamentais sociais, compreender a natureza, o grau de eficácia e as implicações decorrentes do reconhecimento do direito à saúde como direito social e fundamental, mostra-se necessário discorrer sobre a viabilidade ou não do fornecimento de tratamento de saúde no exterior pela Administração Pública.

Tendo em vista que o critério do mínimo existencial norteará tal análise, no capítulo que segue sistematizam-se os significados a ele conferidos pela doutrina e pela jurisprudência e as implicações dele decorrentes sobre a reserva do possível. Ademais, será demonstrado como o mínimo existencial repercute sobre o direito à saúde e, especificamente, se ele torna viável ou não a concessão de tratamento de saúde no exterior pelo Poder Público.

Para tanto, serão abordados alguns aspectos de um processo judicial em trâmite que busca a concessão de transplante multivisceral nos Estados Unidos custeado pela Administração Pública para tratar uma menor portadora da Síndrome de Berdon. A partir das observações elaboradas em relação ao referido caso concreto, serão estabelecidos os parâmetros para o fornecimento de tratamento médico no exterior caso constatada a sua viabilidade, a fim de racionalizar a prestação de saúde pelo Estado.

##### **4.1 Os significados do mínimo existencial**

Neste ponto da pesquisa, cumpre discorrer acerca do critério do mínimo existencial, ressaltando as conotações a ele atribuídas pelos estudiosos no assunto, estabelecendo os seus limites teóricos e fáticos e ressaltando as consequências decorrentes da sua adoção como critério de análise, tendo em vista sua aplicação constante pelo Poder Judiciário brasileiro na solução dos litígios que envolvem o direito à saúde.

O mínimo existencial tem sido definido como a “garantia do mínimo indispensável para uma existência digna”<sup>242</sup>, ou ainda, “como todo conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, no sentido de uma vida saudável”<sup>243</sup>. Nesse sentido, todo o ser humano deveria ter acesso, pelo menos, a um conjunto

<sup>242</sup> SARLET; FIGUEIREDO, 2010, p. 20.

<sup>243</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 62.

mínimo de bens e serviços lhe garantam sobreviver com dignidade. Isso ocorrerá quando o indivíduo desfrutar de recursos como alimentação, vestimentas, moradia, saúde, educação, lazer, assistência e previdência social, proteção ao trabalhador, uma renda mínima, água potável, saneamento básico, energia elétrica, transporte, entre outros.

O acesso efetivo a tais prestações permitem-lhe inserir-se na sociedade e participar ativamente da sua organização, ou seja, asseguram-lhe autonomia, a qual “envolve a capacidade de autodeterminação do indivíduo, de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente a sua personalidade.”<sup>244</sup> A dignidade humana, enquanto autonomia, reflete no poder de fazer livremente valorações e escolhas sem imposições externas. Sob esse ponto de vista, a autonomia presume a satisfação do mínimo existencial, afinal,

Para poder ser livre, igual e capaz de exercer plenamente a sua cidadania, todo indivíduo precisa ter satisfeitas as necessidades indispensáveis à sua existência física e psíquica. O mínimo existencial corresponde ao núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais e seu conteúdo corresponde às pré-condições para o exercício dos direitos individuais e políticos, da autonomia privada e pública.<sup>245</sup>

Barcellos define o mínimo existencial como a “fração do núcleo da dignidade da pessoa humana”<sup>246</sup> que tem força vinculativa, cabendo ao ente estatal cumprir as prestações mínimas por ele abrangidas. Nesse sentido, o mínimo existencial representa uma garantia contra o Estado, se ele não concretizar adequadamente o conteúdo mínimo dos direitos fundamentais. O mínimo existencial não decorre apenas do direito à saúde ou à educação, por exemplo, mas é formado pela reunião das diversas frações essenciais de cada direito fundamental, as quais compõem “um núcleo relativamente autônomo em relação aos direitos que o formam”<sup>247</sup>.

Assim, afirma-se que o mínimo existencial é composto pela reunião da fração mínima e irrenunciável de cada direito fundamental individualmente considerado. Em decorrência disso, fala-se até em um direito subjetivo a prestações mínimas que devem ser alcançadas a todos, sem distinções, pelo Estado brasileiro. “Assim, ao menos o ‘mínimo existencial’ de

---

<sup>244</sup> BARROSO, 2012, p. 22.

<sup>245</sup> BARROSO, 2012, p. 23.

<sup>246</sup> BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 248.

<sup>247</sup> GOMES, Gustavo de Mendonça. Em busca de um conteúdo para o mínimo existencial: a construção da norma no caso concreto e os parâmetros a serem utilizados. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre: Ajuris, v. 39, n. 128, dez. 2012. p. 182.

cada um dos direitos, exigência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana, não poderia deixar de ser objeto de apreciação judicial.”<sup>248</sup>

Nessa perspectiva, a atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais justifica-se porque o mínimo existencial está intimamente relacionado ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana<sup>249</sup>, apesar de a fundamentalidade dos direitos sociais não se resumir ao conteúdo do mínimo existencial<sup>250</sup>. Para Barcellos, “somente as prestações que compõem o mínimo existencial poderão ser exigidas judicialmente de forma direta”<sup>251</sup>. As outras esferas de cada direito fundamental, nesse sentido, apenas possuem “eficácia negativa, interpretativa e vedativa do retrocesso, como preservação do pluralismo e do debate democrático.”<sup>252</sup>

Para Torres, o mínimo existencial constitui-se um “um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas”<sup>253</sup>. Trata-se de um direito subjetivo oponível à Administração Pública. As consequências do seu reconhecimento é o dever de prestar serviços e entregar bens públicos independente de qualquer contraprestação, ainda que não esteja legalmente regulamentado.

O autor sobredito assinala que não obstante o mínimo existencial não esteja previsto expressamente em um dispositivo constitucional, ele possui *status* constitucional. Afinal, trata-se de uma decorrência lógica do direito à vida e à dignidade da pessoa humana<sup>254</sup>. Se tal direito não for garantido, não é possível a sobrevivência do homem, nem uma vida com liberdade, já que o fundamento do mínimo existencial se encontra nas “nas condições para o exercício da liberdade”<sup>255</sup>, na consagração da dignidade da pessoa humana e na proclamação do Estado Social de Direito. Por tais motivos, o desrespeito ao mínimo existencial permite o controle jurisdicional<sup>256</sup>.

---

<sup>248</sup> MENDES, 2010, p. 829.

<sup>249</sup> GOMES, 2012, p. 184.

<sup>250</sup> WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas – mínimo existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judiciáveis. In: GRIVONER, Ada Pelegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 213-224.

<sup>251</sup> WATANABE, 2011, p. 213-224.

<sup>252</sup> WATANABE, 2011, p. 213-224.

<sup>253</sup> TORRES, Ricardo Lobo. Mínimo existencial. In: *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. v. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 141.

<sup>254</sup> SARLET, 2004, p. 59-60.

<sup>255</sup> TORRES, 1999, p. 147.

<sup>256</sup> TORRES, 1999, p. 190.

Sendo assim, para que o mínimo existencial se concretize, ele necessita “do processo democrático, do *due process of law*, da separação e interdependência dos poderes e do federalismo: o trabalho da legislação, da administração e, sobretudo, da jurisprudência contribui para a efetividade das condições mínimas da vida humana digna.”<sup>257</sup> e para complementar e atualizar o conteúdo do mínimo existencial, cujo fundamento primeiro encontra-se na CF/88.

O mínimo existencial não se confunde com o núcleo essencial de cada direito fundamental. O núcleo essencial abrange as prestações materiais relativas a cada direito fundamental indispensáveis para uma vida com dignidade<sup>258</sup>, enquanto o mínimo existencial abrange em seu âmbito de proteção o somatório dos núcleos essenciais dos diversos direitos fundamentais, ou seja, “abrange bem mais do que a garantia da mera sobrevivência física”<sup>259</sup>.

Nesse sentido, afirma-se:

De outra parte, verifica-se que os direitos sociais em espécie (como a assistência social, a saúde, a moradia, a previdência social, o salário mínimo dos trabalhadores) acabam por abarcar certas dimensões do mínimo existencial, ainda que não se reduzam a meras concretizações do mínimo existencial, como parece sustentar parcela da doutrina. Entendemos que os direitos fundamentais sociais não se reduzem ao mínimo existencial (ou à dignidade humana), conquanto as dimensões que densificam o mínimo existencial certamente guardem relação com o núcleo essencial dos direitos sociais, ainda mais se consideradas as peculiaridades e a extensão com que foram positivados pela Constituição de 1988.<sup>260</sup>

Watanabe elencou um rol de direitos fundamentais sociais que constituem o núcleo básico da dignidade da pessoa humana, encontrando-se entre eles os “direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência social, ao acesso à justiça, à moradia, ao trabalho, ao salário mínimo, à proteção à maternidade e à infância.”<sup>261</sup> A concretização dos referidos direitos exige prestações positivas do Estado que pressupõem o dispêndio de recursos financeiros.

Todavia, a definição de quais prestações materiais de cada direito constituem o seu núcleo essencial, que somado dará origem ao mínimo existencial somente será obtida se se levar em conta as circunstâncias espaço-temporais e os padrões sociais, culturais, políticos e econômicos, além das expectativas e necessidades do momento histórico vivenciado<sup>262</sup>. Sendo

<sup>257</sup> TORRES, 1999, p. 185-186.

<sup>258</sup> SARLET, 2013e, p. 546.

<sup>259</sup> SARLET, 2013e, p. 546.

<sup>260</sup> SARLET, 2013e, p. 546.

<sup>261</sup> WATANABE, 2011, p. 213-224.

<sup>262</sup> SARLET; FIGUEIREDO, 2010, p. 21.

assim, o conteúdo do mínimo existencial varia em cada direito fundamental, e, para descobri-lo, deve-se necessariamente contextualizar e interpretar as circunstâncias acima mencionadas.

Dessa forma, afirma-se que “o mínimo existencial, além de variável histórica e geograficamente, é um conceito dinâmico e evolutivo, presidido pelo princípio da proibição do retrocesso, ampliando-se a sua abrangência na medida em que melhoram as condições socioeconômicas do país.”<sup>263</sup>

Bitencourt assevera que a doutrina e a jurisprudência têm dificuldade para definir objetivamente quais esferas dos direitos fundamentais integram o mínimo existencial e dispõem de total proteção do ente estatal<sup>264</sup>. Torres, em contrapartida, aduz que o mínimo existencial não possui um conteúdo específico e pré-determinado. Para o referido autor, o mínimo existencial abrange qualquer direito em sua esfera essencial e inalienável. “Não é mensurável, por envolver mais os aspectos de qualidade que de quantidade”<sup>265</sup>.

No que se refere ao conteúdo e ao alcance do mínimo existencial, mais do que uma garantia à simples existência física, ele assegura a fruição dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, o desenvolvimento da personalidade<sup>266</sup>. Diante disso, foram elaboradas as categorias do mínimo existencial fisiológico e do mínimo existencial sociocultural. O primeiro abarca as condições materiais básicas, mínimas, necessárias à simples existência, como por exemplo, alimentação, teto, saúde e pressupõe o direito à vida e à dignidade da pessoa humana. Já, o segundo pressupõe o acesso às prestações que objetivam a inserção do ser humano no meio social em que vive, fazendo prevalecer a igualdade material entre os indivíduos. Dessa forma, “a garantia efetiva de uma existência digna abrange mais do que a garantia da mera sobrevivência física, situando-se, portanto, além do limite da pobreza absoluta e não se reduzindo a mera existência.”<sup>267</sup>

Para Sarlet, o conteúdo do mínimo existencial deve ser aferido a partir da interpretação e da compreensão do que dispõe a CF/88 acerca dos direitos à vida e à dignidade da pessoa humana. Isso significa, em outros termos, que a natureza e o grau de proteção e efetividade conferidos pela norma constitucional aos direitos acima elencados são decisivos para a definição do conteúdo do mínimo existencial. Assim, o mínimo existencial visa a resguardar uma sobrevivência saudável e com algum nível de qualidade, o que pressupõe uma dimensão

<sup>263</sup> WATANABE, 2011, p. 213-224.

<sup>264</sup> BITENCOURT, Caroline Müller. A reserva do possível no contexto da realidade constitucional brasileira e sua aplicabilidade em relação às políticas públicas e aos direitos sociais. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte: Fórum, ano 14, n. 55, jan./mar. 2014. p. 239.

<sup>265</sup> TORRES, 1999, p. 144-145.

<sup>266</sup> SARLET; FIGUEIREDO, 2010, p. 22.

<sup>267</sup> SARLET, 2013e, p. 546.

sociocultural, a exemplo da educação fundamental, e um conjunto de garantias materiais, como na área da saúde<sup>268</sup>.

Mesmo após os inúmeros conceitos e tentativas de delimitação do alcance e do conteúdo do mínimo existencial, constatou-se que para alcançar tal objetivo deve-se considerar, primeiramente, as circunstâncias que envolvem o caso concreto, o contexto sócio-político-cultural-econômico, as necessidades de cada pessoa e de sua família, ou seja, não é possível estipular *a priori* e “de modo taxativo, um elenco dos elementos nucleares do mínimo existencial, no sentido de um rol fechado de posições subjetivas negativas e positivas correspondentes ao mínimo existencial.”<sup>269</sup>

Nesse sentido, Canotilho assevera que o Estado parece estar vinculado unicamente, no que tange aos direitos sociais, à garantia do mínimo existencial. O mínimo existencial impõe ao Poder Público um dever irrenunciável de respeito à dignidade da pessoa humana, mas não uma “densificação jurídico-constitucional de direitos sociais”. Isso significa que tal garantia não determina de modo direito e imediato a efetivação de qualquer direito social em concreto, mas sim, de modo amplo, o dever de respeito a dignidade da pessoa humana. O modo como isso será concretizado dependerá da atuação legislativa e, em último caso, da prestação jurisdicional<sup>270</sup>.

Tal situação deve ser levada em consideração quando o direito à saúde e, neste estudo, a verificação da viabilidade do fornecimento de tratamento de saúde no exterior pela Administração Pública está em discussão, pois essa decisão e o preenchimento dos critérios necessários para tanto serão aferidos somente no caso concreto. Desse modo, determinar se o fornecimento de tratamento de saúde no exterior pelos Poderes Públicos encontra-se compreendido no núcleo essencial do direito fundamental social à saúde, como uma das prestações necessárias à garantia do mínimo existencial, pressupõe prévia análise das circunstâncias inerentes ao caso concreto submetido à apreciação do Poder Judiciário, em vista das negativas de fornecimento na via administrativa.

## **4.2 O mínimo existencial como limite à reserva do possível**

Os direitos sociais, neles compreendidos o direito à saúde, enquanto direitos primordialmente concretizados por meio de prestações materiais fornecidas pelo Estado,

---

<sup>268</sup> SARLET, 2013e, p. 546.

<sup>269</sup> SARLET; FIGUEIREDO, 2010, p. 26.

<sup>270</sup> CANOTILHO, 2003, p. 482.

exigem para tanto o dispêndio de recursos financeiros. Nessa seara, o aspecto econômico dos direitos sociais tem levado à formulação das críticas mais contundentes no que tange à sua efetivação, e tem sido a justificativa comumente utilizada para negar o fornecimento dos bens e serviços de cunho social à população. Desse modo, tem-se afirmado que a concretização dos direitos sociais está condicionada à existência de disponibilidade financeira pelos cofres públicos, ou seja, está na dependência da reserva do financeiramente possível.

Conforme especificado no capítulo anterior, a reserva do possível pressupõe a disponibilidade fática de recursos financeiros, a disponibilidade jurídica de recursos materiais e humanos e a proporcionalidade da prestação exigida pelo titular do direito<sup>271</sup>. Os limites fáticos e jurídicos impostos pela reserva do possível à efetivação dos direitos sociais devem ser utilizados não apenas como argumentos para barrar o fornecimento de toda e qualquer prestação social necessária à sobrevivência dos indivíduos, mas devem, sim, ser um meio de proteção dos direitos sociais e de garantia do mínimo existencial. Isso ocorrerá na medida em que a reserva do possível e o princípio da proporcionalidade forem utilizados para indeferir prestações descabidas ou que excedam o razoavelmente exigível pela sociedade.

O fornecimento de prestações materiais pelo Estado com vistas a concretizar os direitos sociais assegurados constitucionalmente trata-se de prática que está vinculada juridicamente aos fins desejados pela CF/88. Desse modo, a insuficiência ou o excesso de verbas orçamentárias não justificam, por si só, a decisão do legislador, do administrador ou do juiz, os quais devem, primeiramente, pautar seus atos pelo disposto expressa e implicitamente na Lei Maior.

Canotilho assevera que “um direito social sob reserva dos cofres cheios equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica.”<sup>272</sup> Isso porque, ao exigir apenas a existência de recursos financeiros para a efetivação de um direito social, toda vez que tais verbas estivessem disponíveis em determinado Estado, as prestações seriam fornecidas sem observar às diretrizes constantes no ordenamento jurídico.

Do que já foi exposto até o momento, constata-se que os direitos sociais não se limitam ao mínimo existencial. As prestações que no caso concreto vierem a constituir o conteúdo do mínimo existencial são meios pelos quais se objetiva garantir aos indivíduos uma sobrevivência digna e saudável. Sendo assim, os limites impostos pela reserva do possível não

---

<sup>271</sup> SARLET; FIGUEIREDO, 2010, p. 30.

<sup>272</sup> CANOTILHO, 2003, p. 481.

poderão suplantar as garantias decorrentes do mínimo existencial, pois a vida e a dignidade constituem prioridades quando se trata da aplicação dos recursos financeiros do Estado<sup>273</sup>.

Os pontos de contato e a influência que a garantia ao mínimo existencial exerce sobre a reserva do possível e vice-versa já foram articulados pela jurisprudência pátria. No julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45, o STF, em decisão proferida pelo Ministro Relator Celso de Mello, em que pese tenha julgado prejudicado o mérito da questão, pronunciou-se acerca do mínimo existencial e da sua correlação com a reserva do possível.

Na referida decisão, firmou-se entendimento de que a concretização dos direitos econômicos, sociais e culturais necessita da dispensação de recursos financeiros, o que está condicionado à disponibilidade orçamentária do Estado. Nesse sentido, se o ente estatal comprovar a insuficiência de recursos, dele não se poderá exigir a efetivação imediata do comando constitucional. Entretanto, não é lícito ao Poder Público criar obstáculos para frustrar ou inviabilizar a criação ou a manutenção de condições materiais mínimas de existência em prol das pessoas.<sup>274</sup>

Evidencia-se que a reserva do possível não pode ser utilizada como pretexto para a não concretização das prestações sociais que integram o conteúdo do mínimo existencial. Além da decisão acima, no julgamento do Agravo Regimental do Recurso Extraordinário n. 639.337/SP, de relatoria do Ministro Celso de Mello, a 2ª Turma do STF reforçou tal posição.

No acórdão supracitado, firmou-se que o Estado necessita realizar escolhas trágicas entre valores constitucionais igualmente relevantes em decorrência da insuficiência de recursos financeiros e orçamentários, quando pretende executar políticas públicas ou implementar os direitos sociais assegurados pela CF/88. Tais escolhas devem possuir como parâmetro a dignidade da pessoa humana, motivo pelo qual o mínimo existencial é intangível. O mínimo existencial, no ordenamento jurídico pátrio, decorre diretamente da dignidade da pessoa humana e representa insuperável limitação à reserva do possível. O mínimo existencial resulta implicitamente de alguns dispositivos constitucionais, como por exemplo, do artigo 1º, inciso III e do artigo 3º, inciso III, da Constituição Federal. Também abrange um conjunto de direitos que devem ser concretizados para garantir as condições necessárias a uma vida digna, o acesso ao direito à liberdade e às prestações positivas originárias do Estado, as quais tornam possível a “plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à

---

<sup>273</sup> SARLET; FIGUEIREDO, 2010, p. 36.

<sup>274</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004.

proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança”<sup>275</sup>.

Em síntese, a escassez de recursos financeiros impõe que o Estado realize escolhas entre valores igualmente importantes à ordem constitucional. Evidentemente, as decisões tomadas pelo Poder Público no momento de elaborar e efetivar uma política pública devem ter como parâmetro a dignidade da pessoa humana. Diante disso, conclui-se que o mínimo existencial deve sempre ser preservado, afinal, tal garantia se traduz nas condições mínimas imprescindíveis à uma vida digna. A reserva do possível encontra, portanto, restrição na garantia do mínimo existencial. Watanabe observa que “A jurisprudência do STF caminha precisamente no sentido da inadmissibilidade de invocação da cláusula da reserva do possível nos processos em que esteja em jogo o mínimo existencial.”<sup>276</sup>

Em consonância com o entendimento acima, Torres sustenta que “A proteção positiva do mínimo existencial não se encontra sob a reserva do possível, pois a sua fruição não depende do orçamento nem de políticas públicas, ao contrário do que acontece com os direitos sociais.”<sup>277</sup> Dessa forma, se uma ação judicial versar sobre o fornecimento de prestações integrantes do mínimo existencial, o Poder Judiciário deve determinar a entrega de tais prestações positivas, pois tal direito não se submete à discricionariedade dos outros poderes estatais na elaboração de políticas públicas específicas, nem se sujeita à reserva do possível<sup>278</sup>.

Não obstante, a reserva do possível constitui-se um limite que deve ser observado pelo Poder Judiciário quando este interferir sobre as políticas públicas. A Administração Pública normalmente justifica suas omissões na insuficiência de recursos financeiro-orçamentários. Entretanto, a plausibilidade do referido argumento apenas se verifica quando respeitados os direitos necessários para uma existência digna em determinadas condições de tempo e espaço, ou seja, o mínimo existencial. Desse modo, “só é legítimo o controle judicial de políticas públicas se o Estado utilizar o discurso da reserva para violar a garantia do mínimo existencial.”<sup>279</sup> Ainda assim, o Judiciário deve analisar o planejamento financeiro-orçamentário estatal, “a fim de que a intervenção não se transforme em ingerência indevida, nem resulte em prejuízo à coletividade.”<sup>280</sup>

<sup>275</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011.

<sup>276</sup> WATANABE, 2011, p. 213-224.

<sup>277</sup> TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 74.

<sup>278</sup> TORRES, 2010, p. 74.

<sup>279</sup> FARO; GOMES; PESSANHA, 2013.

<sup>280</sup> FARO; GOMES; PESSANHA, 2013.

Isso significa, em outros termos, que o mínimo existencial compreende prerrogativas que garantem uma existência digna e, por isso, além do direito à liberdade, todos os indivíduos têm direito a acessar prestações positivas que devem ser fornecidas pelo Estado e que pressupõem a plena fruição dos direitos sociais básicos. A 2ª Turma do STF, no julgamento do Agravo Regimental do Recurso Extraordinário n. 639.337/SP, evidenciou que o mínimo existencial abrange, por exemplo, a fruição do direito à saúde, que é um direito social básico.

No que se refere à aceitação da reserva do possível como limite aos direitos sociais fundamentais, Canotilho afirma que condicionar a eficácia dos direitos sociais à existência de disponibilidade financeira nos cofres públicos significa reduzi-los a um “grau zero de garantia”. Apesar da aderência de muitos doutrinadores à teoria da reserva do possível, com base nela “os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos.”<sup>281</sup>

Sustenta-se, ainda, a possibilidade de convivência do mínimo existencial com a reserva do possível quando estabelecidas prioridades orçamentárias. Em que pese a limitação de recursos, a finalidade da arrecadação de recursos é a realização dos objetivos traçados pela Carta Magna, entre os quais se encontra a promoção do bem-estar dos homens. Para tanto, faz-se necessário assegurar as condições para uma vida digna, ou seja, condições materiais mínimas de existência. Nesse sentido, o estabelecimento de prioridades para nortear os gastos públicos ocorre com a definição dos elementos fundamentais à dignidade<sup>282</sup>.

Em síntese, a reserva do possível não pode ser utilizada como argumento para o indeferimento do fornecimento de prestações materiais atinentes aos direitos sociais quando elas estiverem compreendidas na garantia do mínimo existencial. Afinal, o mínimo existencial deve sempre ser preservado, pois visa à manutenção das condições mínimas imprescindíveis a uma vida digna.

#### **4.3 O princípio da universalidade de acesso às políticas públicas de saúde *versus* o fornecimento de tratamentos excepcionais para satisfazer o direito individual à saúde**

Antes de discorrer acerca do princípio da universalidade de acesso em contraposição ao direito individual à saúde, cumpre delimitar o conteúdo desse direito de acordo com a Lei Fundamental, a qual, no artigo 196, dispõe que ele abrange ações e serviços para promoção,

---

<sup>281</sup> CANOTILHO, 2003, p. 481.

<sup>282</sup> OLIVEIRA, 2010, p. 150.

proteção e recuperação. A recuperação visa a proporcionar o retorno ao estado de saúde do indivíduo, pretendendo a cura da doença ou uma melhoria na sua qualidade de vida<sup>283</sup>. Já a proteção visa a prevenir ou reduzir o risco de doenças por meio da antecipação de medidas “de conteúdo sanitário e de interconexão com os campos da vigilância epidemiológica, da vigilância ambiental e da vigilância sanitária”<sup>284</sup>. Por último, a promoção de saúde ocorre por meio de ações para melhorar a qualidade de vida das pessoas<sup>285</sup>. O texto constitucional não é específico ao delimitar o conteúdo do direito à saúde, revelando a ideia que ele atribui uma ampla garantia, o que contribui com a judicialização excessiva.

A tensão indivíduo-coletividade permeia as discussões que envolvem o direito à saúde, principalmente quando está em voga o fornecimento de tratamentos excepcionais, dentre os quais, um tratamento no exterior. No momento de verificar se a demanda judicial individual de saúde é procedente e de determinar o fornecimento de internações hospitalares, cirurgias e medicamentos, o julgador deve verificar se o sistema público de saúde brasileiro possui condições de custear as despesas não só daquela parte, mas também os custos de todos os cidadãos que vivenciam a mesma situação e necessitam das mesmas prestações<sup>286</sup>.

A Lei Fundamental, no artigo 196, assim como a Lei n. 8.080/1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, nos seus artigos 2º, §1º e 7º, inciso I, impõem ao Estado o dever de garantir mediante políticas sociais e econômicas o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços de saúde para a sua promoção, proteção e recuperação. Para que isso seja possível, devem-se concretizar políticas públicas e colocá-las à disposição da população como um todo<sup>287</sup>.

O princípio da universalidade de acesso pressupõe que “todas as pessoas, pelo fato de serem pessoas, são titulares de direitos e deveres fundamentais”<sup>288</sup>. A saúde, nesse diapasão, é um direito de todos e, por isso, um direito de titularidade universal. Afinal, em vista da sua vinculação com os direitos à vida e à integridade física e corporal, irrazoável seria se sua titularidade fosse restrita a apenas algumas pessoas. Entretanto, além da dimensão coletiva do direito à saúde, não pode ser afastada a sua titularidade individual, fato que repercute na

---

<sup>283</sup> BINS, 2013.

<sup>284</sup> BINS, 2013.

<sup>285</sup> BINS, 2013.

<sup>286</sup> MENDES, 2010, p. 835.

<sup>287</sup> MENDES, 2010, p. 834.

<sup>288</sup> SARLET, 2013f, p. 190.

“judicialização da saúde e na análise da possibilidade de demandas individuais visando a prestações específicas de saúde.”<sup>289</sup>

Diante do panorama exposto, a saúde revela-se um direito individual e um direito coletivo, sendo admissível a tutela judicial de lesões que atinjam cada indivíduo ou a coletividade. Dessa forma, para Rios, não se pode rejeitar ações judiciais individuais, desde que “atendidas certas condições e realizada a ponderação dos princípios e bens constitucionais envolvidos, tenha direito subjetivo definitivo à prestação fática de determinado medicamento.”<sup>290</sup> O contrário representaria negar força normativa à Carta Magna e ao princípio da inafastabilidade da jurisdição previsto no seu artigo 5º, inciso XXXV.

A realidade judicial vivenciada atualmente tem demonstrado a possibilidade de uma tutela individual, ainda que se trate de situação excepcional, desde que estejam disponíveis no país alternativas eficazes e de menor impacto econômico. Bins observa que a maioria das ações na área da saúde objetiva atender o interesse de apenas um indivíduo e as decisões aplicam diretamente o direito fundamental à saúde, desconsiderando o argumento da reserva do possível e reconhecendo em face dos entes públicos a obrigação de prestar a maior parte do que foi postulado, sem um maior aprofundamento “das premissas e das consequências concretas dessas medidas e de sua influência na coletividade e no Sistema Único como um todo, tampouco na divisão de competências entre União, Estados e Municípios.”<sup>291</sup>

Em contrapartida, Faro, Gomes e Pessanha aduzem que, se não houver outra alternativa terapêutica eficaz, disponível no âmbito do SUS, mesmo que tais tratamentos sejam necessários e urgentes, o Poder Judiciário não poderia intervir para determinar a sua prestação, sob pena de adotar uma postura irresponsável em relação à coletividade. Segundo o autor, esse ponto de vista não se trata de uma perspectiva patrimonialista do direito à saúde, mas sim “de uma perspectiva que é ao mesmo tempo razoável e proporcional, já que não se tem notícia de que algum sistema coletivo de saúde no mundo forneça, gratuitamente, tratamentos de ponta ou de elevado custo apenas para atender a necessidades específicas.”<sup>292</sup>

Acerca disso, vale ressaltar que a dimensão individual do direito à saúde já foi destacada em inúmeras decisões do STF. O Ministro Celso de Mello, no julgamento do

---

<sup>289</sup> BINS, 2013.

<sup>290</sup> RIOS, Roger Raupp. Direito à saúde, universalidade, integralidade e políticas públicas: princípios e requisitos em demandas judiciais por medicamentos. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 31, agosto. 2009. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao031/roger\\_rios.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao031/roger_rios.html)>. Acesso em: 10 ago. 2014.

<sup>291</sup> BINS, 2013.

<sup>292</sup> FARO; GOMES; PESSANHA, 2013.

Agravo Regimental de Recurso Extraordinário 271.286-8/RS<sup>293</sup> reconheceu o direito à saúde como um direito público subjetivo assegurado à generalidade das pessoas, o que conduz o indivíduo e o Estado a uma relação jurídica obrigacional. O Ministro ressaltou que as normas constitucionais protetoras do direito à saúde impõem aos entes federados o dever de fornecer prestações positivas, as quais foram qualificadas como de relevância pública pelo artigo 197 da Lei Fundamental. Nesse sentido, a atuação do Poder Judiciário seria legítima nas hipóteses em que a Administração Pública descumpra tais disposições constitucionais.

Sob essa perspectiva, a imposição de fornecimento de tratamentos diferenciados, após as devidas ponderações, e em vista do princípio da igualdade é admissível, pois trata-se de “diferenciações no tratamento de diferentes grupos e em diferentes regiões, em função de suas necessidades, de suas características e de seu perfil epidemiológico e na busca da redução das desigualdades regionais e da efetivação da justiça social.”<sup>294</sup> Em outras palavras, as diferentes situações enfrentadas pelos indivíduos e grupos devem ser observadas quando da elaboração e efetivação das políticas públicas. Afinal, para propiciar o acesso universal e igualitário em uma sociedade plural como a brasileira, deve-se “considerar a diversidade cultural, social, econômica, geográfica, etc., presente nos indivíduos e grupos destinatários das políticas públicas de saúde, tornando o sistema de fornecimento de bens e serviços pertinentes à saúde capaz de atendê-los.”<sup>295</sup>

Em contrapartida, mesmo quando inexistentes tratamentos substitutos dispensados pelo SUS, questiona-se a obrigatoriedade de fornecimento de prestações com o objetivo de apenas prolongar a sobrevivência ou de melhorar a qualidade de vida sem possibilidade de cura ou quando se tratar de tratamentos muito caros. E assim o é tendo em vista a necessária ponderação em relação à repercussão coletiva dos custos dessas medidas, sob pena de desrespeito aos princípios da universalidade e da isonomia de acesso às ações e serviços na área da saúde<sup>296</sup>.

No Brasil, a garantia de universalidade de acesso se associa à gratuidade, afastando-se as políticas públicas de saúde brasileiras da máxima de que o acesso a tais bens e serviços deveria atender apenas quem não possui condições financeiras para custear seu tratamento. Sustenta-se que essa opção visa à coesão social, na medida em que todos, independentemente das condições econômicas, têm direito aos mesmos serviços, evitando, dessa maneira, a

---

<sup>293</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2000.

<sup>294</sup> BINS, 2013.

<sup>295</sup> RIOS, 2009.

<sup>296</sup> BINS, 2013.

diferenciação social e a queda da qualidade que costuma acompanhar os serviços públicos dirigidos somente aos mais pobres<sup>297</sup>.

Por outro lado, em respeito ao princípio da proporcionalidade, não se mostra razoável que um indivíduo que dispõe de recursos financeiros suficientes, sem prejuízo da manutenção de um padrão de vida digno para si e sua família, possa acessar os serviços públicos de saúde da mesma forma que alguém que não possui recursos próprios para tanto. Quando se trata de direitos sociais básicos, a efetiva necessidade constitui-se um parâmetro a ser considerado. Afinal, “o simples argumento de que quem contribui (impostos) já está a pagar pelo acesso à saúde pública não pode vingar no contexto de uma sociedade acentuadamente desigual e onde a maioria da população se encontra na faixa isenta de imposto sobre a renda.”<sup>298</sup> O serviço público de saúde não possui caráter contributivo, mas pode ser explorado pela iniciativa privada. Sendo assim, está disponível de forma ampla no mercado, devendo ser utilizado por aqueles que possuem condições econômicas de pagar por tal serviço<sup>299</sup>.

Outra questão é saber se a garantia de acesso universal permite demandar tratamentos diferenciados, tendo em vista as distintas condições econômicas de cada indivíduo que pretende ter acesso ao serviço de saúde<sup>300</sup>. Segundo Hachem, a Administração Pública deve ofertar o serviço público aos cidadãos que de fato necessitem, mas pode excluir o seu acesso a alguns cidadãos e realizar diferenciações para atender as particularidades de cada situação e reduzir a desigualdade existente na sociedade, desde que possua motivos, seja necessário e que o princípio da igualdade exija a utilização de critérios diferenciados<sup>301</sup>. Afinal, prestar um serviço público de saúde de forma adequada a toda população “não implica necessariamente tratar a todos de forma idêntica, sem traçar qualquer diferenciação.”<sup>302</sup>

A Carta Magna, no artigo 198, inciso III, e a Lei n. 8.080/1990, no artigo 7º, inciso II, asseguram, também, o acesso integral às ações e serviços de saúde. Sarlet aduz que do mesmo modo que a garantia de acesso universal “não traz, como corolário inexorável, a gratuidade das prestações materiais para toda e qualquer pessoa”<sup>303</sup>, a garantia de acesso integral “não

---

<sup>297</sup> RIOS, 2009.

<sup>298</sup> SARLET, 2011, p. 326.

<sup>299</sup> HACHEM, 2014, p. 145.

<sup>300</sup> HACHEM, 2014, p. 124.

<sup>301</sup> HACHEM, 2014, p. 138.

<sup>302</sup> HACHEM, 2014, p. 138 e 139.

<sup>303</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. et al. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013b. p. 1.937.

significa que qualquer pretensão tenha de ser satisfeita em termos ideais”<sup>304</sup>. No que se refere à integralidade de atendimento, existem limites técnicos e científicos que impedem o deferimento algumas prestações excepcionais. Tais limites, como melhor será abordado no próximo tópico, estão calcados em critérios como a segurança, a eficiência e as implicações econômicas do tratamento pleiteado.

A titularidade universal do direito à saúde não significa que sobre ele não incidam algumas restrições, principalmente no que diz respeito ao pretense acesso generalizado e sem limites ao sistema de saúde<sup>305</sup>. Um dos motivos para tais reduções no alcance do conteúdo do direito à saúde decorre do fato de que o Estado é o seu destinatário, ou seja, o seu sujeito passivo. Afinal, é o Estado quem deve adotar medidas para não interferir no direito à saúde dos indivíduos (dimensão negativa), além de formular políticas públicas, criar instituições, regulamentar procedimentos para a tutela individual e coletiva da saúde, além de investir recursos mínimos, atender os deveres constitucionais de proteção da saúde, fornecendo as prestações materiais (dimensão positiva)<sup>306</sup>.

Dessa forma, a garantia do acesso universal às ações de saúde encontra óbices quando se depara com demandas judiciais que objetivam medicamentos ausentes nas listas do governo e tratamentos médicos não gratuitos. Comumente, tais hipóteses se verificam quando se busca o tratamento de doenças excepcionais não contemplados pelos serviços públicos de acesso universal. Nesses casos, ou os tratamentos são realizados no exterior, ou os medicamentos não são fabricados no país, ou não possuem comprovação científica da eficácia, ou se tratam de procedimentos que ainda estão em teste, ou são praticados por poucos profissionais<sup>307</sup>.

Afirma-se que tais tratamentos/procedimentos específicos e excepcionais, além do custo elevado, colocam em risco a garantia de acesso da coletividade às prestações de saúde básicas que visam a solucionar as doenças frequentemente enfrentadas pela população. O direito à saúde protegido pela CF/88 se materializa nos tratamentos, medicamentos e internações assegurados mediante políticas sociais e econômicas, ou seja, o direito a uma prestação individual de saúde garantida pela via judicial é admitido quando não comprometer o funcionamento do SUS<sup>308</sup>. Sendo assim, não há um direito “a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da

---

<sup>304</sup> SARLET, 2013b, p. 1.937.

<sup>305</sup> SARLET, 2013a, p. 1.934.

<sup>306</sup> SARLET, 2013a, p. 1.934.

<sup>307</sup> FARO; GOMES; PESSANHA, 2013.

<sup>308</sup> MENDES, 2010, p. 833.

existência de uma política pública que o concretize. Há um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam e recuperem a saúde.”<sup>309</sup>

O dever de solidariedade no fornecimento de serviço de saúde adequado, atribuído pela CF/88 aos municípios, aos Estados e à União, não expressa que qualquer demanda será atendida independentemente do seu custo, sendo necessário analisar qual o retorno que a medida representa para a coletividade<sup>310</sup>. A universalidade de acesso norteia o regime jurídico dos serviços públicos e constitui um ponto de chegada que se almeja alcançar para igualar o acesso aos bens necessários à dignidade humana e para solucionar o problema da escassez de recursos, do qual decorrem inúmeras crises no atual Estado Democrático de Direito. A universalidade de acesso impõe

[...] que a Administração, ao prestar o serviço público, está incumbida do dever de assegurar que os bens econômicos por ele fornecidos serão faticamente acessíveis a todo o universo de indivíduos que deles necessitarem. Não basta uma declaração jurídica de que todos os que precisarem poderão acedê-los: impõe-se criar as condições reais e efetivas para que o acesso seja garantido no mundo dos fatos.<sup>311</sup>

Para concluir, ressalta-se que o direito à saúde não pode ser compreendido como um poder ilimitado do indivíduo em face do Estado, desconsiderando-se os seus impactos na comunidade<sup>312</sup>. A totalidade dos cidadãos somente possuirá acesso universal à saúde, direito social protegido constitucionalmente, se o Poder Público tratar de modo desigual aqueles que se encontram em situações desiguais, na medida das suas desigualdades, em respeito ao princípio da igualdade material<sup>313</sup>. Desse modo, deve-se adotar parâmetros racionais nas decisões judiciais, considerando-se o direito à saúde em seu aspecto individual, mas também como necessário à concretização da justiça social através do acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde fornecidos pelo Poder Público.

---

<sup>309</sup> MENDES, 2010, p. 832.

<sup>310</sup> BITENCOURT, 2014, p. 236.

<sup>311</sup> HACHEM, 2014, p. 124.

<sup>312</sup> LIMA, 2010, p. 247.

<sup>313</sup> HACHEM, 2014, p. 143.

#### **4.4 A jurisprudência sobre o fornecimento de tratamento de saúde no exterior pelo poder público: o processo n. 0001778-95.2014.4.03.6110 da Vara Federal de Sorocaba - SP e o Agravo de Instrumento n. 0008474-47.2014.4.03.0000/SP do Tribunal Regional Federal da 3ª Região**

Neste tópico serão analisadas duas decisões judiciais que tratam do fornecimento de tratamento de saúde no exterior pelo Poder Público. Essa abordagem justifica-se tendo em vista a necessidade de verificar, até o momento, qual é a postura do Poder Judiciário sobre a questão. Somente a partir daí será possível sustentar a sua viabilidade ou a sua inviabilidade e elencar parâmetros para racionalizar a dispensação de prestações de saúde pelo Estado.

No dia 02 de abril de 2014, Sophia Gonçalves de Lacerda, menor impúbere, representada por sua genitora, ajuizou, na 3ª Vara Federal de Sorocaba – São Paulo, ação pelo rito ordinário com pedido de antecipação de tutela em face da União Federal, que recebeu o número 0001778-95.2014.4.03.6110<sup>314</sup>. A ação objetivava a condenação da União na obrigação de fazer consistente no custeamento da internação da autora no Hospital Jackson Memorial Medical, em Miami, nos Estados Unidos, para a realização de transplante de órgãos do aparelho digestivo, pois era portadora da Síndrome de Berdon, a qual impede a digestão de alimentos, pois os órgãos não eram capazes de fazer os movimentos necessários para digestão e eliminação das fezes e da urina.

Na petição inicial, a autora afirmou que o único tratamento indicado era o cirúrgico e que ele somente era realizado com sucesso no hospital estrangeiro supracitado. Na análise do pedido de antecipação dos efeitos da tutela, no dia 04 de abril de 2014, a magistrada considerou que a documentação constante nos autos (laudos médico-periciais) demonstrava a doença da autora e a extrema urgência do procedimento, e que a mesma não possuía recursos financeiros suficientes para custear o tratamento pleiteado. Para fundamentar a decisão, a magistrada tomou como base os artigos 5º, 196, 197 e 198 da CF/88, o artigo 7º da Lei n. 8.080/1990, as Recomendações n. 36 e n. 31 do Conselho Nacional de Justiça e a Recomendação n. 01 do Conselho Regional de Enfermagem (CORE).

Dentre os fundamentos da decisão liminar, citam-se os seguintes: “o bem mais valioso do ser humano é a vida, bem esse do qual ninguém pode dispor, sendo certo que, a CF/88, eleva o direito à vida a condição de direito fundamental”<sup>315</sup>. E, “por expressa determinação

<sup>314</sup> SÃO PAULO. 3ª Vara Federal de Sorocaba. Ação Ordinária com Pedido de Antecipação de Tutela n.º.0001778-95.2014.4.03.6110. Autora: Sophia Gonçalves de Lacerda. Ré: União Federal. Juíza: Sylvania Marlene de Castro Figueiredo. São Paulo, 04 de abril de 2014. Disponível em: <<http://www.jfsp.jus.br/foruns-federais/>>. Acesso em: 04 ago. 2014.

<sup>315</sup> SÃO PAULO, 2014.

Constitucional, o acesso à saúde tem caráter universal sendo um direito fundamental de segunda geração, posto que se refere a uma prestação positiva do Estado em implementar políticas públicas de acesso igualitário a todos”<sup>316</sup>, “os direitos à vida e à saúde, constitucionalmente garantidos, não podem sucumbir ou sofrer qualquer ameaça, diante de eventual inércia dos órgãos de saúde”<sup>317</sup>.

A magistrada, ainda, considerou as informações provenientes do Hospital das Clínicas de São Paulo que dão conta de que o transplante multivisceral já é realizado na instituição, com investimentos de dois milhões e quatrocentos mil reais e com a capacitação de profissionais no exterior. Assim, a magistrada deferiu parcialmente a antecipação de tutela e determinou a realização do procedimento cirúrgico, pelo Sistema Pública de Saúde local, no Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (FMUSP), em São Paulo/SP, referência hospitalar na América Latina. Desse modo, impôs-se à União Federal a concessão do procedimento cirúrgico que permita à autora viver com dignidade, a ser realizado no Hospital das Clínicas, com a imediata transferência da menor para a referida instituição, onde o seu quadro clínico deve ser analisado para que se proceda o transplante.

Ainda, ressaltou que, para garantir a preservação da vida da menor, se o Hospital das Clínicas não realizar o transplante solicitado, ou não tiver condições de fazer o procedimento médico cabível para salvar a vida da menor-autora, ela deve ser transferida para instituição médico-hospitalar no exterior que possua condições técnicas e esteja capacitada para realizar o procedimento cabível.

Em face da decisão, a parte autora interpôs Agravo de Instrumento com pedido de antecipação de tutela, autuado sob o nº. 0008474-47.2014.4.03.0000/SP<sup>318</sup> sustentando que: a) não poderia aguardar atingir o peso de 10 kg indicado pelo Hospital das Clínicas (HC/SP); b) houve morte de crianças que aguardavam na fila de espera por transplante junto ao HC/SP em casos semelhantes; c) não há notícia de êxito desse tipo de transplante no Brasil, ao passo que a instituição americana já realizou mais de 350 desde 1994, com sobrevida estimada entre 55% e 75%; d) o Estado é responsável por garantir a vida e a saúde dos cidadãos, e o alto custo do procedimento em tela não pode impedir sua realização; e, e) o transplante postulado

---

<sup>316</sup> SÃO PAULO, 2014.

<sup>317</sup> SÃO PAULO, 2014.

<sup>318</sup> TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL (3. Região). Agravo de Instrumento nº.0008474-47.2014.4.03.0000/SP. Agravante: Sophia Gonçalves de Lacerda. Agravada: União Federal. Relator: MÁRCIO MORAES. São Paulo, 27 de maio de 2014. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/diario/Consulta/VisualizarDocumentosProcesso?numerosProcesso=201403000084745&data=2014-05-29>>. Acesso em: 04 ago. 2014.

precisa ser feito com urgência, considerando que o agravamento do quadro pode levá-la à morte.

O Relator Márcio Moraes indeferiu o pedido de antecipação de tutela recursal tendo em vista as informações prestadas pelo Professor Uenis Tanuri, Professor Titular da Disciplina de Cirurgia Pediátrica e Chefe do Serviço de Cirurgia Pediátrica do Instituto da Criança do Hospital das Clínicas, as quais revelam a possibilidade de o transplante solicitado ser feito no Hospital das Clínicas, e a possível existência de outras formas de nutrição e de procedimentos cirúrgicos antes da indicação do transplante multivisceral pleiteado.

Ainda, fez constar que o tratamento pleiteado no estabelecimento hospitalar americano somente poderia ser atendido se comprovado que a saúde da autora não poderia ser eficazmente resguardada pelos órgãos do SUS e por nenhuma outra entidade privada que não aquela expressamente citada pela parte autora em sua inicial. Em outras palavras, em que pese a importância do direito à vida, o de maior envergadura constitucional, a proteção a esse direito, assim como a garantia constitucional do direito à saúde, orientada pela universalidade de cobertura e do atendimento (artigo 194, I, da CF/88) e pelo acesso integral (artigo 198, II, da CF/88), não significa o acesso absoluto a quaisquer tratamentos, inclusive de excelência, ao alvitre do paciente e tampouco autoriza a escolha do tratamento médico a ser dispensado ou o local onde este deverá ser prestado, o que acabaria por ferir, em última análise, a isonomia e da proporcionalidade.

Nesse sentido, o relator asseverou que a possibilidade de custeio público de medicamento e de tratamento de saúde no exterior tem sido condicionada, pela jurisprudência pátria, à efetiva comprovação, a encargo da parte autora, do esgotamento dos recursos existentes no território nacional. Se oferecida pelo SUS uma segunda opção de medicamento substitutivo, não pode ser pleiteado o fornecimento de medicamento de que não dispõe o SUS, se não foi descartado por meio de prova circunstanciada a imprestabilidade da opção ofertada. No caso em tela, como havia possibilidade, atestada nos autos, de tratamento adequado perante instituição filiada ao SUS, não se mostrava cabível o pleito de remessa ao exterior para realização de transplante.

Na análise do pedido de antecipação da tutela recursal, foi determinado à União Federal, caso haja autorização por escrito firmada pelo representante legal da autora, que providencie a sua transferência do Hospital Samaritano de Sorocaba/SP, por transporte especializado, e a internação da menor no FMUSP, onde ficará aos cuidados do Instituto da Criança daquele hospital, para que seja tratada, examinada, avaliada e submetida a todos os

exames médicos que se façam necessários, assim como para eventual confirmação dos diagnósticos e a realização dos procedimentos nutricionais pertinentes.

A União Federal opôs Embargos de Declaração, asseverando que possui dificuldades em proceder o deslocamento da menor, pois não possui ingerência na Secretaria Estadual de Saúde, e que é parte para promover o tratamento postulado. Ainda, sustentou que devem ser previamente esgotadas as possibilidades de tratamento existentes no Brasil, pois se trata de cirurgia de altíssimo custo e risco sem qualquer garantia de sucesso e preservação da vida da autora. Os Embargos de Declaração foram rejeitados, pois o Relator sustentou a ocorrência de responsabilidade solidária entre a União, o Distrito Federal, os Estados e os Municípios nas questões relativas à vida e à saúde, inclusive quanto ao fornecimento dos tratamentos cabíveis. Ainda, asseverou ser inimaginável supor que a União Federal não reúna condições mínimas para oferecer um transporte eficaz ao deslocamento da autora e a sua internação junto ao Instituto indicado.

O Relator, em vista do poder geral de cautela que lhe é atribuído, oficiou ao Dr. Paulo Chapchap, profissional da área de transplantes, atuante junto ao Hospital Sírio-Libanês, solicitando informações sobre a experiência existente no Brasil acerca da realização de transplantes multiviscerais, os eventuais êxitos obtidos. Também solicitou informações sobre os trabalhos desenvolvidos e resultados obtidos pelo Setor de Transplantes do Jackson Memorial Hospital, dirigido pelo médico Rodrigo Vianna, na especialidade dos transplantes multiviscerais, sobretudo em crianças de tenra idade e baixo peso corporal. Em resposta ao ofício, o Dr. Paulo Chapchap afirmou:

É do meu conhecimento que nenhum paciente submetido aos transplantes multiviscerais no Brasil sobreviveu mais do que alguns meses. Nossa experiência é inicial. Não é do meu conhecimento que qualquer serviço de transplantes multiviscerais do Brasil tenha submetido ao transplante pacientes com menos de 10 kg. É do meu conhecimento que o Dr. Rodrigo Vianna possui uma das maiores experiências do mundo com transplantes multiviscerais, inclusive em crianças pequenas.<sup>319</sup>

Entretanto, durante o trâmite recursal, o Hospital das Clínicas de São Paulo informou a impossibilidade de continuação do tratamento da infante naquela instituição, ante a recusa dos pais em submetê-la aos procedimentos indicados pela equipe médica para a confirmação do

---

<sup>319</sup> TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL (3. Região). Agravo de Instrumento n. 0008474-47.2014.4.03.0000/SP. Agravante: Sophia Gonçalves de Lacerda. Agravada: União Federal. Relator: Márcio Moraes. São Paulo, 27 de maio de 2014. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/diario/Consulta/VisualizarDocumentosProcesso?numerosProcesso=201403000084745&data=2014-05-29>>. Acesso em: 04 ago. 2014.

diagnóstico e para verificação de outras formas de nutrição que poderiam ser adotadas. Ainda, a referida instituição hospitalar apresentou ofício informando que, diante da recusa dos pais na realização de qualquer procedimento cirúrgico no âmbito daquele hospital, não se vislumbra qualquer possibilidade de que o transplante multivisceral venha a ser realizado no âmbito do Instituto da Criança do Hospital das Clínicas.

Na decisão do Agravo de Instrumento n. 2014.03.00.008474-5/SP, consta que os pais da criança-agravante recusam-se a permitir que ela seja sequer "tocada" pela equipe médica do hospital, o que está a inviabilizar as providências para que o diagnóstico seja confirmado, para considerar outras hipóteses de alimentação da criança de modo a permitir-lhe ganhar peso suficiente para submeter-se à cirurgia de alta complexidade requerida.

Apesar disso, a partir de critérios objetivos que exsurgiram das informações técnicas de expoentes da especialidade médica, colhidas *ex officio* pelo juízo, o Relator decidiu deferir o pleito antecipatório dos efeitos da tutela buscado no recurso, diante da excepcionalidade do caso e das suas inusitadas circunstâncias, e a fim de resguardar o mais precioso de todos os direitos albergados na Constituição, já que existem evidências objetivas e congruentes no sentido de que o diagnóstico da agravante-autora apresentava-se razoavelmente seguro e também que o único tratamento possível para ela é a cirurgia multivisceral a ser realizada no exterior, no Jackson Memorial Medical, de Miami, nos Estados Unidos da América.

Diante do exposto, o pedido da agravante foi deferido para determinar à União Federal que providencie a remoção da criança ao exterior e sua internação no estabelecimento de saúde estrangeiro, durante o tempo que se fizer necessário, inclusive com o tratamento de *home care* que a equipe médica daquele hospital do exterior recomendar, tudo às suas expensas. Entre as razões de decidir, consta que embora lá também não haja garantia de vida, o prognóstico indica que a experiência americana é mais bem sucedida e que, em contrapartida com a prática brasileira, revela maior eficácia. Além disso, há impossibilidade em efetuar a cirurgia imediatamente no Brasil (independentemente da lista de espera para transplante) ante à necessidade de aguardar-se o aumento de peso da paciente. Por outro lado, há informações nos autos da dificuldade maior no Brasil de se conseguir um doador, aumentando o tempo de espera. Ainda, não procede a alegação da União de que o atendimento do pleito quebra a isonomia de tratamento entre os cidadãos, pois a absoluta especificidade do caso trazido a juízo está a indicar a singularidade da decisão.

Concluiu o relator afirmando que ante a possibilidade atual e imediata de recebimento da paciente-autora nos Estados Unidos da América pelo médico Rodrigo Vianna, aliado à urgência das medidas que garantam a vida da autora, a solução para o caso é o custeio pela

União do tratamento pleiteado. Ademais, determinou que a União dispensasse o que necessário for para que se efetive a disponibilização do tratamento à paciente. Na mesma decisão, o relator afirmou que a Portaria do Ministério da Saúde (MS) n. 763/94 não é óbice para o atendimento do pleito, uma vez que essa não pode prevalecer sobre o preceito constitucional, que é garantia de saúde plena, nos termos do artigo 6º da CF. Dessa forma, a referida Portaria só poderia valer quando não há risco de perecimento na sua aplicação, e foi afastada por inconstitucionalidade no caso concreto.

A título de esclarecimento, a Portaria MS n. 763<sup>320</sup> revogou a Portaria n. 1.236 MS<sup>321</sup> que entendia admissível o fornecimento de tratamento médico no exterior custeado pelo SUS a pacientes residentes e domiciliados Brasil, quando esgotadas as possibilidades de tratamento pelo SUS nas diferentes esferas de governo. Sendo assim, não há nenhuma disposição administrativa na atualidade sobre o fornecimento de tratamento de saúde no exterior custeado pelo SUS.

Diante dos termos das decisões sobreditas, constata-se que o indeferimento do pedido de tratamento no exterior se daria se não houvesse comprovação de eficácia desse tratamento em relação aos nacionais. As decisões nesse âmbito levam em conta exatamente esse cotejo de eficácia ou de equivalência entre tratamentos oferecidos no Brasil e os tratamentos buscados no exterior. Se há uma reconhecida ineficiência do tratamento nacional e uma maior eficiência do tratamento pleiteado, situação em que o direito à vida e à saúde não podem ser eficazmente resguardados pelos órgãos do SUS e por nenhuma outra unidade privada que não aquela expressamente citada pela parte autora em sua inicial, o pleito normalmente é deferido. Vale destacar que o transporte da autora e de sua mãe para os Estados Unidos foi realizado em 1º de julho de 2014. Desde 18 de agosto os autos estão conclusos em primeiro grau para sentença.

---

<sup>320</sup> MINISTÉRIO DA SAÚDE. Portaria n. 763 de 07 abr. 1994. *Revoga a Portaria n. 1.236 de 14 out. 1993 do Ministério da Saúde.* Disponível em: <[http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1994/prt0763\\_07\\_04\\_1994.html](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1994/prt0763_07_04_1994.html)>. Acesso em: 19 out. 2013.

<sup>321</sup> MINISTÉRIO DA SAÚDE. Portaria n. 1.236 de 14 out. 1993 (Revogada). *Resolve sobre a concessão de tratamento médico no exterior a pacientes residentes e domiciliados no Brasil.* Disponível em: <[http://portal2.saude.gov.br/saudelegis/leg\\_norma\\_espelho\\_consulta.cfm?id=3342614&highlight=&tipoBusca=post&slcOrigem=0&slcFonte=0&sqlcTipoNorma=27&hdTipoNorma=27&buscaForm=post&bkp=pesqnorma&fonte=0&origem=0&sit=0&assunto=&qtd=10&tipo\\_norma=27&numero=1236&data=%20%20%20%20%20%20%20&dataFim=&ano=&pag=1](http://portal2.saude.gov.br/saudelegis/leg_norma_espelho_consulta.cfm?id=3342614&highlight=&tipoBusca=post&slcOrigem=0&slcFonte=0&sqlcTipoNorma=27&hdTipoNorma=27&buscaForm=post&bkp=pesqnorma&fonte=0&origem=0&sit=0&assunto=&qtd=10&tipo_norma=27&numero=1236&data=%20%20%20%20%20%20%20&dataFim=&ano=&pag=1)>. Acesso em: 19 out. 2013.

#### 4.5 Parâmetros para o fornecimento de tratamento médico no exterior pela Administração Pública

A formulação de argumentos favoráveis e/ou contrários ao fornecimento de tratamento de saúde no exterior pressupõe inúmeras questões, como estas: qual o conteúdo, no caso do direito fundamental e social à saúde, do mínimo existencial? O direito à saúde, amplamente considerado, é condição mínima de sobrevivência ou apenas algumas prestações dele decorrentes devem ser protegidas? O fornecimento de tratamento de saúde no exterior pelo Poder Público encontra-se compreendido entre as prestações integrantes do núcleo essencial do direito à saúde? Quais realidades da vida são protegidas pelo direito fundamental à saúde?

Os questionamentos acima citados indicam que a concretização do direito fundamental social à saúde exige a definição do seu âmbito de proteção, e também a possível incidência de critérios limitadores do seu conteúdo. Desse modo, resta claro que a realização dos direitos fundamentais sociais requer a definição de três características, quais sejam, o âmbito de proteção (ou suporte fático), limites e limites aos limites dos direitos fundamentais.

O âmbito de proteção ou o suporte fático do direito fundamental se refere ao bem jurídico por ele protegido<sup>322</sup>. Para determinar se certo bem, objeto ou prestação se encontra abrangido no âmbito de proteção de um direito fundamental, deve-se investigar quais realidades da vida ele abarca<sup>323</sup>. Para tanto, vale ressaltar que “o âmbito de proteção de um direito não resulta apenas da tipificação de dados pré-normativos, mas que guarda relação com determinadas finalidades constitucionalmente ancoradas e vinculadas a determinados valores”<sup>324</sup>.

Por outro lado, tendo em vista que a proteção conferida aos direitos fundamentais não é ilimitada, pelo fato deles não serem absolutos, há incidência de limites sobre o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, os quais são usualmente conceituados como condutas, comissivas ou omissivas, que restringem ou suprimem o exercício ou o dever de garantia e promoção do bem jurídico protegido pelo direito fundamental como forma de intervenção no âmbito de proteção do direito fundamental<sup>325</sup>.

Alexy considera que as normas que versam sobre os direitos fundamentais são princípios e, em decorrência dessa natureza, autorizam a limitação dos direitos *prima facie* quando houver colisão entre princípios opostos, transformando-se em uma posição definitiva

---

<sup>322</sup> SARLET, 2011, p. 386-387.

<sup>323</sup> SARLET, 2013f, p. 199.

<sup>324</sup> SARLET, 2013f, p. 199.

<sup>325</sup> SARLET, 2011, p. 391.

tão somente após a limitação. Utilizando-se o procedimento da ponderação será possível, no caso concreto, indicar qual princípio e em que medida ele prevalecerá<sup>326</sup>. Admitem-se restrições em vista de situações concretas de colisão entre direitos fundamentais ou entre direito fundamental e outro bem jurídico constitucional, quando estarão sujeitos à ponderação e um direito ou bem prevalecerá em detrimento do outro, pois há “necessidade de resolver o conflito decorrente da simultânea tutela constitucional de valores ou bens que se apresentam em contradição concreta”<sup>327</sup>.

Os princípios, diferentemente das regras, na concepção de Dworkin, são aplicáveis em vista do peso que adquirem no caso concreto<sup>328</sup>. Desse modo, para Alexy, quando dois ou mais princípios estiverem em conflito, prevalecerá aquele que melhor solucionar o problema concreto segundo um juízo de proporcionalidade, o qual considerará as circunstâncias fáticas e as possibilidades jurídicas determinadas pelas regras e pelos princípios contrários<sup>329</sup>. Em virtude disso, o direito fundamental definitivo é aquele que advém da ponderação entre os princípios em colisão:

[...] a ponderação parte do mandado de otimização *prima facie* contido na norma jusfundamental principiológica e chega ao mandado definitivo, depois de excluídas do âmbito de proteção jusfundamental as hipóteses fáticas incompatíveis com os demais direitos fundamentais e bens constitucionalmente protegidos.<sup>330</sup>

Em outras palavras, havendo colisão, o significado definitivo dos direitos fundamentais será aferido após o procedimento de ponderação. Essa transformação de um direito *prima facie* em um direito definitivo pressupõe a incidência de restrições como forma de solução dos conflitos em contraposição<sup>331</sup>. Sendo assim, quando houver casos difíceis, que correspondam às situações em relação às quais não existe uma solução abstrata pré-determinada, a resposta “terá de ser construída argumentativamente, à luz dos elementos do caso concreto, dos parâmetros fixados na norma e de elementos externos ao direito.”<sup>332</sup> Uma das situações geradoras de casos difíceis trata-se das colisões de normas constitucionais ou de direitos fundamentais. Isso ocorre porque a Lei Fundamental abarca valores contrapostos que muitas vezes entram em conflito e colidem frontalmente.

<sup>326</sup> ALEXY, 2011. p. 103 e ss.

<sup>327</sup> SARLET, 2011, p. 393.

<sup>328</sup> DWORKIN, Ronald apud FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos fundamentais: limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 168-169.

<sup>329</sup> ALEXY, 2011. p. 103 e ss.

<sup>330</sup> ALEXY, 2011. p. 103 e ss.

<sup>331</sup> CANOTILHO, 2003, p. 1229-1231.

<sup>332</sup> BARROSO, 2012, p. 14.

A solução, nessa hipótese, requer uma construção argumentativa a partir da ponderação, “isto é, valoração de elementos do caso concreto com vistas à produção da solução que melhor atende ao caso concreto”<sup>333</sup>, como forma de justificar e legitimar a solução encontrada pelo juiz no caso concreto. Entre os valores e princípios normalmente em confronto quando se trata do direito à saúde, vislumbra-se “de um lado, o direito à vida, à saúde, ao respeito da dignidade humana e à liberdade fática, em contraposição à competência orçamentária do legislador, ao princípio democrático, à reserva do possível e à eficiência da atividade administrativa.”<sup>334</sup>

Após discorrer sobre a técnica da ponderação, o estudo terá seguimento com a demonstração dos parâmetros aplicáveis especificamente à concessão, em vista de determinação judicial, de tratamento de saúde no exterior pela Administração Pública, na hipótese do mesmo ser considerado prestação integrante do núcleo essencial do direito fundamental à saúde.

A fixação de parâmetros racionais a serem observados na análise das ações judiciais que objetivam prestações na área da saúde mostra-se de grande relevância, tendo em vista que as atuais posturas favoráveis e/ou contrárias demonstram um extremismo excessivo, de forma que ou “toda e qualquer pretensão relativa a prestação fática de saúde parece estar contida no direito à saúde previsto constitucionalmente”<sup>335</sup> ou “acabam por esvaziar a força normativa do direito fundamental restringindo-o tão somente àquilo que a legislação e a regulamentação infraconstitucionais disponham.”<sup>336</sup>

Lima discorre sobre a necessária fixação de critérios quando se objetiva acessar prestações de saúde. Isso porque os critérios permitem, se considerada a atuação do Poder Judiciário neste âmbito, o “acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde de forma racional” como forma de promover a justiça social e o bem comum<sup>337</sup>. A doutrina e a jurisprudência possuem um papel relevante na elaboração de critérios concretos e de propostas de soluções para os direitos fundamentais que o texto constitucional não oferece *a priori*, em virtude da abstração e generalidade dos dispositivos constitucionais, pois eles possuem baixa densidade normativa, permitindo interpretações conflitantes<sup>338</sup>.

---

<sup>333</sup> BARROSO, 2012, p. 15.

<sup>334</sup> RIOS, 2009.

<sup>335</sup> RIOS, 2009.

<sup>336</sup> RIOS, 2009.

<sup>337</sup> LIMA, 2010, p. 248-249.

<sup>338</sup> DIMOULIS; MARTINS, 2007, p. 60-61.

Lima aponta, para esse fim, o critério da separação, harmonia e independência entre os poderes, as limitações decorrentes da escassez de recursos públicos, ou seja, a reserva do possível e, por último, o “respeito às opiniões e aos trabalhos de caráter técnico – científico”, afinal os diversos serviços na área da saúde devem possuir eficácia científica comprovada<sup>339</sup>.

Quando se está em discussão o fornecimento de tratamentos de alta complexidade, como por exemplo, os tratamentos de saúde no exterior, fatores como a eficácia comprovada do tratamento, o alto custo, a existência de avaliação clínica prévia, a inexistência de tratamento igualmente eficaz no país, a insuficiência econômica da parte demandante, a comprovação da urgência e necessidade do tratamento por meio de documento, expondo as consequências decorrentes da sua não realização devem ser considerados, tanto pela autoridade administrativa como pela judiciária, para o deferimento ou não do pleito.

Sarlet e Figueiredo asseveram que, para identificar se determinada prestação integra o núcleo essencial do direito à saúde, devem haver elementos probatórios das necessidades do indivíduo, além das técnicas eficientes e indispensáveis ao tratamento. Afinal, poderá existir outro tratamento igualmente eficiente e menos dispendioso. Para definir se, em determinado caso concreto, a prestação material pleiteada na área da saúde encontra-se abrangida pela garantia do mínimo existencial, faz-se necessária uma análise detida das circunstâncias e a consideração dos limites e dos limites aos limites já delineados no presente estudo. Nesse sentido:

[...] os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade devem sempre servir de critério para a decisão judicial. Nesse sentido, pode-se dizer que não se mostra razoável, por exemplo, compelir o Estado a fornecer ou custear medicamentos e tratamentos experimentais, assim compreendidos aqueles não aprovados pelas autoridades sanitárias competentes [...] ou que o foram para finalidade diversa daquela pretendida pelo interessado, e que sequer constituíram objeto de testes minimamente seguros [...].<sup>340</sup>

Wang assevera que, quando o tratamento, o medicamento ou o serviço pleiteado não é fornecido pelas políticas públicas existentes na área da saúde deve-se sopesar “o objeto do pedido com a capacidade do Sistema de Saúde de arcar com as despesas da parte, mas também com as despesas de todos os outros cidadãos que se encontrem em situação idêntica.”<sup>341</sup>

<sup>339</sup> LIMA, 2010, p. 248-249.

<sup>340</sup> SARLET; FIGUEIREDO, 2010, p. 44.

<sup>341</sup> WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na Jurisprudência do STF. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 358.

Entre os parâmetros a serem observados na análise do caso concreto está a “vedação a tratamentos experimentais ou carentes de prova científica robusta”, pois contrariam a necessária segurança e eficácia que todos os medicamentos e procedimentos devem observar, uma vez que os riscos de um tratamento desconhecido não podem ser disseminados à sociedade<sup>342</sup>. Para tanto, consideram-se tratamentos eficazes os tratamentos não experimentais, registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) e passíveis de substituição por outros alcançados por políticas públicas<sup>343</sup>.

Somado a isso, toda vez que uma demanda judicial postular o fornecimento de uma prestação de saúde, deve-se observar se ela está incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo SUS. Se a resposta for positiva, o Poder Judiciário, ao deferir a medida, não estará criando uma política pública e, por isso, não realizará uma interferência excessiva, mas apenas determinando o seu cumprimento. “Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente.”<sup>344</sup>

A elaboração e a execução de políticas públicas na área da saúde exigem a adoção de critérios distributivos para os recursos que serão gastos. Como os recursos financeiros disponíveis não são suficientes para atender todas as demandas sociais, faz-se necessária a formulação de políticas públicas que representam escolhas alocativas. “Tais escolhas seguiriam critérios de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender), configurando-se como típicas opções políticas, as quais pressupõem ‘escolhas trágicas’ pautadas por critérios de macrojustiça.”<sup>345</sup>

A opção de investir recursos em uma política social e não em outra considera, por exemplo, o número de cidadãos alcançados pela política eleita, a efetividade e eficácia do serviço prestado, os possíveis resultados<sup>346</sup>. Desse modo, é inevitável a realização de juízos de ponderação para solucionar as situações conflituosas aferidas entre os direitos de cada indivíduo singularmente considerado e o direito da coletividade<sup>347</sup>. Nesse sentido,

---

<sup>342</sup> SARLET, 2013b, p. 1.937.

<sup>343</sup> BINS, 2013.

<sup>344</sup> MENDES, 2010, p. 835.

<sup>345</sup> MENDES, 2010, p. 829.

<sup>346</sup> MENDES, 2010, p. 829.

<sup>347</sup> MENDES, 2010, p. 830.

De um lado está, sobretudo, o princípio da liberdade fática. De outro lado estão os princípios formais da competência decisória do legislador democraticamente legitimado e o princípio da separação de poderes, além de princípios materiais, que dizem respeito sobretudo à liberdade jurídica de terceiros, mas também a outros direitos fundamentais sociais e a interesses coletivos.<sup>348</sup>

Sendo assim, em um primeiro momento, aduz-se que a obrigação do Estado, nos termos do artigo 196 da CF/88, refere-se ao fornecimento de políticas sociais e econômicas por ele formuladas para a promoção, proteção e recuperação da saúde. Isso não significa que o Poder Judiciário ou a Administração Pública estejam impedidos de decidir de outra maneira, deferindo o fornecimento de prestação diversa da custeada pelo SUS “a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso.”<sup>349</sup>

Se não houver previsão administrativa para o fornecimento da prestação, deve-se verificar se há uma vedação legal, uma omissão ou uma decisão de não fornecer. Na hipótese de proibição, o direito postulado não existe. Havendo omissão ou decisão administrativa de não fornecer, deve-se atentar para a existência de tratamento alternativo à doença. Havendo um tratamento alternativo, viável e dispensado pelo ente público, impõe-se o seu fornecimento. Se o tratamento alternativo não for eficaz ou for inadequado ao organismo do autor da demanda ou, ainda, se não houver tratamento alternativo disponível, cumpre analisar o tratamento postulado. Se ele se trata de um tratamento experimental, sem eficácia comprovada, o Estado não está obrigado a fornecê-lo. Se consistir em um novo tratamento ainda não incorporado pelo SUS, mas possuir registro na Anvisa e ser o único adequado e eficaz para o caso concreto, “a omissão pode ser objeto de impugnação judicial, individual ou coletiva, com ampla produção de provas.”<sup>350</sup>

Isso quer dizer que o Poder Público não concederá somente aqueles tratamentos incluídos nas listas oficiais. Nesses casos, o juiz deve certificar-se com profissional especializado acerca da eficiência e segurança do tratamento requerido, ou seja, faz-se necessária a existência de prova científica robusta que embase a postulação feita, a qual deve ser submetida ao contraditório. Mostra-se imprescindível a observância de critérios científicos e das garantias de segurança e eficácia do tratamento, em decorrência da necessária racionalização e otimização dos recursos públicos<sup>351</sup>.

---

<sup>348</sup> ALEXY, 2011. p. 512.

<sup>349</sup> MENDES, 2010, p. 836.

<sup>350</sup> BINS, 2013.

<sup>351</sup> SARLET; FIGUEIREDO, 2010, p. 45-46.

Em contraposição, para Gomes, no que se refere ao direito à saúde, o mínimo existencial abrangeria o dever do Estado em prestar serviços básicos, fornecer consultas médicas, atender as doenças de baixa complexidade por meio de uma rede de postos de saúde, além de dispor de locais para atendimento de emergências, entrega de medicamentos de uso comum, programas preventivos e curativos de doenças de ampla incidência e, de modo geral, o fornecimento de serviços que atendam grande parte da população. Nesse viés, para o autor, tratamentos excepcionais, como seria o caso daqueles fornecidos no exterior, não se enquadrariam entre as prestações inerentes à garantia do mínimo existencial<sup>352</sup>.

Barroso também aponta parâmetros a serem considerados na solução dos litígios judiciais que versem sobre o direito à saúde. Em se tratando de ações individuais, consoante o referido autor, deve-se atentar para as opções já formuladas pelos entes federativos e veiculadas nas listas de medicamentos, pois, para a sua elaboração, os poderes estatais avaliaram as necessidades prioritárias da população, os recursos disponíveis e a eficácia técnico-científica dos medicamentos ou procedimentos<sup>353</sup>.

Isso porque os gestores possuem uma visão global necessária à elaboração das políticas sociais e econômicas na área da saúde e, conseqüentemente, para assegurar a universalidade das prestações e preservar a isonomia no atendimento aos cidadãos prevista no artigo 196 da Lei Fundamental<sup>354</sup>. Deve-se atentar para “as questões técnicas relativas à área da saúde, sob pena de majoração das conseqüências negativas advindas da má-utilização do processo. Para tanto, o ideal é que sejam eles – os magistrados - assessorados por profissionais da área da saúde.”<sup>355</sup>

Para o autor acima citado, o parâmetro sobredito funda-se, também, em um argumento democrático, de modo que a decisão judicial que impõe o fornecimento de alguma prestação não constante nas listas contraria a vontade da maioria que paga os tributos, escolhe os representantes para elaborar as políticas públicas na área da saúde e elaborar as listas de medicamentos<sup>356</sup>. Quando os órgãos governamentais incumbidos já definiram políticas públicas, a atuação do Judiciário em ações individuais que determinam o fornecimento de

---

<sup>352</sup> GOMES, 2012, p. 191.

<sup>353</sup> BARROSO, Luís Roberto. Introdução. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista Jurídica da UNIJUS*, Uberaba: Universidade de Uberaba e Ministério Público do Estado de Minas Gerais, v. 11, n. 15, nov. 2008. p. 35-36. Disponível em: <[http://www.uniube.br/publicacoes/unijus/arquivos/unijus\\_15.pdf](http://www.uniube.br/publicacoes/unijus/arquivos/unijus_15.pdf)>. Acesso em: 09 ago. 2014.

<sup>354</sup> BARROSO, 2008, p. 40.

<sup>355</sup> BARROSO, 2008, p. 35-36.

<sup>356</sup> BARROSO, 2008, p. 40-41.

medicamentos fora da lista não seria razoável, já que desrespeitaria a separação entre os Poderes Estatais e os critérios técnico-científicos por eles considerados<sup>357</sup>.

Outro parâmetro a ser considerado é a eficácia comprovada dos tratamentos pleiteados, excluindo-se os experimentais e alternativos<sup>358</sup>. Ainda, o Poder Judiciário deve optar por tratamentos disponíveis no Brasil, pois há que se priorizar os “disponíveis no mercado nacional e estabelecimentos situados no Brasil, dando preferência àqueles conveniados ao SUS. Trata-se de decorrência da necessidade de se harmonizar a garantia do direito à saúde com o princípio constitucional do acesso universal e igualitário.”<sup>359</sup>

Conforme Barroso, o ente federativo que deve figurar no polo passivo de ação judicial é aquele responsável pela lista na qual consta o medicamento requerido. Em que pese o Judiciário venha decidindo pela responsabilização solidária dos entes federativos, esse entendimento prejudica a organização das suas atribuições. Desse modo, tais entes se vinculariam ao incluir determinado medicamento ou tratamento nas suas listas de responsabilidades<sup>360</sup>. Também, os medicamentos e/ou tratamento prescritos devem ser compatíveis com a doença diagnosticada. A receita médica deve ter sido emitida por profissional habilitado e especialista no tratamento da moléstia. Além da dosagem prescrita dever atender o objetivo do tratamento<sup>361</sup>.

Os parâmetros já mencionados nada mais são do que posturas prudentes, baseadas no bom senso, que contribuirão para proporcionar e aperfeiçoar o acesso à saúde no país. Lima também estabeleceu alguns critérios com tal propósito. O autor aduz que se devem priorizar os tratamentos dispensados pelo Poder Público “e não através de depósito de valores para tratamentos no exterior ou em locais da preferência do médico ou paciente, sob pena de ser ferido o preceito do acesso universal e igualitário, além da própria razoabilidade.”<sup>362</sup>

Sustenta, também, a necessária observância dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas que são estudos científicos elaborados por profissionais renomados em determinada área, sujeitos à consulta pública e a constantes revisões. Eles apontam critérios para diagnosticar as moléstias, os tratamentos adequados, as doses corretas, a forma de

---

<sup>357</sup> BARROSO, 2008, p. 42.

<sup>358</sup> BARROSO, 2008, p. 44-45.

<sup>359</sup> BARROSO, 2008, p. 45.

<sup>360</sup> BARROSO, 2008, p. 46.

<sup>361</sup> BARROSO, 2008, p. 35-36.

<sup>362</sup> LIMA, 2010, p. 250.

controle e acompanhamento da doença, a verificação dos resultados do tratamento, entre outros<sup>363</sup>.

O Poder Judiciário não está obrigado a respeitar os protocolos sobreditos, mas se trata de uma postura recomendável, pois ela evitará o custeio pelo Estado de medicamentos ou tratamentos que não oferecem a segurança necessária<sup>364</sup>. Em síntese, “Os protocolos são instrumentos para a aplicação racional e criteriosa do direito à saúde, em termos de acesso universal e igualitário, oferecendo uma forma científica de garantir este direito fundamental, ultrapassando o paradigma individualista que tem marcado o tema.”<sup>365</sup>

Lima aponta ainda que o Estado somente poderá ser condenado a dispensar prestações na área da saúde para aqueles que forem carentes de recursos financeiros. Portanto, tal prova deve ser produzida no processo. Em que pese a saúde se trate de um direito de todos, a possibilidade de fornecê-la não é apenas do Estado, principalmente quando puder ser custeada pelo próprio indivíduo, por sua família, ou por outra entidade. Isso permitirá que o Estado seja desonerado e que os recursos existentes sejam aplicados na redução das desigualdades sociais<sup>366</sup>.

Consoante Barroso, os serviços de saúde não devem, necessariamente, ser gratuitos para toda e qualquer pessoa, nem há obrigatoriedade que “qualquer pretensão tenha de ser satisfeita em termos ótimos”, exceto, quando se tratar de um caso de urgência, quando a “vida humana estiver em risco iminente, a exigir providências efetivas e imediatas”, em detrimento da existência ou não de recursos financeiros<sup>367</sup>. Por esse motivo, a indispensabilidade do medicamento ou tratamento para a manutenção da vida deve ser amplamente demonstrada. Afinal, em um “contexto de recursos escassos, um medicamento vital à sobrevivência de determinados pacientes terá preferência sobre outro que apenas é capaz de proporcionar melhor qualidade de vida, sem, entretanto, ser essencial para a sobrevivência.”<sup>368</sup>

Em síntese, a constatação acerca da viabilidade ou não de fornecimento de tratamento de saúde no exterior pelo Poder Público exige dos estudiosos e dos aplicadores do direito uma construção jurídica que leve em consideração não apenas aspectos práticos referentes ao caso concreto, mas também o confronto entre os diversos princípios envolvidos e a observância dos limites e dos limites aos limites anteriormente abordados.

---

<sup>363</sup> LIMA, 2010, p. 242.

<sup>364</sup> LIMA, 2010, p. 251-252.

<sup>365</sup> LIMA, 2010, p. 252.

<sup>366</sup> LIMA, 2010, p. 251.

<sup>367</sup> SARLET; FIGUEIREDO, 2010, p. 42-43.

<sup>368</sup> BARROSO, Luís Roberto. 2008, p. 46.

Não há uma resposta definitiva sobre o tema, mas existem inúmeros argumentos favoráveis e contrários ao fornecimento de tratamento de saúde no exterior, os quais deverão ser utilizados como fundamento das respostas às demandas judiciais nesse sentido. Afinal, somente quando atendidos, no caso concreto, os parâmetros antes delineados, o tratamento de saúde no exterior consistirá em uma prestação integrante do mínimo existencial, o que justifica o seu deferimento em face da Administração Pública.

## 5 CONCLUSÃO

O presente trabalho de conclusão investiga a viabilidade ou não da concessão de tratamento de saúde no exterior pela Administração Pública. A cada dia, inúmeros processos são ajuizados objetivando impor à Administração Pública, em suas diversas esferas, o fornecimento das mais variadas prestações de saúde. Dentre elas, há aquelas que somente estão disponíveis no exterior.

O mínimo existencial foi utilizado como critério norteador da análise. Para tanto, verificou-se quais circunstâncias fáticas devem ser verificadas para o mínimo existencial justificar o fornecimento dessa espécie de tratamento. A depender das peculiaridades de cada caso, o tratamento de saúde no exterior poderá ser considerado uma prestação material que compõe o núcleo essencial do direito à saúde e, por consequência, o mínimo existencial.

Se tal situação se verificar, impõe-se o seu fornecimento pela Administração Pública. E admite-se a utilização da via judicial para solucionar o conflito em caso de negativa por parte do Poder Público. Nesse caso, a intervenção do Poder Judiciário não pode ser considerada excessiva ou desproporcional, pois visa a assegurar o mínimo necessário à sobrevivência digna do cidadão que pleiteia judicialmente a dispensação de tratamento de saúde no exterior pela Administração Pública.

As constatações acima expostas, além das demais considerações realizadas a seguir, foram possíveis tendo em vista os objetivos traçados pela pesquisa. Com eles, constatou-se que o direito à saúde é um direito fundamental, pois expressamente consagrado e enquadrado nessa categoria pelo artigo 6º da CF/88. Além disso, trata-se de um direito social na medida em que o acesso de todos aos bens e aos serviços públicos na área da saúde proporcionará iguais condições materiais aos indivíduos, reduzindo a desigualdade social.

Em que pese o artigo 5º, §1º, da Carta Magna determine a aplicação imediata das normas constitucionais asseguradoras dos direitos fundamentais, muitos doutrinadores afirmam que o direito à saúde consiste, no texto constitucional, em uma norma programática que apenas traça diretrizes ao legislador infraconstitucional, o qual deve elaborar e executar políticas públicas concretizadoras dos preceitos constitucionais.

Isso não tem impedido o ajuizamento diário de inúmeros processos objetivando a concessão de medicamentos, procedimentos cirúrgicos, equipamentos e tratamentos para prevenir, curar e promover a saúde dos cidadãos. De modo geral, a resposta que o Poder Judiciário dá às referidas demandas, principalmente quando o objeto do pedido não está

previsto em política pública específica, resume-se ao seu deferimento diante da aplicação direta do artigo 6º e do artigo 196 e seguintes da Constituição Federal.

Quando os cidadãos requerem o fornecimento de tratamento de saúde no exterior, na via administrativa, a medida é indeferida sob o fundamento de que a Portaria MS n. 1.236, que entendia admissível o fornecimento de tratamento médico no exterior custeado pelo SUS a pacientes residentes e domiciliados Brasil, quando esgotadas as possibilidades de tratamento pelo SUS nas diferentes esferas de governo, foi revogada pela Portaria MS n. 763, não havendo qualquer medida disciplinadora do assunto na atualidade.

O Poder Legislativo Federal elaborou dois Projetos de Lei que versam especificamente sobre o fornecimento de tratamento de saúde no exterior pelo SUS. O primeiro, Projeto de Lei n. 7.190 de 2002, exclui do âmbito de fornecimento pelo SUS os tratamentos no exterior. Já o segundo, Projeto de Lei n. 4.166 de 2004, obriga o SUS a custear tratamento de saúde no exterior a brasileiro ou estrangeiro residente e domiciliado no Brasil, desde que ele possua eficácia científica comprovada e não exista alternativa disponível no Brasil. Os dois projetos encontram-se apensados ao Projeto de Lei n. 5.964 de 2001, e desde 2007 eles não foram mais movimentados.

Diante da atual omissão administrativa e da inércia legislativa, os portadores de moléstias que necessitam ser tratadas no exterior utilizam a via judicial, a fim de que o Poder Judiciário determine a dispensação da prestação pela Administração Pública. Como a jurisdição é inafastável, o litígio deve ser necessariamente resolvido. Ocorre que, muitas vezes, o deferimento ou o indeferimento desse pedido pelos magistrados ou desconsidera a repercussão da decisão sobre a coletividade e as finanças públicas ou condiciona a proteção e o respeito à dignidade das pessoas tão somente à disponibilidade de recursos financeiros, desrespeitando, de qualquer forma, os postulados constitucionais.

Nesse diapasão, as categorias do “mínimo existencial” e da “reserva do possível” se contrapõem, na medida em que o primeiro visa a assegurar as condições mínimas a uma existência digna e abrange o conjunto das prestações essenciais de cada direito fundamental e a segunda defende que os direitos sociais são exigíveis apenas na proporção dos recursos disponíveis. A reserva do possível não prevalecerá quando as demandas judiciais objetivarem bens e serviços necessários à garantia do mínimo existencial, conforme entendimento jurisprudencial sedimentado. Dessa forma, o mínimo existencial trata-se de um limite à reserva do possível.

Sendo assim, o fornecimento de tratamento de saúde no exterior pela Administração Pública é viável se tal prestação for enquadrada entre aquelas necessárias à garantia do

mínimo existencial. Isso ocorrerá quando, na análise do caso concreto, estiverem presentes circunstâncias justificadoras, as quais foram designadas ao longo deste trabalho como critérios ou parâmetros racionais de observância obrigatória pelo Poder Judiciário e de necessário preenchimento por aquele que afirma ser o tratamento de saúde no exterior necessário a sua saúde e, conseqüentemente, à manutenção da sua vida.

Somado a isso, conclui-se que, em um primeiro momento, a obrigação da Administração Pública restringe-se ao fornecimento dos bens e serviços albergados pelas políticas sociais e econômicas formuladas para a promoção, proteção e recuperação da saúde. Se, devido às condições específicas do organismo do indivíduo, os tratamentos disponíveis na rede pública não forem eficazes e não houver previsão administrativa para o fornecimento do tratamento indicado, deve-se verificar se há uma vedação legal, uma omissão ou uma decisão administrativa de não fornecê-lo.

No caso brasileiro, com a revogação da Portaria MS n. 1.236, que entendia admissível o fornecimento de tratamento médico no exterior custeado pelo SUS, pela Portaria MS n. 763, no âmbito da Administração Pública, há omissão pela matéria. Igualmente, na esfera legislativa, não obstante a elaboração de um projeto de lei contrário e outro favorável, os mesmos não foram mais movimentados desde 2007, o que demonstra omissão no que se refere à viabilidade do fornecimento de tratamento de saúde no exterior pela Administração Pública.

As omissões supramencionadas implicam o dever de verificar a existência de tratamento alternativo para a doença. Se houver tratamento alternativo viável e alcançado pelo SUS, impõe-se o seu fornecimento. Se o tratamento alternativo não for eficaz ou for inadequado ao organismo do autor da demanda ou, ainda, se não houver tratamento alternativo disponível, cumpre considerar o tratamento de saúde no exterior postulado.

Se o tratamento de saúde no exterior for experimental, sem eficácia comprovada, a Administração Pública não está obrigada a fornecê-lo. Se consistir em um novo tratamento ainda não incorporado pelo SUS, mas possuir registro na Anvisa e ser o único adequado e eficaz para o caso concreto, a negativa administrativa pode ser impugnada judicialmente, sendo necessária ampla dilação probatória para constatar se os parâmetros racionais estão presentes no caso concreto, hipótese na qual a garantia do mínimo existencial justificará a concessão do tratamento de saúde no exterior.

Desse modo, conclui-se que a Administração Pública poderá ser condenada ao fornecimento de tratamentos que não estão incluídos nas listas oficiais, como por exemplo, os tratamentos de saúde no exterior. Nesses casos, o magistrado, nas demandas individuais, deve

observar a presença de parâmetros racionais para otimizar os gastos públicos e assegurar o acesso de bens e serviços de saúde ao maior número de pessoas.

No decorrer do trabalho foram estabelecidos os seguintes parâmetros: a existência de prova científica robusta acerca da eficiência e da segurança do tratamento requerido, a prévia avaliação clínica e a sua indicação por profissional especializado, a compatibilidade entre o tratamento prescrito e a doença diagnosticada, a inexistência de tratamento igualmente eficaz no país, a insuficiência econômica da parte demandante, assim como a comprovação da urgência e da necessidade do tratamento por meio de documento que expõe as consequências decorrentes da sua não realização.

A principal conclusão obtida revela que a verificação do atendimento dos parâmetros sobreditos, no caso concreto, “transforma” o tratamento de saúde no exterior em uma prestação integrante do núcleo essencial do direito à saúde. Nesse caso, faz parte do mínimo existencial, não havendo que se falar nos limites impostos pela reserva do possível e, por isso, é legítima a imposição de fornecimento pela Administração Pública.

Exemplo do acima exposto é a situação paradigmática narrada no último capítulo. Sophia é portadora da Síndrome de Berdon e necessita realizar transplante de órgãos do aparelho digestivo, e o único tratamento indicado é o cirúrgico, o qual é realizado com eficácia apenas no exterior. Na decisão que deferiu a antecipação de tutela pleiteada, a magistrada considerou que os laudos médico-periciais existentes nos autos são aptos a demonstrar a urgência do procedimento. O restante dos documentos explicita que a autora não possui recursos financeiros suficientes para custear o tratamento pleiteado e que a sua saúde não poderia ser eficazmente resguardada pelos órgãos do SUS e por nenhuma outra entidade privada que não aquela localizada no exterior, ou seja, houve efetiva comprovação do esgotamento dos recursos existentes no território nacional, o que viabilizou o deferimento da medida judicial postulada.

As considerações expostas acima sobre a viabilidade ou não do fornecimento de tratamento de saúde no exterior pela Administração Pública não representam uma resposta definitiva ao problema jurídico abordado, mas se constituem um ponto de partida para a discussão que envolve a concretização do direito social fundamental à saúde, tendo vista a relevância individual, já que diretamente relacionado à vida e à dignidade de cada cidadão, e coletiva do tema, pois o deferimento indiscriminado de tratamentos excepcionais e de alto custo pode repercutir negativamente no acesso da sociedade às políticas públicas sociais e econômicas de saúde.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.101-132.

BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 107-133.

BARROSO, Luís Roberto. Introdução. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista Jurídica da UNIJUS*, Uberaba: Universidade de Uberaba e Ministério Público do Estado de Minas Gerais, v. 11, n. 15, nov. 2008, p. 13-48. Disponível em: <[http://www.uniube.br/publicacoes/unijus/arquivos/unijus\\_15.pdf](http://www.uniube.br/publicacoes/unijus/arquivos/unijus_15.pdf)>. Acesso em: 09 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Introdução. In: *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Fórum: Belo Horizonte, 2012, p. 1-30. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI168919,51045-O+constitucionalismo+democratico+no+Brasil+cronica+de+um+sucesso>>. Acesso em: 28 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BINS, Denise Dias de Castro. Panorama do direito Constitucional à saúde no contexto brasileiro: consagração, acesso e judicialização. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre: Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, n. 56, out. 2013. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao056/Denise\\_Bins.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao056/Denise_Bins.html)>. Acesso em: 23 jul. 2014.

BITENCOURT, Caroline Müller. A reserva do possível no contexto da realidade constitucional brasileira e sua aplicabilidade em relação às políticas públicas e aos direitos

sociais. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte: Fórum, ano 14, n. 55, jan./mar. 2014, p. 213-244.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 10. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 2013/2104.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. *Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm)>. Acesso em: 2013/2014.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei n. 4.166 de 2004. *Dispõe sobre o tratamento de saúde no exterior custeado pelo Sistema Único de Saúde – SUS*. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=241589&filename=Tramitacao-PL+4166/2004](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=241589&filename=Tramitacao-PL+4166/2004)>. Acesso em: 19 out. 2013.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei n. 5.964 de 2001. *Dispõe sobre a cobertura, pelo Sistema Único de Saúde, dos custos operacionais dos serviços hospitalares decorrentes de assunção de obrigação imposta pelo Poder Judiciário à rede privada e dá outras providências*. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=13750&filename=Tramitacao-PL+5964/2001](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=13750&filename=Tramitacao-PL+5964/2001)>. Acesso em: 19 out. 2013.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei n. 7.190 de 2002. *Acrescenta os §§ 3º e 4º ao art. 2º da Lei n. 8080, de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes*. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=90363&filename=Tramitacao-PL+7190/2002](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=90363&filename=Tramitacao-PL+7190/2002)>. Acesso em: 19 out. 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COELHO, Inocêncio Mártires. Direitos Sociais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 821-827.

\_\_\_\_\_. Evolução do constitucionalismo brasileiro pós-88. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. et al. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 61-65.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Recomendação n. 31 de 30 de março de 2010. *Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/322-recomendacoes-do-conselho/12113-recomendacao-no-31-de-30-de-marco-de-2010>>. Acesso em: 19 maio 2014.

\_\_\_\_\_. Resolução n. 107, de 06 de abril de 2010. *Institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12225-resolucao-no-107-de-06-de-abril-de-2010>>. Acesso em: 19 maio 2014.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FARO, Julio Pinheiro; GOMES, Marcelo Sant'Ana Vieira Gomes; PESSANHA, Jaqueline Fraga. O controle judicial das políticas públicas como forma de tutela dos direitos coletivos: a perspectiva da saúde. *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*, Porto Alegre: Tribunal de Publicações Jurídicas, ano 61, n. 432, out. 2013.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 67, 2008, p. 125-172. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O\\_direito\\_a\\_saude\\_nos\\_20\\_anos\\_da\\_CF\\_coletanea\\_TAnia\\_10\\_04\\_09.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf)>. Acesso em: 23 jul. 2014.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos fundamentais: limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GLOECKNER, Josiane Ledebum. A reserva do possível como limite à efetividade do direito fundamental à saúde. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte: Fórum, ano 3, n. 11, jan./mar. 2003, p. 233-251.

GOMES, Gustavo de Mendonça. Em busca de um conteúdo para o mínimo existencial: a construção da norma no caso concreto e os parâmetros a serem utilizados. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre: Ajuris, v. 39, n. 128, dez. 2012, p. 171-201.

HACHEM, Daniel Wunder. Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão – Repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte: Fórum, ano 14, n. 55, jan./mar. 2014, p. 123-158.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; GERVASONI, Tássia Aparecida. Imposição judicial de serviços públicos de saúde x teoria da separação dos poderes: uma análise da legitimidade da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre: Ajuris, ano 39, n. 126, jun. 2012, p. 235-264.

LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 237-253.

MENDES, Gilmar Ferreira. O direito à saúde na Constituição de 1988. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 828-838.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Portaria n. 1.236 de 14 out. 1993 (Revogada). *Resolve sobre a concessão de tratamento médico no exterior a pacientes residentes e domiciliados no Brasil*. Disponível em:

<[http://portal2.saude.gov.br/saudelegis/leg\\_norma\\_espeelho\\_consulta.cfm?id=3342614&highlight=&tipoBusca=post&slcOrigem=0&slcFonte=0&sqlcTipoNorma=27&hdTipoNorma=27&buscaForm=post&bkp=pesqnorma&fonte=0&origem=0&sit=0&assunto=&qtd=10&tipo\\_norma=27&numero=1236&data=%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20&dataFim=&ano=&pag=1](http://portal2.saude.gov.br/saudelegis/leg_norma_espeelho_consulta.cfm?id=3342614&highlight=&tipoBusca=post&slcOrigem=0&slcFonte=0&sqlcTipoNorma=27&hdTipoNorma=27&buscaForm=post&bkp=pesqnorma&fonte=0&origem=0&sit=0&assunto=&qtd=10&tipo_norma=27&numero=1236&data=%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20&dataFim=&ano=&pag=1)>. Acesso em: 19 out. 2013.

\_\_\_\_\_. Portaria n. 763 de 07 abr. 1994. *Revoga a Portaria n. 1.236 de 14 out. 1993 do Ministério da Saúde*. Disponível em:

<[http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1994/prt0763\\_07\\_04\\_1994.html](http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1994/prt0763_07_04_1994.html)>. Acesso em: 19 out. 2013.

MOLINARO, Carlos Alberto. A jurisdição na proteção da saúde: breves notas sobre a instrumentalidade processual. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre: Ajuris, ano 36, n. 115, set. 2009, p. 49-72.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos artigos 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

OLIVEIRA, José Lamunier Moreira de. O direito à saúde e o retrocesso/revisão do postulado fundamental do ser humano: sintomas e hiância. *Revista Direito e Liberdade*, Natal, v. 12, n. 2, jun./dez. 2010, p. 143-156. Disponível em:

<<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/43499>>. Acesso em: 23 jun. 2014.

PEREIRA, Faíse dos Santos; NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. A constitucionalização do direito à saúde e a sua concretização via aplicação da norma constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 20, vol. 81, out./dez. 2012, p. 105-144.

PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érika Paula Barcha (Coord.). *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 53-69.

PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanziola. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas. *Araucaria: Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, ISSN 1575-6823, ano 8, n. 15, jan.-jun. 2005, p. 128-146. Disponível em: <[http://institucional.us.es/araucaria/nro15/monogr15\\_3.pdf](http://institucional.us.es/araucaria/nro15/monogr15_3.pdf)>. Acesso em: 23 jul. 2014.

RIBOLI, Cesar. *O direito fundamental à saúde e os limites materiais do estado*. Frederico Westphalen: URI, 2012.

RIOS, Roger Raupp. Direito à saúde, universalidade, integralidade e políticas públicas: princípios e requisitos em demandas judiciais por medicamentos. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 31, agosto. 2009. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao031/roger\\_rios.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao031/roger_rios.html)>. Acesso em: 10 ago. 2014.

RUBIM, Thiago Freitas. *Delimitação do sentido normativo dos princípios da universalidade, integralidade e equidade do direito à saúde como parâmetro mitigador da judicialização excessiva*. 2013. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2013. Disponível em: <[www.tcc.sc.usp.br/tce/disponiveis/89/890010/.../ThiagoFreitasRubim.pdf](http://www.tcc.sc.usp.br/tce/disponiveis/89/890010/.../ThiagoFreitasRubim.pdf)>. Acesso em: 15 ago. 2014.

SÃO PAULO. 3ª Vara Federal de Sorocaba. Ação Ordinária com Pedido de Antecipação de Tutela nº.0001778-95.2014.4.03.6110. Autora: Sophia Gonçalves de Lacerda. Ré: União Federal. Juíza: Sylvia Marlene de Castro Figueiredo. São Paulo, 04 de abril de 2014. Disponível em: <<http://www.jfsp.jus.br/foruns-federais/>>. Acesso em: 04 ago. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. ver. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

\_\_\_\_\_. Algumas considerações acerca do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado (RERE)*, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 10, jan. 2002. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/revista-eletronica-da-reforma-do-estado>>. Acesso em: 03 ago. 2013.

\_\_\_\_\_. Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes, et al. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013a, p. 1.931-1.937.

\_\_\_\_\_. Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. et al. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013b, p. 1.937-1.938.

\_\_\_\_\_. Art. 1º, III. A dignidade da pessoa humana. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. et al. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013c. p. 121-128.

\_\_\_\_\_. Art. 5º, §1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. et al. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013d, p. 513-515.

\_\_\_\_\_. Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. et al. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013e, p. 533-548.

\_\_\_\_\_. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

\_\_\_\_\_. Notas introdutórias ao sistema constitucional de direitos fundamentais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. et al. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013f, p. 183-212.

\_\_\_\_\_. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição do retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érika Paula Barcha (Coord.). *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010, 71-109.

SARLET, Ingo Wolfgang; BRANDÃO, Rodrigo. Anotações ao Art. 60 da CF. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. et al. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1.124-1.138.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SCHEID, Cintia Maria. A efetivação dos direitos sociais pelo Poder Judiciário: o mínimo existencial como parâmetro. *Anais do XVIII Encontro Nacional do Conpedi – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito*, Maringá, 2009, p. 1705. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/anais/36/03\\_1720.pdf](http://www.conpedi.org.br/anais/36/03_1720.pdf)>. Acesso em: 20 out. 2013.

SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

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

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e princípios da interpretação constitucional. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. et al. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 75-90.

STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, José Luis de. *Ciência política e teoria do estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 271.286/RS*. Segunda Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 29 de novembro de 2000. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 06 out. 2013.

\_\_\_\_\_. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 639.337/SP*. Segunda Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 23 de agosto de 2011. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 10 out. 2013.

\_\_\_\_\_. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 45*, Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 29 de abril de 2004. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 02 ago. 2013.

\_\_\_\_\_. Despacho de convocação da audiência pública. Brasília, 5 mar. 2009a. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Despacho\\_Convocatorio.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Despacho_Convocatorio.pdf)>. Acesso em: 30 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. Notas taquigráficas da Audiência Pública n. 4, de 27 de abril a 7 de maio de 2009b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>>. Acesso em: 30 jul. 2014.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL (3. Região). Agravo de Instrumento n°.0008474-47.2014.4.03.0000/SP. Agravante: Sophia Gonçalves de Lacerda. Agravada: União Federal. Relator: Márcio Moraes. São Paulo, 27 de maio de 2014. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/diario/Consulta/VisualizarDocumentosProcesso?numerosProcesso=201403000084745&data=2014-05-29>>. Acesso em: 04 ago. 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. Mínimo existencial. In: *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, v. 3, p. 138-203.

\_\_\_\_\_. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 63-78.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na Jurisprudência do STF. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 349-372.

WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas – mínimo existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judiciáveis. In: GRIVONER, Ada Pelegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 213-224.

**APÊNDICE A**  
**Comentários às Portarias n. 1.236, de 1993 e n. 763, de 1994, do Ministério da Saúde, e aos Projetos de Lei n. 5.964 de 2001, n. 7.190 de 2002 e n. 4.166 de 2004**

Neste tópico, serão tecidos comentários acerca das Portarias n. 1.236 de 1993 e n. 763 de 1994 do Ministério da Saúde (MS) e acerca dos Projetos de Lei (PL) n. 5.964 de 2001, 7.190 de 2002 e 4.166 de 2004.

Em 14 de outubro de 1993, o então Ministro de Estado da Saúde, Henrique Santillo, editou a Portaria MS n. 1.236<sup>369</sup>, que entendia admissível o fornecimento de tratamento médico no exterior custeado pelo SUS a pacientes residentes e domiciliados Brasil, quando esgotadas as possibilidades de tratamento pelo SUS nas diferentes esferas de governo do Brasil. Entretanto, em 07 de abril de 1994, a Portaria n. 1.236 foi revogada pela Portaria MS n. 763<sup>370</sup>, que nada dispôs sobre o fornecimento de tratamento de saúde no exterior custeado pelo SUS.

As Portarias acima mencionadas, além de outros fundamentos legais, foram utilizadas para justificar o Projeto de Lei n. 4.166<sup>371</sup>, proposto em 15 de setembro de 2004 pelos então Deputados Federais Sr. Rafael Guerra, Sr. Francisco Gonçalves e Sr. Geraldo Resende. O referido projeto de lei “Dispõe sobre o tratamento de saúde no exterior custeado pelo Sistema Único de Saúde – SUS”. Entre as disposições do PL n. 4.166/04, encontra-se a que obriga o SUS a custear tratamento de saúde no exterior a brasileiro ou estrangeiro residente e domiciliado no Brasil, “desde que o tratamento tenha eficácia comprovada cientificamente e que tal tratamento não seja oferecido no País”. O PL n. 4.166/04 foi apensado ao PL n. 7.190/02<sup>372</sup> em 04 de outubro de 2002, por determinação da Mesa Diretora da Câmara dos Deputados.

O Projeto de Lei n. 7.190, proposto em 05 de setembro de 2002 pelo Presidente da República, em decorrência do envio do EM n. 031/GM/MS pelo Ministro de Estado da Saúde, Barjas Negri, em sua redação, “Acrescenta os §§ 3º e 4º ao art. 2º da Lei n. 8080, de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da

<sup>369</sup> MINISTÉRIO DA SAÚDE, 1993.

<sup>370</sup> MINISTÉRIO DA SAÚDE, 1994.

<sup>371</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei n. 4.166 de 2004. *Dispõe sobre o tratamento de saúde no exterior custeado pelo Sistema Único de Saúde – SUS*. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=241589&filename=Tramitacao-PL+4166/2004](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=241589&filename=Tramitacao-PL+4166/2004)>. Acesso em: 19 out. 2013.

<sup>372</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 7.190 de 2002. *Acrescenta os §§ 3º e 4º ao art. 2º da Lei n. 8080, de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes*. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=90363&filename=Tramitacao-PL+7190/2002](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=90363&filename=Tramitacao-PL+7190/2002)>. Acesso em: 19 out. 2013.

saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes”. Em outros termos, o PL n. 7.190/02 garante, por meio dos seus dispositivos, a assistência médica, desde que esteja em “conformidade com os diagnósticos e processos terapêuticos reconhecidos no país”, e exclui do âmbito de fornecimento pelo SUS os tratamentos no exterior e os de caráter experimental.

Entre as justificativas apresentadas para edição do PL n. 7.190/02 pelo Poder Executivo, destacam-se as frequentes ordens judiciais resultantes de antecipação de tutela que acarretam grande dispêndio de recursos públicos, os quais não estão previstos no orçamento, comprometendo “a execução regular dos programas de trabalho, segundo a orientação da política nacional de saúde, cuja formulação toca, indubitavelmente, ao Poder Executivo”.

O PL n. 7.190/02 recebeu parecer favorável da Comissão de Seguridade Social e Família da Câmara dos Deputados em 15 de abril de 2003. Em 26 de maio de 2003, o Deputado Custódio Mattos apresentou requerimento em Plenário de apensação do PL n. 7.190/02 ao PL n. 5.964/01<sup>373</sup>, cujo pedido foi deferido pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, em 04 de outubro de 2004.

Atualmente, tanto o PL n. 4.166, quanto o PL n. 7.190/02 encontram-se apensados ao PL n. 5.964/01. O Projeto de Lei n. 5.964, proposto em 13 de dezembro de 2001, pelo então Deputado Federal Custódio Mattos, “Dispõe sobre a cobertura, pelo Sistema Único de Saúde, dos custos operacionais dos serviços hospitalares decorrentes de assunção de obrigação imposta pelo Poder Judiciário à rede privada e dá outras providências” e impõe que os custos da utilização dos serviços hospitalares serão cobertos pelo SUS “mediante valores fixados nas suas próprias tabelas”.

O Deputado Custódio Mattos justificou a edição do PL n. 5.964/01 sustentando que o Poder Judiciário tem determinado, com frequência, internações hospitalares na rede privada a serem custeadas pelo Poder Público, fato que tem comprometido a capacidade de gestão pública na execução dos serviços de saúde e tem, “transformando o Poder Público em grande devedor das instituições hospitalares”, acarretando desequilíbrio financeiro. Em consequência disso, assevera o Deputado que “nada mais justo e razoável do que os valores objeto da cobertura com gastos efetuados acompanharem as Tabelas do Sistema Único de Saúde, como imperativo ético-financeiro das projeções orçamentárias dos direitos sociais”.

---

<sup>373</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei n. 5.964 de 2001. *Dispõe sobre a cobertura, pelo Sistema Único de Saúde, dos custos operacionais dos serviços hospitalares decorrentes de assunção de obrigação imposta pelo Poder Judiciário à rede privada e dá outras providências*. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=13750&filename=Tramitacao-PL+5964/2001](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=13750&filename=Tramitacao-PL+5964/2001)>. Acesso em: 19 out. 2013.

A Comissão de Seguridade Social e Família proferiu parecer favorável ao PL n. 5.964/01 e ao PL n. 4.166/04 e pela rejeição do PL n. 7.190/02. A Comissão de Finanças e Tributação entendeu que o PL n. 4.166/04, o PL n. 7.190/02 e o PL n. 5.964/01 são compatíveis e adequados financeira e orçamentariamente. Também, a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania prolatou parecer pela constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa do PL n. 4.166/04, do PL n. 7.190/02 e do PL n. 5.964/01. Em 22 de março de 2007, encerrou o prazo para apresentação de emendas aos substitutivos dos projetos acima mencionados, sendo essa a última ação legislativa que tramitou na Câmara dos Deputados no que se refere aos PL n. 4.166/04, PL n. 7.190/02 e PL n. 5.964/01.

## APÊNDICE B

### Comentários sobre a Audiência Pública da Saúde n. 04 do Supremo Tribunal Federal, sobre a Recomendação n. 31 e sobre a Resolução n. 107 do Conselho Nacional de Justiça

O crescimento do volume de ações judiciais objetivando o fornecimento de prestações na área da saúde tem afetado as políticas públicas administrativamente planejadas e a estabilidade do SUS. Debates acerca da eficácia e das influências dessas decisões judiciais sobre a comunidade conduziram à “busca por mais informações, dados, estudos e por decisões mais consentâneas com a sistemática pública de atendimento à saúde”<sup>374</sup>. Para tanto, realizou-se uma audiência pública sobre o assunto perante o STF, houve a elaboração de recomendações e a formação de comissões de estudo no âmbito do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, a partir de quando foram elaborados critérios para a concessão das prestações de saúde postuladas judicialmente<sup>375</sup>.

A convocação da Audiência Pública n. 4<sup>376</sup>, no ano de 2009, pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, então Presidente do STF, constitui-se um marco histórico designado com o intuito de:

[...] ouvir gestores do SUS, especialistas, profissionais da área da saúde e do direito, usuários e a sociedade como um todo a respeito da matéria, colhendo dados técnicos e opiniões jurídicas e leigas, buscando a fixação de parâmetros mais objetivos para a resolução das demandas judiciais em saúde, a ampliação do princípio da participação e a legitimação das decisões judiciais.<sup>377</sup>

A Audiência Pública n. 4 resultou em inúmeras discussões e manifestações. Desde então, o STF adotou uma postura mais criteriosa na análise das demandas de saúde. Houve a imposição de critérios técnicos e fáticos para a concessão dos tratamentos requeridos, como a observância necessária das políticas públicas já estabelecidas no âmbito do SUS e dos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas. Sendo assim, toda vez que uma demanda na área da saúde é proposta, devem-se observar parâmetros pré-determinados para compatibilizar o direito fundamental à saúde com os postulados constitucionais e superar, na medida do possível, a interferência judicial exacerbada<sup>378</sup>.

---

<sup>374</sup> BINS, 2013.

<sup>375</sup> BINS, 2013.

<sup>376</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Notas taquigráficas da Audiência Pública n. 4, de 27 de abril a 7 de maio de 2009*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>>. Acesso em: 30 jul. 2014.

<sup>377</sup> BINS, 2013.

<sup>378</sup> BINS, 2013.

Dentre as questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas que se tentou esclarecer durante a Audiência Pública, citam-se:

- (i) responsabilidade dos entes da federação em matéria de direito à saúde; ii) obrigação do Estado de fornecer prestação de saúde prescrita por médico não pertencente ao quadro do SUS ou sem que o relativo pedido tenha sido feito previamente à Administração Pública; (iii) obrigação do Estado de custear prestações de saúde não abrangidas pelas políticas públicas existentes; (iv) obrigação do Estado de disponibilizar medicamentos ou tratamentos experimentais não registrados na ANVISA ou não aconselhados pelos Protocolos Clínicos do SUS; (v) obrigação do Estado de fornecer medicamento não lícitado e não previsto nas listas do SUS; (vi) fraudes no Sistema Único de Saúde <sup>379</sup>.

Após a realização da Audiência Pública n. 4, o Conselho Nacional de Justiça adotou medidas com o intuito de contribuir para a resolução mais adequada das lides fundadas no direito à saúde<sup>380</sup>. Houve a constituição de um grupo de trabalho que aprovou a Recomendação n. 31/2010 “que traça diretrizes aos tribunais, magistrados e operadores do Direito quanto às demandas judiciais que envolvem a assistência à saúde”<sup>381</sup>. A intenção é garantir uma maior eficiência na resolução das demandas judiciais, e a sustentabilidade do SUS e a Resolução n. 107/2010 que “institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde”<sup>382</sup>, o qual possui a atribuição de “elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento de procedimentos, o reforço à efetividade dos processos judiciais e à prevenção de novos conflitos”.

Dentre as justificativas expostas para a elaboração da Recomendação, citam-se: a) o número expressivo de ações judiciais em tramitação que objetivam prestações na área da saúde e as suas consequências financeiras para os cofres públicos; b) a estrita relação entre o

<sup>379</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Despacho de convocação da audiência pública. Brasília, 5 mar. 2009a. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Despacho\\_Convocatorio.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Despacho_Convocatorio.pdf)>. Acesso em: 30 jul. 2014.

<sup>380</sup> RUBIM, Thiago Freitas. *Delimitação do sentido normativo dos princípios da universalidade, integralidade e equidade do direito à saúde como parâmetro mitigador da judicialização excessiva*. 2013. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2013. Disponível em: <[www.tcc.sc.usp.br/tce/disponiveis/89/890010/.../ThiagoFreitasRubim.pdf](http://www.tcc.sc.usp.br/tce/disponiveis/89/890010/.../ThiagoFreitasRubim.pdf)>. Acesso em: 15 ago. 2014.

<sup>381</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Recomendação n. 31, de 30 de março de 2010. *Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/322-recomendacoes-do-conselho/12113-recomendacao-no-31-de-30-de-marco-de-2010>>. Acesso em: 19 maio 2014.

<sup>382</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n. 107, de 06 de abril de 2010. *Institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12225-resolucao-no-107-de-06-de-abril-de-2010>>. Acesso em: 19 maio 2014.

direito à saúde e a garantia de uma vida digna; c) a insuficiência de informações alcançadas aos magistrados sobre os problemas de saúde dos autores das demandas judiciais; d) a necessária aprovação prévia pela Anvisa dos medicamentos e tratamentos utilizados no Brasil, a fim de garantir que os usuários não sejam alvo de substâncias sem eficácia comprovada ou danosas à saúde; e) os frequentes apelos por parte do ente administrativo para ser ouvido antes do deferimento das tutelas de urgência e a necessidade de respeito às políticas públicas elaboradas e à organização do Sistema Público de Saúde; f) o fato de que alguns laboratórios não assistem os pacientes envolvidos em pesquisas experimentais, depois de finalizada a experiência<sup>383</sup>.

Sugeriu-se aos Tribunais de segundo grau, no âmbito estadual e federal, a criação de grupos de apoio técnico, a partir da celebração de convênios, no qual devem se fazer presentes médicos e farmacêuticos para analisar as questões clínicas trazidas no processo, com o intuito de ajudar os magistrados a formar seu convencimento no caso concreto. Recomendou-se às Corregedorias que orientem os magistrados a: a) exigir relatórios médicos e descrição das doenças, inclusive com o Código Internacional da Doença – CID; b) evitar o deferimento de fornecimento de medicamentos ou de tratamentos não registrados na Anvisa ou experimentais; c) ouvir os administradores públicos antes de apreciar as tutelas de urgência; d) verificar se o autor da demanda foi submetido a programa de pesquisa experimental dos laboratórios; e) determinar a inscrição do autor para ser beneficiário da política pública, se ela existir<sup>384</sup>.

Ainda, recomendou-se a inclusão da legislação referente ao direito sanitário como matéria individualizada no programa de direito administrativo nos concursos para ingresso na magistratura, e a promoção de visitas pelos magistrados aos Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde, às unidades de saúde pública ou conveniadas com o SUS e a outros estabelecimentos de saúde, para que os mesmos adquiram conhecimentos práticos sobre o seu funcionamento. Também, recomendou-se às Escolas de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados que incorporem o direito sanitário nos cursos de formação e aperfeiçoamento e realizem seminários na área da saúde para proporcionar maior engajamento com a matéria<sup>385</sup>.

Desse modo, conclui-se que a Audiência Pública realizada pelo STF contribuiu para a coordenação dos processos judiciais que envolvem o direito à saúde, além de permitir a

---

<sup>383</sup> CNJ, 2010.

<sup>384</sup> CNJ, 2010.

<sup>385</sup> CNJ, 2010.

adoção de critérios e parâmetros para a atuação judicial nessa área<sup>386</sup>. Além disso, a Recomendação n. 31/2010 e a Resolução n. 107/2010, em que pese não possuam caráter vinculativo, constituem parâmetros a serem observados pelos magistrados na solução das demandas que envolvem o direito à saúde, como forma de racionalizar o fornecimento desses bens e serviços.

---

<sup>386</sup> RUBIM, 2013.