

**XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO  
CONPEDI BELÉM – PA**

**DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA  
SOCIAL**

**JOSÉ RICARDO CAETANO COSTA**

**SIMONE MARIA PALHETA PIRES**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria – CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

**Vice-presidente Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

**Secretário Executivo** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

**Representante Discente – FEPODI**

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

**Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

**Secretarias:**

**Relações Institucionais**

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

**Relações Internacionais para o Continente Americano**

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

**Relações Internacionais para os demais Continentes**

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

**Eventos:**

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

**Comunicação:**

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

**Membro Nato** – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

Direitos sociais, seguridade e previdência social [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA

Coordenadores: José Ricardo Caetano Costa; Simone Maria Palheta Pires – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-856-1

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Belém, Brasil).

CDU: 34



## **XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA**

### **DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL**

---

#### **Apresentação**

No dia 14 de novembro de 2019, no XXVIII, em Belém do Pará, nosso Grupo de Trabalho de DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL, é enriquecido com a apresentação de 15 artigos. Um dia após a vigência das duras regras impostas pela EC n. 103 /19 (antiga PEC 6/19), as reflexões em torno da previdência, saúde e assistência social predominaram nos artigos e debates que se seguiram após as apresentações dos autores. O processo de judicialização destas políticas, o que incluiu outros direitos sociais como a moradia e educação, também foram objetos de estudos dos autores e autoras que apresentaram seus trabalhos acadêmicos.

Segue, portanto, uma breve sinopse destes excelentes trabalhos selecionados e apresentados, ficando o convite para que este debate seja ampliado e ganhe outras dimensões, de modo que possamos refletir, crítica e academicamente, sobre todos estes direitos sociais no delicado momento vivido em nosso País.

No artigo “A DEMOCRACIA E A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS”, apresentado por Winston de Araújo Teixeira, o autor analisa o conceito de democracia, bem como a judicialização dos direitos sociais. Analisa a violação dos direitos sociais, pesquisando a cerca da democracia, especialmente no que respeita aos direitos trabalhistas e o processo de flexibilização.

No artigo denominado “AS AÇÕES AFIRMATIVAS NAS PERSPECTIVAS JURÍDICA E ACADÊMICA: UMA ANÁLISE HISTÓRICA ATUALIZADA”, de Edmundo Alves De Oliveira, Fernando Passos, os autores objetivam construir um arcabouço teórico para sustentar a análise das ações afirmativas, especialmente na questão educacional, tendo como referência as publicações do Scopus e as legislações vigentes. Analisam a quantidade de publicações realizadas a partir destes dados.

No artigo denominado “A VIOLÊNCIA CONTRA A CRIANÇA E O ADOLESCENTE NO ARQUIPÉLAGO DO MARAJÓ (PA) E SEU DIREITO AO RECONHECIMENTO COMO SUJEITO DE DIREITO E DE SER PROTEGIDA E RESGUARDADA, de Ana Elizabeth Neirão Reymão, Arnaldo José Pedrosa Gomes, propõe a discussão sobre a violência sexual contra a criança e o adolescente no Marajó (Pará) e a importância do direito ao reconhecimento dos mesmos como sujeitos de direito, analisando sentenças de processos

judiciais de estupro de vulnerável na Comarca de Ponta de Pedras. Apontam, na pesquisa, a falta de proteção das vítimas nos processos estudados.

No artigo denominado “AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA: UMA ANÁLISE A RESPEITO DA INCIDÊNCIA DO "ABATE-TETO", de Raquel Varela Alípio , Carla Cristiane Ramos De Macedo, os autores buscam a fundamentação nos conceitos e entendimentos vigentes, por enriquecimento sem causa por parte do Estado e como se dá a aplicação do denominado “abate-teto”.

No artigo denominado “DIREITO À MORADIA: UMA VISÃO FACE AO DIREITO AMBIENTAL E A NECESSIDADE DE JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM POSSÍVEIS CONFLITOS DE NORMAS”, de Alessandra Castro Diniz Portela, Gisele Albuquerque Morais, as autoras buscam a análise do direito fundamental à moradia, enfocando as limitações trazidas pelo Direito Ambiental, bem como a obrigação do Estado em garanti-la. Analisam o processo de judicialização de políticas públicas, sustentando esse processo.

No artigo denominado “DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS: DIREITO DE SAÚDE”, de autoria de Fernando da Silva Luque, o autor analisa os direitos e garantias fundamentais à saúde, descrevendo a distribuição de medicamentos, observados os institutos da reserva do possível e o princípio do mínimo existencial, dos primórdios normativos pátrios à Magna Carta.

No artigo denominado “ERRADICAÇÃO DA POBREZA: CONTRIBUIÇÕES DO PROGRAMA DE TRANSFERÊNCIA DE RENDA BOLSA FAMÍLIA PARA O CUMPRIMENTO DO ODS1 (OBJETIVO DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL 1) DA AGENDA 2030 DA ONU”, de Rodimar Silva Da Silva , Mártin Perius Haeberlin, reflete sobre o Programa Bolsa Família(PBF) contribui para o cumprimento do ODS1, de erradicação da pobreza, da agenda 2030-ONU. Analisa que as políticas públicas de inserção ao mercado de trabalho para geração de renda, além das políticas de inclusão social como garantias de direitos, precisam ser transversais e integradas ao PBF.

No artigo denominado “IMPACTOS DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 95/2016 SOBRE A SAÚDE ESTADUAL”, de Gleice de Nazaré Barroso Lima, Eliana Maria De Souza Franco Teixeira, as autoras investigam as consequências trazidas pela Emenda Constitucional nº 95 de 2016, no que diz respeito ao orçamento público e aos repasses de verbas pela União aos Estados e Municípios, especificamente à Região Norte, Estado do Pará, e à desproporção dos níveis de desigualdades sociais visíveis naquele Estado.

No artigo denominado “MALVERSAÇÃO DE DIREITO SOCIAL EM TEMPOS DE REFORMAS: REFLEXÕES SOBRE AS FINALIDADES E FRAGILIDADES DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA”, de Viviane Freitas Perdigão Lima, Renata Caroline Pereira Reis, analisa o benefício assistencial continuada na, enfocando o relatório produzido pela Controladoria Geral da União, cujo relatório apontou várias irregularidades na concessão deste benefício.

No artigo denominado “O DEBATE SOBRE O DÉFICIT PREVIDENCIÁRIO E UMA ANÁLISE DAS (IN)CONSTITUCIONALIDADES DA PEC 06/2019”, de Joaner Campello De Oliveira Junior e Carlos Alberto Simões de Tomaz, os autores analisam os processos de reformas da previdência social, especialmente no que respeita à EC 287/2016 e da EC 06/2019. Avaliam em que medida a capitalização, o BPC e a desconstitucionalização da matéria previdenciária confrontam a constituição brasileira e as normas internacionais.

No artigo denominado “O MÍNIMO EXISTÊNCIAL E A INAPLICABILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL: A ESSENCIALIDADE DOS DIREITOS À SAÚDE BÁSICA E À EDUCAÇÃO FUNDAMENTAL”, de Witan Silva Barros e Norma Sueli Alves dos Santos Vidal, as autoras buscam analisar a essencialidade dos direitos à saúde básica e a educação fundamental frente à reserva do possível, buscando responder a seguinte problemática: a concretização dos direitos à saúde e à educação está sujeita a critérios objetivos para inaplicabilidade da reserva do possível? Para tanto, analisam a legislação e a jurisprudência do STF, acerca da questão da saúde, nos últimos dez anos.

No artigo denominado “O NÚCLEO ESSENCIAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E OS TRATAMENTOS NO EXTERIOR”, de Luciana Gaspar Melquíades Duarte e Victor Luna Vidal, os autores investigam o tratamento jurisprudencial do direito fundamental à saúde relativamente à realização de pedidos de custeio de tratamentos de saúde no exterior. Investigam o núcleo essencial do direito à saúde, analisando as decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, apontando os parâmetros utilizados por estes dois Tribunais, propondo outro critério para a concessão destes benefícios.

No artigo “O PROCESSO DE RESSIGNIFICAÇÃO DAS POLÍTICAS E DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL”, de Simone Maria Palheta Pires, a autora analisa a ressignificação dos direitos e políticas sociais, tendo como marco histórico a redemocratização. No artigo, a autora apresenta as seguintes questões norteadoras: 1) Os direitos e políticas sociais foram ressignificados em um cenário de crise do Estado do bem-estar social? 2) Como a conjuntura

política influencia na efetividade dos direitos sociais e na elaboração de políticas públicas? 3)  
A transição de uma gestão neodesenvolvimentista para um governo neoliberal tem  
contribuído para manter as conquistas sociais?

Uma ótima leitura e proveito de todos(as).

Prof. Dr. José Ricardo Caetano Costa (FURG)

Profa. Dra. Simone Maria Palheta Pires (UNIFAP)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação  
na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento.  
Equipe Editorial Index Law Journal - [publicacao@conpedi.org.br](mailto:publicacao@conpedi.org.br).

## O NÚCLEO ESSENCIAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E OS TRATAMENTOS NO EXTERIOR

## THE ESSENTIAL CORE OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO HEALTH AND HEALTH TREATMENTS ABROAD

Luciana Gaspar Melquíades Duarte  
Victor Luna Vidal

### Resumo

O artigo objetiva investigar o tratamento jurisprudencial do direito fundamental à saúde relativamente à realização de pedidos de custeio de tratamentos de saúde no exterior. A pesquisa investiga o núcleo essencial do direito à saúde. Adota-se como referência teórica a Teoria dos Direitos Fundamentais, de Alexy (2011). Por meio da metodologia dedutiva e da pesquisa qualitativa, o trabalho utiliza fontes indiretas para o delineamento do núcleo do direito. O confronto da discussão teórica com a análise das decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça permite a revisão crítica dos parâmetros apontados pela literatura e pela jurisprudência.

**Palavras-chave:** Direito fundamental à saúde, Judicialização, Tratamentos de saúde no exterior

### Abstract/Resumen/Résumé

The investigation is about brazilian jurisprudential behavior regarding the requests for the costing of health treatments abroad. The research investigates the right to health essential core. The Theory of Fundamental Rights, by Alexy (2011), is adopted as a theoretical framework. Through the deductive methodology and the qualitative research, the work uses indirect sources to delineate the right to health core. The confrontation of the theoretical discussion with the analysis of the decisions of the Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice allows the critical review of the parameters investigated in the literature and in the jurisprudence.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Fundamental right to health, Judicialization, Health treatments abroad

## 1 INTRODUÇÃO

Esta pesquisa debruçou-se sobre a intrincada problemática referente aos tratamentos de saúde a serem realizados no exterior mediante ordem judicial. Se, por um lado, a determinação ao Estado de que custeie estes tratamentos visa implementar o direito fundamental a saúde do cidadão que o pleiteia em juízo, por outro, discute-se sobre os impactos de tais medidas nas políticas públicas que visam permitir o acesso universal e isonômico ao direito.

O processo de catalogação constitucional de direitos de matizes diversificadas e a elevação do seu *status* à categoria de fundamentais resultaram de esforços hermenêuticos e políticos substanciais. Especialmente quando considerada a eficácia dos direitos sociais, entre os quais o direito a saúde, objeto do presente estudo, situa-se, a discussão transita pela necessidade de realização de prestações materiais e financeiras pelo Estado, o que acarreta, por sua vez, a atração de argumentos relativos à higidez do orçamento público, consubstanciados no conhecido argumento da reserva do possível, e a revisitação do princípio da separação dos poderes e do sistema de freios e contrapesos característico do Estado de Direito.

Nesse contexto situam-se o direito fundamental à saúde e o processo de judicialização de políticas públicas relacionadas a tal direito, considerando a existência de procedimentos de saúde oferecidos exclusivamente no exterior que demandam elevados recursos financeiros a serem custeados pelo Estado, o que conduz, em alguns casos, à escusa do custeio pelo Estado das referidas medidas sob o pretexto de manutenção da higidez do orçamento público. Além desse argumento, a existência de instrumentos normativos e de controvérsias quanto à limitação da fruição dos direitos fundamentais pelos cidadãos ao território nacional implicam o acirramento do debate.

De forma a abranger tais provocações, o presente trabalho pretende investigar os principais parâmetros argumentativos vinculados à temática explorada. Para tanto, utilizou-se da metodologia qualitativa de pesquisa, mediante o emprego de fontes indiretas.

A investigação fundou-se no Pós-Positivismo jurídico, movimento jusfilosófico que tem como uma de suas principais contribuições a redefinição do debate da relação entre Direito e Moral na contemporaneidade, estando alicerçada nas noções de dignidade humana e centralidade dos direitos fundamentais. De acordo com essa visão teórica, especialmente representada por Alexy (2011), a normatividade constitucional é interpretada sob a



perspectiva da existência de regras e de princípios, instrumentos que permitem a avaliação de distintas situações presentes no cotidiano judicial.

O alcance do resultado deste trabalho ocorreu por meio do cumprimento de objetivos específicos, como a revisão da literatura, a análise dos marcos institucionais atinentes à temática e a avaliação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Os distintos aspectos presentes nas discussões doutrinária e jurisprudencial conduzem à formulação de parâmetros para o adequado tratamento da matéria neste trabalho.

## **2 O PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO E SUAS CONTRIBUIÇÕES PARA A JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS**

Consciente do elevado potencial de arbitrariedade<sup>1</sup> manifestado pelo Positivismo Jurídico, o Pós-Positivismo surgiu como um modelo teórico que buscou reconstruir a ciência jurídica sob uma perspectiva valorativa. Desse modo, enquanto Kelsen (2006), expoente do Positivismo Jurídico, tem na lei a principal fonte normativa<sup>2</sup>, o Pós-Positivismo amplia a concepção de normatividade por meio do reconhecimento de regras e princípios com matriz constitucional.

---

1 O surgimento do Pós-Positivismo no século XX vincula-se à proposta de estabelecimento de limites à atuação discricionária dos juízes. Para o Positivismo normativista de Kelsen (2006), diante dos múltiplos significados atribuíveis a determinada norma, o juiz elegerá, de forma discricionária, aquele que considerar mais adequado, o que expressa um ato de vontade. Trata-se da interpretação autêntica, vinculada a elementos políticos, morais e ideológicos não passíveis de controle. O avanço hermenêutico promovido pelo Pós-Positivismo projeta-se à contenção da discricionariedade. Como os juízes não são eleitos democraticamente, sendo escolhidos com base em critérios técnicos, a legitimidade de suas decisões somente é alcançada pela promoção de esforços argumentativos significativos. Desse modo, a sistematização das normas jurídicas em regras e princípios limita o exercício da discricionariedade, na medida em que a compreensão do sistema jurídico é percebida, conforme Dworkin (2002), sob a perspectiva da existência de apenas uma resposta correta para o caso concreto, estando afastada a atividade volitiva do juiz na interpretação de eventuais lacunas ou conceitos jurídicos indeterminados. Para Alexy (2005), embora nem sempre exista apenas um único significado normativo para a determinação do caso concreto, as tarefas de racionalização e de argumentação conduzem a um número limitado de possíveis significados, estando também restringida a discricionariedade.

2 O salto qualitativo propiciado pelo Pós-Positivismo no tocante à normatividade constitucional pode ser vislumbrado pela comparação entre Kelsen (2006) e Alexy (2011). Embora Kelsen (2006) considere que o ordenamento jurídico seja organizado sob a perspectiva de hierarquia das normas a partir da Constituição, o autor inadmita a possibilidade de refuta à aplicação de leis inconstitucionais pela Administração Pública. Assim, para o autor, elas são consideradas válidas (e, portanto, constitucionais) enquanto não forem revogadas. Por sua vez, a proposta de Alexy (2011), assentada na supremacia dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente, proporciona a interpretação das normas infraconstitucionais sob a perspectiva da supremacia constitucional. Desse modo, é admitida a excusa à aplicação de uma lei evidentemente inconstitucional ou que veicule uma injustiça extrema.

Por reconhecer a normatividade dos princípios enquanto veículos de valores da comunidade política, os autores pós-positivistas demonstram o compromisso teórico com a justiça material das decisões e com a Moral. Tal pacto, conforme indicado por Alexy (2011), associa-se ao mecanismo de veiculação das normas consagradoras dos direitos fundamentais. Correspondem, portanto, à incorporação, pelos ordenamentos jurídicos nacionais, de verdadeiros compromissos éticos originários do debate democrático e da celebração de tratados entre os países após o fim da Segunda Guerra Mundial. De modo semelhante, Dworkin (2002) vislumbra na fundamentação principiológica das decisões judiciais, a identificação de valores morais presentes no ordenamento jurídico, o que restringe a atividade do julgador à realização de escolhas com fundamento nos valores comunitários.

Para estabelecer a distinção entre regras e princípios, Alexy (2011) afirma que os referidos comandos possuem características qualitativas próprias. Dessa maneira, os princípios correspondem a “[...] normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes”. Tratam-se, portanto, de “mandados de otimização” (ALEXY, 2011, p. 90), que podem ser realizados, em maior ou menor medida, quando da colisão com outros princípios. Os princípios correspondem, portanto, a mandamentos *prima facie*. Por sua vez, “[...] as regras são normas que apenas podem ser cumpridas ou não; se uma regra for válida, dever-se-á fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Portanto, as regras contêm determinações no âmbito do fática e juridicamente possível” (ALEXY, 2011, p. 91). Dessa forma, tais enunciados correspondem a mandamentos definitivos, sendo aplicados pelo procedimento tradicional da subsunção, correspondente ao percurso lógico que se desdobra em tese, antítese e síntese.

A textura aberta dos princípios permite a obtenção de soluções diversas daquelas que são características do âmbito das regras. Um conflito entre regras é solucionado pela declaração de invalidade de uma delas ou pela identificação de, pelo menos, uma cláusula de exceção. Nesse sentido, são úteis os critérios tradicionais de solução de antinomias aparentes, quais sejam, 1) *lex posterior derogat legi priori*, 2) *lex specialis derogat legi generali* e 3) *lex superior derogat legi inferiori*. Enquanto isso, as colisões entre princípios consideram a relação de precedência entre os enunciados normativos de acordo com as condições específicas do caso analisado. Trata-se, portanto, da dimensão do peso, medida que desconhece a existência de uma precedência geral entre os princípios em jogo e demanda a análise das circunstâncias fáticas e jurídicas da situação (ALEXY, 2011). A ponderação entre princípios conduz à criação de uma regra específica para o caso concreto.

A transposição de comandos *prima facie* para comandos definitivos é concretizada pela máxima da proporcionalidade, mecanismo analítico composto por três submáximas, a saber, 1) adequação, responsável pela escolha dos meios aptos ao atingimento de determinado fim, 2) necessidade, caracterizada pela escolha do meio que irá o outro princípio colidente na menor medida possível e 3) proporcionalidade em sentido estrito, utilizada para mensurar, de forma argumentativa e racional, a relevância da interferência de um princípio sobre outro comparativamente aos objetivos previamente determinados.

## **2.1 Direito fundamentais sociais e justiciabilidade**

A atribuição de significado normativo aos preceitos constitucionais por meio da reorientação interpretativa aclarada pelo Pós-Positivismo Jurídico não foi um movimento que se restringiu ao plano teórico. De meras promessas políticas, as normas constitucionais passaram a ser consideradas como a gênese de direitos subjetivos exigíveis perante os poderes públicos. Nessa sentido, o crescente avanço da conscientização da sociedade quanto a tais direitos e, por consequência, quanto ao dever estatal em efetivá-los, foi acompanhado pela também crescente provocação do Poder Judiciário no controle de políticas públicas.

Sob a perspectiva do direito à saúde, o fenômeno da judicialização assumiu contornos peculiares. A necessidade de execução de prestações positivas pelo Estado, característica essencial do referido direito, coloca-o na categoria de direito fundamental de segunda dimensão (SARLET, 2011). Em se tratando, portanto, de um direito fundamental social, a sua materialização corresponde à efetivação da liberdade em sua acepção material, ou conforme Sarlet (2011, p.47), à promoção da “[...] liberdade por intermédio do Estado”. É válido ressaltar que a classificação descrita espelha um processo de transformação do Estado operado por meio do “reconhecimento de novas necessidades básicas” (SARLET, 2011, p. 37), em que se configura a ascensão de um Estado de natureza social, que incorpora aos valores notadamente privatísticos do Estado Liberal princípios de justiça material.

A classificação proposta por Alexy (2011) para os direitos fundamentais sociais apresenta algumas peculiaridades. Para além dos direitos à liberdade e à igualdade, o autor identifica uma categoria de direitos dependentes da realização de prestações por parte do Estado: os direitos à prestação em sentido amplo. Tais direitos, conforme Alexy (2011), abarcam diversas modalidades de atos positivos executáveis pelos poderes públicos como a criação de legislação para a proteção dos indivíduos pela tutela penal, o que caracteriza a subcategoria de direito à proteção, até o estabelecimento de normas de natureza

procedimental, que englobam as seguintes subcategorias: “(1) competências de direito privado; (2) procedimentos judiciais e administrativos (procedimento em sentido estrito); (3) organização em sentido estrito; e (4) formação da vontade estatal” (ALEXY, 2011, p. 483-484). Em resumo, as duas categorias citadas, quais sejam, direitos a proteção e direitos a organização e procedimento, compõem um conjunto de direitos a ações estatais positivas que podem ser tanto prestações de natureza material como normativa.

Para além das duas subcategorias mencionadas, existe um terceiro componente desse grupo: os direitos a prestação em sentido estrito. Para o autor, a referida categoria corresponde a “direitos do indivíduo em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente do mercado, poderia também obter de particulares” (ALEXY, 2011, p. 499). Nessa categoria estão abrangidos, entre outros, os direitos ao trabalho, à moradia, à educação e à saúde, objeto da presente pesquisa.

Equivalendo os direitos sociais como aqueles exigíveis perante o Estado, tem-se o fenômeno da justiciabilidade, definido como “exigibilidade judicial” (TOLEDO, 2017, p 278), e que confere ensejo ao fenômeno da judicialização, termo que qualifica o fenômeno de crescente busca por intervenção judicial para a efetivação dos direitos, especialmente aqueles de conteúdo social. A expansão da atuação jurisdicional, deve-se ressaltar, não ocorre de modo pacífico. Em paralelo à ausência e/ou à insuficiência da atuação dos Poderes Legislativo e Executivo na criação e condução de políticas públicas alinhadas aos ditames constitucionais, tem-se o cometimento de “excessos e inconsistências” (BARROSO, 2013, 160) na esfera das decisões judiciais. A ausência de critérios precisos e o recurso a argumentos tomados pela emoção nesse meio agravam os já sérios problemas de custeio de pedidos desarrazoados cotidianamente levados ao Poder Judiciário, resultando na realocação de recursos e no comprometimento da sanidade financeira do Estado.

Registre-se, contudo, que o recurso ao argumento da reserva do possível não deve constituir obstáculo intransponível à efetivação dos direitos fundamentais. Destaca-se, como problema comum, tanto às decisões negativas de direitos quando às permissivas o cometimento de excessos. Nesse sentido, é válido notar que a assertiva antecedente não quer dizer que a prática forense em matéria de judicialização dos direitos sociais não possa levar a decisões errôneas. Na verdade, objetiva-se evitar, tal como proposto por Alexy (2005, 2011) no processo de racionalização argumentativa presente em suas obras, a ocorrência de decisões desarrazoadas e não justificadas sob a perspectiva do sistema democrático.

Desse modo, a busca por critérios e argumentos racionais é indicada para a obtenção de soluções razoáveis para as situações enfrentadas pelo Poder Judiciário. É inválida, por

consequência, a invocação do princípio da reserva do possível sem o acompanhamento da demonstração de que determinada prestação de saúde, caso executada pelo Estado, pode lesar gravemente o orçamento público e a capacidade estatal de cumprir com os seus outros deveres. De modo semelhante, o procedimento de saúde disponibilizado a determinado indivíduo sem que haja a avaliação do potencial de extensão da prestação a outros indivíduos prejudica não somente a higidez do erário, como também viola os princípios da universalidade e da igualdade de tratamento.

Como se percebe, a justiciabilidade dos direitos sociais é matéria intrinsecamente vinculada aos conflitos de competências e ao princípio da separação dos poderes. Ao atribuir funções consideradas típicas aos poderes – cabendo, portanto, ao Legislativo as tarefas de fiscalização dos demais poderes e também de produção legislativa, ao Executivo a elaboração e a execução de políticas públicas e ao Judiciário o controle das atividades dos demais poderes mediante a provocação, haja vista ser o princípio da inércia o seu comando reitor – a referida tese limitaria a atuação dos poderes quanto ao exercício de atividades de natureza diversa da qual foram originalmente constituídos. Assim, ao controle judicial de políticas públicas tem sido atribuído pejorativamente o termo “ativismo judicial”, utilizado para designar a intervenção indevida da tutela jurisdicional nas funções de competência dos demais poderes (TOLEDO, 2017).

Como argumentos favoráveis à justiciabilidade, podem ser apontados três princípios formais que conferem suporte ao processo de ponderação e aos princípios materiais. Pelo primeiro, a tese da separação dos poderes implica a existência de um controle recíproco entre eles, identificado no sistema de freios e contrapesos. Assim, caso não haja o empenho do Poder Executivo na satisfação dos direitos sociais previstos constitucionalmente, será o Poder Judiciário competente para analisar a demanda. Pelo segundo, o princípio da democracia possibilita o controle pelo Judiciário da atividade legislativa que é contrária ou omissa aos direitos fundamentais. Pelo último, a inafastabilidade da tutela jurisdicional, é dever do Poder Judiciário apreciar quaisquer provocações que lhe são feitas (TOLEDO, 2017).

## **2.2 O núcleo essencial do direito fundamental à saúde**

O direito fundamental à saúde deve ser interpretado sob a dimensão de garantia de dignidade. Por meio da disposição constitucional, o referido direito abarca não somente a concepção de ausência de doença, ou a sua redução a um mínimo fisiológico ou vital. Está

compreendida em sua concepção a manutenção de um complexo de bem-estar físico, psíquico e social, que pode ser efetivado tanto pela perspectiva de não intervenção do Estado ou dos particulares na saúde dos indivíduos, quanto pela prestação material pelo Estado de serviços e medicamentos (SARLET; FIGUEIREDO, 2010), o que se alinha ao conceito de direito a prestações em sentido estrito definido por Alexy (2011).

A perspectiva qualitativa presente no ordenamento jurídico nacional quanto ao direito à saúde demanda uma análise pormenorizada do seu conteúdo essencial. Nesse sentido, a adoção por este trabalho da tese relativa do núcleo essencial dos direitos fundamentais tem na aplicação da máxima da proporcionalidade o seu instrumento de controle. Dada a pluralidade de enfoques manifestada pelo referido direito, a observância do parâmetro metodológico proposto por Alexy (2011) constitui ferramenta adequada ao tratamento do direito, na medida em que corresponde a um procedimento racional argumentativo de utilização universal.

Considerando que fatores sociais, políticos, econômicos e até mesmo tecnológicos tendem a modificar as relações jurídicas, a definição de um núcleo essencial em critérios demasiadamente rígidos, tal como proposto pela tese absoluta, tende ao anacronismo. Conforme observado, isso se deve à mutabilidade do Direito e das prestações estatais relacionadas à tutela da dignidade. A tese relativa não impede, no entanto, a investigação de critérios comuns para decisões semelhantes. Assim, o processo de inventariação de conquistas nos planos jurídico e social permite que o intérprete possa seguir um roteiro de ação (SARLET; FIGUEIREDO, 2010).

Relativamente à esfera da saúde, o conceito de núcleo essencial visa à definição de um conjunto de prestações mínimas para a fruição do direito em condições dignas. Para muitos estudiosos da temática, a delimitação do núcleo tende a se concentrar nos serviços básicos de saúde, isto é, na atenção primária, tal como propugnado por Alexy (2011).

A definição sugerida por Alexy (2011) não se adequa à realidade normativa brasileira, em que o direito a saúde é garantido constitucionalmente sob as diretrizes da integralidade e da universalidade. Assim, no Brasil, impõe-se o fornecimento de prestações de saúde de custo reduzido e/ou de diminuta complexidade, como o fornecimento de medicamentos para o controle da pressão arterial, até prestações de custos elevados e/ou de elevada complexidade, como o transplante de órgãos e a realização de procedimentos cirúrgicos no estrangeiro.

De modo a interpretar o conjunto de relações complexas atinentes à temática, Melquíades Duarte (2011) definiu o núcleo essencial do direito à saúde como o conjunto de prestações de saúde necessárias para a preservação mediata ou imediata da vida humana. Este conceito, atento ao princípio da integralidade que permeia o direito à saúde, inclui incluídas

medidas de prevenção, de promoção ou de recuperação da saúde, bem como as intervenções de baixa, média e alta complexidade. Exemplificativamente, podem ser citadas prestações estatais como o saneamento básico, a vacinação contra doenças fatais, o combate aos agentes transmissores de doenças da mesma natureza, os tratamentos de doenças crônicas que possam evoluir para o óbito, os atendimentos de urgência e emergência, as intervenções cirúrgicas capazes de salvar uma vida, as internações em leitos de UTI, etc. A autora cunhou a expressão “demandas de saúde de primeira necessidade” para caracterizar o conjunto de prestações estatais dirigidas à manutenção da vida, e a expressão “demandas de saúde de segunda necessidade” para, por exclusão, contemplar as demais prestações “que não são suficientes para proteger e garantir o pré-requisito para a fruição da dignidade, qual seja, estar vivo” (Id., 2011, p. 170). O núcleo essencial definidor de uma norma regra, isto é, instrumento consagrador de direitos definitivos corresponderia à primeira classificação tratada. Por consequência, com relação a esse critério não são cabíveis quaisquer argumentos em defesa da reserva do possível uma vez que, ao vincularem o Estado de maneira absoluta, como é próprio das normas-regra, o ente público deve organizar-se administrativa e financeiramente para o seu cumprimento. Enquanto isso, às demandas de saúde de segunda necessidade, veiculadas por normas do tipo princípio, estariam sujeitas à colisão com os demais princípios.

Melquíades Duarte (2011), entretanto, reconhece que, como assevera o texto constitucional em artigo 1º, inciso III (BRASIL, 1988), a dignidade humana é princípio fundamental sem o qual o Estado Democrático de Direito não se realiza. Assim, ao lado das prestações necessárias para a proteção mediata ou imediata da vida humana, devem somar-se as prestações de saúde de elevada essencialidade para a vida com dignidade. A definição de quais prestações devem ser consideradas de elevada essencialidade, isto é, sem as quais o exercício do direito à vida não é efetivado em condições mínimas de dignidade, é tarefa a ser desincumbida argumentativamente. Pode-se ilustrar com as demandas de saúde inerente à proteção ou restauração das funções dos órgãos sensoriais (visão, audição, paladar e olfato) e dos membros inferiores ou superiores. Assim, por exemplo, os tratamentos e procedimentos oftalmológicos e a dispensação de próteses dos membros superiores e inferiores, ainda que prescindíveis para a sobrevivência, estariam incluídos no núcleo essencial do direito à saúde em virtude de sua elevada imbricação à dignidade.

Essa demarcação do conceito de núcleo essencial do direito à saúde tem como objetivo a análise da realização de tratamentos de saúde fora do território nacional, o que será discutido no próximo item.

### **3 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE E OS TRATAMENTOS DE SAÚDE NO EXTERIOR**

O Sistema Único de Saúde – SUS – foi previsto pelo texto constitucional no seu artigo 198 (BRASIL, 1988), que estabeleceu a instituição de uma rede de ações e serviços efetivados mediante a cooperação entre os entes federativos e a distribuição hierarquizada de competências entre os mesmos, considerando os diferentes níveis de complexidade dos bens e serviços disponibilizados à população.

A organização do sistema público de saúde não se restringiu à previsão constitucional. Em 19 de setembro de 1990, foi promulgada a Lei nº 8.080 (BRASIL, 1990), também conhecida como Lei Orgânica da Saúde (LOS). Por meio dessa legislação, confirmavam-se as disposições constitucionais por meio da conjugação de ações e serviços de saúde prestados por todos os entes federativos, permitindo ainda a realização de tais atividades pela iniciativa privada.

A estruturação de um sistema de saúde pautado pela universalidade de atendimento e pela integralidade de cobertura dos tratamentos, abrangendo desde prestações simples até a promoção de procedimentos mais complexos e onerosos aos cofres públicos atinge, conforme visto, a discussão quanto à higidez do erário e da sua capacidade de cobertura do maior número possível de cidadãos.

Na década de 1990, a problemática foi tratada pela Portaria nº 763 (BRASIL, 1994), que vedou expressamente o custeio de tratamentos de saúde no exterior. Estando ainda vigente, o referido instrumento normativo foi apreciado no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. De antemão, destaca-se o desacerto de sua redação ante a inocorrência da referida proibição ao texto constitucional e nas demais leis referentes ao direito à saúde.

Para analisar tais essas questões, os próximos subitens investigam a jurisprudência dos tribunais superiores relativamente aos pedidos de realização de tratamentos de saúde no exterior.

#### **3.1 Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**

Para a compreensão dos posicionamentos do Supremo Tribunal Federal em face dos pedidos de tratamento de saúde no exterior, este trabalho realizou pesquisas no seu portal eletrônico de modo a investigar o conteúdo de suas decisões. Para tanto, foram utilizados, na



data de 15 de maio de 2018, os termos de pesquisa “saúde e exterior NÃO tributário NÃO aduaneiro NÃO comercial NÃO habeas”. Os termos “NÃO” foram utilizados de modo a eliminar possíveis resultados não compatíveis com a temática abordada.

Os dados coletados foram condensados na seguinte tabela:

Tabela 1: quantitativo das decisões relativas à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Tipo de documento pesquisado	Total de documentos retornados	Quantidade de documentos excluídos	Quantidade de documentos utilizados	Quantidade de deferimentos	Quantidade de indeferimentos	Mérito não apreciado
Acórdão	16	15	1	1	0	0
Decisão monocrática	112	102	10	2	5	3
Decisão da presidência	39	33	5	2	1	3
Totais	167	150	17	5	6	6

FONTE: Elaborado pelos autores

As decisões revelam a ausência de um posicionamento consolidado no Supremo Tribunal Federal no período compreendido entre os anos de 2004 e 2017. A primeira decisão encontrada com base nos critérios de busca aplicados tem sua publicação em 26 de outubro de 2004 e a última data de 28 de setembro de 2017. Embora o lapso temporal abrangido seja longo e os casos tratados apresentem peculiaridades no que concerne aos tratamentos pedidos e às respectivas questões processuais, há uma tendência, resguardados os critérios a seguir expostos, à efetivação dos direitos à vida e à saúde nos posicionamentos da referida corte no período investigado.

O Supremo Tribunal Federal foi provocado de forma reiterada quanto à concessão de tratamentos de retinose pigmentar em Cuba, tendo se manifestado em oito decisões. Caracterizada pela perda progressiva da visão, a retinose pigmentar é doença hereditária cujos tratamentos existentes não possuem comprovada eficácia.

Nos recursos extraordinários de nº 411557 (BRASIL, 2004c) e 359383 (BRASIL, 2005d), compreendidos nos anos de 2004 e 2005, o tribunal deferiu os tratamentos pedidos sob o argumento de proteção do direito à saúde e à vida dos cidadãos. Nesse sentido, é emblemático o voto do ministro César Peluso no recurso extraordinário nº 411557 (BRASIL, 2004c), oportunidade em que restou assentado que o caráter programático das normas de direitos fundamentais não impede que o Judiciário efetive seu comando:

A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL

INCONSEQÜENTE.- O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado (BRASIL, 2004c).

No recurso extraordinário nº 498567 (BRASIL, 2006d), a opinião anteriormente favorável aos tratamentos em Cuba foi convertida em negativa, o que foi mantido no recurso extraordinário de nº 421402 (BRASIL, 2010c). No julgado, tornou-se relevante a declaração do Conselho Brasileiro de Oftalmologia quanto à inexistência de tratamento eficaz para a enfermidade. Além disso, foi também destacada a inexistência de comprovação da efetividade do tratamento cubano. O mesmo argumento foi utilizado pelo tribunal em decisões relativas não somente à retinose pigmentar, sendo identificado também na suspensão de tutela antecipada nº 223 (BRASIL, 2008c). O recurso extraordinário nº 570035 (BRASIL, 2015b), embora não tenha avaliado o mérito da questão, reiterou o posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto à negativa de atendimento desses tratamentos em Cuba.

A significativa proporção de decisões relativas à retinose pigmentar não impediu a apreciação de outras prestações de saúde pelo Supremo Tribunal Federal. Manifestando-se em 9 decisões, o tribunal analisou pedidos relativos a doenças raras cujos tratamentos são oferecidos exclusivamente no exterior. Enfermidades como a doença do xarope de bordo na urina e o linfoma de Hodgkin tiveram decisões favoráveis aos pedidos formulados, conforme destacam, respectivamente, as suspensões de tutela antecipada nº 36 (BRASIL, 2005e) e nº 50 (BRASIL, 2006c).

Avaliadas as decisões judiciais referentes a pedidos de tratamentos não relacionados ao caso cubano, existem somente 3 (três) decisões favoráveis à concessão dos tratamentos – suspensões de tutela antecipada nº 36 (BRASIL, 2005e) e 50 (BRASIL, 2005c) e suspensão de tutela antecipada no agravo regimental nº 211 (BRASIL, 2017), enquanto podem ser identificadas 4 decisões contrárias aos pleitos – suspensão de tutela antecipada nº 223 (BRASIL, 2008c), recurso extraordinário nº 595507 (BRASIL, 2009), suspensão de segurança nº 4244 (BRASIL, 2011b) e suspensão de segurança nº 4244 (BRASIL, 2011c)<sup>3</sup>.

---

3 As suspensões de segurança nº 4244 (BRASIL, 2011b) e nº 4244 (BRASIL, 2011c) foram objeto de duas decisões no âmbito do Supremo Tribunal Federal sobre matérias semelhantes, o que justificou o seu tratamento autônomo na tabela 1. Na decisão publicada em 08 de agosto de 2010, foi conferido julgamento favorável ao Estado do Rio Grande do Norte de modo a impedir o levantamento das quantias requisitadas pela outra parte em virtude dos custos relacionados aos

Além disso, foi identificada uma decisão em que o mérito não foi apreciado – suspensão de tutela antecipada no agravo regimental 691 (BRASIL, 2016b) – haja vista a perda superveniente do objeto. A existência de decisões tanto permissivas quanto negativa pode ser explicada pela identificação de alguns critérios sustentados nas decisões.

Nesse sentido, a argumentação desenvolvida pelos ministros nos julgamentos pautou-se pelo estabelecimento de parâmetros relacionados à 1) comprovação da eficácia, o que ocorreu na suspensão de tutela antecipada nº 223 (BRASIL, 2008c), que negou o tratamento em razão do seu caráter experimental; 2) a existência de tratamentos de eficácia equivalente ou semelhante no Brasil, como destacado nas suspensões de tutela antecipada nº 50 (BRASIL, 2005c), 36 (BRASIL, 2005e) e 211 (BRASIL, 2017) – todas favoráveis aos pedidos dos pacientes ante o esgotamento de meios disponíveis no país – e também no recurso extraordinário nº 595507 (BRASIL, 2009), que foi contrário ao pedido da parte, haja vista a disponibilidade do tratamento no âmbito doméstico à época.

Como questões relativas à eficácia probatória dos tratamentos pedidos demandavam nova análise probatória, foram negadas as medidas requeridas e respeitados os argumentos relativos a matéria aduzidos nos tribunais de origem, conforme destacado nos recursos extraordinários nº 595507 (BRASIL, 2009) e 575361 (BRASIL, 2010e). Somadas as decisões referentes aos tratamentos de retinose pigmentar – recursos extraordinários nº 498567 (BRASIL, 2006d), 421402 (BRASIL, 2010c), 542641 (BRASIL, 2010d), 367754 (BRASIL, 2010b) e 570035 (BRASIL, 2015b), a menção à referida impossibilidade, resultante do entendimento da Súmula nº 279 (BRASIL, 1963), foi repetida 7 vezes.

### **3.2 Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**

A coleta dos dados a seguir expostos ocorreu por meio de pesquisa ao portal eletrônico do referido tribunal, estando organizada em tabela. Foram também utilizados, na data de 30 de setembro de 2018, os termo de busca “saúde e exterior NÃO tributário NÃO aduaneiro NÃO comercial NÃO habeas”.

Os dados coletados foram condensados na seguinte tabela:

---

tratamentos de saúde da parte já terem sido garantidos no tribunal *a quo*. Constatou-se no julgado que a parte se utilizava da estratégia de dupla cobrança da União e do Estado mencionado de forma a garantir o custeio das despesas vinculadas a seu tratamento. Nessa decisão restou consignado que a concessão do pedido estorno pelo Estado das quantias estaria condicionada à comprovação da estratégia de litigância dúplice da parte, o que foi feito na decisão publicada em 02 de maio de 2011.

Tabela 2: quantitativo das decisões relativas à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Tipo de documento pesquisado	Total de documentos retornados	Quantidade de documentos excluídos	Quantidade de documentos utilizados	Quantidade de deferimentos	Quantidade de Mérito não indeferimento apreciado
Acórdão	44	26	18	5	7

FONTE: Elaborado pelos autores

Como não houve recorte temporal do conjunto de decisões avaliados, foram identificados 44 (quarenta e quatro) acórdãos e 1818 (mil oitocentas e dezoito) decisões monocráticas. Dado o suficiente número de acórdãos, que já se revelou satisfatório à verificação do comportamento do Superior Tribunal de Justiça, não foram avaliadas as decisões monocráticas.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça apresenta um linha evolutiva mais consistente do que aquela apresentada pelo Supremo Tribunal Federal. À exceção do REsp 509753 (BRASIL, 2003c), em que o houve a declaração de incompetência do tribunal para a apreciação do pedido, as primeiras manifestações do referido tribunal – reclamação nº 868 (BRASIL, 2001), recursos especiais nº 338373 (BRASIL, 2003a), e 353147 (BRASIL, 2003b) e mandado de segurança nº 8740 (BRASIL, 2004a) – foram favoráveis à concessão dos tratamentos. Como argumentos que embasaram as decisões, a proteção do direito à vida e à saúde e a integralidade do Sistema Único de Saúde previstas no artigo 196 da Constituição (BRASIL, 1988) e no inciso II do artigo 7º da Lei nº 8.080 (BRASIL, 1990) possibilitaram o afastamento da vedação expressa estabelecida pela Portaria n. 763 (BRASIL, 1994) do Ministério da Saúde<sup>4</sup>.

Apesar das decisões anteriormente destacadas apresentarem posicionamentos favoráveis à concessão dos pedidos requeridos, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se em sentido oposto ao anteriormente adotado a partir do mandado de segurança nº 8895 (BRASIL, 2004b). Instado a se manifestar novamente quanto aos tratamentos de retinose pigmentar em Cuba, o tribunal referendou a validade da Portaria nº 763 (BRASIL, 1994), do Ministério da Saúde, sob a alegação de que a não comprovação da eficácia do procedimento oferecido em Cuba resultaria em desperdício dos limitados recursos estatais.

4 As decisões compreendem o período de 25 de junho de 2001 a 09 de fevereiro de 2004.

A partir do mandado de segurança nº 8895 (BRASIL, 2004b), as decisões seguintes prolatadas pelo Superior Tribunal de Justiça ou resultaram na não apreciação do mérito em discussão por razões processuais, como no agravo regimental na medida cautelar nº 10154 (BRASIL, 2005a), no agravo regimental no recurso especial nº 1444698 (BRASIL, 2015a) e no recurso especial nº 1397076 (BRASIL, 2013), ou reiteraram o posicionamento da corte diante de novos pedidos de realização de tratamento de retinose pigmentar em Cuba, como presente nos julgados recursos especiais nº 616460 (BRASIL, 2005c), 511660 (BRASIL, 2006a) e 844291 (BRASIL, 2006b).

A única decisão posterior ao mandado de segurança nº 8895 (BRASIL, 2004b) em que houve decisão acerca de enfermidade distinta da retinose pigmentar foi o agravo regimental na suspensão de segurança nº 1467 (BRASIL, 2005b). Neste caso, o tribunal foi provocado a se manifestar sobre a realização de transplante de intestino nos Estados Unidos para tratar de pseudo-obstrução intestinal idiopática, doença grave de ocorrência rara que pode conduzir a problemas lesivos à saúde gastrointestinal do paciente. Assim como no recurso especial nº 338373 (BRASIL, 2003a), restou definido o entendimento de que, em havendo tratamento equivalente disponível no Brasil, deve-se optar pelos recursos disponíveis em território nacional, fato que impediu a concessão da medida pleiteada.

### **3.3 Síntese dos julgados e análise crítica**

Apesar da diversidade de argumentos empregados nas decisões anteriormente tratadas, podem ser enunciados alguns indicadores adotados pela jurisprudência. Em grande medida, num momento inicial, as decisões tiveram como enfoque a inexistência de restrições a efetividade dos direitos fundamentais. Desse modo, foram comuns argumentos em torno do afastamento do caráter programático das normas constitucionais. Mesmo quando reconhecida a programaticidade das normas que veiculam os direitos, foram adotadas teses favoráveis aos pedidos. Embora seja louvável a tentativa de atendimento na maior medida possível dos pedidos das partes, haja vista o risco potencial à saúde e à vida dos pacientes, a falta de critérios racionais é problemática se analisada sob a máxima da proporcionalidade, que, em sua segunda submáxima, exige a efetivação de um direito pelas vias menos restritivas a outros. Nesse sentido, o questionamento quanto à existência de tratamentos equivalentes ou de resultados similares no território nacional, considerados, pelo menos em tese, menos

onerosos do que aqueles oferecidos no estrangeiro, deveria ter constado com maior frequência nas decisões.

Do mesmo modo, sob o prisma da submáxima da adequação, que exige a eleição de vias eficazes para a promoção de um direito, a consulta a instituições especializadas no assunto quanto à eficácia dos procedimentos solicitados deveria ter sido objeto de análise pelos tribunais. Em se tratando de um sistema oficial que conta com informações mais amplas quanto à eficácia dos tratamentos solicitados, o sistema de saúde pública deveria ter sido consultado no desenvolvimento do processo decisional. Contando com protocolos terapêuticos especializados e comandos dirigidos à padronização do atendimento, o Sistema Único de Saúde é responsável por reunir o conhecimento quanto à eficácia das medidas de saúde analisadas, além de permitir o desenvolvimento do debate científico.

Se consulta ao Sistema Único de Saúde é essencial, isso não significa, contudo, que o Poder Judiciário deve acatar todas as decisões tomadas pelos demais poderes. De fato, do sistema de freios e contrapesos é extraída a responsabilidade da tutela jurisdicional no controle das tarefas desempenhadas pelos demais poderes. Assim, quando o nível de proteção dos direitos fundamentais à vida e à saúde manifestado pela atuação dos Poderes Executivo e Legislativo é reputado inexistente ou insuficiente, será cabível a intervenção judicial. A proteção insuficiente ou inexistente pode ser comprovada, por exemplo, pela verificação de possíveis falhas presentes no sistema público de saúde, como a não atualização das listas oficiais no processo de incorporação de procedimentos e medicamentos mais eficazes. Embora não seja objeto deste trabalho, é preciso considerar que possíveis problemas burocráticos ou interesses dos setores médico e farmacêutico podem contribuir sensivelmente para a lentidão na inclusão dos procedimentos na rede pública (ESPÍRITO SANTO, 2018).

A incumbência de intervenção do Poder Judiciário também se relaciona à garantia da inafastabilidade da apreciação judicial prevista pelo inciso XXXV do artigo 5º da Constituição (BRASIL, 1988). Da previsão constitucional sucede a liberdade para a apreciação dos pedidos dirigidos ao referido poder. Por consequência dos parâmetros indicados, quanto maiores são os riscos à proteção dos direitos fundamentais, maior será a legitimidade da tutela jurisdicional.

Segundo Fluminham (2014), estando integrada à Seguridade Social, a saúde pública tem sua conformação estabelecida por meio de um Sistema Único de Saúde pautado pelo acesso igualitário às prestações de saúde fornecidas pelo Estado. Desse modo, eventuais prestações que excedam o conjunto organizativo desse sistema devem ser conferidas em caráter excepcional. Desse modo, serão tutelados os direitos à vida e à saúde para além das

prestações contempladas pela rede pública quando ameaçados de forma grave. A dimensão da dignidade deve ser, portanto, parâmetro a ser considerado no caso concreto para a verificação de graves violações aos direitos. Assim, a identificação do nível de essencialidade das demandas deve contar com o apoio de conhecimento interdisciplinar para a decisão. A avaliação do comprometimento de funções essenciais à vida digna em caso de não atendimento dos pedidos, como por exemplo, as capacidades locomotora e sensorial, requerem o acompanhamento de equipe multiprofissional, apta a indicar a pertinência do tratamento de saúde demandado para realização no exterior ao núcleo essencial do direito à saúde. Concluindo por esta inclusão da prestação neste conceito, e satisfeitos os outros requisitos apontados, há que ser deferida a demanda, uma vez que a vinculação do Estado à disponibilização das prestações de saúde inerentes ao núcleo essencial do direito é absoluta. Assim, a ausência de tal prestação nas vias administrativas caracteriza omissão indevida, ensejando, pois, o controle judicial.

A ausência de enquadramento da demanda no núcleo essencial do direito à saúde não implica, por si, inviabilidade de provimento, mas exige do julgador uma análise da proporcionalidade do deferimento, considerando que isso implicará em restrição a outros direitos fundamentais, do mesmo titular e do restante da coletividade, a partir da perspectiva de que todos os direitos a prestações positivas disputam os mesmos recursos escassos. Assim, o julgador há que avaliar a existência do direito definitivo, e não somente *prima facie*, uma vez que só diante do primeiro poder-se-á cogitar em descumprimento, pelos entes estatais competentes, de dever definitivo que reclame intervenção judicial.

Dada a simplicidade da redação da portaria ministerial, eventuais interpretações literais de seu texto pelos tribunais podem conduzir a manifesta violação das garantias do texto constitucional quanto aos direitos à saúde e à vida. Na medida em que são desconsideradas as particularidades do caso concreto em benefício da adoção irrestrita do referido enunciado normativo, é violentado o direito à prestação de tutela jurisdicional efetiva. Nessa perspectiva, a máxima da proporcionalidade é instrumento que permite o diálogo com as particularidades da medida pleiteada sem prescindir dos rigores argumentativo e técnico necessários às decisões. Aplicada a proporcionalidade, a demonstração da adequação e da necessidade dos procedimentos requeridos pautarão o trâmite processual pela necessidade de provar a eficácia da medida pretendida e a inexistência de alternativas igualmente eficazes e menos onerosas do que aquela que foi solicitada.

Sendo o direito fundamental à saúde um direito de natureza social e, portanto, ostentando caráter redistributivo, deveria também ter sido objeto de mais profundas

investigações a capacidade de custeio dos tratamentos pelos sujeitos interessados. Advém da necessidade de tratamento igualitário o respeito à dimensão material do referido princípio. Assim, torna-se incompatível com a ordem jurídica a realocação de recursos para o custeio de procedimentos não contemplados pelo Sistema Único de Saúde àqueles que têm condições de arcar com os custos dos tratamentos sem que sejam comprometidos os demais recursos financeiros aptos a garantir sua dignidade. Sendo a universalidade um princípio, isto é, um mandamento de otimização, o seu alcance será efetivado na maior medida possível. De acordo com o raciocínio exposto, tal medida abrangerá aqueles indivíduos considerados hipossuficientes. Por consequência, estarão excluídos os demais postulantes aos procedimentos.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

As análises conduzidas por este trabalho tiveram como objetivo contribuir para o debate acerca da judicialização da saúde. Para tanto, com fundamento em discussões teóricas e jurisprudenciais, foram analisados alguns parâmetros para o desenvolvimento do processo de decisão relativamente aos pedidos de tratamento de saúde no exterior.

Apesar da dificuldade do estabelecimento de critérios precisos para o processo de decisão, a presente proposta contribuiu para a promoção racional do debate por meio da do estudo dos deveres estatais e dos limites da atuação do Poder Judiciário no controle de políticas públicas.

Desse modo, foram analisados parâmetros como: a existência de tratamentos de saúde equivalentes ou similares no território nacional, a consulta aos protocolos e às diretrizes estabelecidas pelo Sistema Único de Saúde, a eficácia dos tratamentos requeridos, a necessidade de apoio multidisciplinar para a tomada de decisão, a pertença da prestação de saúde reclamada em juízo ao núcleo essencial do direito à saúde e a capacidade econômica dos requerentes para o custeio das medidas pleiteadas. Como conclusão, sustentou-se que a utilização de parâmetros argumentativos deve observar o escopo maior de proteção do núcleo essencial do direito fundamental à saúde, consubstanciado na defesa da vida e da dignidade, a qual é instrumentalizada pela noção de prestações de saúde de elevada essencialidade.

## **REFERÊNCIAS**



ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2005.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. Tradução de Virgílio Afonso da Silva.

BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidade, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. *In*: Sidney Guerra, Lilian Balmant Emerique. (Org.). **Perspectivas Constitucionais Contemporâneas**. 1ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2010, v. 1, p. 221-247.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *In*: TOLEDO, Cláudia (org.). **Direitos sociais em debate**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. Cap. 8. p. 159-187.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 17 dez. 2018.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Brasília, DF, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm). Acesso em: 21 jan. 2019.

BRASIL. Portaria nº 763, de 07 de abril de 1994. Brasília, Disponível em: [http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1994/prt0763\\_07\\_04\\_1994.html](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1994/prt0763_07_04_1994.html). Acesso em: 29 mar. 2019.

DALLARI, Sueli Gandolfi. A construção do direito à saúde no Brasil. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 9, n. 3, p.9-34, 1 nov. 2008. Universidade de São Paulo Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBiUSP. <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v9i3p9-34>. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13128>. Acesso em: 17 dez. 2018.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESPÍRITO SANTO, Letícia. Direito a saúde: judicialização dos tratamentos em fase experimental e dos tratamentos novos não registrados. 2018, 110f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Juiz de Fora. Disponível em: <https://repositorio.ufjf.br/jspui/handle/ufjf/6878>. Acesso em: 25 jan 2019.

FLUMINHAN, Vinícius Pacheco. **A judicialização do direito à saúde no SUS**: limites e possibilidades. 2014. 187 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Metodista de Piracicaba, Piracicaba, 2014. Disponível em: [https://www.unimep.br/phpg/bibdig/pdfs/docs/11112014\\_105628\\_vinicius.pdf](https://www.unimep.br/phpg/bibdig/pdfs/docs/11112014_105628_vinicius.pdf). Acesso em: 17 dez. 2018.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Tradução de João Baptista Machado.

MACHADO, Guilherme Pinho. **O Superior Tribunal de Justiça e os pedidos de custeio de tratamentos médicos no exterior**. Dissertação (Mestrado Profissional em Justiça Administrativa) – Programa de Pós-Graduação em Justiça Administrativa - PPGJA, Universidade Federal Fluminense. Niterói, 2013.

MELQUÍADES DUARTE, Luciana Gaspar. A eficácia do direito social à saúde. **Ética e Filosofia Política**, Juiz de Fora, v. 1, n. 16, p.77-105, jun. 2013. Disponível em: [http://www.ufjf.br/eticaefilosofia/files/2009/08/16\\_1\\_melquiades.pdf](http://www.ufjf.br/eticaefilosofia/files/2009/08/16_1_melquiades.pdf). Acesso em: 18 jan. 2019.

MELQUÍADES DUARTE, Luciana Gaspar. **Possibilidades e limites do controle judicial sobre as políticas públicas de saúde: um contributo para a dogmática do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Maria Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. Cap. 1. p. 13-50.

TOLEDO, Cláudia. Direitos fundamentais sociais: entre ponderação e subsunção. In: TOLEDO, Cláudia (Org.). **Direitos sociais em debate**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. Cap. 5. p. 81-89.

TOLEDO, Cláudia.. Justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais e conflito de competências. In: TOLEDO, Cláudia (org.). **O pensamento de Robert Alexy como sistema**. Rio de Janeiro: Gen, 2017. p. 278-292.

TOLEDO, Cláudia. MÍNIMO EXISTENCIAL – A Construção de um Conceito e seu Tratamento pela Jurisprudência Constitucional Brasileira e Alemã. In: MIRANDA, Jorge et al. (org.). **Hermenêutica, Justiça Constitucional e Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2016, pp. 821- 834.