

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 388.

(ano VII)

(06/07/2015)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2015

Conselho Editorial

COORDENADOR GERAL (DF/GO) -
VALDINEI CORDEIRO COIMBRA:
*Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em
Direito Penal Internacional.*

Coordenador do Direito Internacional
(AM/DF): **SERGIMAR MARTINS DE
ARAÚJO** - Advogado com mais de 10 anos
de experiência. Especialista em Direito
Processual Civil Internacional. Professor
universitário

Coordenador de Dir. Administrativo:
**FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA
MAFRA FILHO** (MT): Doutor em Direito
Administrativo pela UFMG.

Coordenador de Direito Tributário e
Financeiro - **KIYOSHI HARADA** (SP):
Advogado em São Paulo (SP). Especialista
em Direito Tributário e em Direito Financeiro
pela FADUSP.

Coordenador de Direito Penal - **RODRIGO
LARIZZATTI** (DF): Doutor em Ciências
Jurídicas e Sociais pela Universidad del
Museo Social Argentino - UMSA.

País: *Brasil*. Cidade: *Brasília* – DF.
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLUNISTA DO DIA



06/07/2015 William Douglas

» [As mentiras sobre o reajuste dos servidores do poder judiciário](#)

ARTIGOS

06/07/2015 Rayanna Silva Carvalho

» [O entendimento divergente do STJ e TCU sobre o alcance das san es de suspensão e impedimento de licitar e declara o de inidoneidade](#)

06/07/2015 Bruno Joviniano de Santana Silva

» [Problemática introduzida pelo Decreto n  8.172, de 24 de dezembro de 2013, em rela o ao indulto de multa](#)

06/07/2015 Tau  Lima Verdant Rangel

» [A Proeminência da Declara o Universal dos Direitos dos Animais na Afirma o da Solidariedade entre Espécies](#)

06/07/2015 Edilson Sousa Fontenele

» [Direito   fuga: direito coletivo, direito individual, direito?](#)

MONOGRAFIA

06/07/2015 Sarah Alves Martins

» [A abrangência do direito   saúde no Brasil diante da necessidade de realiza o de tratamento médico no exterior](#)

AS MENTIRAS SOBRE O REAJUSTE DOS SERVIDORES DO PODER JUDICIÁRIO

WILLIAM DOUGLAS: Juiz Federal, Titular da 4ª Vara Federal de Niterói - Rio de Janeiro; Professor Universitário; Mestre em Direito, pela Universidade Gama Filho - UGF; Pós-graduado em Políticas Públicas e Governo - EPPG/UFRJ; Bacharel em Direito, pela Universidade Federal Fluminense - UFF; Conferencista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ; Professor Honoris Causa da ESA - Escola Superior de Advocacia - OAB/RJ; Professor da Escola de Pós-Graduação em Economia da Fundação Getúlio Vargas - EPGE/FGV; Membro das Bancas Examinadoras de Direito Penal dos V, VI, VII e VIII Concursos Públicos para Delegado de Polícia/RJ, sendo Presidente em algumas delas; Conferencista em simpósios e seminários; Autor de vários livros. Site: www.williamdouglas.com.br

Venho a público prestar esclarecimentos a respeito das inverdades que têm sido publicadas na imprensa a respeito da aprovação do PLC 28/2015, que repõe parte das perdas salariais dos seus servidores, há nove anos sem qualquer tipo de reajuste.

1. Não se tratam de 25 bilhões, como está sendo noticiado, mas de 10 bilhões, referentes às perdas sofridas pelos servidores nos últimos nove anos. O reajuste, desta forma, não irá impactar o orçamento deste ano. A recomposição será paga em parcelas semestrais pelos próximos três anos, portanto o impacto não será total no orçamento de 2015, como se tem noticiado, mas diluído nos orçamentos dos próximos períodos fiscais, demonstrando nosso compromisso com o ajuste fiscal;
2. Os servidores têm IR e Previdência descontados na fonte, o que, no caso do ajuste, reverterá aos cofres públicos parte substancial desse montante;

3. O Poder Judiciário é superavitário, contribuindo para a arrecadação mais do que gera em despesas com sua estrutura, em execuções fiscais e extrajudiciais, execução de verbas previdenciárias e custas judiciais;
4. O Judiciário é um poder independente, autônomo (art. 99 da CF/88) e não pode ser tratado como um mero departamento do Poder Executivo;
5. O PLC 28/2015 tramita desde de 2009 (sob outras numerações mas o pleito é o mesmo) e passou por todas as comissões pertinentes do Congresso Nacional;
6. As carreiras do judiciário estão defasadas em comparação às suas análogas do Legislativo e do Executivo, causando grande evasão nos quadros;
7. Não podemos permitir o sucateamento do Poder Judiciário, é uma questão de preservação da nossa democracia;
8. Em 2006, o salário mínimo era de R\$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais) e hoje (2015) é R\$788,00 (setecentos e oitenta e oito reais) representando um aumento de 125%. Neste mesmo período o reajuste nos salários dos servidores do PJU foi de 15,8%. Portanto está clara mais uma vez, nossa contribuição para o ajuste fiscal do país, e para a diminuição das desigualdades sociais;
9. Neste mesmo período a inflação média acumulada até 2015 (IPCA, dados do BC) foi de 56,03% (dados do IBGE);
10. A remuneração dos servidores do PJU não se dá por subsídios. Ela é composta por salário base acrescido de gratificações e

algumas vantagens que não acompanham o servidor na inatividade. Portanto, essa taxa de aumento veiculada é enganosa e não reflete a verdade;

11. O valor de 78%, maliciosamente anunciado como se fosse para todos, é na verdade apenas para os Auxiliares Judiciários – carreira que está em extinção e para a qual não há mais concurso. Este reajuste maior que a média dos demais visa corrigir uma injustiça antiga, pois realizam o mesmo trabalho dos técnicos ganhando muito menos. Basta olhar a tabela para ver que a maior parte dos reajustes é menor;
12. Esse aumento vem acompanhado de um aumento equivalente em relação aos valores pagos pelos servidores a título de imposto de renda (IR) e PSS o que fará com que a média de aumento, em dezembro de 2017, esteja entre 28% e 35% do atual salário líquido dos servidores, ou seja, em média, o servidor receberá 33% a mais do que recebia em 2006, período do último aumento concedido. Não é preciso ser um gênio em matemática para inferir que isso significa em 11 anos, um aumento anual de 3%, percentual que está longe de superar a inflação do período que, teve como índice mais baixo, verificado em 2007, 2.998%;
13. Lembre-se que esses planos de reajuste salariais só existem pela falta de uma base de dados anual para a correção dos salários da categoria;

14. Usar o argumento de que “o momento não é favorável” não se sustenta. O PL tramita desde 2009. Em 2010 a taxa de crescimento do Brasil foi de 7,6%. Porque não foi concedido o aumento então?
15. Neste mesmo período o salário da Presidente da República evoluiu 248% partindo de R\$8.900,00, em 2006, para R\$ 30.900,00 em 2015. Querer que os servidores aceitem e se contentem com aumento de 21,3%, para o mesmo período, é no mínimo imoral;
16. Outros esclarecimentos podem ser vistos na [Nota Técnica do Supremo Tribunal Federal](#), autor do PLC 28/15;
17. Os servidores não estão pleiteando aumento, mas reivindicando reposição inflacionária, conforme especificado no art. 37, X da CF. Eles não foram os causadores dos problemas econômicos do País, mas, ao contrário de outras carreiras e do fundo partidário, não tiveram os reajustes devidos;
18. A forma como o governo/Executivo está anunciando a pretensa necessidade do veto coloca a Sociedade contra os servidores e o Poder Judiciário, gerando uma animosidade desnecessária e baseada em premissas falsas.

Em suma, os servidores são essenciais para a prestação da tutela jurisdicional e não podem ser tratados como pretende a Presidência da República e a liderança do PT no Senado.

O veto anunciado é injusto e imoral, além de ser baseado em inverdades, posto que ignora os vários anos sem os reajustes devidos.

Se o veto vier, espero que o Congresso Nacional não permita essa maldade contra quem é indispensável para a tarefa de se fazer Justiça.

O ENTENDIMENTO DIVERGENTE DO STJ E TCU SOBRE O ALCANCE DAS SANÇÕES DE SUSPENSÃO E IMPEDIMENTO DE LICITAR E DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE

RAYANNA SILVA CARVALHO:
Advogada atuante nas áreas trabalhista, previdenciária, e educacional, Bacharela em Direito pela Universidade Estadual do Piauí, Tecnóloga em Gestão de Recursos Humanos pelo IFPI.

Resumo: Nos contratos administrativos é prerrogativa da Administração Pública a aplicação de sanções aos contratados que incidirem em descumprimentos contratuais. A lei 8.666/90 elenca as seguintes sanções aplicáveis aos fornecedores: advertência, multa, suspensão temporária e declaração de inidoneidade. Em relação a essas duas últimas há grande dissenso sobre a sua diferenciação e alcance, sendo que o STJ e o TCU tem entendimento oposto em relação à abrangência das referidas penalidades. O presente artigo visa a esclarecer esses pontos divergentes.

Palavras-chave: Sanção. Suspensão Temporária. Declaração de Inidoneidade.

1. Introdução

O Direito Administrativo funda-se principalmente em dois pilares básicos: o princípio da supremacia do interesse público e a indisponibilidade do interesse público. Em virtude de tais princípios, a Administração Pública possui certas prerrogativas ou poderes em suas relações com os particulares.

Em relação aos contratos administrativos, essas prerrogativas são reveladas nas chamadas “cláusulas exorbitantes”, que são aquelas que excedem o direito privado para desnivelar as partes contratantes, conferindo uma posição de supremacia para a Administração.

Dentre tais prerrogativas existe a de aplicar sanções aos contratados, pelo descumprimento das cláusulas contratuais. Ressalte-se que não se trata de faculdade, mas sim de um poder-dever da Administração, posto que esta encontra-se vinculada ao princípio da legalidade, ou seja, incidindo o contratado em uma inexecução ou em uma execução deficiente a Administração deve aplicar-lhe as sanções cabíveis.

A lei 8.666/90 elenca as sanções administrativas aplicáveis ao contratado no seu art. 87:

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a

própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

O presente artigo visa a distinguir e demonstrar a divergência de entendimentos acerca do alcance das sanções de suspensão e impedimento de licitar e contratar com a Administração e de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública.

2. Suspensão e impedimento de licitar e contratar com a Administração

A penalidade de suspensão temporária de licitar e contratar com a administração acarreta a impossibilidade de o contratante participar de procedimentos licitatórios ou celebrar contratos, nos casos em que já houver sido realizada a licitação, pelo prazo de até 2 (dois) anos.

A aplicação de tal penalidade deve observar a gravidade da conduta do contratado, bem como os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, assim como as demais sanções.

Questão controvertida diz respeito aos limites de tal penalidade, ou seja, se a suspensão alcança toda a Administração Pública ou somente o órgão que aplicou a sanção.

Inicialmente cumpre trazer à tona o conceito de Administração constante na lei de licitações:

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

XII - Administração - órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente;

Assim, conforme o brocardo jurídico que a lei não contém palavras inúteis, uma interpretação literal do dispositivo leva a entender que a sanção de suspensão limita-se apenas ao órgão, entidade ou unidade administrativa que aplicou a referida penalidade.

Este é o entendimento do Tribunal de Contas da União:

ALCANCE DA SANÇÃO PREVISTA NO ART. 87, III, DA LEI N.º 8.666/93 Representação formulada ao TCU noticiou suposta irregularidade no Convite n.º 2008/033, promovido pelo Banco do Nordeste do Brasil S/A (BNB), cujo objeto era a “contratação de serviços de infraestrutura na área de informática do Banco”. Em suma, alegou a representante que o BNB estaria impedido de contratar com a licitante vencedora do certame, haja vista ter sido aplicada a esta, com base no art. 87, III, da Lei de Licitações, a pena de “suspensão de licitar e contratar com a Administração pelo período de um ano”, conforme ato administrativo do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJ/CE). Instado a se manifestar, o Ministério Público junto ao TCU alinhou-se “ao posicionamento da parcela da doutrina que considera que a sanção aplicada com supedâneo no art. 87, inciso III, da Lei das Licitações

restringe-se ao órgão ou entidade contratante, não sendo, portanto, extensível a toda a Administração Pública”. Portanto, para o Parquet, “o impedimento temporário de participar de procedimentos licitatórios está restrito à Administração, assim compreendida pela definição do inciso XII do art. 6º da Lei de Licitações.”. Anuindo ao entendimento do MP/TCU, o relator propôs e o Plenário decidiu considerar improcedente a representação. Precedentes citados: Decisão n.º 352/98-Plenário e Acórdãos n.os 1.727/2006-1ª Câmara e 3.858/2009-2ª Câmara. Acórdão n.º 1539/2010-Plenário, TC-026.855/2008-2, rel. Min. José Múcio Monteiro, 30.06.2010.

Seguindo este mesmo entendimento, a Instrução Normativa nº 02/2010 da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que estabelece normas para o funcionamento do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - SICAF no âmbito dos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais - SISG., estabelece que:

Art. 40. São sanções passíveis de registro no SICAF, além de outras que a lei possa prever:

I – advertência por escrito, conforme o inciso I do art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993;

II – multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato, conforme o inciso II do art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993;

III – suspensão temporária, conforme o inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993;

IV – declaração de inidoneidade, conforme o inciso IV do artigo 87 da Lei nº 8.666, de 1993; e

V – impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, conforme o art. 7º da Lei nº 10.520, de 2002.

§ 1º A aplicação da sanção prevista no inciso III deste artigo impossibilitará o fornecedor ou interessado de participar de licitações e formalizar contratos, no âmbito do órgão ou entidade responsável pela aplicação da sanção.

Na contramão deste posicionamento, o Superior Tribunal de Justiça entende que a sanção de suspensão temporária impede o sancionado de licitar e contratar com toda a Administração Pública e não apenas aquele órgão ou entidade aplicador da sanção, tendo em vista que a administração é uma, sendo incabível a distinção entre administração e Administração Pública:

EMENTA: ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – LICITAÇÃO – SUSPENSÃO TEMPORÁRIA – DISTINÇÃO ENTRE ADMINISTRAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - INEXISTÊNCIA –

IMPOSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE LICITAÇÃO PÚBLICA – LEGALIDADE – LEI 8.666/93, ART. 87, INC. III.

- É irrelevante a distinção entre os termos Administração Pública e Administração, por isso que ambas as figuras (suspensão temporária de participar em licitação (inc. III) e declaração de inidoneidade (inc. IV) acarretam ao licitante a não-participação em licitações e contratações futuras.

- A Administração Pública é una, sendo descentralizadas as suas funções, para melhor atender ao bem comum.

- A limitação dos efeitos da “suspensão de participação de licitação” não pode ficar restrita a um órgão do poder público, pois os efeitos do desvio de conduta que inabilita o sujeito para contratar com a Administração se estendem a qualquer órgão da Administração Pública.

- Recurso especial não conhecido.(REsp 151567 / RJ - SEGUNDA TURMA - STJ - Relator: Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS. Publicação: DJ 14/04/2003 p. 208.)

Marçal Justen Filho adota o entendimento no sentido da repercussão subjetiva ampla da suspensão temporária de licitar e contratar:

Seria possível estabelecer uma distinção de amplitude entre as duas figuras. Aquela do inc. III produziria efeitos no âmbito da entidade administrativa que a aplicasse; aquela do inc. IV abarcaria todos os órgãos da Administração Pública. Essa interpretação deriva da redação legislativa, pois o inc. III utiliza apenas o vocábulo ‘Administração’, enquanto o inc. IV contém ‘Administração Pública’. No entanto, essa interpretação não apresenta maior consistência, ao menos enquanto não houver regramento mais detalhado. Aliás, não haveria sentido em circunscrever os efeitos da ‘suspensão de participação de licitação’ a apenas um órgão específico. Se um determinado sujeito apresenta desvios de conduta que o inabilitam para contratar com a Administração Pública, os efeitos dessa ilicitude se estendem a qualquer órgão. Nenhum órgão da Administração Pública pode contratar com aquele que teve seu direito de licitar ‘suspense’. A menos que lei posterior atribua contornos distintos à figura do inc. III, essa é a conclusão que se extrai da atual disciplina legislativa.

Assim, percebe-se que a tese que amplia o alcance da sanção de suspensão temporária de licitar e contratar é mais fortalecida na doutrina e jurisprudência.

3. Declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública

Esta é a sanção considerada mais grave na escala apresentada pela lei de licitações e contratos. Impede o particular de contratar com a Administração, a princípio, por um prazo indeterminado, enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção de suspensão temporária.

Em virtude de tal gravidade, só pode ser aplicada por Ministros de Estado, Secretários Estaduais ou Municipais.

O jurista Marçal Justen Filho distingue a sanção de declaração de inidoneidade da suspensão temporária da seguinte forma:

A distinção entre os pressupostos da suspensão temporária de participar em licitação (inc. III) e da declaração de inidoneidade (inc. IV) não é simples. Ambas as figuras importam retirar do particular o direito de manter vínculo com a Administração. O que se pode inferir, da sistemática legal, é que a declaração de inidoneidade é mais grave do que a suspensão temporária do direito de licitar – logo, pressupõe-se que aquela é reservada para infrações dotadas de maior reprovabilidade do que esta.

(...)

A mais nítida diferença entre as figuras é o prazo. A suspensão temporária poderia ser decretada para prazo máximo de dois anos, já a declaração de inidoneidade prevaleceria por prazo indeterminado (até cessarem os motivos da punição ou até que fosse promovida a ‘reabilitação’ do punido). Outra, consiste na competência, a imposição da sanção de suspensão temporária cabe à autoridade competente do órgão contratante, enquanto a declaração de inidoneidade à autoridade máxima do órgão ou entidade

A aplicação desta sanção abrange a Administração Pública com um todo, ou seja, a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas (Inciso XI, do art. 6º, da lei 8.666/90).

4. Conclusão

As penalidades previstas nos incisos III e IV do art. 87 da Lei n.º 8.666/93 distinguem-se em relação ao prazo, à gravidade, competência e, para alguns, abrangência.

O TCU perfilha o entendimento de que a suspensão temporária de licitar e contratar produz efeitos somente em relação ao órgão contratante, ao passo que a declaração de inidoneidade produz efeitos em relação a toda a Administração Pública.

O STJ e grande parte da doutrina entendem que não é possível se distinguir as duas sanções em relação ao alcance, posto a aplicação de ambas abrange toda a Administração Pública.

A par de tais entendimentos divergentes, é certo que cabe à Administração apurar os descumprimentos contratuais por meio do devido processo administrativo e observando os princípios da ampla defesa e contraditório.

Referências

FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo, 18.^a edição, Lumen Juris, 2007.

FILHO, Marçal Justen. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11.^a edição, Dialética, 2005.

PROBLEMÁTICA INTRODUZIDA PELO DECRETO Nº 8.172, DE 24 DE DEZEMBRO DE 2013, EM RELAÇÃO AO INDULTO DE MULTA

BRUNO JOVINIANO DE SANTANA SILVA:
Defensor Público. Ex Advogado da Petrobrás. Ex
Analista Jurídico do TJDF. Especialista em Direito
Público pela Universidade Anhanguera Uniderp.

Resumo O presente artigo aborda as implicações introduzidas pelo Decreto nº 8.172, de 24 de dezembro de 2013, em relação ao indulto de multa.

Palavras chaves: indulto, crises legalidade, ato infra legal, competência regulamentar.

Abstract: This article focuses on the implications introduced by Decree No. 8172 of 24 December 2013 for the pardon.

Key words: pardon , legality crisis , infra legal act, regulatory competence.

Sumário: 1 Introdução. 2. Inaplicabilidade de cláusula de limitativa para incidência do indulto de multa. 3. Conclusão. 4. Referências.

1. Introdução:

Há casos em que, a despeito da extinção da pena privativa, remanesce a pena de multa imposta cumulativamente com aquela. Assim, o apenado é instado a pagá-la, cujo inadimplemento resulta no encaminhamento desta ao Fisco, seguindo, a partir daí, as regras da execução fiscal. Exaure-se, portanto, a jurisdição da execução penal, sem prejuízo deste juízo analisar a prescrição ou hipossuficiência do apenado, como forma de extinguir a pena e evitar o encaminhamento à Fazenda

Pública. O inadimplemento da pena de multa cumulativa não pode importar na sua conversão em pena privativa, tampouco impede a extinção da punibilidade. Nesse sentido, é o precedente^[1] do STJ:

“(...) A jurisprudência desta Corte de Justiça firmou compreensão de que, transitada em julgada a condenação, a pena pecuniária se converte em dívida de valor, devendo ser cobrada por meio de execução fiscal, pela Fazenda Pública, nos casos de inadimplemento.

2. Cumprida a pena privativa de liberdade, correta a decisão agravada em declarar a extinção da punibilidade do réu, independentemente do adimplemento da pena de multa (...)”.

O Decreto nº 8.172, de 24 de dezembro de 2013 inovou, quanto aos requisitos para se obter o perdão da pena de multa criminal. Senão, vejamos.

Dispõe o art. 1º, inciso X, do Decreto nº 8.172, de 24 de dezembro de 2013, *in verbis*:

X - condenadas a pena de multa, ainda que não quitada, independentemente da fase executória ou juízo em que se encontre, aplicada cumulativamente com pena privativa de liberdade cumprida até 25 de dezembro de 2013, desde que não supere o valor mínimo para inscrição de débitos na Dívida Ativa da União, estabelecido em ato do Ministro de Estado da Fazenda, e que não tenha capacidade econômica de quitá-la;

Nesse enfoque, a hipótese extintiva de punibilidade incide sobre as pessoas condenadas a pena de multa, ainda que não quitada, independentemente da fase executória ou juízo em que se encontre, aplicada cumulativamente com pena privativa de liberdade cumprida até 25 de dezembro de 2013, desde que não supere o valor mínimo para inscrição de débitos na Dívida Ativa da União, estabelecido em ato do Ministro de Estado da Fazenda, e que não tenha capacidade econômica de quitá-la. Vejamos o referido ato normativo:

“ Portaria MF nº 75, de 22 de março de 2012

(...) *Art. 1º Determinar:*

I - a não inscrição na Dívida Ativa da União de débito de um mesmo devedor com a Fazenda Nacional de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais); e II - o não ajuizamento de execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais);

II - o não ajuizamento de execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

§ 1º Os limites estabelecidos no caput não se aplicam quando se tratar de débitos decorrentes de aplicação de multa criminal ...”.

A teor do art. 1º, parágrafo 1º, da Portaria MF nº 75, de 22 de março de 2012, o valor mínimo atinente à inscrição da Dívida Ativa da União não se aplica às multas criminais.

Surge-se daí interessante problemática, isto é, a aplicação de indulto, em relação às multas criminais, quando a norma remetida, de forma expressa, nega sua aplicação nesses casos.

2. Inaplicabilidade de cláusula de limitativa para incidência do indulto de multa

Passo analisar a situação, como mais vagar.

Como conciliar disposições antagônicas, sobretudo na seara penal, onde vige o primado da inocência e a dúvida é sempre sopesada em favor do acusado.

Assim, por óbvio, sob pena de se fazer do indulto letra morta e consagrar a odiosa e proscrita interpretação em prejuízo do apendo, *in malam partem*, conclui-se que o indulto natalino de multa, ao condicionar a concessão da benesse ao preenchimento de requisitos constantes em ato normativo infra legal e este, por sua vez, expressamente, ao excluir a multa criminal, de seu âmbito de incidência, torna-se forçoso reconhecer que não há limites para concessão da benesse, em se tratando de multas criminais, por ser este um entendimento que se amolda à interpretação *in bonam partem*, que veda a adoção de juízos, em desfavor do apenado, na hipótese de dúvidas objetivas.

O que se vê, no caso em tela, é que o indulto, ao tentar impor um teto para a concessão da benesse fiscal, terminou mesmo por derrubar todas as barreiras dessa proibição, uma vez que, a vedação de aplicação do benefício fiscal constante da norma remetida, não pode ser tido por inexorável, ao ponto de, impedir a aplicação do indulto de 2013, sobretudo, quando se vislumbra a presente questão, sob uma ótica teleológica e sistêmica.

Digo isto, pois a razão de ser do indulto   extinguir a pena daqueles que se enquadrem em suas disposi es   um perdão do Rei.

A situa o vertida   bem complexa, pois a norma referida (Portaria do Ministro da Fazenda) expressamente veda a aplica o da benesse fiscal às multas criminais.

Nesse caso, ou se nega totalmente a incidência do indulto, algo inconcebível, sobretudo, quando se tem em vista a hierarquia normativa, qual seja, o indulto sobrepõe-se   uma Portaria, editada esta, por um auxiliar do “Rei”, o que torna claro que não pode obstar norma superior de produzir seus efeitos. Ademais, o indulto   norma complementar direta da CF/88, a qual autorizou expressamente a sua elabora o, sem interpola o normativa, sendo um verdadeiro mandado de extin o de pena criminal, em contraposi o aos mandados de criminaliza o, que esta, têm, previu.

O conflito entre Lei e regulamento   um t pico caso de crises de legalidade, em que se deve afastar a norma inferior, por inobservar preceito de norma superior, ou por contradiz -lo. Não   demais ressaltar que uma norma de hierarquia superior não pode revogar norma inferior, pois há âmbitos de incidências diversos. Falta   norma regulamentadora pertinência temática, pois foi criada previamente   situa o e, não para regular situa es criminais, tanto   que, expressamente, retirou sua incidência dos feitos criminais não podendo, dessa forma, contradizer a norma superior, tampouco ser aplicada a casos penais.

Dito isto, torna-se claro que não se pode negar o direito ao apenado, pois este foi assegurado, por norma de cunho superior. Igualmente, a concessão do benefício não pode estar limitada a um teto,

pois a Portaria não prevê sua aplicação às multas criminais. Discute-se aqui, também, a possibilidade de um indulto ser complementado por outra norma, como se norma penal em branco fosse. Sabe-se que a norma penal em branco é uma forma do direito de acompanhar as constantes mudanças da vida. Em que pesem as críticas contra esse estilo normativo, por violação da legalidade, taxativamente e reserva legal, tal estilo normativo tem sido aceito pelas Cortes Superiores.

A norma penal em branco é aquela em que seu conteúdo, ou essência, qual seja, parte do seu preceito primário é oco e vazio sendo complementado por outra norma, oriunda da mesma fonte normativa ou de diversa. Explico. A norma prevê que determinada conduta é criminosa, porém, as características desta conduta estão previstas em outra norma. Acontece que a elaboração de normas penais é de competência normativa da União, por meio do Congresso Nacional. O Poder Executivo não detém a competência de elaborar norma penal *stricto sensu*.

Todavia, o indulto é norma penal em sentido amplo, por tratar de extinção de punibilidade, excepcionalmente elaborada pelo Poder Executivo, conforme franquia Constitucional.

Por sua vez, o “Decreto Perdoador” não poderia fazer remissão a outra norma infra legal para que esta completasse seu conteúdo, pois, apenas lei em sentido estrito, isto é, aquelas elaboradas pelo Poder Legislativo poderiam ter seu conteúdo complementado por outras normas, sob pena de malferir preceito constitucional autorizativo. Ademais, essa remissão não poderia agravar a situação do apenado, por violação clara do princípio da legalidade e burla ao mandamento constitucional.

A normas penais por dizerem respeito ao direito de locomoção dos indivíduos devem obedecer a legalidade estrita. Assim, nem mesmo o Poder Legislativo pode elaborar norma penal, mediante ato infra legal, com dispositivos sem complementação, remetendo o aplicador a normas infra legais, para fins de colmatação, em clara infração ao princípio da legalidade (taxatividade, certeza e clareza).

É cristalino que o Executivo não pode agravar a situação do apenado, tampouco, pode estabelecer requisitos para extinção da pena, com remissão a ato normativo infra legal, que havia sido elaborado para regulamentar outro normativo, pois seria uma verdadeira teratologia jurídica. A Portaria do Ministro da Fazenda é ato de caráter eminentemente tributário, atrelado finalisticamente às normas legais tributárias, não suscetíveis de serem empregadas na seara penal, por falta de pertinência temática.

Esta norma regulamentar não possui pertinência temática com o indulto que visa regular, devendo ser afastada aplicando-se, assim, o indulto, sem qualquer remissão a esta norma, e, portanto, limites pecuniários. As normas regulamentares de lei material penal devem guardar pertinência temática, se é que é possível admissão dessas. Assim como o indulto não pode versar sobre requisitos do título de crédito, é inviável norma regulamentar de leis tributárias ser aplicada para regulamentar lei penal, a qual demanda norma específica e pertinência temática, em obséquio ao princípio da legalidade.

Ademais, ainda conforme a Portaria acima citada, há uma distinção entre valor para inscrição e valor para execução. Ocorre que este pressupõe o primeiro. Ou seja, é inviável a execução fiscal, mesmo

havendo valor inscrito, se for inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). Dessa forma, o juízo da execução penal, ao analisar a multa imposta deve verificar se esta excede o montante de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), pois se for inferior seria inútil a remessa da multa à esfera da Fazenda Pública, pois esta não seria executada, devendo a decisão amoldar-se à razoabilidade, efetividade e praticidade da atuação jurisdicional.

Outra questão bastante relevante é atinente à competência de juízo estadual para apreciar questão que envolve ato normativo Federal. Ao analisar a legalidade ou constitucionalidade de Portaria federal este juízo estaria usurpando competência de outro órgão judicial, pois envolveria interesse direto da União, dívida ativa da União, caso a multa seja destinada ao Fundo Nacional Penitenciário.

3. Conclusão

Desse modo, quando o Judiciário atua como legislador positivo viola o princípio da separação de Poderes que assegura o monopólio da produção normativa ao Legislativo.

Assim, não é dado ao juiz elaborar a norma e aplicá-la, arbitrariamente, pois termina por violar o equilíbrio entre os Poderes. Não pode o magistrado dizer que aplica o indulto, mas limitado a um teto, quando este limite máximo está fixado para dívidas de natureza não criminal, não podendo servir de parâmetro às multas criminais.

Dessa forma, por todo o exposto, não há outra solução, senão a aplicação do indulto, sem levar em consideração qualquer redutor, de forma a consagrar as interpretações sistemática e teleológica que rechaçam quaisquer entendimentos violadores dos princípios da razoabilidade, isonomia material e ressocialização.

A d vida normativa ou eventual atecnia do legislador não podem ser consideradas, em prejuízo do apenado, que nada contribuiu para a confusão normativa. Este, na verdade, está sendo cerceado em gozar de um direito que lhe fora concedido pela Constitui o Federal e pela legisla o infraconstitucional, sendo um odioso *bis in idem*, pois está sendo duplamente punido.

Portanto,   de se esposar que na d vida, indulta-se, pois noutro sentido, deve-se, desde já, decretar a falência do referido inciso, pois este   manifestamente inaplicável, caso não se aplique uma interpreta o consentânea com a literalidade na norma.

Notas

[i] Brasil. STJ. AgRg no REsp 1457589 / SP. Relator(a) Ministro GURGEL DE FARIA. Data do Julgamento 19/05/2015.

4. Referências

AGRA, Walber de Moura. O sincretismo da jurisdi o constitucional brasileira. In: NOVELINO, Marcelo (org.). Leituras complementares de direito constitucional: controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 211-232.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a constru o do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposi o sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro, e MARTINS Ives Gandra da Silva. Comentários à Constituição do Brasil. 7ª edição. São Paulo, São Paulo: Saraiva, 1988.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 7. ed. ver. e atual. de acordo com a emenda constitucional n. 70/2012. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARDOSO, Oscar Valente. Controle abstrato de constitucionalidade: aspectos subjetivos. Rio de Janeiro: Livre Expressão, 2011.

CARDOSO, Oscar Valente. Controle preventivo de constitucionalidade: entendimento do STF. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3661, 10 jul. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24916>>. Acesso em: 2 jun. 2015.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito constitucional. 17. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

COSTA JÚNIOR, Dijosete Veríssimo da. Anistia, graça e indulto. Renúncia e perdão. Decadência e prescrição. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 2, n. 11, 20 abr. 1997. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/970>>. Acesso em: 2 jun. 2015.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Controle de constitucionalidade: teoria e prática. 6. ed. rev., amp. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012.

DELMANTO, Celso. e outros. Código Penal Comentado. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIDIER JR., Fredie. O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro. In: NOVELINO, Marcelo (org.). Leituras complementares de direito

constitucional: controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional. Salvador: Juspodivm.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Do processo legislativo. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Gustavo Henrique Comparim. Controle de constitucionalidade: doutrina e jurisprudência. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3668, 17 jul. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24839>>. Acesso em: 2 jun. 2015.

JAKOBS, Günther, e MELIÁ Manuel Cancio. Direito Penal do Inimigo - Noções e Críticas. 2ª edição. Tradução: André Luís Callegari e Nereu José GIACOMOLLI. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

LEAL, Saul Tourinho. Controle de constitucionalidade moderno. 2. ed. rev., ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2012.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado / Pedro Lenza. 16. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. Vol. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; e NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coordenares). Tratado de direito constitucional. v. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MELO FILHO, João Aurino de. Modelos de controle de constitucionalidade no direito comparado.. Revista Jus Navigandi,

Teresina, ano 13, n. 1753, 19 abr. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11158>>. Acesso em: 2 jun. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Rafael de Souza. Excesso de execução.. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2370, 27 dez. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14077>>. Acesso em: 27 maio 2015.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

OTTOBONI, Mário. Ninguém é irrecuperável. 2º ed. ver. e atual. São Paulo: Cidade Nova, 2001.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. Direito constitucional descomplicado. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2012.

PESSOA, Robertônio Santos. Controle de constitucionalidade: jurídico-político ou político-jurídico?. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 56, 1 abr. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2882>>. Acesso em: 2 jun. 2015.

SARMENTO, Daniel. Eficácia Temporal do Controle de Constitucionalidade das Leis (O Princípio da Proporcionalidade e a Poderação de Interesses) in: Revista de Direito Administrativo. Nº 212. Rio de Janeiro: Renovar.

A PROEMINÊNCIA DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DOS ANIMAIS NA AFIRMAÇÃO DA SOLIDARIEDADE ENTRE ESPÉCIES

TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL: Bacharel em Direito, do Centro Universitário São Camilo. Autor de vários artigos na área do Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil e Direito Ambiental. Mestrando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da UFF. Bolsista CAPES.

Resumo: O objetivo do presente está alicerçado na análise do princípio da solidariedade, expressamente positivado no Texto Constitucional, em uma acepção alargada, voltada, não apenas para o gênero humano, para as demais espécies (animais e vegetais) existentes. Como desdobramento da projeção normativa do corolário da solidariedade, na órbita ecológica, há que se estruturar uma solidariedade entre todas as espécies vivas, na forma de uma comunidade entre a terra, as plantas, os animais e os seres humanos, visto que a ameaça ecológica coloca em risco todas as espécies existentes no planeta, afetando por igual a todos e ao todo. Neste diapasão, a necessidade de despertar uma consciência pautada na solidariedade entre as espécies naturais é despertada, sobremaneira, em decorrência das ameaças à vida desencadeadas pelo desenvolvimento civilizatório fazerem com que o ser humano se reconheça como um ser natural integrante de um todo ameaçado e, concomitantemente, responsável por tal situação de ameaça existencial. A ameaça de contaminação propicia que o ser humano perceba que o seu corpo integra parte das “coisas naturais” e que, em razão disso, está sujeito à ameaça supramencionada. A construção de tal consciência leva o ser humano a reconhecer, forçosamente, uma

comunidade natural, diante da qual o estabelecimento de um vínculo de solidariedade e respeito mútuo como pressuposto para a permanência existencial das espécies naturais, abarcando-se em tal concepção o ser humano.

Palavras-chaves: Meio Ambiente. Princípio da Solidariedade. Espécies Naturais. Interpretação Axiológica.

Sumário: 1 Ponderações Introdutórias: Breves notas à construção teórica do Direito Ambiental; 2 Comentários à concepção de Meio Ambiente; 3 A Solidariedade Intergeracional no Direito Ambiental: O Fortalecimento dos Ideários de Fraternidade nos Direitos de Terceira Dimensão; 4 Solidariedade entre Espécies Naturais? O Alargamento da Moldura Axiológica do Princípio da Solidariedade Ambiental; 5 A Proeminência da Declaração Universal dos Direitos dos Animais na Afirmação da Solidariedade entre Espécies.

1 Ponderações Introdutórias: Breves notas à construção teórica do Direito Ambiental

Inicialmente, ao se dispensar um exame acerca do tema colocado em tela, patente se faz arrazoar que a Ciência Jurídica, enquanto um conjunto multifacetado de arcabouço doutrinário e técnico, assim como as robustas ramificações que a integram, reclama uma interpretação alicerçada nos plurais aspectos modificadores que passaram a influir em sua estruturação. Neste almiré, lançando à tona os aspectos característicos de mutabilidade que passaram a orientar o Direito, tornou-se imperioso salientar, com ênfase, que não mais subsiste uma visão arrimada em preceitos estagnados e estanques, alheios às necessidades e

às diversidades sociais que passaram a contornar os Ordenamentos Jurídicos. Ora, infere-se que não mais prospera o arcabouço imutável que outrora sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da população, suplantados em uma nova sistemática.

Com espeque em tais premissas, cuida hastear, com bastante pertinência, como flâmula de interpretação o “prisma de avaliação o brocardo jurídico 'Ubi societas, ibi jus', ou seja, 'Onde está a sociedade, está o Direito', tornando explícita e cristalina a relação de interdependência que esse binômio mantém”^[1]. Destarte, com clareza solar, denota-se que há uma interação consolidada na mútua dependência, já que o primeiro tem suas balizas fincadas no constante processo de evolução da sociedade, com o fito de que seus Diplomas Legislativos e institutos não fiquem inquinados de inaptidão e arcaísmo, em total descompasso com a realidade vigente. A segunda, por sua vez, apresenta estrutural dependência das regras consolidadas pelo Ordenamento Pátrio, cujo escopo primevo é assegurar que não haja uma vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras em que o homem valorizava a Lei de Talião (“Olho por olho, dente por dente”), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Ademais, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, imprescindível se fez adotá-la como maciço axioma de sustentação do Ordenamento Brasileiro, precipuamente quando se objetiva a amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos complexos anseios e múltiplas necessidades que influenciam a realidade contemporânea. Ao lado disso, há que se citar o voto magistral voto

proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF, “o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza”[2]. Como bem pontuado, o fascínio da Ciência Jurídica jaz, justamente, na constante e imprescindível mutabilidade que apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplicação dos Diplomas Legais e os institutos jurídicos neles consagrados.

Ainda neste substrato de exposição, pode-se evidenciar que a concepção pós-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o entendimento de Verdan, “esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da legislação”[3]. Destarte, a partir de uma análise profunda dos mencionados sustentáculos, infere-se que o ponto central da corrente pós-positivista cinge-se à valoração da robusta tábua principiológica que Direito e, por conseguinte, o arcabouço normativo passando a figurar, nesta tela, como normas de cunho vinculante, flâmulas hasteadas a serem adotadas na aplicação e interpretação do conteúdo das leis.

Nas últimas décadas, o aspecto de mutabilidade tornou-se ainda mais evidente, em especial, quando se analisa a construção de novos que derivam da Ciência Jurídica. Entre estes, cuida destacar a ramificação ambiental, considerando como um ponto de congruência da formação de novos ideários e cânones, motivados, sobretudo, pela premissa de um

manancial de novos valores adotados. Nesta trilha de argumentação, de boa técnica se apresenta os ensinamentos de Fernando de Azevedo Alves Brito que, em seu artigo, aduz: “Com a intensificação, entretanto, do interesse dos estudiosos do Direito pelo assunto, passou-se a desvendar as peculiaridades ambientais, que, por estarem muito mais ligadas às ciências biológicas, até então era marginalizadas”[4]. Assim, em decorrência da proeminência que os temas ambientais vêm, de maneira paulatina, alcançando, notadamente a partir das últimas discussões internacionais envolvendo a necessidade de um desenvolvimento econômico pautado em sustentabilidade, não é raro que prospere, mormente em razão de novos fatores, um verdadeiro remodelamento ou mesmo uma releitura dos conceitos que abalizam a ramificação ambiental do Direito, com o fito de permitir que ocorra a conservação e recuperação das áreas degradadas.

Ademais, há de ressaltar ainda que o direito ambiental passou a figurar, especialmente, depois das décadas de 1950 e 1960, como um elemento integrante da farta e sólida tábua de direitos fundamentais. Calha realçar, com cores quentes, que mais contemporâneos, os direitos que constituem a terceira dimensão recebem a alcunha de direitos de fraternidade ou, ainda, de solidariedade, contemplando, em sua estrutura, uma patente preocupação com o destino da humanidade[5]. Ora, daí se verifica a inclusão de meio ambiente como um direito fundamental, logo, está umbilicalmente atrelado com humanismo e, por extensão, a um ideal de sociedade mais justa e solidária. Nesse sentido, ainda, é plausível citar o artigo 3º., inciso I, da Carta Política que abriga em sua redação tais pressupostos como os princípios fundamentais do Estado Democrático de

Direitos: “**Art. 3º** - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: **I** - construir uma sociedade livre, justa e solidária” [6].

Ainda nesta esteira, é possível verificar que a construção dos direitos encampados sob a rubrica de terceira dimensão tende a identificar a existência de valores concernentes a uma determinada categoria de pessoas, consideradas enquanto unidade, não mais prosperando a típica fragmentação individual de seus componentes de maneira isolada, tal como ocorria em momento pretérito. Com o escopo de ilustrar, de maneira pertinente as ponderações vertidas, insta trazer à colação o entendimento do Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº. 1.856/RJ, em especial quando, com bastante pertinência, destaca que:

Cabe assinalar, Senhor Presidente, que os direitos de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, e de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem, por isso mesmo, ao lado dos denominados direitos de quarta geração (como o direito ao desenvolvimento e o direito à paz), um momento importante no processo de expansão e reconhecimento dos direitos humanos, qualificados estes, enquanto valores fundamentais indisponíveis, como prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível[7].

Quadra anotar que os direitos alocados sob a rubrica de *direito de terceira dimensão* encontram como assento primordial a visão da espécie humana na condição de coletividade, superando, via de consequência, a tradicional visão que está pautada no ser humano em sua individualidade. Assim, a preocupação identificada está alicerçada em direitos que são coletivos, cujas influências afetam a todos, de maneira indiscriminada. Ao lado do exposto, cuida mencionar, segundo Bonavides, que tais direitos “têm primeiro por destinatários o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”[8]. Com efeito, os direitos de terceira dimensão, dentre os quais se inclui ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, positivado na Constituição de 1988, emerge com um claro e tangível aspecto de familiaridade, como ápice da evolução e concretização dos direitos fundamentais.

2 Comentários à concepção de Meio Ambiente

Em uma primeira plana, ao lançar mão do sedimentado jurídico-doutrinário apresentado pelo inciso I do artigo 3º da Lei N.º 6.938, de 31 de agosto de 1981[9], que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências, salienta que o meio ambiente consiste no conjunto e conjunto de condições, leis e influências de ordem química, física e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. Pois bem, com o escopo de promover uma facilitação do aspecto conceitual apresentado, é possível verificar que o meio ambiente se assenta em um complexo diálogo de fatores abióticos, provenientes de ordem química e física, e bióticos, consistentes nas plurais e diversificadas formas de seres

viventes. Para Silva, considera-se meio-ambiente como “a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”[10].

Nesta senda, ainda, Fiorillo[11], ao tecer comentários acerca da acepção conceitual de meio ambiente, coloca em destaque que tal tema se assenta em um ideário jurídico indeterminado, incumbindo, ao intérprete das leis, promover o seu preenchimento. Dada à fluidez do tema, é possível colocar em evidência que o meio ambiente encontra íntima e umbilical relação com os componentes que cercam o ser humano, os quais são de imprescindível relevância para a sua existência. O Ministro Luiz Fux, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N.º. 4.029/AM, salientou que:

(...) o meio ambiente é um conceito hoje geminado com o de saúde pública, saúde de cada indivíduo, sadia qualidade de vida, diz a Constituição, é por isso que estou falando de saúde, e hoje todos nós sabemos que ele é imbricado, é conceitualmente geminado com o próprio desenvolvimento. Se antes nós dizíamos que o meio ambiente é compatível com o desenvolvimento, hoje nós dizemos, a partir da Constituição, tecnicamente, que não pode haver desenvolvimento senão com o meio ambiente ecologicamente equilibrado. A geminação do conceito me parece de rigor técnico, porque salta da própria Constituição Federal[12].

É denotável, desta sorte, que a constitucionalização do meio ambiente no Brasil viabilizou um verdadeiro salto qualitativo, no que concerne, especificamente, às normas de proteção ambiental. Tal fato decorre da premissa que os robustos corolários e princípios norteadores foram alçados ao patamar constitucional, assumindo colocação eminente, ao lado das liberdades públicas e dos direitos fundamentais. Superadas tais premissas, aprouve ao Constituinte, ao entalhar a Carta Política Brasileira, ressoando os valores provenientes dos direitos de terceira dimensão, insculpir na redação do artigo 225, conceder amplo e robusto respaldo ao meio ambiente como pilar integrante dos direitos fundamentais. “Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, as normas de proteção ambiental são alçadas à categoria de normas constitucionais, com elaboração de capítulo especialmente dedicado à proteção do meio ambiente”^[13]. Nesta toada, ainda, é observável que o caput do artigo 225 da Constituição Federal^[14] está abalizado em quatro pilares distintos, robustos e singulares que, em conjunto, dão corpo a toda tábua ideológica e teórica que assegura o substrato de edificação da ramificação ambiental.

Primeiramente, em decorrência do tratamento dispensado pelo artífice da Constituição Federal, o meio ambiente foi içado à condição de direito de todos, presentes e futuras gerações. É encarado como algo pertencente a toda coletividade, assim, por esse prisma, não se admite o emprego de qualquer distinção entre brasileiro nato, naturalizado ou estrangeiro, destacando-se, sim, a necessidade de preservação, conservação e não-poluição. O artigo 225, devido ao cunho de direito difuso que possui, extrapola os limites territoriais do Estado Brasileiro,

não ficando centrado, apenas, na extensão nacional, compreendendo toda a humanidade. Neste sentido, inclusive, o Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 1.856/RJ, destacou, com bastante pertinência, que:

A preocupação com o meio ambiente - que hoje transcende o plano das presentes gerações, para também atuar em favor das gerações futuras (...) tem constituído, por isso mesmo, objeto de regulações normativas e de proclamações jurídicas, que, ultrapassando a província meramente doméstica do direito nacional de cada Estado soberano, projetam-se no plano das declarações internacionais, que refletem, em sua expressão concreta, o compromisso das Nações com o indeclinável respeito a esse direito fundamental que assiste a toda a Humanidade[15].

O termo “todos”, aludido na redação do caput do artigo 225 da Constituição Federal de 1988, faz menção aos já nascidos (presente geração) e ainda aqueles que estão por nascer (futura geração), cabendo àqueles zelar para que esses tenham à sua disposição, no mínimo, os recursos naturais que hoje existem. Tal fato encontra como arrimo a premissa que foi reconhecido ao gênero humano o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao gozo de condições de vida adequada, em ambiente que permita desenvolver todas as suas potencialidades em clima de dignidade e bem-estar. Pode-se considerar como um direito transgeracional, ou seja, ultrapassa as gerações, logo, é viável afirmar que o meio-ambiente é um direito público subjetivo. Desta feita, o ideário de

que o meio ambiente substancializa patrimônio público a ser imperiosamente assegurado e protegido pelos organismos sociais e pelas instituições estatais, qualificando verdadeiro encargo irrenunciável que se impõe, objetivando sempre o benefício das presentes e das futuras gerações, incumbindo tanto ao Poder Público quanto à coletividade considerada em si mesma.

Assim, decorrente de tal fato, produz efeito erga omnes, sendo, portanto, oponível contra a todos, incluindo pessoa física/natural ou jurídica, de direito público interno ou externo, ou mesmo de direito privado, como também ente estatal, autarquia, fundação ou sociedade de economia mista. Impera, também, evidenciar que, como um direito difuso, não subsiste a possibilidade de quantificar quantas são as pessoas atingidas, pois a poluição não afeta tão só a população local, mas sim toda a humanidade, pois a coletividade é indeterminada. Nesta senda, o direito à interidade do meio ambiente substancializa verdadeira prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, ressoando a expressão robusta de um poder deferido, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas num sentido mais amplo, atribuído à própria coletividade social.

Com a nova sistemática entabulada pela redação do artigo 225 da Carta Maior, o meio-ambiente passou a ter autonomia, tal seja não está vinculada a lesões perpetradas contra o ser humano para se agasalhar das reprimendas a serem utilizadas em relação ao ato perpetrado. Figura-se, ergo, como bem de uso comum do povo o segundo pilar que dá corpo aos sustentáculos do tema em tela. O axioma a ser esmiuçado, está atrelado o meio-ambiente como vetor da sadia qualidade de vida, ou seja, manifesta-se na salubridade, precipuamente, ao vincular a espécie humana está se

tratando do bem-estar e condições mínimas de existência. Igualmente, o sustentáculo em análise se corporifica também na higidez, ao cumprir os preceitos de ecologicamente equilibrado, salvaguardando a vida em todas as suas formas (diversidade de espécies).

Por derradeiro, o quarto pilar é a corresponsabilidade, que impõe ao Poder Público o dever geral de se responsabilizar por todos os elementos que integram o meio ambiente, assim como a condição positiva de atuar em prol de resguardar. Igualmente, tem a obrigação de atuar no sentido de zelar, defender e preservar, asseverando que o meio-ambiente permaneça intacto. Aliás, este último se diferencia de conservar que permite a ação antrópica, viabilizando melhorias no meio ambiente, trabalhando com as premissas de desenvolvimento sustentável, aliando progresso e conservação. Por seu turno, o cidadão tem o dever negativo, que se apresenta ao não poluir nem agredir o meio-ambiente com sua ação. Além disso, em razão da referida corresponsabilidade, são titulares do meio ambiente os cidadãos da presente e da futura geração.

3 A Solidariedade Intergeracional no Direito Ambiental: O Fortalecimento dos Ideários de Fraternidade nos Direitos de Terceira Dimensão

Em sede de comentários introdutórios, ao volver um olhar analítico para o tema colocado em debate, forçoso é reconhecer que o corolário da solidariedade intergeracional apresenta-se como reflexo de direitos de terceira dimensão, denominados direitos de solidariedade ou fraternidade. Com destaque, os direitos encampados pela denominação ora expandida encontra como alicerce de sustentação o ideário de fraternidade e tem como exemplos o direito ao meio ambiente

equilibrado, à saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos, a proteção e defesa do consumidor, além de outros direitos considerados como difusos. “Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo”^[16] ou mesmo de um Ente Estatal especificamente. Ainda nesta esteira, é possível verificar que a construção dos direitos encampados sob a rubrica de terceira dimensão tende a identificar a existência de valores concernentes a uma determinada categoria de pessoas, consideradas enquanto unidade, não mais prosperando a típica fragmentação individual de seus componentes de maneira isolada, tal como ocorria em momento pretérito. Com efeito, está-se diante de valores transindividuais, eis que os direitos abarcados pela dimensão em comento não estão restritos a determinados indivíduos; ao reverso, incidem sobre a coletividade. Ao lado disso, os direitos de terceira dimensão são considerados como difusos, porquanto não têm titular individual, sendo que o liame entre os seus vários titulares decorre de mera circunstância factual.

Nesta feita, importa acrescentar que os direitos de terceira dimensão possuem caráter transindividual, o que os faz abranger a toda a coletividade, sem quaisquer restrições a grupos específicos. Ora, o ideário de solidariedade alberga justamente um sucedâneo de direitos que contemplam a coletividade enquanto unidade, não se atendendo a característicos diferenciadores ou mesmo particularidades segregadoras. Neste sentido, pautaram-se Motta e Motta e Barchet, ao afirmarem, em

suas ponderações, que “os direitos de terceira geração possuem natureza essencialmente transindividual, porquanto não possuem destinatários especificados, como os de primeira e segunda geração, abrangendo a coletividade como um todo”[17]. Desta feita, são direitos de titularidade difusa ou coletiva, alcançando destinatários indeterminados ou, ainda, de difícil determinação. Nesta esteira de exposição, os direitos em comento estão vinculados a valores de fraternidade ou solidariedade, sendo traduzidos de um ideal intergeracional, que liga as gerações presentes às futuras, a partir da percepção de que a qualidade de vida destas depende sobremaneira do modo de vida daquelas. Dos ensinamentos dos célebres doutrinadores, percebe-se que o caráter difuso de tais direitos permite a abrangência às gerações futuras, razão pela qual, a valorização destes é de extrema relevância. “Têm primeiro por destinatários o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”[18]. A respeito do assunto, com bastante pertinência, Motta e Barchet[19], em seu magistério, ensinam que os direitos de terceira dimensão surgiram como “soluções” à degradação das liberdades, à deterioração dos direitos fundamentais em virtude do uso prejudicial das modernas tecnologias e desigualdade socioeconômica vigente entre as diferentes nações.

Tecidos estes comentários, ao esmiuçar o corolário da solidariedade intergeracional, também denominado de princípio da equidade ou princípio do acesso equitativo dos recursos naturais, salta aos olhos sua íntima relação com a temática dos espaços protegidos, eis que configura um dos baldrames robustos para a sua estruturação. Afora isso,

é possível verificar a materialização do dogma em comento no *caput* do artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988[20]. Assim, a atual geração, ao instituir os espaços protegidos, furta-se à sua utilização normal (aqui considerada aquela utilização encontrada fora desses espaços) para garantir as presentes gerações e, sobretudo, às futuras, o equilíbrio do meio ambiente, mediante a manutenção da biodiversidade. Logo, a adoção do termo “solidariedade intergeracional” busca, justamente, destacar esse elo de responsabilidade da atual geração pela existência das futuras. Neste sentido, é possível trazer à colação o paradigmático entendimento jurisprudencial construído, no qual acena, com clareza solar, que:

Ementa: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Adequação. Observância do princípio da subsidiariedade. Arts. 170, 196 e 225 da Constituição da República. Constitucionalidade de atos normativos proibitivos da importação de pneus usados. Reciclagem de pneus usados: ausência de eliminação total de seus efeitos nocivos à saúde e ao meio ambiente equilibrado. Afronta aos princípios constitucionais da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Coisa julgada com conteúdo executado ou exaurido: impossibilidade de alteração. Decisões judiciais com conteúdo indeterminado no tempo: proibição de novos efeitos a partir do julgamento. Arguição julgada parcialmente procedente. 1. Adequação da arguição

pela correta indicação de preceitos fundamentais atingidos, a saber, o direito à saúde, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (arts. 196 e 225 da Constituição Brasileira) e a busca de desenvolvimento econômico sustentável: princípios constitucionais da livre iniciativa e da liberdade de comércio interpretados e aplicados em harmonia com o do desenvolvimento social saudável. Multiplicidade de ações judiciais, nos diversos graus de jurisdição, nas quais se têm interpretações e decisões divergentes sobre a matéria: situação de insegurança jurídica acrescida da ausência de outro meio processual hábil para solucionar a polêmica pendente: observância do princípio da subsidiariedade. Cabimento da presente ação. [...] 4. Princípios constitucionais (art. 225) a) do desenvolvimento sustentável e b) da equidade e responsabilidade intergeracional. Meio ambiente ecologicamente equilibrado: preservação para a geração atual e para as gerações futuras. Desenvolvimento sustentável: crescimento econômico com garantia paralela e superiormente respeitada da saúde da população, cujos direitos devem ser observados em face das necessidades atuais e daquelas previsíveis e a serem prevenidas para garantia e respeito às gerações futuras.

Atendimento ao princípio da precaução, acolhido constitucionalmente, harmonizado com os demais princípios da ordem social e econômica [...] (Supremo Tribunal Federal – Tribunal Pleno/ ADPF nº 101/ Relatora: Ministra Cármen Lúcia/ Julgado em 24.06.2009/ Publicado no DJe em 01.06.2012).

Observar-se-á a existência de duas espécies de solidariedade intergeracional, tais sejam: uma pautada na atual geração, denominada, em razão disso, de sincrônica; e, outra voltada para as futuras gerações, chamada anacrônica. Com destaque, assinalar faz-se imprescindível, consoante entendimento explicitado por Andréia Minussi Facin[21], que é possível enumerar três formas distintas de acesso a bens materiais, quais sejam: acesso visando o consumo do bem, tal como ocorre com a captação de água e instrumentos predatórios de caça e pesca; acesso causando poluição ao meio ambiente, a exemplo do que se denota no acesso à água ou ao ar, lançando, para tanto, poluentes ou emitindo poluição sonora; e, acesso ao meio ambiente para a contemplação de seus elementos e paisagem. Verifica-se, deste modo, a existência do meio ecologicamente equilibrado não se traduz somente na preservação para a geração atual, mas, também, para as gerações futuras. Logo, se o pavilhão desfraldado tremula em direção ao desenvolvimento sustentável, patente faz-se que a concepção albergue o crescimento econômico como garantia paralela e superiormente respeitada da saúde da população, cujo acervo de direito devem ser observados, tendo-se em vista não apenas as necessidades atuais, contudo, também, as que são passíveis de prevenção para as gerações futuras. Neste sedimento de exposição, cuida apontar,

com ênfase, que está diretamente vinculado ao corolário em comento o preceito da precaução, já que a necessidade de afastamento de perigo, tal como a adoção de instrumentos que busquem a promoção da segurança dos procedimentos adotado para a garantia das gerações futuras, efetivando-se apenas por meio da sustentabilidade ambiental das nações humanas.

Denota-se, destarte, que o princípio em comento torna efetiva a busca incansável pela proteção da existência humana, seja tanto pela proteção do meio ambiente como pela estruturação de condições que salvaguardem a saúde e a integridade física, considerando-se o indivíduo em sua inteireza. Gize-se que tal fato decorre da nova visão reinante, na qual há que se adotar, como política pública, o que se faz imprescindível para antecipar os riscos de danos que sejam passíveis de materialização em relação ao meio ambiente, tanto quanto o impacto que as ações ou as omissões possam produzir. Ora, o artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988[22]., ao estabelecer o ônus em relação à coletividade e ao Poder Público, na condição de dever, de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, inaugura um dever geral arrimado na prevenção de riscos ambientais, no patamar de um ordem normativa objetiva de antecipação de futuros danos ambientais, os quais encontram como sustentáculos os dogmas da prevenção, quando tratar de riscos concretos, e da precaução, quando estiver diante de riscos abstratos.

No mais, cuida colocar em destaque que a reserva dos bens ambientais, com a sua não utilização atual, passaria a ser equitativa se

fosse demonstrado que ela ocorrera com o escopo de evitar o esgotamento dos recursos, com a guarda desses bens para as futuras gerações. Neste passo, ao se considerar a densidade da moldura de fraternidade e solidariedade que reveste o acesso ao meio ambiente, em especial devido ao status de elemento que assegura o alcance da dignidade da pessoa humana, considerando o indivíduo em todas as suas potencialidades e complexidades, não é possível suprimir que a manutenção da preservação dos bens ambientais refoge ao ideário ingênuo de meio ambiente intocável, mas sim lhe confere à contemporaneidade ao tema. “A equidade no acesso aos recursos ambientais deve ser enfocada não só com relação à localização especial dos usuários atuais, como em relação aos usuários potenciais das gerações vindouras”[\[23\]](#).

Com efeito, um posicionamento equânime não é fácil de ser construído, vindicando considerações dotadas de ordem ética, científica e econômica das gerações atuais e uma avaliação prospectiva das necessidades futuras, nem sempre possíveis de serem conhecidas e medidas no presente. Neste aspecto, é possível colocar em destaque que o aspecto intergeracional que tende a caracterizar o discurso de proteção e preservação ambiental ambiciona conferir concreção ao ideário de solidariedade que caracteriza o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado enquanto direito de terceira dimensão. Supera-se, com efeito, a essência de individualidade que caracterizou os direitos humanos, adotados uma ótica na qual a preocupação com o semelhante, mesmo em se tratando de uma geração futura, é dotada de grande proeminência, analisando-se a coletividade na condição de unidade, na qual cada um dos indivíduos é dotado de

relevância e substancial atenção. Tal fato decorre, notadamente, do superprincípio da dignidade da pessoa humana, o qual só alcança sua materialização por meio da conjunção de inúmeros, porém carecidos, direitos, os quais, em um fim último, proporcionam a realização de todas as complexidades encerradas no ser humano.

Ademais, um aspecto característico proeminente da sociedade contemporânea está assentado na sua paradoxal capacidade de controlar e produzir indeterminações. Entrementes, a forma como esse dever será atendido constitui tarefa inafastável dos órgãos estatais, os quais dispõem de ampla liberdade de conformação, atentando-se para os limites constitucionais consagrados. Com efeito, as mencionadas determinações constitucionais objetivam evitar riscos, encontrando assento, para tanto, no próprio Texto Constitucional, o que autoriza o Estado a atuar de modo a evitar riscos para o cidadão em geral, por meio da adoção de medidas de proteção ou de prevenção da saúde e do meio ambiente, notadamente em relação ao desenvolvimento técnico ou tecnológico e suas consequências para as presentes e futuras gerações. No controle judicial de políticas públicas do meio ambiente, a atuação do Poder Judiciário deve buscar a garantia, inclusive, o mínimo existencial ecológico dos indivíduos atingidos diretamente e indiretamente em seu patrimônio de natureza material e imaterial, neste sentido, visando garantir a inviolabilidade do direito fundamental à sadia qualidade de vida, bem assim a defesa e preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, em busca do desenvolvimento sustentável para as presentes e futuras gerações.

4 Solidariedade entre Espécies Naturais? O Alargamento da Moldura Axiológica do Princípio da Solidariedade Ambiental

Como desdobramento da projeção normativa do corolário da solidariedade, na órbita ecológica, há que se estruturar uma solidariedade entre todas as espécies vivas, na forma de uma comunidade entre a terra, as plantas, os animais e os seres humanos, visto que a ameaça ecológica coloca em risco todas as espécies existentes no planeta, afetando por igual a todos e ao todo. Neste diapasão, a necessidade de despertar uma consciência pautada na solidariedade entre as espécies naturais é despertada, sobremaneira, em decorrência das ameaças à vida desencadeadas pelo desenvolvimento civilizatório fazerem com que o ser humano se reconheça como um ser natural integrante de um todo ameaçado e, concomitantemente, responsável por tal situação de ameaça existencial. Segundo Sarlet e Fensterseifer^[24], a ameaça de contaminação propicia que o ser humano perceba que o seu corpo integra parte das “coisas naturais” e que, em razão disso, está sujeito à ameaça supramencionada. A construção de tal consciência leva o ser humano a reconhecer, forçosamente, uma comunidade natural, diante da qual o estabelecimento de um vínculo de solidariedade e respeito mútuo como pressuposto para a permanência existencial das espécies naturais, abarcando-se em tal concepção o ser humano.

Em uma perspectiva jurídica, a vedação das políticas cruéis contra os animais (não humanos) encontra repouso no Texto Constitucional, reforçando, portanto, o ideário axiológico de solidariedade entre as espécies naturais. Mais que isso, ao analisar o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.856/RJ, de

relatoria do Ministro Celso de Mello, salta aos olhos a concreção do dogma em comento, em especial quando a ementa consagra que “a promoção de briga de galos, além de caracterizar prática criminosa tipificada na legislação ambiental, configura conduta atentatória à Constituição da República, que veda a submissão de animais a atos de crueldade”[25]. Ora, há que se reconhecer que essa especial tutela, que tem por fundamento legitimador a autoridade da Constituição da República, é motivada pela necessidade de impedir a ocorrência de situações de risco que ameacem ou que façam periclitare todas as formas de vida, não só a do gênero humano, mas, também, a própria vida animal, cuja integridade restaria comprometida, não fora a vedação constitucional, por práticas aviltantes, perversas e violentas contra os seres irracionais. “A ideia de ‘solidariedade entre espécies naturais’, portanto, também pode transportar o reconhecimento do valor intrínseco de todas as manifestações existenciais, bem como o respeito à reciprocidade indispensável ao convívio harmonioso” [26], estendido a todos os seres vivos. Salta aos olhos, desta feita, que o princípio da solidariedade, cuja incidência deve ser maximizada em diversos âmbitos, inclusive na seara ambiental, passa a ser desfraldado como pilar sustentador das relações contemporâneas, em sua senda civilizatória, considerando todas as suas dimensões, a saber: intergeracional, intrageracional e interespecies.

5 A Proeminência da Declaração Universal dos Direitos dos Animais na Afirmação da Solidariedade entre Espécies

Em um primeiro comentário, cuida destacar que a Declaração Universal dos Direitos dos Animais considera que todo o animal possui

direitos, bem como que o desconhecimento e o desprezo desses direitos têm levado e continuam a levar o homem a cometer crimes contra os animais e contra a natureza. Igualmente, a Declaração estabelece que o reconhecimento pela espécie humana do direito à existência das outras espécies animais constitui o fundamento da coexistência das outras espécies no mundo, tal como que os genocídios são perpetrados pelo homem e há o perigo de continuar a perpetrar outros. No mais, o documento considera que o respeito dos homens pelos animais está ligado ao respeito dos homens pelo seu semelhante, assim como que a educação deve ensinar desde a infância a observar, a compreender, a respeitar e a amar os animais. Em seu artigo 1º, a Declaração estabelece que todos os animais nascem iguais diante da vida, e têm o mesmo direito à existência. Já o artigo subsequente assinala que: a) cada animal tem direito ao respeito; b) o homem, enquanto espécie animal, não pode atribuir-se o direito de exterminar os outros animais, ou explorá-los, violando esse direito. Ele tem o dever de colocar a sua consciência a serviço dos outros animais; c) cada animal tem direito à consideração, à cura e à proteção do homem.

Preconiza o artigo 3º que: a) nenhum animal será submetido a maus-tratos e a atos cruéis; b) se a morte de um animal é necessária, deve ser instantânea, sem dor ou angústia. Por sua vez, o artigo 4º estabelece que: a) cada animal que pertence a uma espécie selvagem tem o direito de viver livre no seu ambiente natural terrestre, aéreo e aquático, e tem o direito de reproduzir-se; b) a privação da liberdade, ainda que para fins educativos, é contrária a este direito. Assinala o artigo 5º que: a) cada animal pertencente a uma espécie, que vive habitualmente no ambiente do

homem, tem o direito de viver e crescer segundo o ritmo e as condições de vida e de liberdade que são próprias de sua espécie; b) toda a modificação imposta pelo homem para fins mercantis é contrária a esse direito. Aponta o artigo 6º: a) cada animal que o homem escolher para companheiro tem o direito a uma duração de vida conforme sua longevidade natural; b) o abandono de um animal é um ato cruel e degradante. Frisa o artigo 7º que cada animal que trabalha tem o direito a uma razoável limitação do tempo e intensidade do trabalho, e a uma alimentação adequada e ao repouso. No mais, ofusca o artigo 8º que: a) a experimentação animal, que implica em sofrimento físico, é incompatível com os direitos do animal, quer seja uma experiência médica, científica, comercial ou qualquer outra; b) as técnicas substitutivas devem ser utilizadas e desenvolvidas.

O artigo subsequente destaca que nenhum animal deve ser criado para servir de alimentação, deve ser nutrido, alojado, transportado e abatido, sem que para ele tenha ansiedade ou dor. Já o artigo 10º esclarece que nenhum animal deve ser usado para divertimento do homem. A exibição dos animais e os espetáculos que utilizem animais são incompatíveis com a dignidade do animal. Assinala o artigo 11 que o ato que leva à morte de um animal sem necessidade é um biocídio, ou seja, um crime contra a vida. Por sua vez, o artigo subsequente: a) cada ato que leve à morte um grande número de animais selvagens é um genocídio, ou seja, um delito contra a espécie; b) o aniquilamento e a destruição do meio ambiente natural levam ao genocídio. No mais, o artigo 13 explicita que: a) o animal morto deve ser tratado com respeito; b) as cenas de violência de que os animais são vítimas, devem ser proibidas no cinema e na

televisão, a menos que tenham como fim mostrar um atentado aos direitos dos animais. Por derradeiro, o artigo 14 destaca que: a) as associações de proteção e de salvaguarda dos animais devem ser representadas a nível de governo; b) os direitos dos animais devem ser defendidos por leis, como os direitos dos homens.

Referência:

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 30 mai. 2015.

_____. **Lei Nº. 6.938, de 31 de Agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 30 mai. 2015.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 30 mai. 2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 30 mai. 2015.

BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 30 mai. 2015.

FACIN, Andréia Minussi. Meio-ambiente e direitos humanos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 60, 01 nov. 2002. Disponível

em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3463>>. Acesso em 30 mai. 2015.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 21 ed. São Paulo: Editores Malheiros, 2013.

MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. **Direito Constitucional – Teoria, Jurisprudência e 1.000 Questões** 15 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Princípios do Direito Ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011**. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 30 mai. 2015.

Notas:

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 30 mai. 2015.

[2] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental N°. 46/DF. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências.

Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não Caracterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ago. 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 30 mai. 2015.

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[4] BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 30 mai. 2015.

[5] MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. **Direito Constitucional – Teoria, Jurisprudência e 1.000 Questões** 15 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004, p. 69.

[6] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 30 mai. 2015.

[7] Idem. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense Nº 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei Nº 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 30 mai. 2015.

[8] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007, p. 569.

[9] BRASIL. **Lei Nº. 6.938, de 31 de Agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 30 mai. 2015.

[10] SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 20.

[11] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 77.

[12] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 4.029/AM. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Federal N° 11.516/07. Criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. Legitimidade da Associação Nacional dos Servidores do IBAMA. Entidade de Classe de Âmbito Nacional. Violação do art. 62, caput e § 9º, da Constituição. Não emissão de parecer pela Comissão Mista Parlamentar. Inconstitucionalidade dos artigos 5º, caput, e 6º, caput e parágrafos 1º e 2º, da Resolução N° 1 de 2002 do Congresso Nacional. Modulação dos Efeitos Temporais da Nulidade (Art. 27 da Lei 9.868/99). Ação Direta Parcialmente Procedente. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 08 mar. 2012. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 30 mai. 2015.

[13] THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011**. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 116.

[14] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 30 mai. 2015: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao

Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

[15] Idem. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense Nº 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei Nº 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 30 mai. 2015.

[16] BONAVIDES, 2007, p. 569.

[17] MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2007, p. 152.

[18] BONAVIDES, 2007, p. 569.

[19] MOTTA; BARCHET, 2007, p. 153. “Duas são as origens básicas desses direitos: a degradação das liberdades ou a deterioração dos demais direitos fundamentais em virtude do uso nocivo das modernas tecnologias e o nível de desigualdade social e econômica existente entre as diferentes nações. A fim de superar tais realidades, que afetam a humanidade como um todo, impõe-se o reconhecimento de direitos que também tenham tal abrangência – a humanidade como um todo -, partindo-se da ideia de que não há como se solucionar problemas globais a não ser através de soluções também globais. Tais “soluções” são os direitos de terceira geração”.

[20] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 30 mai. 2015: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

[21] FACIN, Andréia Minussi. Meio-ambiente e direitos humanos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 60, 01 nov. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3463>>. Acesso em 30 mai. 2015.

[22] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 30 mai. 2015: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao

Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

[23] MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 21 ed. São Paulo: Editores Malheiros, 2013, p. 92.

[24] SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Princípios do Direito Ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 77.

[25] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.856/RJ. Ação Direta de Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense nº 2.895/98) - Legislação estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei nº 9.605/98, art. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da lei estadual impugnada - Ação Direta Procedente. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Publicado no DJe em 13 out. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 21 jan. 2014.

[26] SARLET; FENSTERSEIFER, 2014, p. 77.

DIREITO À FUGA: DIREITO COLETIVO, DIREITO INDIVIDUAL, DIREITO?

EDILSON SOUSA FONTENELE: Estudante de Direito (Centro Universitário Christus - UNICHRISTUS)

Buscaremos no presente trabalho a prestar uma análise acerca das consequências jurídicas aplicáveis ou não ao sujeito que, uma vez detido pelo Estado, comete atos atentatórios contra o patrimônio dos entes da Federação, ou, em mais precisamente, ao patrimônio público. Buscaremos visualizar a conduta realizada por esses indivíduos e a possibilidade da incidência das regras e sanções do Direito Penal ao caso em questão

No decorrer do texto, faremos uma análise a partir de julgamentos das mais altas Cortes do país, bem como de alguns doutrinadores, expondo uma divergência de entendimentos que em muito importa para nossa atual realidade.

O tema realmente assusta e pode até parecer absurdo, afinal, por que diríamos que uma pessoa presa, condenada criminalmente pelo Poder Judiciário, após este ter seguido todo o devido processo legal, teria o direito de fugir, de se evadir do cumprimento de sua pena? É o que buscaremos entender neste artigo. Não são esses temas que geralmente fazem do Direito essa “ciência” tão apaixonante?

Nossa atual Constituição Federal, promulgada em 05 de outubro de 1988, sem dúvidas trouxe mudanças políticas, jurídicas e sociais ao Brasil. Indiscutivelmente, nossa Carta Magna buscou abarcar a maior quantidade de direitos possíveis, principalmente em seu art. 5º, ponto fulcral da Constituição e cláusula pétrea desta. A preocupação de garantir

direitos tem uma explicação, o Brasil acabara de sair de um período ditatorial militar, em que a liberdade de expressão, de locomoção e até os direitos mais básicos eram violados. Logo, para que isso não voltasse a ocorrer, promulgou-se a “Constituição-Cidadã”, buscando reestabelecer definitivamente o Estado Democrático de Direito.

Mas será que nessa ideia de protecionismo e de garantismo penal, nossa Lei Maior abarcou o direito daqueles encarcerados pelo Estado de fugirem? Em outras palavras, o indivíduo preso tem o direito de fugir e sair impune por tal fuga? Em nenhum ponto da Carta Constitucional consta algo expressamente ou ao menos semelhante a esse entendimento.

De fato, se imaginarmos que um indivíduo esteja preso em um veículo policial ou em uma sala aberta de uma delegacia e venha abrir a porta da viatura e sair correndo, ou, ainda, levantar-se e evadir-se da delegacia, sem causar nenhum dano, obviamente ele não poderia responder por nenhum crime, pois não há crime de “fuga”, tampouco poderia ser enquadrado como “resistência” ou algo do tipo. E sabemos que “não há crime nem pena sem lei anterior que o defina” (*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*) Estamos chegando ao ponto que interessa.

Imaginemos, agora, que esse mesmo sujeito esteja preso na viatura, numa cela da delegacia ou mesmo em um estabelecimento prisional. Se, para fugir na surdina, ele quebrar a janela da viatura, cerrar as grades da cela da delegacia ou fizer um buraco na parede do presídio, ele ainda ficaria “impune” ou responderia pelo crime de dano qualificado, em virtude de ser patrimônio público?

Ora, numa interpretação positiva ou literal da lei, diríamos que tal indivíduo deveria responder pelos danos causados, é essa a lógica do

sistema. Mas o Direito não é matemática, não é só lógica. Esse entendimento estaria correto se o Superior Tribunal de Justiça (STJ) não tivesse firmado posicionamento exatamente ao contrário. Para o STJ, o preso que destrói o patrimônio público para fugir não deve responder pelo crime de dano, seja simples ou qualificado. É o que se depreende dos julgados a seguir:

“HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ORDINÁRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DANO QUALIFICADO. PATRIMÔNIO PÚBLICO. BURACO NA PAREDE DA CELA. FUGA DE PRESO. DOLO ESPECÍFICO (ANIMUS NOCENDI). AUSÊNCIA. AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. TRANCAMENTO. ILEGALIDADE PATENTE RECONHECIDA. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DA ORDEM EX OFFICIO.

[...]

2. Segundo entendimento desta Corte, a destruição de patrimônio público (buraco na cela) pelo preso que busca fugir do estabelecimento no qual encontra-se encarcerado não configura o delito de dano qualificado (art. 163, parágrafo único, inciso III do CP), porque ausente o dolo específico (animus nocendi), sendo, pois, atípica a conduta. (grifo nosso)

3. *Flagrante ilegalidade detectada na espécie.*

4. *Writ não conhecido, mas concedida a ordem, ex officio, para trancar a ação penal, por falta de justa causa. (HC 260.350/GO, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 13/05/2014, DJe 21/05/2014)”*

“HABEAS CORPUS. CRIME DE DANO QUALIFICADO PRATICADO CONTRA O PATRIMÔNIO PÚBLICO ESTADUAL. 1. PRESO QUE SERRA AS GRADES DA CELA PARA EMPREENDER FUGA. AUSÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO (ANIMUS NOCENDI). 2. ORDEM CONCEDIDA.

1. *Consoante entendimento firmado por esta Corte, o delito de dano ao patrimônio público, quando praticado por preso para facilitar a fuga da prisão, exige o dolo específico (animus nocendi) de causar prejuízo ou dano ao bem público. Precedentes. (grifo nosso)*

2. *Ordem concedida para declarar atípica a conduta do paciente.*

(HC 226.021/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2012, DJe 28/06/2012)”

É como se o STJ estivesse dando um incentivo aos presos para tentarem uma fuga: “você pode tentar fugir, inclusive destruindo o

patrimônio público, pois ainda que o destrua, não lhe será imputado o crime de dano”.

Mas e o que nossa Suprema Corte, o Supremo Tribunal Federal (STF), tem a dizer sobre o assunto? Já não é novidade haver discrepâncias entre os dois Tribunais acima citados, e para o STF, em julgamento proferido no ano de 1996, sob a relatoria do Ministro Carlos Velloso, a situação descrita configuraria sim o crime de dano qualificado, bastando o dolo genérico. Vejamos o julgamento:

“EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. "HABEAS CORPUS". CRIME DE DANO. PRESO QUE DANIFICA A CELA PARA FUGIR. EXIGÊNCIA APENAS DO DOLO GNERICO. CP, art. 163, parágrafo único, III. I. - Comete o crime de dano qualificado o preso que, para fugir, danifica a cela do estabelecimento prisional em que está recolhido. Cód. Penal, art. 163, parag. único, III. II. - O crime de dano exige, para a sua configuração, apenas o dolo genérico. III. - H.C. indeferido. (HC 73189, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 23/02/1996, DJ 29-03-1996 PP-09346 EMENT VOL-01822-02 PP-00250)”

Vale dizer que a análise em questão é feita apenas quanto ao crime de dano, sem violência à pessoa, uma vez que se ocorrer esse fato, a situação muda, pois o Código Penal, em seu art. 352, prevê pena de detenção ao preso que se evade usando de violência contra a pessoa.

Nesses casos, além do referido artigo, o agente responderia pela pena correspondente à violência.

Voltando aos julgados, é possível inferir que o STJ entende que caso o preso consiga, v.g., cerrar as grades de sua cela ou abrir um buraco na parede, este estará “amparado pela lei”. Sim, pois se entendem que não é crime, é porque não há proibição. Logo, entende-se que, segundo o Superior Tribunal de Justiça, o preso tem o direito de fugir, desde que não cometa violência contra a pessoa.

A doutrina também diverge quanto a essa questão. Para alguns, como Luiz Regis Prado, filiam-se ao STJ e entendem não ser cabível a imputação do crime de dano qualificado. De outro lado, Guilherme de Sousa Nucci e Rogério Greco se vinculam ao STF, entendendo ser perfeitamente possível o enquadramento do fato ao crime de dano qualificado. Ensina Rogério Greco:

“Entendemos que não se exige para a configuração do crime de dano o chamado animus nocendi. Basta que o agente tenha conhecimento de que com o seu comportamento está destruindo, inutilizando ou deteriorando coisa alheia, para que possa ser responsabilizado pelo delito em estudo, uma vez que o tipo não exige essa finalidade especial.”

Reforçando a ideia que, segundo o STJ, o preso tem o direito de fugir, desde que não aja com violência contra a pessoa, temos a seguinte situação: se o indivíduo, após cerrar as grades da cela, empregasse violência contra o agente penitenciário, responderia pelo crime do art.

352, além do referente à violência. Entretanto, não podemos dizer que o crime de dano é crime-meio para o crime de evadir-se mediante violência, pois, se não houvesse violência, e puníssemos o agente pelo dano, estaríamos afirmando que, se ele tentasse fugir sem o emprego de violência, sua pena seria maior do que se, efetivamente, agredisse um funcionário público com a finalidade de ganhar a sua liberdade.

Situação curiosa surge, ainda baseando-se no entendimento da referida Corte Superior, se o preso tivesse o “*animus*” apenas de danificar sua cela, ou precisamente as grades. É dizer, se o indivíduo tivesse a intenção de destruir toda a cela e ficar lá dentro, ele deveria responder por dano qualificado, pois houve o “dolo específico”, mas se ele destruísse a cela e efetivamente fugisse, seria fato atípico.

É mister lembrar que o art. 163 do Código Penal não exige dolo específico para a configuração do delito de dano, sendo necessário apenas o dolo direto, genérico.

Portanto, entendemos ser mais plausível a posição do Supremo Tribunal Federal e somos filiados ao entendimento de Rogério Greco, o qual defende que o agente responde pelo crime de dano qualificado em concurso material, a depender do caso concreto, com os demais crimes que venha a cometer ou não durante a fuga.

Conclusão

Questionou-se sobre a possibilidade de um sujeito preso possuir o direito de fugir, sem responder penalmente por crime algum, ainda que venha a danificar os obstáculos que o mantém preso. Vimos que há divergência doutrinária e jurisprudencial acerca do tema, mas que o entendimento mais adequado parece ser aquele no qual não se pode

permitir que um condenado ou preso, preventiva ou provisoriamente, danifique um patrimônio público, uma vez que tal ato não só gera insegurança jurídica, como também mostra a passividade e ineficiência do Estado.

Referências

Greco, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial. vol. III. 12^a. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2015.

Cunha, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal: parte especial. vol. Único. 7^o ed. rev., amp. e atual.

Prado, Luiz Regis. Comentários ao Código Penal: jurisprudência; conexões lógicas com os vários ramos do direito. 7^a.ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2012.

FACULDADE DE DIREITO PROFESSOR DAMÁSIO DE JESUS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM DIREITO
PREVIDENCIÁRIO

SARAH ALVES MARTINS

**A ABRANGÊNCIA DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL
DIANTE DA NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE
TRATAMENTO MÉDICO NO EXTERIOR**

Itumbiara

2015

SARAH ALVES MARTINS

**A ABRANGÊNCIA DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL
DIANTE DA NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE
TRATAMENTO MÉDICO NO EXTERIOR**

Monografia apresentada ao curso de pós-graduação *lato sensu* em Direito Previdenciário da Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus, como pré-requisito à obtenção do título de Especialista.

Orientadora: Professora Esp. Maria Eugênia Conde

Itumbiara

2015

MARTINS, Sarah Alves.

A abrangência do direito à saúde no Brasil diante da necessidade de realização de tratamento médico no exterior – Itumbiara, 2014. 63p.

Monografia apresentada ao curso de pós-graduação *lato sensu* em Direito Previdenciário da Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus, como pré-requisito à obtenção do título de Especialista, sob a orientação da Professora Esp. Maria Eugênia Conde.

SARAH ALVES MARTINS

**A ABRANGÊNCIA DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL DIANTE DA
NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE TRATAMENTO MÉDICO NO EXTERIOR**

Monografia apresentada ao curso de pós-graduação *lato sensu* em Direito Previdenciário da Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus, como pré-requisito à obtenção do título de Especialista.

BANCA EXAMINADORA:

Professora Esp. Maria Eugênia Conde - FDDJ

Nome, titulação, sigla da IES

Nome, titulação, sigla da IES

Itumbiara

2015

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, por poder concluir mais essa etapa com saúde e paz.

Agradeço aos meus pais, pelo apoio oferecido para realizar mais um curso de grande importância para minha vida profissional.

Agradeço, também, a minha orientadora, Professora Esp. Maria Eugênia Conde, pelos ensinamentos transmitidos para a realização do presente trabalho.

RESUMO

O presente trabalho analisou os preceitos do direito à saúde para fundamentar a possibilidade de concessão de tratamento de saúde oferecido no exterior e não disponibilizado no Brasil, em razão da necessidade de manutenção dos direitos à vida e à dignidade da pessoa humana. Para tanto, pontuou-se as conquistas mais importantes da sociedade na evolução do direito à saúde no país, destacando-se também as principais características do Sistema Único de Saúde, de acordo com os princípios e diretrizes norteadores em legislação pertinente. Além disso, demonstrou-se a prevalência do direito à vida em face da teoria da reserva do possível, com o intuito de excluir a hipótese do Estado se escusar de conceder o custeio de tratamento no exterior indispensável à preservação do direito à vida. Em seguida, defendeu-se a legitimidade da intervenção do Judiciário para a efetivação do direito à saúde, principalmente em se tratando de única saída para obtenção de respectivo tratamento, destacando-se, porém, a necessidade de outro caminho a seguir. Em razão disso, ressaltou-se a indispensabilidade de um novo cenário, com a possibilidade de análise, na esfera administrativa, da concessão de tratamento de saúde no exterior custeado pelo Estado, contrapondo-se a proibição prevista na Portaria n. 763/1994, vez que caracterizada a sua abusividade diante da única possibilidade de manutenção da vida dos envolvidos ser o respectivo tratamento no exterior, o que, por si só, corresponde a fundamento suficiente para a concessão.

Palavras-chave: Saúde. Sistema Único de Saúde. Financiamento. Tratamento de saúde no exterior. Direito à vida. Dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

This study examined the precepts of the right to health to motivate the possibility of health care concession offered abroad and not available in Brazil, because of the need of preserving the rights to life and human dignity. Therefore, were pointed out the most important achievements of society in the evolution of the right to health in the country, also highlighting the main features of the Unified Health System, in accordance with the principles and guidelines in guiding relevant legislation. Moreover, it was showed the prevalence of the right to life in the face of the theory of reserving as possible, in order to exclude the state hypothesis excuse to grant the treatment cost abroad indispensable to the preservation of the right to life. Then, was defended the legitimacy of judicial intervention for the effective implantation of the right to health, mainly due to be the only way to obtain such treatment, but highlighting the need for another way forward. As a result, was emphasized the indispensability of a new scenario, with the possibility of analysis, at the administrative level, of the health treatment abroad funded by the state, opposing the prohibition in Decree n. 763/1994, since was characterized its arbitrariness in view of the only possibility of maintaining the lives of those involved be their treatment abroad, which, in itself, is sufficient grounds for granting.

Keywords: Health. Health System Financing. Health care abroad. Right to life. Dignity of the human person.

Lista de Abreviaturas e Siglas

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

AgR – Agravo Regimental

MS – Mandado de Segurança

RE – Recurso Extraordinário

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUS – Sistema Único de Saúde

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. EVOLUÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL	12
2. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE.....	26
3. TRATAMENTO DE SAÚDE NO EXTERIOR: A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL <i>VERSUS</i> O DIREITO À VIDA.....	36
4. A INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E A POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO ADMINISTRATIVA DE TRATAMENTO MÉDICO NO EXTERIOR.....	46
CONCLUSÃO.....	57
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	60

INTRODUÇÃO

A saúde, conforme prevê a Constituição Federal de 1988, é direito de todos e dever do Estado. Enquadrada nos direitos sociais, é garantida por meio de políticas sociais e econômicas que têm como objetivo reduzir o risco de doenças e outros agravos.

Isso porque, desde a promulgação do atual texto constitucional, com o conseqüente surgimento do Sistema Único de Saúde, qualquer pessoa, independentemente de qualquer característica, como condição financeira ou filiação, pode se utilizar das ferramentas oferecidas pelo Estado para a prevenção e a manutenção da saúde.

Destaca-se porém que embora o direito à saúde tenha evoluído ao longo dos anos com relevantes melhorias à população, mormente pela previsão constitucional de acesso universal e igualitário às medidas preventivas e curativas, ele está entre os direitos fundamentais não efetivados pelo Estado, sendo elevado o número de pessoas que buscam por medidas alternativas para a sua real efetivação.

Nesse contexto, o Estado alega não possuir recursos públicos suficientes para adotar todos os procedimentos necessários, o que fez surgir a teoria da reserva do possível, que lhe dá a fundamentação para não efetivação dos direitos sociais, qualificados como de caráter prestativo, uma vez que conferem ao Estado o dever de prestação.

Ocorre que a utilização da respectiva teoria deve ser fundamentada, principalmente quando envolver a área da saúde, em que muitas situações são relacionadas aos direitos à vida e à dignidade da pessoa humana.

Dentro desse cenário, em que o Estado decide não conceder alguns tratamentos de saúde e opta por determinadas ações que considera mais importantes, encontram-se os brasileiros que dependem, para manutenção do direito à vida, de tratamento de saúde oferecido no exterior e não disponibilizado no país, uma vez que as atuais regras da Administração não lhe conferem a oportunidade de análise administrativa da respectiva concessão, conforme Portaria n. 763/1994 do Ministério da Saúde, que veda o financiamento de tratamento médico no exterior pelo Sistema Único de Saúde.

Além disso, destaca-se que ao ingressarem no Judiciário, os envolvidos se deparam com o próprio Ente Público, parte adversa, tentando se escusar da concessão por meio de fundamentos como o da referida teoria, e se utilizando até de meios protelatórios, sem elevar os direitos à vida, à dignidade da pessoa humana e à saúde à correta condição de elevado patamar.

Nota-se então que, embora legítima a intervenção do Judiciário na efetivação do direito à saúde, mormente como única saída dos envolvidos em casos como os já expostos, há a necessidade de uma alteração do atual cenário, com o intuito de se alcançar, de maneira mais célere, a preservação dos direitos acima descritos.

Assim, por meio da análise de alguns casos existentes sobre a discussão da possibilidade de tratamento de saúde no exterior relacionados ao direito à vida, uma vez que envolvem doenças graves que dependem do respectivo tratamento para a sobrevivência dos envolvidos, percebe-se que corresponde a um tema relevante e controverso dentro da seara da saúde, o que demanda uma profunda análise e será objeto do presente trabalho.

Pois bem, dentre os tópicos a serem analisados para a melhor elucidação do tema, serão pontuadas as principais conquistas da evolução do direito à saúde no país, vez que muito relevante demonstrar a participação da sociedade em busca de melhores condições de saúde ao longo dos anos, bem como a elevação do direito à saúde a condição de direito fundamental no texto constitucional.

Nesse contexto, será indispensável a análise dos princípios e diretrizes norteadores do Sistema Único de Saúde, e suas demais características que embasarão o caminho a ser seguido no presente estudo.

Além disso, de acordo com as primeiras considerações acerca da teoria da reserva do possível, confrontar-se-á a mesma com o direito à vida, com o objetivo de se concluir quais os limites da respectiva teoria, destacando-se a necessidade da manutenção do mínimo existencial e da evolução do Ente Público para um “olhar” mais voltado para as questões realmente essenciais do ser humano.

Nesse sentido, caberá destacar alguns casos que ganharam relevância social por meio das redes sociais, que conseguiram arrecadar, em parte, o dinheiro necessário para tratamento de saúde oferecido no exterior e não disponibilizado no país, diante da impossibilidade de análise, na esfera administrativa, da concessão do custeio pelo Sistema Único de Saúde.

Em seguida, após discorrer sobre a intervenção do Judiciário na efetivação do direito à saúde, destacando-se alguns julgados favoráveis do Superior Tribunal de Justiça, analisar-se-á a legitimidade da Portaria n. 793/1994, por meio do estudo das portarias anteriores que tratavam sobre o assunto, com o objetivo de se preservar o princípio da vedação ao retrocesso social.

Pelo exposto, o presente trabalho tratará da premente e relevante tarefa de se debater sobre a concessão de tratamento médico oferecido no exterior e não disponibilizado no país, com a pretensão de se concluir que os direitos e os princípios relacionados ao tema são suficientes para que, a partir da mudança do atual cenário da saúde, seja possível a análise na esfera administrativa de respectiva concessão.

1. EVOLUÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

O direito à saúde passou por grandes transformações ao longo dos anos, destacando-se sua evolução quanto a busca pela implementação com qualidade e abrangência a todos.¹

Ressalta-se como um marco importante para a saúde no Brasil a criação das Santas Casas de Misericórdia, conforme afirma o autor Frederico Amado:

Historicamente, um marco importante na saúde brasileira foi o nascimento progressivo das Santas Casas de Misericórdia no século XVI, iniciando-se pela Santa Casa de São Vicente, provavelmente no ano de 1543, sendo uma estrutura de idealização portuguesa a partir do final do século XV.²

Estas Santas Casas, financiadas por doações das elites regionais e por verbas públicas, traziam a esperança de que os enfermos seriam socorridos, uma vez que, desde a colonização, elas que faziam o atendimento hospitalar à maioria da população. Ainda no século XVI, após a fundação da primeira na vila de Santos, criaram a do Espírito Santo, da Bahia, do Rio de Janeiro e da vila de São Paulo.³

O período imperial, assim, apontou algumas medidas para tentar combater as doenças existentes no território brasileiro, sem, no entanto, conseguir solucionar os sérios problemas de saúde da coletividade.⁴

Nesse contexto, a Constituição de 1824 nada previu sobre a saúde como direito reconhecido aos cidadãos, dispondo apenas sobre a garantia aos socorros públicos e o direito aos presos de viver em cadeias limpas e arejadas, conforme os incisos XXXI e XXI do artigo

¹ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 19 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014. p. 9.

² AMADO, Frederico. **Curso de direito e processo previdenciário**. 5 ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm. 2014. p. 79.

³ BERTOLLI FILHO, Cláudio. **História da saúde pública no Brasil**. 4 ed. São Paulo: Ática. 2010. p. 11.

⁴ *Ibidem*. p. 10.

179.⁵ Destaca-se, ainda, que estabeleceu uma certa autonomia aos municípios, de acordo com o previsto no artigo 169.⁶

Em sequência, com a proclamação da República e a implantação do federalismo, a Constituição de 1891, em seu artigo 65, §2º, conferiu a facultatividade aos Estados de todo e qualquer poder ou direito, salvo o que fosse negado pela mesma e, ainda, estabeleceu em seu artigo 68 que os Estados deveriam se organizar de maneira que fosse assegurada a autonomia dos Municípios para respeito de seu peculiar interesse, mantendo-se assim a competência de várias ações de interesse para saúde aos Municípios.⁷

De acordo com as considerações de Cláudio Bertolli Filho, destaca-se que neste período os serviços sanitários estaduais substituíram as antigas juntas e inspetorias provinciais, mas foram, no entanto, muito deficientes no início, o que resultou em pouca melhoria da saúde popular e muitas críticas da população e das autoridades.⁸

Nesse cenário, novas ondas de epidemias surgiram no país, matando milhares de pessoas, o que fez com que os médicos higienistas recebessem incentivo do governo federal, passando a ocupar cargos importantes na administração pública.⁹ Em contrapartida, comprometeram-se em estabelecer estratégias para o saneamento das áreas indicadas pelos políticos, conforme se extrai do texto a seguir:

(...) Os principais objetivos da atuação desses médicos eram a fiscalização sanitária dos habitantes das cidades, a retificação dos rios que causavam enchentes, a drenagem dos pântanos, a destruição dos viveiros de ratos e insetos disseminadores de enfermidades e a reforma urbanística das grandes cidades. Deveriam também divulgar as regras básicas de higiene e tornar obrigatório o isolamento das pessoas atingidas por moléstias infecto-contagiosas e dos pacientes considerados perigosos para a sociedade. Iniciava-se a era da hospitalização compulsória das vítimas das doenças contagiosas e dos doentes mentais.¹⁰

Verifica-se assim a participação do Estado na área da saúde não mais apenas nos períodos críticos das epidemias, mas todo o tempo, em busca também da prevenção,

⁵ BRASIL. Constituição (1824). Constituição Política do Império do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 10/10/2014 às 10:00.

⁶ “Art. 169. O exercício de suas funções municipais, formação das suas Posturas policiaes, applicação das suas rendas, e todas as suas particulares, e uteis attribuições, serão decretadas por uma Lei regulamentar.”

⁷ DALLARI, Sueli Gandolfi. Poderes Republicanos e a defesa do Direito à Saúde. Evolução da proteção do Direito à Saúde nas Constituições do Brasil. In: ALVES, S., DELDUQUE, M., DINO NETO, N. **Direito sanitário em perspectiva**. Brasília: ESMPTU, 2013. v. 2. p. 17-40. p. 30.

⁸ BERTOLLI FILHO, Cláudio. **História da saúde pública no Brasil**. 4 ed. São Paulo: Ática, 2010. p. 13-14.

⁹ *Idem*.

¹⁰ *Idem*.

surgindo-se a política de saúde brasileira. Nesse contexto, as transformações urbanísticas e sanitárias nas capitais estaduais e nas principais cidades do interior resultaram positivamente na higiene pública, sem, no entanto, atingir as camadas mais pobres da população, que permaneceram em condições precárias.¹¹

Diante desse cenário, o movimento da Reforma Sanitária começou a fortalecer também o movimento pelo saneamento rural, que passou a mobilizar setores das elites intelectuais e políticas brasileiras. Ainda, resultou na criação do Departamento Nacional de Saúde Pública (DNSP) em 1920, que implementou mudanças políticas, e dos postos de profilaxia rural.¹²

Percebe-se assim a importância dessas mudanças para a saúde, conforme destaca DALLARI:

Durante a Primeira República, foram estabelecidas as bases para a criação de um sistema nacional de saúde, caracterizado pela concentração e verticalização das ações no governo central. O período que se inicia em 1930, visto como marco inicial das políticas sociais e da centralização estatal, é tributário desse processo de expansão da autoridade estatal por meio da adoção de políticas e ações de saúde orientadas por princípios e estratégias comuns, resultado das interfaces das idéias defendidas pelo movimento sanitário da época e do complexo processo de negociações que envolveu estados e o governo federal.¹³

Dentro desse contexto, muitas leis foram criadas, mas eram contraditórias e pouco garantiam aos trabalhadores em relação a assistência médica e indenização por enfermidade ou acidente de trabalho, restando aos mesmos apenas o acesso aos hospitais filantrópicos. Destaca-se, porém, a exceção prevista pela Lei Eloy Chaves, que tratou do instituto previdenciário que abrangia apenas os trabalhadores das estradas de ferros sediadas em São Paulo.¹⁴

A Lei Eloy Chaves, criada pelo Decreto n. 4.682 de 24 de janeiro de 1923, trouxe o reconhecimento legal das medidas de proteção social como políticas públicas, destacando-se a assistência médica aos abrangidos pela lei. Esta, que tratou da regulamentação da criação das Caixas de Aposentadorias e Pensões, constitui marco da

¹¹ BERTOLLI FILHO, Cláudio. **História da saúde pública no Brasil**. 4 ed. São Paulo: Ática, 2010. p. 14, 26.

¹² LIMA, N., FONSECA C., HOCHMAN, G. A Saúde na Construção do Estado Nacional no Brasil: reforma sanitária em perspectiva histórica. In: LIMA, N., GERCHMAN, S., EDLER, F. **Saúde e Democracia: história e perspectivas do SUS**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005. p. 27-58. p. 35-36.

¹³ *Ibidem*. p. 37-38.

¹⁴ BERTOLLI FILHO, Cláudio. **História da saúde pública no Brasil**. 4 ed. São Paulo: Ática, 2010. p. 32-33.

Previdência Social no país e corresponde ao momento inicial da responsabilização do Estado pela concessão de benefícios e serviços.¹⁵

Em seguida, o Brasil foi tomado pela Era Vargas (1930-1945), na qual Getúlio Vargas se tornou Presidente da República pela Revolução de 1930 e promoveu uma reforma política e administrativa para afastar da administração pública os principais líderes da República Velha. Nesse contexto, criou-se o Ministério da Educação e da Saúde Pública em 1930, que remodelou os serviços sanitários do país com o intuito garantir o controle dos mesmos à burocracia federal, de acordo com o centralismo político-administrativo imposto, em que o Estado proclamava a promessa de cuidar do bem-estar sanitário da população.¹⁶

O modelo acima destacado oferecido pela Lei Eloy Chaves foi parcialmente adotado por Getúlio Vargas, que o implantou em várias categorias profissionais. A partir daí foram criados as caixas de aposentadoria e pensões e os institutos de previdência que, sob a tutela do Estado, garantiam assistência médica aos trabalhadores, ainda que por meio de um serviço irregular.¹⁷

Embora ainda houvesse muito a que ser melhorado, uma vez que muitos brasileiros ainda não tinham a garantia ao acesso aos serviços de saúde, a atuação do governo de Getúlio Vargas na área da saúde dos trabalhadores representou um elevado avanço, o que pôde ser verificado na Constituição de 1934, como a garantia à assistência médica, a licença remunerada à gestante trabalhadora e a jornada de oito horas.¹⁸

Ressalta-se que a Constituição de 1934 previu expressamente uma competência material concorrente entre a União e os Estados e, também, um dever da União, dos Estados e dos Municípios, por meio de sua própria legislação, de “amparar a maternidade e a infância”, “adotar medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a mortalidade e a morbidade infantis; e de higiene social que impeçam a propagação das doenças transmissíveis” e de “cuidar da higiene mental e incentivar a luta contra os venenos sociais”, de acordo com os alíneas “c”, “f” e “g”, do artigo 138. Ainda, destaca-se que com a

¹⁵ LIMA, N., FONSECA C., HOCHMAN, G. A Saúde na Construção do Estado Nacional no Brasil: reforma sanitária em perspectiva histórica. In: LIMA, N., GERCHMAN, S., EDLER, F. **Saúde e Democracia: história e perspectivas do SUS**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005. p. 27-58. p. 32.

¹⁶ BERTOLLI FILHO, Cláudio. **História da saúde pública no Brasil**. 4 ed. São Paulo: Ática, 2010. p. 30-31.

¹⁷ *Ibidem*. p. 33.

¹⁸ *Ibidem*. p. 34.

manutenção da autonomia dos Municípios, várias ações e serviços de saúde continuaram sob suas responsabilidades.¹⁹

Em seguida, com a instauração da ditadura, Getúlio Vargas decretou a Constituição de 1937, que manteve o reconhecimento da autonomia dos Municípios, mas restringiu as competências dos Estados. Nesse contexto, estabeleceu como competência privativa da União legislar sobre “normas fundamentais da defesa e proteção da saúde, especialmente da saúde da criança”, conforme artigo 16, inciso XXVII, e manteve a competência concorrente à União e aos Estados sobre a legislação de “obras de higiene popular, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais” e as “medidas políticas de polícia para proteção das plantas e dos rebanhos contra as moléstias ou agentes nocivos”, de acordo com o artigo 18, alíneas “c” e “e”.²⁰

Com a queda da ditadura em 1945 e a redemocratização, foi promulgada a Constituição de 1946 que não trouxe grandes transformações relacionadas à saúde,²¹ mas confirmou pontos relevantes no texto constitucional, destacados a seguir:

(...) Assim, foi perfeitamente esclarecida a competência concorrente entre a União e os Estados para legislar sobre proteção e defesa da saúde (art. 5º, XV, b, c/c art. 6º) e a obrigatoriedade da assistência à maternidade, à infância e à adolescência em todo território nacional, fazendo supor uma responsabilidade solidária das três esferas de governo (art. 164). A autonomia municipal, implicando a organização dos serviços públicos locais, neles compreendidos os dedicados à saúde, foi também mantida (art. 28, II, b). Do mesmo modo, continuou assegurada ao trabalhador e à gestante a assistência sanitária, inclusive hospitalar e médica preventiva, tendo sido incluída a higiene e segurança do trabalho e a obrigatoriedade da instituição do seguro pelo empregador contra os acidentes do trabalho (art. 157, VIII, XIV, XVII). (...) ²²

Nesse mesmo período, a Organização Internacional do Trabalho definiu saúde como “um estado completo de bem-estar físico, mental e social e não somente a ausência de doença ou enfermidade”, o que foi muito válido para o âmbito da saúde.²³

O chamado período de redemocratização, que durou 19 anos, caracterizou-se pela ineficiência burocrática herdada do período anterior. O plano Salte, elaborado em 1948 e

¹⁹ DALLARI, Sueli Gandolfi. Poderes Republicanos e a defesa do Direito à Saúde. Evolução da proteção do Direito à Saúde nas Constituições do Brasil. In: ALVES, S., DELDUQUE, M., DINO NETO, N. **Direito sanitário em perspectiva**. Brasília: ESMPU, 2013. v. 2. p. 17-40. p. 30.

²⁰ *Ibidem*. p. 30-31.

²¹ *Ibidem*. p. 31-32.

²² *Ibidem*. p. 32.

²³ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 34 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 543.

que tinha como um dos objetivos a melhoria dos sistemas de saúde, não foi totalmente efetivado. Em contrapartida, foi criado o Ministério de Saúde pela Lei n. 1920 de 25 de julho de 1953, já no segundo período presidencial de Getúlio Vargas, que também não atuou com a eficácia necessária para corrigir a situação da saúde coletiva, destacando-se a falta de funcionários especializados, postos de atendimentos e equipamentos apropriados. Por tal razão, o Ministério não foi capaz de reduzir os índices de mortalidade e morbidade das doenças que atingiam os trabalhadores e demais brasileiros.²⁴

Essa realidade era contraditória diante dos projetos de desenvolvimento formulados a partir da década de 1950, que enfatizavam a necessidade de combate às endemias rurais, com destaque para a malária, relacionando saúde e doença aos problemas de desenvolvimento e da pobreza – buscava-se as relações causais e as estratégias políticas e institucionais para superação da doença e do subdesenvolvimento.²⁵

Dentro desse contexto, ressalta-se que o Ministério da Saúde tomou para si a responsabilidade de combater as doenças que atingiam principalmente a população do interior e tentou promover a educação sanitária da população rural. Em 1956, foi criado o Departamento Nacional de Endemias Rurais, que juntamente com todo o Ministério da Saúde, organizou três campanhas nacionais contra a malária, mas, em razão das deficiências e da escassez de verbas, apenas se reduziu minimamente o número de enfermos, o que fez com que a Organização Pan-Americana de Saúde (Opas), órgão da Organização Mundial da saúde (OMS) participasse do combate à malária no país.²⁶

Nesse sentido, vale destacar:

Os programas de controle e erradicação das chamadas doenças tropicais passaram a atrair o interesse das instituições nacionais e dos governos dos países que assumiam a liderança mundial, mas também das agências internacionais criadas para coordenar, em diversas frentes, planos globais de desenvolvimento associados à saúde. Entre elas, a Organização Mundial da saúde (OMS), a Opas – transformada então em Escritório Regional da OMS para as Américas -, o Fundo das Nações Unidas para a Infância (Unicef) e a Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação (FAO).²⁷

²⁴ BERTOLLI FILHO, Cláudio. **História da saúde pública no Brasil**. 4 ed. São Paulo: Ática, 2010. p. 40.

²⁵ LIMA, N., FONSECA C., HOCHMAN, G. A Saúde na Construção do Estado Nacional no Brasil: reforma sanitária em perspectiva histórica. In: LIMA, N., GERCHMAN, S., EDLER, F. **Saúde e Democracia: história e perspectivas do SUS**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005. p. 27-58. p. 48-49.

²⁶ BERTOLLI FILHO, Cláudio. **História da saúde pública no Brasil**. 4 ed. São Paulo: Ática, 2010. p. 41.

²⁷ LIMA, N., FONSECA C., HOCHMAN, G. A Saúde na Construção do Estado Nacional no Brasil: reforma sanitária em perspectiva histórica. In: LIMA, N., GERCHMAN, S., EDLER, F. **Saúde e Democracia: história e perspectivas do SUS**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005. p. 27-58. p. 47.

Tem-se assim a abertura do processo de discussão e decisão para além da burocracia pública, estendendo-se ao Congresso Nacional e à politização de saúde nos congressos de higiene e nas conferências nacionais a análise sobre o tema saúde.²⁸

A situação da previdência e da saúde coletiva no Brasil representava a insatisfação dos sindicatos quanto à legislação previdenciária, tendo sido necessária a revisão pelo governo. Com a sucessão de leis federais que garantiam o atendimento à saúde dos segurados, as caixas e os institutos tiveram que aumentar o percentual de arrecadação anual. Além da ampliação da quantidade de trabalhadores e dependentes com direito ao tratamento de saúde, elevaram também os salários e as pensões pagas aos afastados temporariamente do trabalho por motivo de doença. Ainda, ressalta-se que a Previdência assumiu a assistência médico-hospitalar aos trabalhadores, o que causou a redução da qualidade dos serviços.²⁹

Nesse cenário, o setor privado de medicina postulou privilégios ao governo, como doações e empréstimos a juros baixos, com o intuito de criar uma rede de clínicas e hospitais para atender onerosamente a população. Em contrapartida, o setor político aprovou leis que garantiam esses privilégios, mas que trouxe como beneficiários apenas os que podiam arcar com os valores cobrados, ficando a população mais uma vez a mercê do deficiente atendimento público. Diante de tais dificuldades, o Estado, visando aperfeiçoar o sistema, sancionou em 1960 a Lei Orgânica da Previdência Social (Lops), que uniformizou as contribuições a serem pagar pelos trabalhadores ao instituto que eram filiados, qual seja, 8% (oito por cento) de seu salário, mas que não garantiu o equilíbrio financeiro e nem a melhoria dos serviços prestados pelos institutos.³⁰

Outro ponto a destacar corresponde a incumbência recebida pelo Ministério da Saúde, também em 1956, de desenvolver um programa voltado às crianças, uma vez que era precário o atendimento à infância e o índice de mortalidade infantil era elevadíssimo. Por meio deste, “multiplicaram-se os serviços de higiene infantil e os postos de puericultura, que incluíam em suas atividades não só o acompanhamento e a vacinação e o tratamento de crianças doentes, mas também a assistência às mães.”³¹

²⁸ LIMA, N., FONSECA C., HOCHMAN, G. A Saúde na Construção do Estado Nacional no Brasil: reforma sanitária em perspectiva histórica. In: LIMA, N., GERCHMAN, S., EDLER, F. **Saúde e Democracia: história e perspectivas do SUS**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005. p. 27-58. p. 50.

²⁹ BERTOLLI FILHO, Cláudio. **História da saúde pública no Brasil**. 4 ed. São Paulo: Ática, 2010. p. 43

³⁰ *Ibidem*. p. 44.

³¹ *Ibidem*. p. 45.

Ocorre porém que além da mortalidade infantil, a fome também era presente entre os brasileiros, o que fazia com que os mesmos ficassem mais vulneráveis às enfermidades e à morte. Diante desse contexto, em que intelectuais brasileiros passaram a discutir sobre o tema, foram criadas Ligas Camponesas que lutavam contra a fome, a doença e a exploração, o que levou a essas questões se tornarem assunto de interesse público³², conforme afirma BERTOLLI FILHO:

Foi nesse quadro agitado que se definiu a politização da atividade de médicos e epidemiólogos. O exercício da medicina deixou de ser entendido apenas como utilização de técnicas voltadas para melhorar a saúde da população, sem qualquer relação com os interesses das classes sociais. Em vez disso, a medicina passou a ser interpretada como uma prática social capacitada para lutar, através dos canais políticos, pelo bem-estar coletivo. Os médicos deveriam cobrar das autoridades decisões e verbas que beneficiassem sobretudo as camadas sociais mais pobres.³³

Verifica-se assim que, ainda que com limitações, os temas sobre saúde pública e assistência médica foram debatidos e decididos em um ambiente mais democrático.³⁴

Ocorre que referida convergência entre os interesses da comunidade médica e dos movimentos sanitários fez com que as questões sanitárias ganhassem força nas reivindicações dos trabalhadores urbanos e rurais. Diante desse ambiente, o presidente da época, João Goulart, teve dificuldade de conciliar o atendimento às reclamações do povo com a manutenção do apoio dos latifundiários, o que colaborou para o novo regime ditatorial de 1964.³⁵

A partir de 1964, com o golpe militar, a promessa de restaurar a ordem econômica se caracterizou pela repressão e supressão dos canais de comunicação entre o Estado e a sociedade, pela exclusão econômica de grande parcela da população e pela despolitização de temas, tratados a partir daí somente sob a visão tecnicista.³⁶

³² BERTOLLI FILHO, Cláudio. **História da saúde pública no Brasil**. 4 ed. São Paulo: Ática, 2010. p. 47-48.

³³ *Ibidem*. p. 48.

³⁴ DALLARI, Sueli Gandolfi. Poderes Republicanos e a defesa do Direito à Saúde. Evolução da proteção do Direito à Saúde nas Constituições do Brasil. In: ALVES, S., DELDUQUE, M., DINO NETO, N. **Direito sanitário em perspectiva**. Brasília: ESMPTU, 2013. v. 2. p. 17-40. p. 46.

³⁵ BERTOLLI FILHO, Cláudio. **História da saúde pública no Brasil**. 4 ed. São Paulo: Ática, 2010. p. 48.

³⁶ ESCOREL, S., NASCIMENTO, D., EDLER, F. As Origens da Reforma Sanitária e do SUS. In: LIMA, N., GERCHMAN, S., EDLER, F. **Saúde e Democracia: história e perspectivas do SUS**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005. p. 59-81. p. 60.

Conforme destaca Cláudio Bertolli Filho, “o primeiro efeito do golpe militar sobre o Ministério da Saúde foi a redução das verbas destinadas à saúde pública. Aumentadas na primeira metade da década de 60, tais verbas decresceram até o final da ditadura”.³⁷

Nesse contexto, embora o discurso oficial fosse de que a saúde constituía um “fator de produtividade, de desenvolvimento e de investimento econômico”, o Ministério da Saúde se voltou para a saúde como um elemento individual, e não mais coletivo. Assim, mesmo com o compromisso de realizar programas de saúde e saneamento, o cenário continuou o mesmo – a saúde pública se caracterizava crítica, destacando-se o desvio de parte do dinheiro investido no setor aos serviços prestados por hospitais privados aos doentes pobres e algumas campanhas de vacinação.³⁸

Em 1966, com o intuito de enfraquecer as instituições que atuavam antes do golpe militar, o governo criou o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), que unificou todos os órgãos previdenciários e ficou subordinado ao Ministério do Trabalho. A partir daí, “o INPS deveria tratar dos doentes individualmente, enquanto o Ministério da Saúde deveria, pelo menos em teoria, elaborar e executar programas sanitários e assistir a população durante as epidemias”.³⁹

Esta fase foi marcada pela outorga da Constituição de 1967 que, em relação ao tema da saúde, manteve a competência concorrente entre a União e os Estados para legislar sobre a defesa e a proteção da saúde; a autonomia municipal para organização dos serviços públicos locais; a garantia de higiene e segurança do trabalho, assistência sanitária hospitalar e médica preventiva aos trabalhadores; bem como a obrigatoriedade da instituição do seguro pelo empregador contra os acidentes de trabalho, de acordo com os artigos 8º, VII, “c” e §2º, 16, II, “b” e 158, IX, XV, XVII, respectivamente.⁴⁰

Destaca-se também que pela Constituição de 1967, o Estado tinha o dever de apoiar as atividades privadas, em que a atuação governamental se caracterizou suplementarmente aos serviços prestados pela medicina privada. Como resultado de respectiva determinação, o INPS firmou convênios com a maioria dos hospitais do país.⁴¹

³⁷ BERTOLLI FILHO, Cláudio. **História da saúde pública no Brasil**. 4 ed. São Paulo: Ática, 2010. p. 51.

³⁸ *Ibidem*. p. 52.

³⁹ *Ibidem*. p. 53.

⁴⁰ DALLARI, Sueli Gandolfi. Poderes Republicanos e a defesa do Direito à Saúde. Evolução da proteção do Direito à Saúde nas Constituições do Brasil. In: ALVES, S., DELDUQUE, M., DINO NETO, N. **Direito sanitário em perspectiva**. Brasília: ESMPU, 2013. v. 2. p. 17-40. p. 32.

⁴¹ BERTOLLI FILHO, Cláudio. **História da saúde pública no Brasil**. 4 ed. São Paulo: Ática, 2010. p. 51.

Diante da dificuldade de governar o país com o texto constitucional vigente, a Emenda Constitucional n. 1 resultou na Constituição de 1969, que se caracterizou centralizadora, acabando com a competência legislativa entre a União e os Estados e dispondo sobre o dever da União de estabelecer e executar um “plano nacional de saúde”, conforme artigo 8º, XIV. Manteve-se, porém, a autonomia municipal para organização de serviços públicos locais, de acordo com o artigo 15, II, “b”, e se destacou a competência do Congresso Nacional de elaborar planos e programas nacionais e regionais de desenvolvimento, incluídas as ações e serviços de interesse para a saúde, conforme o artigo 43, IV⁴². Por fim, destaca-se que:

(...) Em relação aos trabalhadores, foram mantidos os direitos à higiene e segurança do trabalho e à assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva, tendo sido transferida para a previdência social a obrigação do “seguro contra acidentes do trabalho e proteção da maternidade, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado” (art. 165, XVI). (...)⁴³

Ocorre porém que o cenário no qual estava inserida a saúde se caracterizou pelas fraudes nos hospitais privados, pela incapacidade gerencial e pela complexidade do sistema previdenciário, o que fez com que fosse criado o Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS), incorporando-se o INPS e renovando a promessa de garantia saúde aos segurados, e a Empresa de Processamento de Dados da Previdência Social (Dataprev), para conter a evasão de recursos.⁴⁴

Entre outras medidas realizadas na área da assistência médica, destaca-se a criação do Sistema Nacional de Saúde, instituído pela Lei n. 6.229 de 17 de julho 1975, e que tinha como objetivo baratear e tornar mais eficazes as ações de saúde em todo o país.⁴⁵

Embora os índices de mortalidade tenham diminuído e a expectativa média de vida aumentado nesse período, ainda havia muitas deficiências no setor da saúde. Com isso, a partir da queda do regime militar e da abertura política, muitos brasileiros começaram a lutar por melhores condições de vida. Estes, apoiados por padres e médicos sanitárias, criaram os Conselhos Populares de Saúde, que tinham o objetivo de obter melhor saneamento básico e de

⁴² DALLARI, Sueli Gandolfi. Poderes Republicanos e a defesa do Direito à Saúde. Evolução da proteção do Direito à Saúde nas Constituições do Brasil. In: ALVES, S., DELDUQUE, M., DINO NETO, N. **Direito sanitário em perspectiva**. Brasília: ESMPU, 2013. v. 2. p. 17-40. p. 33.

⁴³ *Idem*.

⁴⁴ BERTOLLI FILHO, Cláudio. **História da saúde pública no Brasil**. 4 ed. São Paulo: Ática, 2010. p. 51.

⁴⁵ *Ibidem*. p. 56.

conquistar a criação de hospitais nas áreas mais carentes. Ainda em razão dessa realidade, os médicos se organizaram para postular melhores condições para sua profissão e para seus pacientes, o que resultou, no final dos anos 70, no surgimento da Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva (Abrasco) e do Centro Brasileiro de Estudos da Saúde (Cebes), que culminou no Movimento Sanitarista, em que as discussões tinham como finalidade encontrar respostas para os problemas da política de saúde nacional.⁴⁶

Como resultado dessa expressiva participação popular, a 8ª Conferência Nacional de Saúde, realizada em 1986, trouxe um novo cenário, no qual se iniciou um processo de participação da sociedade nas deliberações sobre a política de saúde. Esta conferência foi muito importante para a formação dos novos conceitos constitucionais que estariam por vir, destacando-se seu relatório final, que constituiu a base da proposta da Reforma Sanitária e do Sistema Único de Saúde (SUS).⁴⁷

Percebe-se, portanto, que o amadurecimento do Estado Social juntamente com a 8ª Conferência Nacional de Saúde resultaram na positivação constitucional do direito à saúde de natureza universal.⁴⁸

Nesse sentido, vale destacar as considerações apresentadas por Sueli Gandolfi Dallari:

Em suma, a afirmação constitucional do direito à saúde foi, no Brasil, uma experiência única. Absolutamente consentânea com a evolução do direito no final século vinte, ela veio com as bases da política destinada a realizar esse direito e exigiu a participação popular para sua definição e implementação. Essa necessária participação do povo na realização do direito torna a política pública de saúde igualmente adequada aos requisitos postos pelo conceito contemporâneo de saúde, uma vez que ele implica – ao mesmo tempo – aspectos de direito individual, de direito coletivo e também difuso, que só podem ser justamente equacionados com a participação do povo em sua definição.⁴⁹

⁴⁶ BERTOLLI FILHO, Cláudio. **História da saúde pública no Brasil**. 4 ed. São Paulo: Ática, 2010. p. 56, 62-63.

⁴⁷ ESCOREL, S., BLOCH, R. As Conferências Nacionais de Saúde na Construção do SUS. In: LIMA, N., GERCHMAN, S., EDLER, F. **Saúde e Democracia: história e perspectivas do SUS**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005. p. 83-119. p. 97.

⁴⁸ LEITÃO, André Studart e MEIRINHO, Augusto Grieco Sant'ana. **Manual de direito previdenciário**. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 98.

⁴⁹ DALLARI, Sueli Gandolfi. A Construção do Direito à Saúde no Brasil. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 9, n.3, p. 9-34, nov. 2008/fev. 2009. p. 10. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/viewFile/13128/14932>>. Acesso em: 03/11/2014 às 13:00.

Verifica-se assim que os textos constitucionais anteriores ao de 1988 trouxeram algumas especificações sobre saúde, mas sem elevar o direito à saúde a condição de direito fundamental, o que seria alcançado a partir daí.

A Constituição Federal de 1988 trouxe uma nova roupagem ao direito à saúde. Como direito social previsto no artigo 6º, o texto constitucional disciplinou, do seu artigo 196 ao 200, as características que deveriam qualificar a efetivação da nova política de saúde no Brasil. Para tanto, foi atribuída competência comum à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para cuidar da saúde e da assistência pública, e competência concorrente à União, aos Estados e ao Distrito Federal sobre proteção e defesa da saúde, cabendo à União legislar sobre normas gerais, conforme o inciso II do artigo 23 e o inciso XII do artigo 24 c/c §1º do artigo 24, respectivamente.⁵⁰

Além disso, o texto constitucional, ao criar a Seguridade Social, dispôs que ela seria financiada com recursos provenientes dos orçamentos dos entes federativos e de contribuições sociais, sendo que no âmbito do governo federal os recursos seriam divididos entre as três esferas da Seguridade Social (Previdência, Assistência Social e Saúde). Com relação à saúde, previu-se “uma vinculação de 30% dos recursos do Orçamento da Seguridade Social (OSS), excluído o seguro-desemprego, até que fosse aprovada a primeira Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO)”, de acordo com o artigo 55, do ADCT.⁵¹

Dentro desse contexto, a concepção de saúde adotada pela Constituição Federal a enquadrou como direito de todos e dever do Estado, garantida por políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, de acordo com o artigo 196 do texto constitucional.⁵²

Para efetivação das ações de saúde pública, a Constituição também instituiu o Sistema Único de Saúde (SUS), com atendimento integral, priorizando a prevenção de

⁵⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 03/11/2014 às 10:30.

⁵¹ PIOLA, Sérgio Francisco. Financiamento público da Saúde: algumas questões. In: ALVES, S., DELDUQUE, M., DINO NETO, N. **Direito sanitário em perspectiva**. Brasília: ESMPU, 2013. v. 2. p. 86-100. p. 90.

⁵² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 03/11/2014 às 10:45.

doenças, regionalizado, descentralizado e hierarquizado, no âmbito das três esferas de governo, e com a participação da comunidade, conforme estabelece o artigo 198.⁵³

Dentro desse cenário, destaca-se também o artigo 199 da Constituição Federal, que confirmou a possibilidade de assistência médica livre à iniciativa privada. Dessa forma, previu a existência de um sistema de saúde suplementar ao SUS, de acordo com a expansão do setor privado promovida pelo próprio Estado na década de 70.⁵⁴

Ainda, além do texto constitucional que também trouxe as competências do SUS (art. 200)⁵⁵, outras leis regularam matérias relacionadas à saúde até os dias atuais, destacando-se as Leis n. 8.080 e 8.689.

A Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, revogou a Lei n. 6.229/75 e passou a tratar da saúde, dispondo sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes. Desta, vale ressaltar o artigo 7º, que prevê os princípios que devem ser observados pelas ações e serviços de saúde.⁵⁶

A Lei n. 8.689, de 27 de julho de 1993, extinguiu o INAMPS – Instituto de Assistência Médica da Previdência Social,⁵⁷ que conjugava a previdência social e a saúde, uma vez que o direito à saúde estava interligado à manutenção do regime pelos trabalhadores contribuintes. A partir daí, as ações da área da saúde passaram para a responsabilidade direta do Ministério da Saúde, por meio do SUS.⁵⁸

Durante esse período, mesmo com a previsão de recursos para a saúde, esta não foi respeitada, instaurando-se uma crise no financiamento do setor de saúde, o que resultou na criação da Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF), por meio da Emenda Constitucional n. 12, de 15 de agosto de 1996, que acrescentou o artigo 74, no

⁵³ AMADO, Frederico. **Curso de direito e processo previdenciário**. 5 ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 84.

⁵⁴ UGÁ, M., MARQUES, R. O Financiamento do SUS: trajetória, contexto e constrangimentos. In: LIMA, N., GERCHMAN, S., EDLER, F. **Saúde e Democracia: história e perspectivas do SUS**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005. p. 83-119. p. 193.

⁵⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 03/11/2014 às 23:00.

⁵⁶ BRASIL. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm>. Acesso em: 03/11/2014 às 23:00.

⁵⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 34 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 543.

⁵⁸ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 19 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014. p. 8.

ADCT, possibilitando à União a instituição da mesma para o financiamento das ações e serviços de saúde.⁵⁹

Destaca-se porém que, em razão de seu caráter provisório, buscou-se uma solução mais abrangente para o financiamento do SUS, o que resultou na aprovação da Emenda Constitucional n. 29, de 13 de setembro de 2000, que acrescentou o artigo 77, do ADCT.⁶⁰

A partir daí, conforme Fábio de Barros Correia Gomes ressaltou:

Os estados deveriam aplicar um mínimo de 12% de suas receitas em ações e serviços de saúde, e os municípios, 15%. À União não foi exigido percentual de vinculação de receita, mas em 2000, deveria aplicar o montante empenhado em ações e serviços públicos de saúde no exercício financeiro de 1999, acrescido de, no mínimo, cinco por cento. Entre 2001 e 2004, a União deveria aplicar o valor apurado no ano anterior, corrigido pela variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB).⁶¹

Com isso, embora tenham estabelecido mais estavelmente as previsões, após muitas propostas, somente em 2012, com a Lei Complementar n. 141, que a respectiva emenda foi regulamentada.⁶²

Pois bem, diante do histórico apresentado, verifica-se que o conceito de saúde evoluiu consideravelmente até os dias atuais, principalmente quanto à legislação pertinente. Destaca-se, no entanto, que embora haja um embasamento legal para o acesso a todos, a realidade do SUS é diversa da idealizada, uma vez que o oferecido aos brasileiros não é suficiente para que muitos consigam ter saúde e, conseqüentemente, dignidade e direito à vida.

⁵⁹ GOMES, Fábio de Barros Correia. Impasses no financiamento da saúde no Brasil: da constituinte à regulamentação da emenda 29/00. **Revista Saúde em Debate**. Rio de Janeiro, v. 38, p. 6-17, jan./março.2014. p. 4 Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/sdeb/v38n100/0103-1104-sdeb-38-100-0006.pdf>>. Acesso em: 18/12/2014 às 14:16.

⁶⁰ PIOLA, Sérgio Francisco. Financiamento público da Saúde: algumas questões. In: ALVES, S., DELDUQUE, M., DINO NETO, N. **Direito sanitário em perspectiva**. Brasília: ESMPU, 2013. v. 2. p. 86-100. p. 91.

⁶¹ GOMES, Fábio de Barros Correia. Impasses no financiamento da saúde no Brasil: da constituinte à regulamentação da emenda 29/00. **Revista Saúde em Debate**. Rio de Janeiro, v. 38, p. 6-17, jan./março.2014. p. 5. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/sdeb/v38n100/0103-1104-sdeb-38-100-0006.pdf>>. Acesso em: 18/12/2014 às 14:16.

⁶² BRASIL. Lei Complementar n. 141, de 13 de janeiro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp141.htm>. Acesso em: 19/12/2014 às 10:46.

2. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

O Sistema Único de Saúde, conforme já destacado, representou um grande avanço para a sociedade brasileira. Embora marcado por um cenário de muitas injustiças, pode-se dizer que, sob a lógica de sua organização e, conforme os valores que o definem, corresponde a um modelo exemplar a ser realmente efetivado.⁶³

Anteriormente a sua implantação, somente uma parcela de brasileiros tinha o direito à saúde assegurado em lei – os trabalhadores que contribuíam para a previdência - enquanto que os demais tinham que recorrer às Santas Casas.⁶⁴

É o que se extrai do texto a seguir:

Com esse modelo, consubstanciado na Constituição de 1988, foi deixado para trás o período histórico em que para ser atendido por uma unidade do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (o antigo INAMPS), o cidadão tinha que apresentar sua carteira de trabalho, comprovando que individualmente contribuía mensalmente para a previdência. (...)⁶⁵

De acordo com o Ministério da Saúde, “o Sistema Único de Saúde é um dos maiores sistemas públicos de saúde do mundo. Ele abrange desde o simples atendimento ambulatorial até o transplante de órgãos, garantindo acesso integral, universal e gratuito para toda a população do país. (...)”⁶⁶

Da maneira como é atualmente, o SUS corresponde a um “produto de um grande esforço coletivo de mobilização no país, que culminou em sua oficialização no ano de 1988, ao ser decretada a nova Constituição Brasileira, que reza que a saúde é direito do cidadão e dever

⁶³ CARVALHO, Déa. et. al. O Sistema Único de Saúde, uma retrospectiva e principais desafios. In: ALVES, S., DELDUQUE, M., DINO NETO, N. **Direito sanitário em perspectiva**. Brasília: ESMPU, 2013. v. 2. p. 71-86. p. 72.

⁶⁴ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 19 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014. p. 9.

⁶⁵ CARVALHO, Déa. et. al. O Sistema Único de Saúde, uma retrospectiva e principais desafios. In: ALVES, S., DELDUQUE, M., DINO NETO, N. **Direito sanitário em perspectiva**. Brasília: ESMPU, 2013. v. 2. p. 71-86. p. 75.

⁶⁶ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Portal da Saúde – Entenda o SUS. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/entenda-o-sus>>. Acesso em: 18/12/2014 às 16:05.

do Estado”. Assim, inserido na Constituição Federal de 1988, a sua edificação foi emblemática na construção democrática que o país retomou no fim da década de 80.⁶⁷

Nesse sentido, vale ressaltar as considerações de Jairnilson Silva Paim:

A proposta do SUS está vinculada a uma ideia central: todas as pessoas têm direito à saúde. Este direito está ligado à condição de cidadania. Não depende do “mérito” de pagar previdência social (seguro social meritocrático), nem de provar condição de pobreza (assistência do sistema de proteção), nem do poder aquisitivo (mercado capitalista), muito menos da caridade (filantropia). Com base na concepção de seguridade social, o SUS supõe uma sociedade solidária e democrática, movida por valores de igualdade e de equidade, sem discriminações ou privilégios.⁶⁸

A implementação do SUS se iniciou nos primeiros anos da década de 1990, após a promulgação da Lei n. 8.080/90 - Lei Orgânica da Saúde, complementada pela Lei n. 8.142/90, que foram fundamentais para orientar a operacionalização do sistema de saúde, uma vez que a primeira definiu os objetivos e atribuições do SUS e a segunda estabeleceu as regras gerais para a participação popular e financiamento.⁶⁹

Pautado no artigo 196 do texto constitucional, que atendeu ao princípio da universalidade da cobertura e do atendimento, vez que se dirigiu a todas as etapas – promoção, proteção e recuperação – e garantiu a todos o direito e o acesso igualitários às ações e serviços de saúde,⁷⁰ o SUS foi instituído com atendimento integral, regionalizado, descentralizado e hierarquizado, no âmbito das três esferas de governo, conforme artigo 198, do mesmo diploma.⁷¹

Nesse sentido, ressalta-se que o SUS corresponde ao “conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e

⁶⁷ CARVALHO, Déa. et. al. O Sistema Único de Saúde, uma retrospectiva e principais desafios. In: ALVES, S., DELDUQUE, M., DINO NETO, N. **Direito sanitário em perspectiva**. Brasília: ESMPU, 2013. v. 2. p. 71-86. p. 71.

⁶⁸ PAIM, Jairnilson Silva. **O que é o SUS**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2009. 148 p. p. 43.

⁶⁹ CRUZ, Marly Marques da. Histórico do sistema de saúde, proteção social e direito à saúde. In: Gondim R, Grabois V, Mendes Junior WV (organizadores). **Qualificação dos Gestores do SUS**. 2. ed. Rio de Janeiro: Fiocruz/ENSP/EAD, 2011. p. 35-46. p. 41. Disponível em: <<http://www4.ensp.fiocruz.br/biblioteca/home/exibedetalhesBiblioteca.cfm?ID=12543&Tipo=B>>. Acesso em: 02/12/2014 às 10:43.

⁷⁰ SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito previdenciário esquematizado**. Coordenação: Pedro Lenza. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.101.

⁷¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 03/11/2014 às 23:00.

municipais, da administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público.”⁷²

Pois bem, com relação às competências do SUS, destaca-se que compete ao mesmo, de acordo com o artigo 200, da Constituição Federal - “*in verbis*”:

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;

II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;

III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;

IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;

V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico;

VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;

VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.⁷³

Ao tratar sobre o SUS, é fundamental destacar também a Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, que foi promulgada para dispor “sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes”, além de outras providências.⁷⁴

Respectiva lei, após reafirmar os conceitos previstos na Constituição Federal, em destaque a elevação da saúde como direito fundamental do ser humano, traz os objetivos, as atribuições, os princípios do SUS, importantíssimos para análise do tema.⁷⁵

⁷² MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 34 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 548.

⁷³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 03/11/2014 às 23:00.

⁷⁴ BRASIL. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm>. Acesso em: 27/11/2014 às 11:03.

⁷⁵ *Idem*.

De acordo com seu artigo 5º, são objetivos do SUS a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde; a formulação de política de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social, a observância do dever do Estado de garantir a saúde com a formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e outros agravos e o estabelecimento de condições que assegurem o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação; e a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas.⁷⁶

Em se tratando das atribuições do SUS, dentre as incluídas no seu campo de atuação, cabe destacar a execução de ações de vigilância sanitária, de vigilância epidemiológica, de saúde do trabalhador e de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica.⁷⁷

Além disso, ressalta-se o artigo 7º, que prevê os princípios e diretrizes a serem seguidos pelo SUS:

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;

II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;

III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral;

IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;

V - direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde;

VI - divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário;

VII - utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática;

⁷⁶ BRASIL. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm>. Acesso em: 28/11/2014 às 10:30.

⁷⁷ AMADO, Frederico. **Curso de direito e processo previdenciário**. 5 ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm. 2014. p. 85.

VIII - participação da comunidade;

IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo:

a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios;

b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde;

X - integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico;

XI - conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população;

XII - capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência;

XIII - organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos.⁷⁸

Pois bem, por universalização do direito à saúde, entende-se como “(...) a garantia de que todos os cidadãos, sem privilégios ou barreiras, devem ter acesso aos serviços de saúde públicos e privados conveniados, em todos os níveis do sistema, garantido por uma rede de serviços hierarquizada e com tecnologia apropriada para cada nível. (...)”.⁷⁹

Com relação à descentralização com direção única para o sistema, trata-se da distribuição das responsabilidades entre os vários níveis de governo – União, estados, municípios e Distrito Federal – com base no fundamento de que a proximidade do gestor dos problemas de uma comunidade oferece maiores chances de acerto na resolução dos mesmos. Como diretrizes, a descentralização engloba: a regionalização e a hierarquização dos serviços; a organização de um sistema; a maior resolutividade; a maior transparência na gestão do sistema e; por fim, a entrada da participação popular e o controle social.⁸⁰

Assim, a competência comum traz aos entes federativos um mesmo dever de prestação de serviços, devendo destacar a direção única em cada esfera de governo, com o

⁷⁸ BRASIL. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 28/11/2014 às 10:30.

⁷⁹ CRUZ, Marly Marques da. Histórico do sistema de saúde, proteção social e direito à saúde. In: Gondim R, Grabois V, Mendes Junior WV (organizadores). **Qualificação dos Gestores do SUS**. 2. ed. Rio de Janeiro: Fiocruz/ENSP/EAD, 2011. p. 35-46. p. 39. Disponível em: <<http://www4.ensp.fiocruz.br/biblioteca/home/exibetalhesBiblioteca.cfm?ID=12543&Tipo=B>>. Acesso em: 02/12/2014 às 10:43.

⁸⁰ *Ibidem*. p. 40.

intuito de coibir que diversos órgãos ou setores possam cuidar da saúde em uma mesma esfera de governo.⁸¹

A respeito da integralidade da atenção à saúde, destaca-se:

É o reconhecimento, na prática, de que:

- o usuário do sistema é um ser integral, participativo no processo de saúde-doença e capaz de promover saúde;
- as ações de promoção, proteção e recuperação da saúde formam também um sistema único e integral e por isso devem atender em todos os níveis de complexidade, referenciando o paciente aos serviços na medida em que for necessário o atendimento;
- cada comunidade deve ser reconhecida dentro da realidade de saúde que apresenta, entendida em sua integralidade;
- promover saúde significa dar ênfase à atenção básica, mas não prescinde de atenção aos demais níveis de assistência.⁸²

Percebe-se assim que o atendimento integral envolve a promoção, a proteção e a recuperação da saúde, ou seja, busca-se compatibilizar ações preventivas e curativas, individuais e coletivas, com o objetivo de garantir uma assistência efetiva e de qualidade.⁸³

Ainda, destaca-se a importância da participação popular visando ao controle social, vez que corresponde à “garantia constitucional de que a população, por meio de suas entidades representativas, pode participar do processo de formulação das políticas e de controle de sua execução”.⁸⁴

Nesse sentido, ressalta-se:

A participação da comunidade expressa uma orientação para democratizar os serviços e as decisões em relação à saúde. (...) No caso brasileiro, a

⁸¹ SANTOS, Lenir. A direção única em casa esfera de governo: a melhor hermenêutica. In: OLIVEIRA, Neilton Araújo de (Org). **DIREITO SANITÁRIO: Oportuna discussão via coletânea de textos do ‘blog Direito Sanitário: Saúde e Cidadania’**. ANVISA, CONASEMS, CONASS. Brasília, 2012. p. 305-306. p. 305.

⁸² CRUZ, Marly Marques da. Histórico do sistema de saúde, proteção social e direito à saúde. In: Gondim R, Grabois V, Mendes Junior WV (organizadores). **Qualificação dos Gestores do SUS**. 2. ed. Rio de Janeiro: Fiocruz/ENSP/EAD, 2011. p. 35-46. p. 40. Disponível em: <<http://www4.ensp.fiocruz.br/biblioteca/home/exibedetalhesBiblioteca.cfm?ID=12543&Tipo=B>>. Acesso em: 02/12/2014 às 10:43.

⁸³ PAIM, Jairnilson Silva. **O que é o SUS**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2009. 148 p. p. 50.

⁸⁴ CRUZ, Marly Marques da. Histórico do sistema de saúde, proteção social e direito à saúde. In: Gondim R, Grabois V, Mendes Junior WV (organizadores). **Qualificação dos Gestores do SUS**. 2. ed. Rio de Janeiro: Fiocruz/ENSP/EAD, 2011. p. 35-46. p. 40. Disponível em: <<http://www4.ensp.fiocruz.br/biblioteca/home/exibedetalhesBiblioteca.cfm?ID=12543&Tipo=B>>. Acesso em: 02/12/2014 às 10:43.

participação da comunidade era, também, um dos caminhos para a superação do autoritarismo impregnado nos serviços e nas práticas de saúde desde os governos militares, criando espaços para o envolvimento dos cidadãos nos destinos do sistema de saúde. Além da perspectiva do exercício da democracia no cotidiano dos serviços de saúde, esta diretriz busca assegurar o controle social sobre o SUS. Assim, a comunidade pode participar na identificação de problemas e no encaminhamento das soluções, bem como fiscalizar e avaliar as ações e os serviços públicos de saúde.⁸⁵

Vale mencionar também que o artigo em questão traz como princípios a independência das pessoas, que são autônomas na defesa de sua integridade física e moral; a igualdade no atendimento, em que os serviços são iguais para todos; e o direito à informação, uma vez que os destinatários têm direito à informação sobre sua saúde.⁸⁶

Por fim, destaca-se as considerações de Wladimir Novaes Martinez, que pontua claramente os demais princípios que norteiam o Sistema Único de Saúde, conforme o dispositivo analisado:

(...)

f) potencial da capacidade instalada — o Estado é obrigado a divulgar o potencial dos serviços de saúde e a possibilidade de utilização pelos usuários.

g) uso da epidemiologia — ela é recomendada para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática.

h) participação da comunidade — todos são convocados a um grande esforço nacional em favor da higidez.

i) descentralização político-administrativa — cometimento a níveis inferiores de administração com direção única em cada esfera de governo.

j) ênfase na descentralização dos serviços — os Municípios são enfaticamente os executores dos programas.

k) programação administrativa — regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde.

l) integração em nível executivo — as ações de saúde são integradas com programas relativos ao meio ambiente e ao saneamento básico.

m) conjugação dos recursos — os meios financeiros, tecnológicos, materiais e humanos dos entes políticos são canalizados na prestação de serviços à comunidade;

n) independência de decisão — capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e

⁸⁵ PAIM, Jairnilson Silva. **O que é o SUS**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2009. 148 p. p. 51.

⁸⁶ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de direito previdenciário**. 5 ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 191.

o) coordenação da azienda – organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos.⁸⁷

Pois bem, após a apresentação das principais características do Sistema Único de Saúde, previstas na Constituição Federal e na Lei Orgânica da Saúde, cabe dispor sobre os critérios de transferência de recursos para a área da saúde, importantíssimos para a efetivação do direito social em estudo.

O Sistema Único de Saúde é financiado com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.⁸⁸ De acordo com o artigo 31, da Lei n. 8.080/90, respectivo orçamento destinará ao SUS de acordo com a receita estimada, os recursos necessários à realização de suas finalidades, previstos em proposta elaborada pela sua direção nacional, tendo em vista as metas e prioridades estabelecidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias.⁸⁹

Nesse sentido, destaca-se que a Constituição Federal, em seu artigo 198, §2º, prevê que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão aplicar, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre suas arrecadações tributárias, bem como de “parcela dos valores obtidos a partir de repasses da União e dos Estados e dos Fundos de Participação de Estados e Municípios”.⁹⁰

Respectivos recursos mínimos, de acordo com o §3º, deveriam ser regulamentados por lei complementar, reavaliada a cada cinco anos, que estabeleceria os percentuais de receitas vinculados à saúde dos entes federativos, os critérios de rateio interfederativo, e o controle e fiscalização dos recursos do SUS.⁹¹

Assim, em 13 de Janeiro de 2012 foi promulgada a Lei Complementar n. 141/2012 para regulamentar o artigo 198, § 3º, do texto constitucional, que previu os percentuais mínimos aplicados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em saúde.⁹²

⁸⁷ *Idem.*

⁸⁸ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 19 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014. p. 9.

⁸⁹ BRASIL. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 03/12/2014 às 11:30.

⁹⁰ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 19 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014. p. 9.

⁹¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 03/12/2014 às 11:47

⁹² BRASIL. Lei Complementar n. 141, de 13 de janeiro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp141.htm>. Acesso em: 03/12/2014 às 11:58.

Em se tratando da União, ficou previsto que, de acordo com o *caput* do artigo 5º, *in verbis*:

A União aplicará, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, o montante correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, apurado nos termos desta Lei Complementar, acrescido de, no mínimo, o percentual correspondente à variação nominal do PIB ocorrida no ano anterior ao da lei orçamentária anual.⁹³

Ainda com relação à União, estabeleceu a respectiva lei, no parágrafo segundo, do mesmo dispositivo, que em caso de variação negativa do Produto Interno Bruto (PIB), os recursos não poderão ser reduzidos.⁹⁴

Já a respeito dos demais entes federativos, conforme previsão do próprio texto constitucional em seu artigo 198, § 2º, incisos II e III, previu a lei, em seus artigos 6º e 7º, que os Estados deverão aplicar, no mínimo, 12% (doze por cento) dos recursos em ações e serviços de saúde, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos Municípios, e os Municípios, no mínimo, 15% (quinze por cento).⁹⁵

Destaca-se ainda que haverá o rateio dos recursos da União e dos Estados aos demais entes federativos, de acordo com as necessidades da população e as dimensões epidemiológica, demográfica, socioeconômica, espacial e de capacidade de oferta de ações e de serviços de saúde, com o intuito de reduzir as desigualdades sociais, conforme preceitua o inciso II, do parágrafo terceiro, do artigo 198 do texto constitucional.⁹⁶

Nesse sentido, a fim de pontuar os critérios a serem observados no rateio dos recursos da União, vale destacar o artigo 17, da respectiva lei, *in verbis*:

Art. 17. O rateio dos recursos da União vinculados a ações e serviços públicos de saúde e repassados na forma do **caput** dos arts.18 e 22 aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios observará as necessidades de saúde da população, as dimensões epidemiológica, demográfica, socioeconômica, espacial e de capacidade de oferta de ações e de serviços de saúde e, ainda, o disposto no art. 35 da Lei no 8.080, de 19 de setembro de 1990, de forma a atender os objetivos do inciso II do § 3º do art. 198 da Constituição Federal.

⁹³ BRASIL. Lei Complementar n. 141, de 13 de janeiro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp141.htm>. Acesso em: 03/12/2014 às 11:58.

⁹⁴ *Idem.*

⁹⁵ *Idem.*

⁹⁶ *Idem.*

§ 1o O Ministério da Saúde definirá e publicará, anualmente, utilizando metodologia pactuada na comissão intergestores tripartite e aprovada pelo Conselho Nacional de Saúde, os montantes a serem transferidos a cada Estado, ao Distrito Federal e a cada Município para custeio das ações e serviços públicos de saúde.

§ 2o Os recursos destinados a investimentos terão sua programação realizada anualmente e, em sua alocação, serão considerados prioritariamente critérios que visem a reduzir as desigualdades na oferta de ações e serviços públicos de saúde e garantir a integralidade da atenção à saúde.

§ 3o O Poder Executivo, na forma estabelecida no inciso I do **caput** do art. 9o da Lei no 8.080, de 19 de setembro de 1990, manterá os Conselhos de Saúde e os Tribunais de Contas de cada ente da Federação informados sobre o montante de recursos previsto para transferência da União para Estados, Distrito Federal e Municípios com base no Plano Nacional de Saúde, no termo de compromisso de gestão firmado entre a União, Estados e Municípios.⁹⁷

Ao tratar sobre a respectiva Lei, é importante mencionar que a Presidente vetou alguns dispositivos do texto aprovado pelo Congresso Nacional, conforme previsto em mensagem de veto.⁹⁸ Com isso, embora tenha fixado conceitos fundamentais para definir os gastos com a saúde, a Lei deixou de atingir seu principal objetivo, qual seja, o de proteger e elevar significativamente os recursos destinados à área da saúde para um efetivo desenvolvimento do SUS.⁹⁹

Nesse sentido, cabe ressaltar o texto a seguir:

Portanto, percebe-se que o SUS apresenta um dinamismo relacional em permanente tensão entre os direitos e deveres do indivíduo e as atribuições do Estado. No bojo do sistema se configuram relações sociais e políticas que expressam o conflito de interesses e as assimetrias sociais vigentes no Brasil. O SUS é uma arena onde tem lugar as complexas relações Estado-sociedade e onde contracenam os projetos de sociedade e de nação que vigoram nas diversas forças sociais nele presentes. (...)¹⁰⁰

⁹⁷ BRASIL. Lei Complementar n. 141, de 13 de janeiro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp141.htm>. Acesso em: 03/12/2014 às 11:58.

⁹⁸ *Idem*.

⁹⁹ GOMES, Fábio de Barros Correia. Impasses no financiamento da saúde no Brasil: da constituinte à regulamentação da emenda 29/00. **Revista Saúde em Debate**. Rio de Janeiro, v. 38, p. 6-17, jan./março.2014. p. 16. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/sdeb/v38n100/0103-1104-sdeb-38-100-0006.pdf>>. Acesso em: 18/12/2014 às 14:16.

¹⁰⁰ CARVALHO, Déa. et. al. O Sistema Único de Saúde, uma retrospectiva e principais desafios. In: ALVES, S., DELDUQUE, M., DINO NETO, N. **Direito sanitário em perspectiva**. Brasília: ESMPU, 2013. v. 2. p. 71-86. p. 73-74.

Percebe-se assim que a criação do Sistema Único de Saúde (SUS) e as melhoras gradativas conquistadas ao longo desses anos refletem a realidade do cenário brasileiro em busca da real efetivação do direito à saúde a todos.

3. TRATAMENTO DE SAÚDE NO EXTERIOR: A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL *VERSUS* O DIREITO À VIDA

Conforme anteriormente destacado, a Constituição Federal de 1988 garante o direito à saúde a todos, como um dever do Estado. Ocorre porém que este se vale, em muitas situações, da teoria da reserva do possível,¹⁰¹ tirando de si a responsabilidade de oferecer, efetivamente, saúde com qualidade e a todos.

O princípio da reserva do possível, de acordo com as considerações de Sérgio Francisco Piola, “fundamenta-se na ideia de que os recursos públicos, necessários à efetivação de direitos sociais, não são ilimitados” e que, diante das limitações dos recursos financeiros, humanos e físicos, devem ser feitas escolhas.¹⁰²

Como se sabe, para a efetiva concretização dos direitos sociais, é necessária a disponibilidade financeira do Estado, podendo este se valer, em casos específicos, da cláusula “reserva do financeiramente possível”, desde que consiga demonstrar sua impossibilidade financeira, já que não pode deixar de cumprir suas obrigações sob uma alegação genérica de não existir recursos suficientes.¹⁰³

Nesse sentido, destaca-se uma crítica apresentada sobre o tema:

(...) O que tem sido, de fato, falaciosa, é a forma pela qual muitas vezes a reserva do possível tem sido utilizada entre nós como argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente de cunho social. Assim, levar a sério a “reserva do possível” (e ela deve ser levada a sério, embora sempre com as devidas reservas) significa também, especialmente em face do sentido do disposto no art. 5, § 1, da CF, que cabe ao poder público o ônus da comprovação da falta efetiva dos recursos indispensáveis à satisfação

¹⁰¹ BARCELLOS, Ana Paula. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. **Revista da Defensoria Pública**, ano 1, v.1, n. 1, p. 133-160, jul./dez. 2008, ISSN 1984-283X. p. 150. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/20/documentos/outros/Revista%20n%C2%BA%201%20Volume%201.pdf>>. Acesso em: 20/12/2014 às 10:00.

¹⁰² PIOLA, Sérgio Francisco. Financiamento público da Saúde: algumas questões. In: ALVES, S., DELDUQUE, M., DINO NETO, N. **Direito sanitário em perspectiva**. Brasília: ESMPU, 2013. v. 2. p. 86-100. p. 95.

¹⁰³ PAULO, Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012. p. 251.

dos direitos a prestações, assim como da eficiente aplicação dos mesmos.
(...)¹⁰⁴

Ressalta-se ainda, de acordo com o artigo 6º do texto constitucional, que o direito à saúde é um direito social, em que se exige do Estado prestações positivas para sua garantia e efetividade,¹⁰⁵ estando intimamente relacionado ao direito à vida¹⁰⁶, que possui estreita ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III, do mesmo diploma.¹⁰⁷

Desta forma, o seu não cumprimento está diretamente relacionado ao desrespeito aos principais direitos previstos na Constituição, quais sejam, à vida e à dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, Sérgio Martins Pinto destaca que “do direito à vida (art. 5º da Constituição), e da dignidade da pessoa humana, a consequência é o direito à saúde. Não se pode falar em direito à vida, sem que se garanta o acesso ou o direito à saúde.”¹⁰⁸

Assim, entende-se ser incabível, em se tratando do direito à saúde, a alegação da teoria da reserva do possível que não preserve a manutenção da vida, uma vez que a mesma estabelece que o Estado poderá utilizá-la, em razão de suas dificuldades orçamentárias, para se eximir da obrigação de efetivamente garantir uma prestação, mas desde que assegurado o direito ao mínimo existencial.¹⁰⁹

Conforme exposto, o Ministro Celso de Mello do STF destacou no RE 393.175 AgR de 12.12.2006:

¹⁰⁴ SARLET, Ingo Wolflang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista da Defensoria Pública**, ano 1, v. 1, n. 1, p. 179-234, jul./dez. 2008, ISSN 1984-283X. p. 205. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/20/documentos/outros/Revista%20n%C2%BA%201%20Volume%201.pdf>>. Acesso em: 20/12/2014 às 10:00.

¹⁰⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 03/11/2014 às 10:30.

¹⁰⁶ PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. **Revista da Defensoria Pública**, ano 1, v. 1, n. 1, p. 161-178, jul./dez. 2008, ISSN 1984-283X. p. 172. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/20/documentos/outros/Revista%20n%C2%BA%201%20Volume%201.pdf>>. Acesso em: 20/12/2014 às 10:00.

¹⁰⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 03/11/2014 às 10:30.

¹⁰⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 34 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 544.

¹⁰⁹ SARLET, Ingo Wolflang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista da Defensoria Pública**, ano 1, v. 1, n. 1, p. 179-234, jul./dez. 2008, ISSN 1984-283X. p. 152. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/20/documentos/outros/Revista%20n%C2%BA%201%20Volume%201.pdf>>. Acesso em: 20/12/2014 às 10:00.

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema de saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.¹¹⁰

Pois bem, demonstrada a importância da efetivação do direito à saúde, principalmente por sua estrita relação com o direito à vida, cabe destacar, dentre os diversos temas polêmicos existentes, a questão controvertida da possibilidade de tratamento médico no exterior.

Isso porque, conforme transcreve Frederico Amado, em regra, há denegação ao tratamento de saúde no exterior, sob a alegação da reserva do possível, em que a Administração Pública o faz por optar por ações que considera mais importantes, em razão da inexistência de recursos públicos disponíveis para a adoção de todos os procedimentos desejados na área da saúde.¹¹¹

Ocorre porém que embora a realidade seja, na maioria dos casos, de denegação de tratamento médico no exterior, entende-se que a necessidade de respectivo procedimento inexistente no Brasil para manutenção dos direitos à saúde e à vida, juntamente com a comprovação científica da eficácia clínica fora do país, correspondem a requisitos suficientes para a concessão.¹¹²

¹¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 393.175/RS, Segunda Turma. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, DF. Julgado em 12/12/2006. DJ 02/02/2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 16/11/2014 às 12:00.

¹¹¹ AMADO, Frederico. **Curso de direito e processo previdenciário**. 5 ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 82.

¹¹² *Idem*.

Em sentido contrário, o STJ vedou o financiamento de tratamento médico no exterior pelo SUS, ao considerar legítima a Portaria n. 763/1994, do Ministério da Saúde, que estabelece a mesma vedação, conforme MS n. 8.895/DF.¹¹³

Destaca-se, no entanto, que respectivo julgamento referendou o ato regulamentar ao decidir sobre tratamento de retinose pigmentar em Cuba, problema de saúde relacionado à visão, cujo procedimento ainda era experimental.¹¹⁴

Nesse sentido, vale transcrever a ementa da decisão que denegou o MS n. 8.895/DF:

ADMINISTRATIVO - SERVIÇO DE SAÚDE – TRATAMENTO NO EXTERIOR – RETINOSE PIGMENTAR. 1. Parecer técnico do Conselho Brasileiro de Oftalmologia desaconselha o tratamento da “retinose pigmentar” no Centro Internacional de Retinoses Pigmentária em Cuba, o que levou o Ministério da Saúde a baixar a Portaria 763, proibindo o financiamento do tratamento médico no exterior pelo SUS. 2. Legalidade da proibição, pautada em critérios técnicos e científicos. 3. A Medicina social não pode desperdiçar recursos com tratamentos alternativos, sem constatação quanto ao sucesso nos resultados. 4. Mandado de segurança denegado.¹¹⁵

Verifica-se assim que a fundamentação pela denegação se deu em razão de caso específico diverso da necessidade de tratamento de saúde no exterior que envolva direito à vida e que possa ser solucionado com o respectivo procedimento eficaz fora do país.

É óbvio destacar que, senão fosse a realidade da disponibilidade de recursos do Estado, caberia aqui defender inclusive o financiamento pelo SUS de tratamento de retinose pigmentar no exterior, mesmo em se tratando de doença não acometedora de morte. Ocorre que, de acordo com o ordenamento jurídico vigente e os entendimentos jurisprudenciais atuais, o Estado pode invocar para si a reserva do possível, desde que comprovada a indisponibilidade financeira e, principalmente, a manutenção do mínimo existencial para garantia de uma vida digna.¹¹⁶

¹¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança n. 8.895/DF. Primeira Seção. Relatora Ministra Eliana Calmon. Julgado em 22/10/2003. DJ 07.06.2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 20/11/2014 às 11:10.

¹¹⁴ *Idem*.

¹¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança n. 8.895/DF. Primeira Seção. Relatora Ministra Eliana Calmon. Julgado em 22/10/2003. DJ 07.06.2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 20/11/2014 às 11:10.

¹¹⁶ FENSTERSEIFER, Tiago. Defensoria Pública, direito fundamental à saúde, mínimo existencial, ação civil pública e controle judicial de políticas públicas. **Revista da Defensoria Pública**, ano 1, v. 2, n. 1, p. 411-441, jul./dez. 2008, ISSN 1984-283X. p. 433. Disponível em:

Para confirmar a equivocada generalização da decisão do Mandado de Segurança, cabe destacar julgados do próprio Superior Tribunal de Justiça, que ao decidir sobre o tratamento de saúde no exterior para outra doença, deferiu os pedidos, julgando em sentido contrário ao previsto na mencionada portaria:

Não é lícito à Administração, indeferir pleito a ela dirigido, referindo-se a vaga Portaria Ministerial. É necessário que a decisão explicita os fundamentos legais e constitucionais de sua decisão.¹¹⁷

ADMINISTRATIVO. TRATAMENTO MÉDICO NO EXTERIOR. TRANSPLANTE DE MEDULA ÓSSEA. INDICAÇÃO MÉDICA. URGÊNCIA. RISCO DE VIDA. ESGOTAMENTO DOS MEIOS DISPONÍVEIS NO PAÍS. SOLICITAÇÃO DE AUXÍLIO FINANCEIRO. SILÊNCIO DA ADMINISTRAÇÃO. GASTOS PARTICULARES. RESSARCIMENTO DAS DESPESAS PELO ESTADO. CABIMENTO. PECULIARIDADES DO CASO. ART. 45 DA LEI N.º 3.807/60; ART. 6º DA LEI N.º 6.439/77; ARTS. 58, § 2º, E 60 DO DECRETO N.º 89.312/84. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À LEI FEDERAL. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. 1. Pretender que o fato de não ter havido autorização do órgão público exima o Estado da responsabilidade de indenizar equivaleria a sempre permitir, diante de atitude omissiva da Administração, a escusa. 2. A regra da exigência de prévia autorização é excepcionada quando por razão de força maior. Inteligência do art. 60 do Decreto n.º 89.312/84. 3. Não se admite que Regulamentos possam sustar, por completo, todo e qualquer tipo de custeio desses tratamentos excepcionais e urgentes, porquanto implicaria simplesmente negativa do direito fundamental à saúde e à vida, consagrados na atual Constituição Federal, nos seus arts. 5º, caput, 6º, e 196, e na anterior, no art. 150, sentenciando o paciente à morte. 4. Recurso especial não conhecido.¹¹⁸

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. DOENÇA CONGÊNITA GRAVE. MIELOMENINGOCELE INFANTIL. NECESSIDADE DE TRATAMENTO POR MEIO DE APARELHO TERAPÊUTICO NÃO FABRICADO NO PAÍS. DEVER DO ESTADO. DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA E À SAÚDE.

1. O direito à saúde, expressamente tutelado pela Carta de 1988, veio se integrar ao conjunto de normas e prerrogativas constitucionais que, com o status de direitos e garantias fundamentais, tem por fim assegurar o pleno

<<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/20/documentos/outros/Revista%20n%C2%BA%201%20Volume%202.pdf>>. Acesso em: 20/12/2014 às 10:00.

¹¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança n. 6.002/DF, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, Primeira Seção, DJ 14/02/2000. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%28%22HUMBERTO+GOMES+DE+BARROS%22%29.min.&processo=6002&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO#DOC1>. Acesso em: 17/11/2014 às 22:06.

¹¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 338.373/PR, Relatora Ministra Eliana Calmon, Relatora para acórdão Ministra Laurita Vaz, Segunda Turma, DJ 24/03/2003. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=exterior+direito+%E0+sa%FAde&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=23#DOC23>>. Acesso em: 17/11/2014 às 21:46.

funcionamento do estado democrático de direito, pautado na mais moderna concepção de cidadania.

2. Não se pode generalizar a aplicação da norma que veda ao Estado a concessão de auxílio financeiro para tratamento fora do País, a ponto de abandonar, à sua própria sorte, aqueles que, comprovadamente, não podem obter, dentro de nossas fronteiras, tratamento que garanta condições mínimas de sobrevivência digna.

3. Não havendo no País equipamento terapêutico apropriado ao tratamento da enfermidade, justifica-se que o Estado disponibilize recursos para a sua aquisição no exterior, não podendo servir de óbice às pretensões do doente, necessitado, argumentos fundados em questões burocráticas, de cunho orçamentário.¹¹⁹

Pois bem, vale ressaltar que o direito à vida é a premissa dos direitos previstos no texto constitucional, pois não teria razão declará-los se não fosse assegurado o próprio direito de estar vivo para usufruir os demais.¹²⁰

Nesse sentido, dispõe Paulo Gustavo Gonet Branco, em sua obra *Curso de Direito Constitucional*, que “a vida humana – como valor central do ordenamento jurídico e pressuposto existencial dos demais direitos fundamentais, além de base material do próprio conceito de dignidade humana – impõe medidas radicais para sua proteção”.¹²¹

É o que estabelecem também Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo:

Não se resume o direito à vida, entretanto, ao mero direito à sobrevivência física. Lembrando que o Brasil tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, resulta claro que o direito fundamental em apreço abrange o direito a uma existência digna, tanto sob o aspecto espiritual quanto material (garantia do mínimo necessário a uma existência digna, corolário do Estado Social Democrático).

Portanto, o direito individual fundamental à vida possui duplo aspecto: sob o prisma biológico traduz o direito à integridade física e psíquica (desdobrando-se no direito à saúde, na vedação à pena de morte, na proibição do aborto etc.); em sentido mais amplo, significa o direito a condições materiais e espirituais mínimas necessárias a uma existência condigna à natureza humana.¹²²

¹¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança n. 8.740/DF. Relator Ministro João Otávio de Noronha. Primeira Seção. DJ 09/02/2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=DEVER+DO+ESTADO+DIREITO+FUNDAMENTAL+%C0+VIDA+E+%C0+SA%DADE&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=43>>. Acesso em: 17/11/2014 às 10:09.

¹²⁰ MENDES, G., COELHO, P., BRANCO, P. **Curso de direito constitucional**. 4 ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 393.

¹²¹ MENDES, G., COELHO, P., BRANCO, P. **Curso de direito constitucional**. 4 ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 400.

¹²² PAULO, Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2012. p. 120.

Assim, reforçada a estrita relação entre o direito à saúde e o direito à vida, mormente para manutenção do mínimo existencial, não há que se falar em fundamentação para a denegação de tratamento de saúde no exterior para casos em que há risco de morte por ausência de procedimento previsto no Brasil.

Com relação à preservação do mínimo existencial, vale fazer uma ressalva para trazer o texto a seguir:

Nesse contexto, há que se enfatizar que o mínimo existencial – compreendido como todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, no sentido de uma vida saudável (e a vinculação com o direito à saúde, tornado aqui em seu sentido mais amplo é proposital e será retomada no último segmento!) – tem sido identificado, por alguns, como constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, núcleo este blindado contra toda e qualquer intervenção por parte do Estado e da sociedade. (...) ¹²³

Em razão do exposto, entende-se que a portaria mencionada prevê proibição abusiva, uma vez que fere a manutenção dos principais fundamentos constitucionais, quais sejam, o direito à vida e a dignidade da pessoa humana e, ainda, restringe o acesso à efetivação do direito à saúde ao condicionar a possibilidade de concessão apenas à análise do Judiciário.

Nesse sentido, destaca-se ementa de entendimento minoritário a favor da tese apresentada:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. MORTE DA PARTE. CUSTEIO DE TRATAMENTO DE SAÚDE REALIZADO NO EXTERIOR. TRANSPLANTE DE INTESTINO DELGADO. POSSIBILIDADE. DIREITO À SAÚDE. ART. 196 DA CONSTITUIÇÃO. 1. *Omissis*. 2. O direito à saúde é prerrogativa indisponível garantida pela Constituição, não podendo o Estado furtar-se do dever de propiciar os meios necessários ao gozo desse direito fundamental. O direito à saúde não deve ser considerado norma de caráter programático, cabendo ao Estado sua concretização para garantir a vida digna aos cidadãos. 3. Entretanto, a efetivação dos direitos sociais sofre limitações fáticas, questões de ordem financeira e orçamentária que reduzem as possibilidades do ente público concretizar, simultaneamente, as várias demandas da sociedade. Ao poder público reserva-se à prestação daquelas possíveis de ser realizadas, de

¹²³ SARLET, Ingo Wolflang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista da Defensoria Pública**, ano 1, v. 1, n. 1, p. 179-234, jul./dez. 2008, ISSN 1984-283X. p. 196. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/20/documentos/outros/Revista%20n%C2%BA%201%20Vo%20lume%201.pdf>>. Acesso em: 20/12/2014 às 10:00.

acordo com a cláusula da reserva do possível. Não se trata de eximir o Estado de seus deveres, mas de aplicar a razoabilidade na satisfação dos direitos sociais. 4. Sabe-se que os recursos orçamentários destinados à saúde são restritos. Não é possível, ao SUS, fornecer todos os tipos de tratamento prescritos. A concessão judicial de todo e qualquer medicamento ou a determinação de realização de qualquer tratamento acabaria por inviabilizar as políticas públicas de saúde, destinadas à coletividade. Daí a importância de se verificar as circunstâncias do caso concreto, notadamente se há outro tratamento, se pode ser feito no país e se a despesa não é desmesurada e compatível com o fim pretendido. 5. No caso concreto, as circunstâncias autorizam a despesa. O transplante de intestino era experimental no país, com duas pessoas transplantadas nos últimos anos e mortas logo após a cirurgia, o orçamento era compatível com a cirurgia no exterior, a equipe médica não cobrou honorários e o centro médico era de excelência, mas não o mais conhecido nos Estados Unidos. 6. Apelação e remessa oficial a que se nega provimento, declarando, no entanto, que não são devidos valores não previstos inicialmente, já que o mandado de segurança não é ação de cobrança (Súmula 269 do STF).¹²⁴

É o que se pode verificar em casos que atualmente repercutiram na internet, em que mães estão se utilizando das redes sociais para arrecadar dinheiro para tratamento médico no exterior para seus filhos que têm doença sem procedimento bem sucedido no Brasil.

Dentre eles, destaca-se primeiramente o caso de Sophia Gonçalves de Lacerda, que possui uma síndrome rara que impossibilita o funcionamento do sistema digestivo e teve que ingressar em juízo, representada por sua genitora, para conseguir a realização de tratamento no exterior custeado pelo SUS, o que foi concedido após manutenção, pelo Tribunal Federal de 3ª Região, de decisão que determinou seu tratamento nos Estados Unidos.¹²⁵

Da análise da decisão do Desembargador Federal Márcio Moraes, verifica-se que a União tentou de diversas formas se eximir da responsabilidade de custear o tratamento no exterior, sendo que já havia sido demonstrada a necessidade do tratamento para manutenção da vida da respectiva criança.¹²⁶

¹²⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação em Mandado de Segurança n. 200534000011739, Relator Convocado Juiz Gláucio Maciel Gonçalves. Julgado em 20/07/2011. DJ 29/07/2011. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=CUSTEIO+DE+TRATAMENTO+DE+SA%C3%9ADE+REALIZADO+NO+EXTERIOR>>. Acesso em: 05/11/2014 às 09:00.

¹²⁵ Assessoria de Comunicação Social do TRF3 – 3012-1329/3012-1446. TRF3 mantém decisão que determinou tratamento de bebê nos EUA. Publicação de 16 de junho de 2014. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/noticias/Noticias/Noticia/Exibir/314436>>. Acesso em: 06/11/2014 às 11:03.

¹²⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal 3ª Região. Agravo de Instrumento n. 0008474-47.2014.4.03.0000/SP. Relator Desembargador Federal Márcio Moraes. DJ 18/06/2014. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/71951337/trf-3-judicial-i-18-06-2014-pg-595>>. Acesso em: 07/11/2014 às 18:30.

Nesse sentido, vale transcrever trechos da respectiva decisão que confirmou a urgência do caso e manteve a concessão da tutela antecipada:

1) O e-mail do Dr. Rodrigo Vianna, trocado com autoridades do Ministério da Saúde, mostra que não lhe foi levado ao conhecimento o fato de que já há diagnóstico da doença da agravante firmado, depois dos competentes exames médicos, inclusive biópsias, pelo Hospital das Clínicas da UNICAMP, no sentido de que a recorrente é portadora de "síndrome microcólon, megalobexiga e hipoperistalse" (fls. 685v), o que é reafirmado pelo relatório médico do Hospital Samaritano de Sorocaba (fls. 636).

2) Outro fato relevante é que a agravante só pode adentrar à fila de transplante multivisceral dos EUA estando em território americano, o que encarece a urgência da sua remoção, diante da natural demora de disponibilidade de doadores, espera que poderá consumir entre 3 e 6 meses, segundo alerta o próprio Dr. Rodrigo Vianna (fls. 488v).

3) De se considerar, também, que o estado clínico da agravada vem se mantendo em situação assaz crítica, especialmente o seu fígado, sobremodo traumatizado pela alimentação exclusivamente parenteral. Outrossim, na entrevista concedida à Rádio Ipanema, o Dr. Rodrigo Vianna afirma que "independentemente da síndrome, ela tem uma doença congênita que está afetando o intestino e que a nutrição parenteral está afetando o fígado. Então isso é até mais importante que a síndrome, o fato de que ela não consegue fazer a digestão e já estar desenvolvendo problemas com o fígado" (fls. 487v), o que reforça a urgência e a necessidade de transferência da recorrente aos Estados Unidos para realização do transplante ora pleiteado.

4) O próprio e-mail do Dr. Rodrigo Vianna, já por nós aludido, diz que tais exames podem ser feitos, como é curial, no próprio hospital de Miami, se assim se mostrar necessário, porque certo é que lá a agravante será também submetida a exames determinados por sua equipe médica, não havendo senso, a princípio, em submetê-la a uma nova transferência de hospital nacional com mais desgastes e despesas, quando em verdade é a viagem que urge.

5) Outrossim, tal alegação afigura-se contraditória, em última análise, na medida que a agravada, ao final, culmina por propor "alternativa" à antecipação da tutela recursal nos moldes em que concedida, consubstanciada em providência que melhor calharia, como subsidio ao julgamento do feito, em Primeiro Grau, onde, aliás, facultou-se a realização de audiência de conciliação entre as partes, não havendo notícia, nos presentes autos, de que a União tenha feito tal proposta ou qualquer outra perante o Juízo a quo ou mesmo que tenha tentado qualquer forma de conciliação com os representantes legais da recorrente.

6) Além desse contexto que desaconselha a referida "alternativa", certo é que ela foi formalizada de forma diversa da que nos foi aventada oralmente pela agravada. De um lado porque desinstrumentalizada de eventual aceitação do encargo, quer pelo Dr. Rodrigo Vianna, quer pelo Dr. Chapchap, quer pelo Hospital Sírio-Libanês, que não são partes nessa demanda. De outro lado porque a "proposta" está desacompanhada de comprovação mínima das providências administrativas que a agravada tivesse tomado para

cumprimento da antecipação de tutela que determinamos, o que não só a deslustra, como a faz parecer artifício de protelação.¹²⁷

Diante do mencionado, verifica-se que embora Sophia Gonçalves de Lacerda tenha conseguido ir para os Estados Unidos para realizar o tratamento, foi necessário o ajuizamento de uma ação de obrigação de fazer contra a União para conseguir o apoio do Estado para o custeio. Ainda, destaca-se que a União, com o intuito de barrar a concessão do respectivo tratamento, pautou-se em argumentos protelatórios, buscando uma solução financeira mais benéfica e não se preocupando em efetivamente manter a vida de um ser humano.

Além desse caso, destaca-se as histórias semelhantes e atuais de Pedro Libração da Lavra Baragão e de Marina, representada por sua mãe Luiza Stella Correia Ferreira, que conseguiram o dinheiro para realizar tratamento de saúde no exterior após terem causado a comoção popular nas redes sociais, o que se estendeu inclusive a programas de TV, gerando doações de diversas formas e cantos do país.¹²⁸

Conforme a realidade de Sophia, ambos os bebês buscam o tratamento no exterior em razão de que, no Brasil, a cirurgia para corrigir a Síndrome do Intestino Curto ainda é realizada somente experimentalmente, sendo que o último caso ocorreu há 10 (dez) anos com a morte do bebê.¹²⁹

Assim, diante da realidade estatal de denegação de tratamento de saúde no exterior pautada na proibição da Portaria n. 763/1994, as representantes dos incapazes mencionados, inclusive a de Sophia, viram na comoção popular a única maneira de salvar a vida de seus filhos, uma vez que, mesmo em se tratando de direito à saúde relacionado ao direito à vida, o Estado, administrativa e judicialmente, demonstrou a tentativa de não conceder ou pelo menos postergar a concessão, o que prejudicaria ainda mais a condição de saúde dos envolvidos.

Percebe-se, portanto, que mesmo com o dever de garantir o direito à saúde, o Estado é capaz de se utilizar da ausência de previsão normativa a respeito dos limites da

¹²⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal 3ª Região. Agravo de Instrumento n. 0008474-47.2014.4.03.0000/SP. Relator Desembargador Federal Márcio Moraes. DJ 18/06/2014. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/71951337/trf-3-judicial-i-18-06-2014-pg-595>>. Acesso em: 07/11/2014 às 18:30.

¹²⁸ HASSU, Thiago; LIMA, Bruno. Amigos do Pedrinho. Disponível em: <<http://www.amigosdopedrinho.com.br/>>. Acesso em 07/11/2014 às 19:50.

¹²⁹ G1 Globo.com. Disponível em: <<http://g1.globo.com/se/sergipe/noticia/2014/05/bebe-necessita-de-r-2-milhoes-para-fazer-transplante-de-intestino-nos-eua.html>>. Acesso em: 07/11/2014 às 19:55.

atuação estatal para se desviar do foco principal previsto no texto constitucional, prejudicando a efetivação dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, a intervenção do Poder Judiciário corresponde ao único caminho para se buscar resultado diverso do imposto pelo Estado (Administração), o que demonstra a necessidade de se alterar respectivo cenário, que gera, no mínimo, morosidade para o alcance da preservação do direito à saúde aos que sofrem risco de morte.

4. A INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E A POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO ADMINISTRATIVA DE TRATAMENTO MÉDICO NO EXTERIOR

A previsão constitucional do direito à saúde não reflete, na prática, a realidade do cenário brasileiro. Isso porque, embora o Estado tenha o encargo de prestar saúde a todos, conforme já exposto, utiliza-se da justificativa relacionada à impossibilidade financeira para não cumprir efetivamente o seu papel.¹³⁰

Diante desta dicotomia entre força normativa constitucional e realidade social, extrai-se o ponto mais crítico do direito constitucional contemporâneo, qual seja, que “não basta criar normas constitucionais, é necessário dar efetividade a elas”.¹³¹

Nesse contexto, há pessoas que, diretamente afetadas por essa omissão, buscam o Poder Judiciário a fim de compelir o Estado a prestar adequadamente o serviço de saúde.¹³²

Ocorre porém que há dificuldade em se conjugar a atuação estatal com a jurídica em prol da garantia dos direitos sociais, uma vez que o Poder Judiciário é acusado de ultrapassar suas funções de aplicar a lei ao caso concreto para interferir nas políticas públicas relacionadas à saúde, principalmente pelo crescimento das decisões judiciais que obrigam, coercitivamente, o Estado a prestar saúde a pessoas específicas, de acordo com suas necessidades individuais que, por diversas vezes, se chocam com as determinações das políticas públicas de saúde destinadas à coletividade.¹³³

¹³⁰ BARCELLOS, Ana Paula. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. **Revista da Defensoria Pública**, ano 1. n. 1, p. 133-160, jul./dez. 2008, ISSN 1984-283X. v. 1. p. 133-160. p. 150. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/20/documentos/outros/Revista%20n%C2%BA%201%20Vo lume%201.pdf>>. Acesso em: 20/12/2014 às 10:00.

¹³¹ ALVES, Cândice Lisbôa. **Direito à saúde: Efetividade e proibição do retrocesso social**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2013. p. 127.

¹³² FENSTERSEIFER, Tiago. Defensoria Pública, direito fundamental à saúde, mínimo existencial, ação civil pública e controle judicial de políticas públicas. **Revista da Defensoria Pública**, ano 1, v. 2, n. 1, p. 411-441, jul./dez. 2008, ISSN 1984-283X. p. 418. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/20/documentos/outros/Revista%20n%C2%BA%201%20Vo lume%202.pdf>>. Acesso em: 20/12/2014 às 10:00.

¹³³ DELDUQUE, M., MARQUES, S., CIARLINI, A. Judicialização das Políticas de Saúde no Brasil. In: ALVES, S., DELDUQUE, M., DINO NETO, N. **Direito sanitário em perspectiva**. Brasília: ESMPU, 2013. v. 2. p. 181-217. p. 181.

A respeito do tema, Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo esclarecem que mesmo há duas décadas desde a promulgação da Constituição Federal de 1988,

ainda é atual o debate sobre os direitos fundamentais e a efetividade dos mesmos, ocupando assim a pauta dos principais desafios para o Estado e a sociedade.¹³⁴

Nesse contexto, em que a judicialização está crescente, principalmente em se tratando da concretização do direito à saúde, cobra-se do Estado-Juiz a manifestação sobre questões ímpares, como a alocação de recursos públicos e o controle das ações da Administração na esfera dos direitos fundamentais sociais, o que resultou no crescimento da discussão sobre a legitimidade da intervenção judicial neste âmbito.¹³⁵

Pois bem, discorda-se da ideia de que o Judiciário ultrapassa seus limites ao decidir sobre tema relacionado à saúde, mesmo que para atender necessidades individuais, justamente pelo conteúdo do texto constitucional, que elevou a saúde à condição de direito social a ser garantido integral e universalmente pelo Estado, e trouxe como direito de todos o acesso à justiça, em que não se pode excluir lesão ou ameaça a direito da apreciação do Judiciário, de acordo com o artigo 5º, inciso XXXV.¹³⁶

O mesmo fundamento para as ações individuais envolve a justificativa para a legitimidade do controle judicial das políticas públicas de saúde, conforme estabelece Frederico Amado, que entende ser plenamente possível, principalmente para garantir as medidas básicas e urgentes para a manutenção da vida, vez que o direito à saúde se trata de direito fundamental relacionado ao mínimo existencial.¹³⁷

Nesse sentido, se manifestou o STJ:

ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS – POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS – DIREITO À SAÚDE – FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTOS A HOSPITAL UNIVERSITÁRIO – MANIFESTA NECESSIDADE – OBRIGAÇÃO DO ESTADO – AUSÊNCIA DE

¹³⁴ SARLET, Ingo Wolflang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista da Defensoria Pública**, ano 1, v. 1, n. 1, p. 179-234, jul./dez. 2008, ISSN 1984-283X. p. 179. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/20/documentos/outros/Revista%20n%C2%BA%201%20Vo lume%201.pdf>>. Acesso em: 20/12/2014 às 10:00.

¹³⁵ SARLET, Ingo Wolflang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista da Defensoria Pública**, ano 1, v. 1, n. 1, p. 179-234, jul./dez. 2008, ISSN 1984-283X. p. 179-180. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/20/documentos/outros/Revista%20n%C2%BA%201%20Vo lume%201.pdf>>. Acesso em: 20/12/2014 às 10:00.

¹³⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 10/11/2014 às 10:30.

¹³⁷ AMADO, Frederico. **Curso de direito e processo previdenciário**. 5 ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 81.

VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – NÃO-OPONIBILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL. (...) 3. A partir da consolidação constitucional dos direitos sociais, a função estatal foi profundamente modificada, deixando de ser eminentemente legisladora em pró das liberdades públicas, para se tornar mais ativa com a missão de transformar a realidade social. Em decorrência, não só a administração pública recebeu a incumbência de criar e implementar políticas públicas necessárias à satisfação dos fins constitucionalmente delineados, como também, o Poder Judiciário teve sua margem de atuação ampliada, como forma de fiscalizar e velar pelo fiel cumprimento dos objetivos constitucionais. 4. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. Com efeito, a correta interpretação do referido princípio, em matéria de políticas públicas, deve ser a de utilizá-lo apenas para limitar a atuação do judiciário quando a administração pública atua dentro dos limites concedidos pela lei. Em casos excepcionais, quando a administração extrapola os limites da competência que lhe fora atribuída e age sem razão, ou fugindo da finalidade a qual estava vinculada, autorizado se encontra o Poder Judiciário a corrigir tal distorção restaurando a ordem jurídica violada. 5. O indivíduo não pode exigir do estado prestações supérfluas, pois isto escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica. Por outro lado, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem motivos, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado Democrático de Direito. Por este motivo, o princípio da reserva do possível não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial. 6. Assegurar um mínimo de dignidade humana por meio de serviços públicos essenciais, dentre os quais a educação e a saúde, é escopo da República Federativa do Brasil que não pode ser condicionado à conveniência política do administrador público. A omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas constitucionalmente definidas e essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário. Recurso especial parcialmente conhecido e improvido.¹³⁸

Conforme pode se verificar no julgado acima, a consolidação constitucional dos direitos sociais modificou significativamente a função estatal, devendo-se destacar dentro desse novo cenário, entre as políticas públicas existentes, a que implementou o Sistema Único de Saúde, importantíssima para a garantia do direito fundamental social à saúde, uma vez que

¹³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.041.197/MS. Segunda Turma. Relator Ministro Humberto Martins. Julgado em 25/08/2009. DJ 16/09/2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 18/12/2014 às 08:35.

alterou o padrão anterior para garantir o acesso universal, igualitário e gratuito às ações e serviços de saúde.¹³⁹

Nesse sentido, ressalta-se a consideração do direito à saúde como direito fundamental, o que reflete diretamente nas políticas públicas e na atividade legislativa, uma vez que impõe aos Poderes Legislativo e Executivo o dever de desenvolver e executar, da maneira mais eficaz e abrangente possível, as políticas públicas de saúde, incluindo-se a elaboração legislativa sobre o tema,¹⁴⁰ conforme se extrai abaixo:

Que a saúde constitui um bem essencial da e para a pessoa humana e por esta razão tem sido objeto de tutela tanto como direito humano, quanto como direito fundamental, seja na esfera do direito internacional, seja por parte do direito interno dos Estados, aqui vai assumido como pressuposto, assim como aqui já se parte da constatação de que, à semelhança dos demais direitos sociais, a saúde também é um direito fundamental no sistema constitucional brasileiro (arts. 6, 196 e ss. da CF) comungando da já referida dupla fundamentalidade formal e material que justamente qualifica os direitos fundamentais como tais. Todavia, ainda que aqui se esteja a privilegiar uma abordagem pautada pela ótica dos direitos fundamentais, convém não olvidar que a saúde também constitui um dever fundamental. Tal afirmativa decorre, pelo menos no que se refere ao Estado, diretamente da dicção do texto constitucional que, no art. 196, prescreve: “a saúde é direito de todos e dever do Estado”, salientando a obrigação precipuamente estatal de proteção e efetivação desse direito.¹⁴¹

Percebe-se então que a judicialização das políticas públicas de saúde abre margem a uma nova missão ao Poder Judiciário,¹⁴² visto a partir daí como um garantidor ao alcance do direito à saúde, com a consequente preservação do direito à vida.

É o que dispõe Flávia Piovesan:

¹³⁹ DELDUQUE, M., MARQUES, S., CIARLINI, A. Judicialização das Políticas de Saúde no Brasil. In: ALVES, S., DELDUQUE, M., DINO NETO, N. **Direito sanitário em perspectiva**. Brasília: ESMPU, 2013. v. 2. p. 181-217. p. 192.

¹⁴⁰ RIOS, Roger Raupp. O Direito Fundamental à saúde e a atividade legislativa. In: ALVES, S., DELDUQUE, M., DINO NETO, N. **Direito sanitário em perspectiva**. Brasília: ESMPU, 2013. v. 2. p. 169-180. p. 170-171.

¹⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista da Defensoria Pública**, ano 1, v. 1, n. 1, p. 179-234, jul./dez. 2008, ISSN 1984-283X. p. 212-213. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/20/documentos/outros/Revista%20n%C2%BA%201%20Vo%20lume%201.pdf>>. Acesso em: 20/12/2014 às 10:00.

¹⁴² FENSTERSEIFER, Tiago. Defensoria Pública, direito fundamental à saúde, mínimo existencial, ação civil pública e controle judicial de políticas públicas. **Revista da Defensoria Pública**, ano 1, v. 2, n. 1, p. 411-441, jul./dez. 2008, ISSN 1984-283X. p. 437. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/20/documentos/outros/Revista%20n%C2%BA%201%20Vo%20lume%202.pdf>>. Acesso em: 20/12/2014 às 10:00.

Quanto ao direito à saúde, as decisões judiciais proferidas asseguram este direito como uma prerrogativa constitucional inalienável e indisponível, decorrente do direito à vida. A este direito as decisões correlacionam o dever do Estado de formular e implementar políticas que visem a garantir a todos, inclusive aos portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. Ao efetuar a ponderação de bens envolvidos, as decisões tecem expressa opção pelo respeito à vida, como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição, em detrimento de interesse financeiro e secundário do Estado. O objetivo é assegurar o tratamento mais adequado e eficaz, capaz de ofertar ao(à) enfermo(a) maior dignidade e menor sofrimento.

Neste sentido, há uma tendência jurisprudencial que rompe com uma visão formalista e procedimental do direito em prol da relevância do direito à vida.¹⁴³

Assim, confirma-se que, além da legitimidade do controle judicial das políticas públicas de saúde, respectiva fundamentação oferece também validade ao acesso individual ao Judiciário para o alcance de meios para a manutenção da saúde.¹⁴⁴

É importante lembrar que as normas constitucionais relativas ao direito à saúde são direcionadas a indivíduos, a grupos e a coletividade. Por isso, não se pode ignorar respectiva amplitude subjetiva, devendo-se ressaltar a previsão de que o ordenamento jurídico confere a cada indivíduo o direito à saúde,¹⁴⁵ sob pena de descaracterizar o alcance pretendido pela Constituição Federal.

Conforme bem destaca Cândice Lisbôa Alves:

A opção pela análise do Poder Judiciário deriva do reconhecimento das ações judiciais como mecanismo de participação popular, quando direitos positivados não são cumpridos espontaneamente pelo Poder Público. Vislumbrando de forma especial o direito à saúde, é essencial reconhecer que o termo “todos” expresso no art. 196 da Constituição é extensivo a situações indeterminadas e não apenas a algumas. Assim, diante da inefetividade do direito a saúde qualquer pessoa pode ajuizar ação para pleitear a satisfação de seu direito. Essa ação judicial em si é a manifestação popular ante o Poder Judiciário, o direito à saúde desenvolveu-se

¹⁴³ PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. **Revista da Defensoria Pública**, ano 1, v. 1, n. 1, p. 161-178, jul./dez. 2008, ISSN 1984-283X. p. 172. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/20/documentos/outros/Revista%20n%C2%BA%201%20Volume%201.pdf>>. Acesso em: 20/12/2014 às 10:00.

¹⁴⁴ JABOUR, Ana Maria Lammoglia. A justiciabilidade do direito fundamental à saúde. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora**. Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 67-77, jan./dez. 2012. p. 69. Disponível em: <http://www.pjf.mg.gov.br/secretarias/pgm/documentos/revistas/2012/04_ana_maria_lammoglia_jabour.pdf>. Acesso em: 10/11/2014 às 20:00.

¹⁴⁵ RIOS, Roger Raupp. O Direito Fundamental à saúde e a atividade legislativa. In: ALVES, S., DELDUQUE, M., DINO NETO, N. **Direito sanitário em perspectiva**. Brasília: ESMPU, 2013. v. 2. p. 169-180. p. 175.

significativamente, tanto em relação às disposições normativas quanto às atuações praticadas pelo Poder Executivo.

Novamente se retoma o critério da universalidade derivado do termo ‘todos’ não comporta, em princípios, restrições. O direito à saúde não foi construído para cancelar políticas majoritárias consubstanciadas, por exemplo, em políticas públicas que comportam doenças ou tratamentos comuns ou de larga escala – critério quantitativo. Se assim o fosse, as pessoas que padecem de doenças raras classificadas como casos excepcionais estariam inevitavelmente afastadas do serviço de saúde pública, entretanto não parece ser essa a interpretação coerente do art. 196 da Constituição. (...) ¹⁴⁶

O mesmo entendimento pode ser extraído do texto de Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo:

Se, por um lado, é inquestionável que o direito à saúde é direito de todos, não se pode, por outro, agasalhar a tese de que se cuida de um direito coletivo e que, por ser direito coletivo, não poderia ser objeto de dedução individualizada em Juízo, especialmente para além das hipóteses previamente previstas na legislação infraconstitucional. Com efeito, tanto é equivocada a tese de que os direitos sociais são em primeira linha direitos coletivos, quanto é de ser afastada a tese de que não cabem demandas individuais. Em primeiro lugar, o fato de todos os direitos fundamentais (e não apenas os sociais) terem uma dimensão transindividual (coletiva e difusa) em momento algum lhes retira a condição de serem, em primeira linha, direitos fundamentais de cada pessoa, ainda mais quando a própria dignidade é sempre da pessoa concretamente considerada. Pela mesma razão, não se poderia afastar a possibilidade da tutela individual, o que não significa dizer que existem problemas a serem enfrentados e que em muitos casos (mas não em todos!) a tutela judicial mais adequada e efetiva deva ocorrer de modo coletivo. ¹⁴⁷

Respectivo raciocínio, assim, confirma a legitimidade da intervenção do Judiciário para decidir sobre demandas individuais envolvendo a área da saúde com o objetivo de se buscar concessões para a preservação da saúde e, conseqüentemente, a manutenção da vida dos envolvidos, do “conteúdo mínimo da dignidade humana” ¹⁴⁸.

¹⁴⁶ ALVES, Cândice Lisbôa. **Direito à saúde: Efetividade e proibição do retrocesso social**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2013. p. 132, 133.

¹⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista da Defensoria Pública**, ano 1, v. 1, n. 1, p. 179-234, jul./dez. 2008, ISSN 1984-283X. p. 214-215. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/20/documentos/outros/Revista%20n%C2%BA%201%20Volume%201.pdf>>. Acesso em: 20/12/2014 às 10:00.

¹⁴⁸ FENSTERSEIFER, Tiago. Defensoria Pública, direito fundamental à saúde, mínimo existencial, ação civil pública e controle judicial de políticas públicas. **Revista da Defensoria Pública**, ano 1, v. 2, n. 1, p. 411-441, jul./dez. 2008, ISSN 1984-283X. p. 419. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/20/documentos/outros/Revista%20n%C2%BA%201%20Volume%202.pdf>>. Acesso em: 20/12/2014 às 10:00.

Isso porque é nítido que a judicialização corresponde ao reconhecimento da falta de ação dos poderes que tem a responsabilidade de garantir efetividade ao direito à saúde e que, embora deva ser vista como a última atitude possível, representa o direito à participação de maneira concreta por meio do Judiciário.¹⁴⁹

Vale destacar, mesmo que se defenda pela validade das demandas individuais, que não cabe ao Judiciário solucionar todos os casos de não prestação de serviço de saúde no Brasil. Isso porque há situações em que a espera da própria prestação na esfera administrativa não fere os direitos à dignidade da pessoa humana e à vida, devendo-se respeitar a prioridade das políticas públicas, de acordo com os princípios basilares do SUS.¹⁵⁰

Ocorre que há casos em que a dificuldade encontrada se dá em razão demora administrativa ofensiva aos direitos acima destacados, e até mesmo pela impossibilidade de realização de tratamento específico no Brasil,¹⁵¹ que vem acompanhada da proibição de seu financiamento pelo SUS em outro país,¹⁵² o que gera como única saída a busca pelo Judiciário.

É o entendimento visto nos tribunais:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. PRESTAÇÃO DE SAÚDE. POLÍTICAS DO SUS. IMPOSIÇÃO JUDICIAL. PRESSUPOSTO. COMPREENSÃO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. Em ações promovidas para tutela do direito à saúde, deve-se privilegiar o tratamento fornecido pelo SUS. Contudo, nada impede que o Judiciário determine custeio de prestação não contemplada nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do Ministério da Saúde, à vista de prova da impropriedade ou ineficácia da política de saúde existente - sobretudo se produzida por médico vinculado ao SUS. HIPÓTESE DE PROVIMENTO PELO RELATOR.¹⁵³

¹⁴⁹ ALVES, Cândice Lisboa. **Direito à saúde: Efetividade e proibição do retrocesso social**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2013. p. 197.

¹⁵⁰ BRASIL. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 03/11/2014 às 23:00.

¹⁵¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal 3ª Região. Agravo de Instrumento n. 0008474-47.2014.4.03.0000/SP. Relator Desembargador Federal Márcio Moraes. DJ 18/06/2014. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/71951337/trf-3-judicial-i-18-06-2014-pg-595>>. Acesso em: 07/11/2014 às 18:30.

¹⁵² BRASIL. Portaria Ministerial n. 763 MS/GM, de 07 de Abril de 1994. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1994/prt0763_07_04_1994.html>. Acesso em: 17/11/2014 às 10:43.

¹⁵³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 70051341527 RS, Vigésima Segunda Câmara Cível. Relatora Mara Larsen Chechi. DJ 11/10/2012. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22761396/agravo-de-instrumento-ag-70051341527-rs-tjrs/inteiro-teor-110969251>>. Acesso em: 30/11/2014 às 13:00.

ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. SÚMULA 83/STF. 1. É assente o entendimento de que a Saúde Pública consubstancia direito fundamental do homem e dever do Poder Público, expressão que abarca a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios, todos em conjunto. Nesse sentido, dispõem os arts. 2º e 4º da Lei n. 8.080/1990. 2. A Constituição Federal é clara ao dispor sobre a obrigação do Estado em propiciar ao homem o direito fundamental à saúde, de modo que todos os entes federativos têm o dever solidário de fornecer gratuitamente medicamento ou congêneres às pessoas carentes. 3. Qualquer um dos entes federativos tem legitimidade ad causam para figurar no polo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso a medicamentos para tratamento de saúde. Agravo regimental improvido.¹⁵⁴

Diante do exposto, vale trazer a questão ao caso específico tratado no presente trabalho, qual seja, a possibilidade de financiamento pelo SUS de tratamento médico no exterior.

Pois bem, embora a única alternativa para os que necessitam da realização de procedimento bem sucedido em outro país e não disponibilizado no Brasil seja a busca pela concessão no âmbito do Judiciário, respectiva saída oferece muitos riscos, uma vez que, além da necessária comprovação nos autos da respectiva doença e da ausência de procedimento específico com êxito no Brasil e válido em outro país, o próprio Ente Público tenta barrar a ação judicial por meio de atos protelatórios, conforme já destacado,¹⁵⁵ o que gera morosidade na apreciação, que pode ainda ser favorável ou não.

É o que se pode concluir do texto a seguir:

(...) Por outro lado, verifica-se que a maioria das questões postas em causa na esfera pública segue em aberto, assim como segue quase que desenfreada a busca por critérios seguros (?) que possam garantir a construção de um processo decisório (também, mas não exclusivamente na esfera jurisdicional) constitucionalmente adequado, mas, acima de tudo, condizente com a mais legítima expressão do “justo”.¹⁵⁶

¹⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 489421 RS 2014/0059558-7. Relator Ministro Humberto Martins. Julgado em 20/03/2014. DJ 13/05/2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30/11/2014 às 13:10.

¹⁵⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal 3ª Região. Agravo de Instrumento n. 0008474-47.2014.4.03.0000/SP. Relator Desembargador Federal Márcio Moraes. DJ 18/06/2014. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/71951337/trf-3-judicial-i-18-06-2014-pg-595>>. Acesso em: 07/11/2014 às 18:30.

¹⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista da Defensoria Pública**, ano 1, v. 1, n. 1, p. 179-234, jul./dez. 2008, ISSN 1984-283X. p. 180. Disponível em:

Assim, percebe-se a necessidade de uma nova conduta na esfera administrativa, a fim de que os envolvidos consigam mais celeridade e não tenham que depender do crivo do Judiciário para a manutenção da vida.

Nesse sentido, destaca-se a abusividade da Portaria n. 763/1994, que impossibilita a análise administrativa ao vedar o financiamento pelo SUS de tratamento médico no exterior e que deve ser revogada. Isso porque não há razão para não haver um estudo na própria esfera administrativa sobre a possibilidade de respectivo procedimento fora do Brasil.

Conforme já exposto, muitas hipóteses de necessidade de tratamento médico no exterior correspondem a ameaças ao direito à vida, cuja única possibilidade de manutenção se trata do respectivo procedimento, o que, por si só, deveria ser fundamento suficiente para a concessão.

Vale destacar que a mencionada portaria foi editada para revogar portaria anterior, conforme se extrai do texto original: “O Ministro de Estado da Saúde, no uso de suas atribuições, resolve: Revogar a Portaria Ministerial nº 1.236/GM, de 14 de outubro de 1993, publicada no Diário Oficial da União, de 15 subsequente”.¹⁵⁷

Ocorre que a Portaria n. 1.236, de 14 de outubro de 1993 previa a possibilidade de tratamento médico no exterior, desde que respeitados os requisitos específicos, conforme ementa abaixo:

O TRATAMENTO MÉDICO NO EXTERIOR DE PACIENTES RESIDENTES E DOMICILIADOS NO BRASIL, SOMENTE SERÁ ADMISSÍVEL QUANDO ESGOTADAS TODAS AS POSSIBILIDADES DE TRATAMENTO A NÍVEL DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE, NOS DIFERENTES NÍVEIS DE GOVERNO. (EMENTA ELABORADA PELA CDI/MS).¹⁵⁸

<<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/20/documentos/outros/Revista%20n%C2%BA%201%20Volume%201.pdf>>. Acesso em: 20/12/2014 às 10:00.

¹⁵⁷ BRASIL. Portaria Ministerial n. 763 MS/GM, de 07 de Abril de 1994. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1994/prt0763_07_04_1994.html>. Acesso em: 17/11/2014 às 10:43.

¹⁵⁸ BRASIL. Portaria Ministerial n. 1.236, de 14 de Outubro de 1993, Disponível em: <http://portal2.saude.gov.br/saudelegis/leg_norma_espeho_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=++&dataFim&ano&pag=1>. Acesso em: 17/11/2014 às 10:44.

É o entendimento que se busca reconquistar, uma vez que atualmente a Administração Pública indefere todos os pedidos, tratando indistintamente situações bem diferentes, como os casos já destacados, de síndrome de intestino curto e de retinose pigmentar, em que o primeiro há ameaça do direito à vida, com possibilidade de tratamento de êxito no exterior, enquanto que o segundo corresponde à doença ocular, com procedimento sem comprovação científica de sucesso.

Assim, a partir da revogação da Portaria n. 763/1994, seria possível um novo enfoque sobre o tema, em que o estudo sobre a viabilidade de tratamento médico no exterior poderia ser realizado administrativamente, respeitando-se os requisitos necessários, como a presença do risco de morte em caso de não realização do procedimento, o tratamento com êxito não disponível no Brasil e existente no exterior.

Isso porque, como anteriormente mencionado, é incabível uma portaria trazer uma limitação à efetivação do direito à saúde de pessoas que necessitam de respectivo procedimento para a manutenção da vida, podendo-se considerar um retrocesso social, vez que a norma trouxe uma restrição a um direito fundamental.

É o entendimento trazido por Sérgio Francisco Piola:

Para muitos juristas, o princípio da reserva do possível se aplicado sem maiores limitações pode levar a não efetivação de direitos sociais. Em contraponto a essa situação, tem sido defendida a tese de que haveria um núcleo básico de direitos sociais e econômicos vinculados à noção de garantia da dignidade humana, que deveriam ser sempre e de imediato tutelados. Este é o princípio do mínimo existencial. Outro princípio que também tem sido evocado nas discussões sobre a garantia da efetivação dos direitos sociais e, em particular, do direito à saúde é o da proibição do retrocesso social, que exprime a preocupação com a possibilidade de norma infraconstitucional vir restringir direitos ou comprometer a integralidade do direito estatuído.¹⁵⁹

Por tal razão, frisa-se que não cabe ao legislador regredir, mormente por antes ter havido norma benéfica aos envolvidos, que não tinham como única saída apenas a busca pelo Judiciário, mas também a possível análise administrativa.

Nesse sentido, merecem ser destacadas as considerações de Cândice Lisbôa Alves sobre o princípio da proibição ao retrocesso social, ao dispor que “Na dimensão negativa, o princípio da vedação ao retrocesso social determina que o legislador que não

¹⁵⁹ PIOLA, Sérgio Francisco. Financiamento público da Saúde: algumas questões. In: ALVES, S., DELDUQUE, M., DINO NETO, N. **Direito sanitário em perspectiva**. Brasília: ESMPU, 2013. v. 2. p. 86-100. p. 94-95.

regrida na disposição normativa anteriormente elaborada que, de forma direta ou indireta, garanta a efetividade do direito fundamental, em especial dos direitos sociais.”¹⁶⁰

Percebe-se, portanto, com o intuito de se assegurar o princípio da vedação ao retrocesso social, mormente para manutenção dos direitos à saúde, à dignidade e à vida, que é imprescindível a alteração do atual cenário aos que necessitam de tratamento médico no exterior não disponibilizado no país.

¹⁶⁰ ALVES, Cândice Lisbôa. **Direito à saúde:** Efetividade e proibição do retrocesso social. Belo Horizonte: D'Plácido, 2013. p. 172.

CONCLUSÃO

O estudo sobre o direito à saúde engloba diversos temas controversos e relevantes. Isso porque, conforme demonstrado no decorrer do trabalho, corresponde a direito fundamental, intimamente ligado aos direitos à vida e à dignidade da pessoa humana, exigindo-se do Estado prestações para sua efetivação.

Dentre eles, um tema que merece destaque é a análise da possibilidade de custeio, pelo Sistema Único de Saúde, de tratamento de saúde oferecido no exterior e não disponibilizado no país com possibilidade de êxito, uma vez que há vedação para respectiva concessão na esfera administrativa e corresponde à matéria em discussão nos tribunais.

Pois bem, embora o Estado proíba administrativamente o financiamento e, no âmbito do Poder Judiciário, tente se utilizar de diversos fundamentos para a não concessão, acredita-se que as questões envolvendo o direito à saúde devem ser colocadas em um patamar mais elevado, a fim de que realmente sejam preservados os princípios basilares previstos no texto constitucional.

Como já mencionado, o direito à saúde no Brasil passou por diversas transformações, destacando-se a criação das Santas Casas de Misericórdia como um importante passo para o país, uma vez que, embora não tenha conseguido conter os sérios problemas de saúde da coletividade da época, representou a tentativa de combater as doenças existentes.

Extraí-se, entretanto, que os avanços no âmbito da saúde foram ocorrendo de forma lenta e gradativa, sendo que os textos constitucionais anteriores ao de 1988 nada dispuseram a respeito do acesso à saúde a todos.

Dentro desse período, diante da realidade precária da saúde no país, surgiram movimentos que culminaram no Movimento Sanitária, com expressiva participação popular e que, conforme o novo conceito de Estado Social e, juntamente com a 8ª Conferência Nacional de Saúde, resultaram na positivação constitucional do direito à saúde.

A partir da constitucionalização do acesso à saúde a todos, elevando-se o direito à saúde a condição de direito fundamental, iniciou-se um novo cenário no país, marcado pela implementação do Sistema Único de Saúde e pela responsabilização do Estado.

Como se sabe, o SUS representou um grande avanço para a sociedade brasileira, que passou a poder exigir do Estado melhores condições de saúde, pautando-se no próprio ordenamento jurídico.

Ocorre que, embora a previsão constitucional tenha trazido o direito à manutenção da saúde como um dever do Estado, a realidade, até os dias atuais, é diversa da traçada na Constituição Federal.

Dentro desse contexto, ao se analisar o objeto do presente estudo, qual seja, a possibilidade de custeio, pelo Estado, de tratamento médico oferecido no exterior e não disponibilizado no país, percebe-se que há pessoas que dependem, para a manutenção da vida, da respectiva concessão, o que dificilmente é alcançado, uma vez que a Portaria n. 763/1994 do Ministério da Saúde veda esse financiamento.

Além disso, com relação aos processos judiciais existentes sobre os pedidos de concessão do respectivo custeio, verifica-se que o próprio Estado tenta se escusar da concessão por meio de vários fundamentos, como o da teoria da reserva do possível, ao alegar impossibilidade financeira para arcar com determinado pedido.

Entretanto, conforme já mencionado, há situações nas quais os pedidos envolvendo o direito à saúde se relacionam diretamente com princípios basilares previstos na Constituição, quais sejam, a dignidade da pessoa humana e o direito à vida, em que não há espaço para alegação da referida teoria, mormente para a manutenção do mínimo existencial, o que é nítido nos casos apresentados neste trabalho.

Sobre esse aspecto, vale ressaltar que ao tratar sobre situações nas quais o tratamento corresponde à única possibilidade de manutenção da vida, tal fato, por si só, deveria ser fundamento suficiente para a concessão.

Em razão disso, percebe-se a indispensável necessidade de alteração do cenário da saúde sobre o tema em questão, uma vez que embora seja legítima a busca pelo Poder Judiciário para a elucidação dos respectivos casos, mormente por se tratar de única saída dos envolvidos, trata-se de caminho ameaçado por diversos fatores, como pela falta de celeridade e pela tentativa do Estado de barrar a concessão.

Assim, tem-se na revogação da Portaria n. 763/1994 o novo caminho a traçar, principalmente por sua abusividade frente ao princípio da vedação ao retrocesso social, uma vez que, analisando-se as normas anteriores sobre o assunto, extrai-se que a portaria revogada

pela atual previa a possibilidade de custeio, desde que fossem respeitados os requisitos específicos.

A partir daí, a possibilidade de análise do respectivo custeio na esfera administrativa oferecerá mais celeridade e será mais correta, pois deixará de tratar indistintamente situações diferentes, como os que necessitam e os que não dependem do tratamento para a manutenção da vida, uma vez que deixará de proibir, sem critérios de diferenciação, qualquer financiamento de tratamento de saúde no exterior.

Ter-se-á, assim, um novo enfoque sobre o tema, no qual o estudo sobre a viabilidade do tratamento de saúde no exterior será realizado administrativamente, respeitando-se os requisitos necessários, como a presença do risco de morte em caso de não realização do procedimento e a existência de tratamento com êxito oferecido no exterior e não disponível no Brasil, com o objetivo principal de se preservar os direitos à saúde, à dignidade da pessoa humana e à vida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Cândice Lisbôa. **Direito à saúde: Efetividade e proibição do retrocesso social.** Belo Horizonte: D'Plácido, 2013.

ALVES, S., DELDUQUE, M., DINO NETO, N. **Direito sanitário em perspectiva.** Brasília: ESMPU, 2013. v. 2.

AMADO, Frederico. **Curso de direito e processo previdenciário.** 5 ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm. 2014.

Assessoria de Comunicação Social do TRF3 – 3012-1329/3012-1446. TRF3 mantém decisão que determinou tratamento de bebê nos EUA. Publicação de 16 de junho de 2014. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/noticias/Noticias/Noticia/Exibir/314436>>. Acesso em: 06/11/2014 às 11:03.

BARCELLOS, Ana Paula. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. **Revista da Defensoria Pública**, ano 1, v. 1, n. 1, p. 133-160, jul./dez. 2008, ISSN 1984-283X. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/20/documentos/outros/Revista%20n%C2%BA%201%20Volume%201.pdf>>. Acesso em: 20/12/2014 às 10:00.

BERTOLLI FILHO, Cláudio. **História da saúde pública no Brasil.** 4 ed. São Paulo: Ática. 2010.

BRASIL. Constituição (1824). Constituição Política do Império do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 10/10/2014 às 10:00.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 03/11/2014 às 10:30.

BRASIL. Lei Complementar n. 141, de 13 de janeiro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp141.htm>. Acesso em: 19/12/2014 às 10:46.

BRASIL. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 03/11/2014 às 23:00.

BRASIL. Portaria Ministerial n. 763 MS/GM, de 07 de Abril de 1994. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1994/prt0763_07_04_1994.html>. Acesso em: 17/11/2014 às 10:43.

BRASIL. Portaria Ministerial n. 1.236, de 14 de Outubro de 1993, 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=++&dataFim&ano&pag=1>. Acesso em: 17/11/2014 às 10:44.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 393.175/RS, Segunda Turma. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, DF. Julgado em 12/12/2006. DJ 02/02/2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 16/11/2014 às 12:00.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança n. 8.895/DF. Primeira Seção. Relatora Ministra Eliana Calmon. Julgado em 22/10/2003. DJ 07.06.2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 20/11/2014 às 11:10.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 489421 RS 2014/0059558-7. Relator Ministro Humberto Martins. Julgado em 20/03/2014. DJ 13/05/2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30/11/2014 às 13:10.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança n. 6.002/DF, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, Primeira Seção, DJ 14/02/2000. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%28%22HUMBERTO+GOMES+DE+BARROS%22%29.min.&processo=6002&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO#DOC1>. Acesso em: 17/11/2014 às 22:06

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança n. 8.740/DF. Relator Ministro João Otávio de Noronha. Primeira Seção. DJ 09/02/2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=DEVER+DO+ESTADO+DIREITO+FUNDAMENTAL+%C0+VIDA+E+%C0+SA%DADE&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=43>>. Acesso em: 17/11/2014, às 10:09.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 338.373/PR, Relatora Ministra Eliana Calmon, Relatora para acórdão Ministra Laurita Vaz, Segunda Turma, DJ 24/03/2003. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=exterior+direito+%E0+sa%FAde&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=23#DOC23>>. Acesso em: 17/11/2014 às 21:46.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.041.197/MS. Segunda Turma. Relator Ministro Humberto Martins. Julgado em 25/08/2009. DJ 16/09/2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 18/12/2014 às 08:35.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 70051341527 RS, Vigésima Segunda Câmara Cível. Relatora Mara Larsen Chechi. DJ 11/10/2012. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22761396/agravo-de-instrumento-ag-70051341527-rs-tjrs/inteiro-teor-110969251>>. Acesso em: 30/11/2014 às 13:00.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação em Mandado de Segurança n. 200534000011739, Relator Convocado Juiz Gláucio Maciel Gonçalves. Julgado em 20/07/2011. DJ 29/07/2011. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=CUSTEIO+DE+TRATAMENTO+DE+SA%C3%9ADE+REALIZADO+NO+EXTERIOR>>. Acesso em: 05/11/2014 às 09:00.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 3ª Região. Agravo de Instrumento n. 0008474-47.2014.4.03.0000/SP. Relator Desembargador Federal Márcio Moraes. DJ 18/06/2014. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/71951337/trf-3-judicial-i-18-06-2014-pg-595>>. Acesso em: 07/11/2014 às 18:30.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. **Manual de Direito Previdenciário**. 13 ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

CRUZ, Marly Marques da. Histórico do sistema de saúde, proteção social e direito à saúde. In: Gondim R, Grabois V, Mendes Junior WV (organizadores). **Qualificação dos Gestores do SUS**. 2. ed. Rio de Janeiro: Fiocruz/ENSP/EAD, 2011. p. 35-46. Disponível em: <<http://www4.ensp.fiocruz.br/biblioteca/home/exibedetalhesBiblioteca.cfm?ID=12543&Tipo=B>>. Acesso em: 02/12/2014 às 10:43.

DALLARI, Sueli Gandolfi. A Construção do Direito à Saúde no Brasil. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 9, n.3, p. 9-34, nov. 2008/fev. 2009. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/viewFile/13128/14932>>. Acesso em: 03/11/2014 às 13:00.

FENSTERSEIFER, Tiago. Defensoria Pública, direito fundamental à saúde, mínimo existencial, ação civil pública e controle judicial de políticas públicas. **Revista da Defensoria Pública**, ano 1, v. 2, n. 1, p. 411-441, jul./dez. 2008, ISSN 1984-283X. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/20/documentos/outros/Revista%20n%C2%BA%201%20Volume%202.pdf>>. Acesso em: 20/12/2014 às 10:00.

GOES, Hugo Medeiros de. **Manual de direito previdenciário**. 4 ed. Rio de Janeiro: Ferreira, 2011.

GOMES, Fábio de Barros Correia. Impasses no financiamento da saúde no Brasil: da constituinte à regulamentação da emenda 29/00. **Revista Saúde em Debate**. Rio de Janeiro, v. 38, p. 6-17, jan./março.2014. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/sdeb/v38n100/0103-1104-sdeb-38-100-0006.pdf>>. Acesso em: 18/12/2014 às 14:16.

G1 Globo.com. Disponível em: <<http://g1.globo.com/se/sergipe/noticia/2014/05/bebe-necessita-de-r-2-milhoes-para-fazer-transplante-de-intestino-nos-eua.html>>. Acesso em: 07/11/2014 às 19:55.

HASSU, Thiago; LIMA, Bruno. Amigos do Pedrinho. Disponível em: <<http://www.amigosdopedrinho.com.br/>>. Acesso em 07/11/2014 às 19:50.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 19 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

JABOUR, Ana Maria Lammoglia. A justiciabilidade do direito fundamental à saúde. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora**. Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 67-77, jan./dez. 2012. Disponível em: <http://www.pjf.mg.gov.br/secretarias/pgm/documentos/revistas/2012/04_ana_maria_lammoglia_jabour.pdf>. Acesso em: 10/11/2014 às 20:00.

KERTZMAN, Ivan. **Curso prática de direito previdenciário**. 11 ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm. 2014.

LEITÃO, André Studart e MEIRINHO, Augusto Grieco Sant'ana. **Manual de direito previdenciário**. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

LIMA, N., GERCHMAN, S., EDLER, F. **Saúde e Democracia: história e perspectivas do SUS**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de direito previdenciário**. 5 ed. São Paulo: LTr, 2013.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 34 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MENDES, G., COELHO, P., BRANCO, P. **Curso de direito constitucional**. 4 ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Portal da Saúde – Entenda o SUS. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/entenda-o-sus>>. Acesso em: 18/12/2014 às 16:05.

OLIVEIRA, Neilton Araújo de (Org). **DIREIRO SANITÁRIO**: Oportuna discussão via coletânea de textos do ‘blog Direito Sanitário: Saúde e Cidadania’. ANVISA, CONASEMS, CONASS. Brasília, 2012.

PAIM, Jairnilson Silva. **O que é o SUS**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2009. 148 p.

PAULO, Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2012.

PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. **Revista da Defensoria Pública**, ano 1, v. 1, n. 1, p. 161-178, jul./dez. 2008, ISSN 1984-283X. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/20/documentos/outros/Revista%20n%C2%BA%201%20Volume%201.pdf>>. Acesso em: 20/12/2014 às 10:00.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito previdenciário esquematizado**. Coordenação: Pedro Lenza. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SARLET, Ingo Wolflang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista da Defensoria Pública**, ano 1, v. 1, n. 1, p. 179-234, jul./dez. 2008, ISSN 1984-283X. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/20/documentos/outros/Revista%20n%C2%BA%201%20Volume%201.pdf>>. Acesso em: 20/12/2014 às 10:00.