UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO

MAURÍCIO DE MEDEIROS MELO

O DIREITO COLETIVO PRESTACIONAL À SAÚDE E O PODER JUDICIÁRIO: a concretização do art. 196 da Constituição de 1988 pela via jurisdicional

NATAL

2007

Livros Grátis

http://www.livrosgratis.com.br

Milhares de livros grátis para download.

MAURÍCIO DE MEDEIROS MELO

O DIREITO COLETIVO PRESTACIONAL À SAÚDE E O PODER JUDICIÁRIO: a concretização do art. 196 da Constituição de 1988 pela via jurisdicional

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Doutor José Diniz de Moraes.

NATAL

2007

Agradeço

a Deus, por me proporcionar o privilégio de chegar ao fim de um mestrado, em um país no qual poucos têm acesso a uma educação de qualidade;

aos meus pais Ernani e Mariêta, e à minha querida tia Dione, por encontrar neles um exemplo de caráter, disciplina e compromisso com os estudos;

Aos meus amigos Roberta e Rinaldo, pela presença constante, e pelo incentivo no ingresso e na caminhada pelo mundo da Pós-Graduação;

Ao meu caro Professor José Diniz de Moraes, pela amizade, apoio e valiosa contribuição para a elaboração deste trabalho.

RESUMO

Ao longo do século XIX, com o avanço do processo de industrialização, surgiram novos conflitos sociais, em face dos quais o Estado já não podia permanecer inerte. A necessidade de atendimento às novas demandas reclamava do Estado medidas assecuratórias de novos direitos de feição econômica, cultural e social, capazes de superar os postulados da mera igualdade formal, segundo um princípio de justiça redistributiva e de bem-estar. Entre os direitos sociais, destaca-se o direito à saúde, o qual encontra previsão na Declaração Universal de Direitos Humanos, bem como no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, como uma das condições indispensáveis à promoção da dignidade e ao livre desenvolvimento da personalidade humana. Sob a ótica do Direito Constitucional, reconhece-se que a implementação do direito à saúde, positivado no art. 6º da Constituição Brasileira, demanda uma atividade Estatal, a qual, muitas vezes, implica o fornecimento de bens materiais, encontrando-se na dependência de recursos orçamentários. Os poderes Legislativo e Executivo assumem papel decisivo no cumprimento das determinações constitucionais relativas à oferta satisfatória de serviços de saúde e na correta aplicação de recursos voltados a essa área. A adoção de políticas públicas constitui o mecanismo de ação do Estado para o planejamento e a realização desse direito. Contudo, ocorre comumente a elaboração de políticas dissociadas do compromisso com o social, em detrimento da satisfação de direitos sociais básicos. Como os poderes públicos exercem uma competência discricionária no gerenciamento dos serviços de saúde, emerge a necessidade de um controle finalístico, o que pode se dar através do controle popular, do controle extrajudicial pelos Tribunais de Contas e, ainda, pelo controle jurisdicional. Com a positivação dos direitos sociais-fundamentais, a justiça constitucional passa a ter um papel de absoluta relevância, mormente no que diz respeito à jurisdição constitucional, devendo o Poder Judiciário assumir uma posição plenamente ativa, na sociedade, como agente transformador. No controle judicial das políticas públicas de saúde, apresenta-se um rol de instrumentos jurídicos judiciais e extrajudiciais para a tutela do direito coletivo de acesso aos serviços públicos de saúde, permitindo que seja alcançada a efetiva concretização do direito à saúde no seio da sociedade.

Palavras-chaves: Saúde. Políticas públicas. Poder Judiciário.

ABSTRACT

During the ninth century, owing to the process of industrialization, new social conflicts were showed, forcing the Government not to remain inert. The necessity of answer to these new demands requires from the State some actions that assure the new economic, cultural and social rights, able to exceed the formal equality, according to the principles of redistributive equality and well-being. Among the social rights, the right to health is showed up, which is placed at the Universal Declaration of Human Rights and the International Treaty for the Economic, Social and Cultural Rights, as a necessary term to promote the dignity and the free development of the human personality. Under the Constitutional Law, it is clear that the implementation of the right to health, placed at the 6th article of the Brazilian Constitution, demands a government activity, which usually requires a provision of material goods, depending on budgetary resources. The Legislative and Executive Branches have a very important role in compliance with the constitutional regulations about the satisfactory offer of health care services, besides the correct use of the resources at this area. The adoption of public policies is the way of Government action to the planning and realization of this right. Though, some public policies are usually made apart from the social compromises, to the detriment of the basic social rights. The government has a discretionary competence to manage the health services. That is the reason it is necessary the control of the political choices, through the popular control, the extrajudicial control by the Account Courts, or the judicial review. Owed to the constitutionalization of social rights, the constitutional justice has a very relevant role, concerning to the constitutional jurisdiction, in a way the Judiciary Branch assume your position as a player that transforms the society. On the control of the public health policies, there is a cast of official instruments, judicial or not, to the guarantee of the collective right to the public health services, and to allow the citizens to reach the real implementation of the right to health.

Keywords: Health. Public policies. Judiciary.

SUMÁRIO

1 – INTRODUÇÃO..... 1

1.1 – OBJETIVOS DO TRABALHO..... 1

1.2 – A PROBLEMÁTICA OBJETO DE ESTUDO 5

1.3 – CONCEITOS BÁSICOS UTILIZADOS..... 6

1.4 – METODOLOGIA..... 13

2 – CONSIDERAÇÕES INICIAIS ACERCA DOS DIREITOS SOCIAIS E O PROBLEMA DE SUA REALIZAÇÃO..... 14

2.1 – OS DIREITOS SOCIAIS: DEFINIÇÃO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA..... 14

2.2 – DIREITOS SOCIAIS "PRESTACIONAIS" E O PROBLEMA DE SUA EFICÁCIA NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA..... 22

2.3 – A PREVISÃO DE APLICABILIDADE IMEDIATA NO ART. 5º, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 EM FACE DOS DIREITOS SOCIAIS..... 28

2.4 – O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO CAMPO DOS DIREITOS SOCIAIS..... 31

3 – O DIREITO À SAÚDE SOB A PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL..... 37

3.1 – A MENÇÃO À SAÚDE NOS DOCUMENTOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS..... 37

3.2 – A SAÚDE NO BRASIL, HOJE: ALGUNS INDICADORES ECONÔMICOS E SOCIAIS..... 44

3.3 – O DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988..... 50

3.4 – OS PODERES LEGISLATIVO E EXECUTIVO NA IMPLEMENTAÇÃO DO DIREITO DE ACESSO À SAÚDE PÚBLICA..... 54

3.5 – PROPOSIÇÕES ACERCA DO RECONHECIMENTO JUDICIAL DE

POLÍTICAS PÚBLICAS: VERIFICAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS OPÇÕES DO LEGISLADOR E DO ADMINISTRADOR..... 100

5.4 – A QUESTÃO DA ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO COMO LEGISLADOR POSITIVO: POSSIBILIDADE DE INOVAR O ORDENAMENTO JURÍDICO..... 109

5.5 – PRINCÍPIOS DA ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO NA TUTELA COLETIVA.... 115

5.5.1 – **Princípio da subsidiariedade**..... 115

5.5.2 – **Princípio da complementaridade**..... 117

5.5.3 – **Princípio da cooperação**..... 118

5.5.4 – **Princípio da responsabilidade** 118

5.5.5 – **Princípio da solidariedade**..... 120

5.5.6 – **Princípio da efetividade** 121

5.5.7 – **Princípio orçamentário**..... 121

5.6 – A "RESERVA DO POSSÍVEL" E OS LIMITES À DISCRICIONARIEDADE DOS ÓRGÃOS GOVERNAMENTAIS NO GERENCIAMENTO DAS DISPONIBILIDADES FINANCEIRAS..... 122

5.7 – DA PONDERAÇÃO DE BENS, INTERESSES E NORMAS COMO MECANISMO PARA A SUPERAÇÃO DA COLISÃO DE PRINCÍPIOS..... 132

5.8 – INSTRUMENTOS PROCESSUAIS DE TUTELA COLETIVA DA SAÚDE.... 137

5.8.1 – **Ação Direta de Inconstitucionalidade**..... 137

5.8.2 – **Mandado de Injunção**..... 140

5.8.3 – **Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental**..... 144

5.8.4 – **Ação Civil Pública**..... 146

5.8.5 – **Ação Popular**..... 150

5.9 – A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA EM QUESTÕES DE ACESSO A SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE..... 151

5.10 – UM EXEMPLO PRÁTICO NO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE: A AÇÃO CIVIL PÚBLICA NA DEFESA DOS USUÁRIOS DO MAIOR HOSPITAL DE URGÊNCIA DA CAPITAL..... 158

6 – CONCLUSÕES..... 164

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... 169

ANEXOS: CASOS EMBLEMÁTICOS..... 174

1 - INTRODUÇÃO

1.1 – Objetivos do trabalho

A sociedade brasileira, cotidianamente, tem-se deparado com incontáveis questões de insuficiência de efetividade dos direitos sociais, de modo que a tentativa de concretização desses preceitos tornou-se um problema da maior gravidade e tem despertado a curiosidade dos aplicadores do Direito, notadamente na seara constitucional.

Neste árduo mister, o constitucionalismo social já não admite a enunciação de direitos fundamentais em moldes meramente formais, senão com efetivos meios de materialização. Esses, aliás, constituem o grande desafio dos países em desenvolvimento, como é o caso do Brasil, cuja sociedade padece cronicamente com o distanciamento entre a Constituição formal e a Constituição real (Constituição material).

Assim, percebe-se que são muitas, e cada vez mais diversificadas e complexas, as áreas em que o Estado deve atuar no campo dos direitos sociais, abrangendo saúde, educação, cultura, transportes, moradia, trabalho, entre outros. Contudo, em face da limitação de recursos materiais, o imperativo, nos dias atuais, tem sido identificar as ações prioritárias e quais os bens mínimos que devem ser ofertados em respeito aos direitos fundamentais, a exemplo do princípio da dignidade da pessoa humana.

Apresenta-se, dentre os direitos sociais carentes de maior efetivação, o estudo do direito à saúde, sobretudo no que toca à força normativa de sua enunciação na Constituição de 1988, como um direito subjetivo público e um dever do Estado.

A saúde é compreendida, nos dias atuais, como um estado de completo bem-estar físico, mental e social, condicionado por fatores como alimentação, moradia, saneamento básico, meio ambiente, trabalho, renda, educação e acesso aos bens e serviços essenciais. Não há dúvida de que se cuida de um bem merecedor de cuidadosa proteção do

Estado.

O presente trabalho destina-se, pois, a suscitar reflexões sobre a saúde como objeto de tutela no Direito e, em especial, no Direito Constitucional, com destaque para a observância dos preceitos constitucionais por parte dos órgãos governamentais no campo dos serviços públicos de saúde, bem como para o papel desempenhado pelo Poder Judiciário na tutela desse direito. Muitas vezes, somados às irregularidades na administração dos recursos públicos, interesses mercantilistas também se opõem aos interesses da sociedade na implementação de políticas públicas com qualidade, razão pela qual cresce a importância dos mecanismos de controle da atividade estatal no campo da saúde pública.

A investigação volta-se à análise da saúde no Direito Brasileiro a partir de sua inserção dentre os direitos sociais enunciados no art. 6º da Constituição. Trata-se de uma abordagem que encara a saúde como um direito a um serviço público gratuito e capaz de ser garantido por instrumentos de tutela jurisdicional. É necessário esclarecer que se encontra excluída do objeto de estudo a prestação de serviços privados de assistência à saúde, tema que por si só já seria alvo de um trabalho monográfico diverso, em face das distintas questões que suscita.

Restringe-se, ainda, o enfoque à atividade prestacional de saúde, esta última entendida como o conjunto de ações preventivas e de serviços assistenciais que abrangem, desde a efetiva entrega de assistência ambulatorial e hospitalar, até o fornecimento direto de medicamentos aos usuários do Sistema Único de Saúde. Exclui-se do tema, por conseguinte, qualquer referência a outras esferas de atuação estatal, tais como vigilância sanitária e epidemiológica, execução de ações de saneamento, controle e fiscalização de serviços, produtos e substâncias, e a regulação da saúde suplementar.

Por outro lado, no que concerne à interferência do Poder Judiciário na garantia de entrega das prestações na área de saúde, o foco da investigação recai sobre os

instrumentos de tutela coletiva do direito. O termo “coletivo” é, aqui, empregado para caracterizar um direito que respeita a interesse das massas, de natureza transindividual, os quais podem abranger os interesses difusos, os coletivos *stricto sensu* e, ainda, os individuais homogêneos. Busca-se apresentar, como solução ao problema da adequada tutela do acesso aos serviços públicos de saúde, a utilização dos instrumentos processuais dotados de maior amplitude de proteção e aptos a assegurar o resguardo de bens e valores de amplo alcance social.

Nessa perspectiva, inicia-se o estudo examinando o significado de “saúde”, segundo a Organização Mundial da Saúde, e a sua inclusão como objeto de proteção internacional, com a apresentação também de alguns indicadores econômicos que retratam os investimentos destinados à área de saúde pública no Brasil após o advento da Emenda Constitucional nº 29/2000.

Partir-se-á, então, para uma breve análise das disposições constitucionais atinentes à previsão orçamentária e ao limite mínimo das despesas com saúde nas esferas federal, estadual e municipal, quanto à prestação dos serviços públicos relacionados à saúde, sempre com a intenção de definir o papel do Estado no cumprimento do comando constitucional. Aqui, suscita-se o papel a ser exercido pelos Poderes Legislativo e Executivo no cumprimento de suas funções institucionais, no tocante, especialmente**,** à elaboração de normas integradoras e à efetivação de políticas públicas voltadas à saúde em geral. Nesse particular, serão apontados alguns meios de controle dessa atividade estatal.

A efetivação concreta do direito à saúde também é apresentada sob o enfoque do Direito Administrativo, buscando-se subsidiar o leitor com uma visão global da saúde encarada como serviço público essencial, com sujeição aos ditames gerais da Administração Pública, e organizada em uma rede descentralizada e hierarquizada. Com isso, busca-se fornecer informações gerais quanto ao funcionamento do Sistema Único de Saúde.

Tais informações serão de grande utilidade para a compreensão do papel a ser desempenhado pelo Poder Judiciário nas questões de má prestação desses serviços.

Em seguida, chega-se à abordagem da problemática mor que motivou a elaboração do presente trabalho; esta consiste na verificação da possibilidade e dos limites de atuação do Poder Judiciário no controle da atividade estatal voltada à garantia do direito subjetivo à saúde. Aproveita-se, aqui, para enfrentar questões pontuais, sem olvidar as intrincadas hipóteses de interferência do Judiciário nas políticas públicas, e, por conseguinte, a análise de hipóteses concretas submetidas ao crivo do julgador.

Constitui, ainda, objetivo deste trabalho, o fornecimento do rol de instrumentos jurídicos judiciais para a tutela coletiva do direito de acesso aos serviços de saúde, finalizando-se com a elaboração de conclusões acerca da jurisdição constitucional como instrumento para se alcançar a concretização do direito à saúde no seio da sociedade.

Dentre os benefícios que os resultados da pesquisa buscam oferecer, destaca-se o estabelecimento de mecanismos capazes de auxiliar o aplicador do Direito na compreensão do direito à saúde como um bem coletivo correspondente a um interesse metaindividual, e como um direito subjetivo público de todos os cidadãos, cuja natureza bifronte é capaz de corresponder aos anseios da sociedade, tanto na sua face social quanto individual.

De modo específico, procura-se atingir, com o desenvolvimento da pesquisa, os seguintes objetivos:

a) situar o direito à saúde dentre os direitos fundamentais sociais;

b) abordar a positivação do direito à saúde na Constituição brasileira de 1988;

c) verificar se há um concreto direito subjetivo à saúde em face do princípio da dignidade humana;

d) observar a atuação do legislador em face da distribuição de competências constitucionais para oferta dos serviços de saúde;

e) verificar qual o posicionamento adotado pelos tribunais no Brasil no tocante à prestação desses serviços e elucidar o papel que pode ter o Poder Judiciário quanto à interferência em políticas públicas de saúde, a fim de garantir uma melhor prestação desse direito;

f) estabelecer quais os instrumentos processuais e extraprocessuais dos quais se podem valer a sociedade e o cidadão para garantir o fornecimento regular de serviços públicos no campo da saúde.

1.2 – A problemática objeto do estudo

No que se refere à saúde, em especial, por dizer respeito, de modo mais imediato, ao resguardo da dignidade da pessoa humana, destacam-se o problema da fruição desse direito, o papel do Estado no cumprimento das determinações constitucionais e os limites de atuação do Poder Judiciário nessa seara.

Afinal, em que consiste o direito à saúde? Constitui um direito fundamental social? Existe um direito subjetivo à saúde? Qual o papel efetivo do Estado na prestação das condições materiais desse direito em face do que dispõe a Constituição Federal de 1988? A Constituição Federal limita a atuação do Estado às políticas públicas de saúde? É possível que o Judiciário atue na imposição de medidas à realização material desse direito? Em caso positivo, quais são os limites impostos ao Poder Judiciário no campo da concretização desse direito? Há conflito entre princípios fundamentais e princípios econômicos concernentes à limitação de recursos? A problemática orçamentária é oponível ao direito fundamental

constitucional de acesso à saúde?

São esses os problemas centrais que constituem o objeto da presente investigação. Algumas questões colaterais também serão analisadas, por constituírem assuntos de relevância para o Direito Constitucional, a partir do momento que dizem respeito a toda a problemática dos direitos sociais.

1.3 – Conceitos básicos utilizados

Todo o trabalho científico, enquanto trabalho teorético, constitui um conjunto integrado de conceitos e conseqüentes inferências e leis lógicas, a partir dos quais o hermeneuta chega a conclusões acerca das premissas utilizadas, mas cujo domínio semântico nem sempre, senão na maioria das vezes, salvo nas ciências naturais e formais, apresenta-se de forma unívoca.

As ciências sociais, dentre as quais se inclui o Direito, usam determinados conceitos, cuja determinação prévia constitui requisito à compreensão de uma investigação científica. Assim, como pressuposto ao estudo em questão, passa-se a delimitar o conceito de alguns institutos.

Inicialmente, parte-se do conceito de “Constituição”, entendida esta como o complexo de regras e princípios que determinam a estrutura e o funcionamento dos poderes públicos e asseguram a liberdade dos cidadãos. É a lei fundamental de um País, anterior e superior a todas as outras: ela fixa as relações recíprocas entre governantes e governados e não pode ser modificada senão pelos meios excepcionais indicados no próprio texto, quando se caracteriza como uma constituição rígida, a exemplo da nossa.

Em essência, a Constituição de um País corresponde ao conjunto de normas

e costumes que regem a sua organização política, estejam ou não incluídos expressamente no texto constitucional. Daí ser possível afirmar que todo o Estado possui sua Constituição pelo simples fato de ser um Estado, já que toda sociedade politicamente organizada contém uma estrutura sob a qual repousam suas instituições e institutos. Neste sentido material, portanto, a idéia de Constituição traduz-se na própria organização do Estado, ou seja, nas instituições políticas e jurídicas, ainda que não inseridas em um documento escrito.

Na perspectiva dual de Constituição, adota-se, aqui, a definição elaborada por Paulo Bonavides, segundo o qual, do prisma material, "a Constituição é o conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais."[1] Traduz-se a Constituição como realidade social e imanente a toda a espécie de organização política do Estado. Com efeito, onde há Estado, há inegavelmente Constituição.

Luís Roberto Barroso, a seu turno, ressalta que a Constituição origina-se de um compromisso entre as diferentes forças que atuam na sociedade, ou seja, entre uma força dominante e outra dominada. Nos tempos atuais, inegavelmente a força dominante é o capital. É evidente que as forças hegemônicas fazem prevalecer seus interesses, impedindo os avanços dos direitos sociais sob o especioso expediente de que a Constituição escrita decorreu da vontade do povo. A Constituição transforma-se, então, em instrumento de dominação.[2]

A Lei Fundamental, portanto, constitui documento próprio dos Estados democráticos de Direito e surgiu para limitar o poder estatal que, não raras vezes, mostra-se autoritário e despótico. Mas as Constituições, ao serem elaboradas, também devem ser consideradas como fato social e não apenas como norma; por conseqüência, devem ser encontradas na realidade dos fenômenos sociais. Desta forma, não se pode estudá-las senão

---

[1] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 80.
[2] BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas:* limites e possibilidades da Constituição Brasileira, p. 64.

em relação concreta com as forças sociais, os fatores reais de poder, na sua essencialidade.

Nesse particular, utiliza-se da clássica distinção formulada por Ferdinand Lassalle entre Constituição real e efetiva (a qual corresponde aos fatores sociais) e Constituição escrita (quando convertida em "folha de papel"), ressaltando que as duas esferas devem permanecer em perfeita correspondência uma com a outra. Assim, a Constituição escrita somente será duradoura e eficaz se compatível com as condições reais de poder.[3]

Essa compatibilidade da norma constitucional com as condições presentes na realidade social brasileira constitui precisamente o objeto de estudo dos capítulos seguintes, destacando-se a preocupação com a efetividade do direito social à saúde, o qual exige uma atuação positiva do Estado.

Quanto à classificação das normas jurídicas, conforme sua imperatividade, pode-se discernir, entre as duas modalidades, as normas cogentes, que são as que obrigam ou proíbem e as normas dispositivas, que são aquelas que conferem ao particular liberdade para dispor acerca da situação prevista na norma.[4]

Também é possível distinguir a eficácia jurídica da eficácia social da norma. A primeira, todas as normas a possuem. No presente estudo, entende-se por eficácia social aquela que diz respeito à efetiva concretização, ao seu cumprimento no mundo dos fatos, traduzindo uma idéia de efetividade, e significando a máxima aproximação entre o *dever-ser* e o *ser* da realidade social.[5]

A eficácia jurídica significa a exigibilidade ou executoriedade da norma como possibilidade de sua aplicação jurídica. Esta eficácia jurídica difere da eficácia social,

---

[3] Segundo Ferdinand Lassalle: "Vimos, senhores, que relação guardam entre si as duas Constituições de um país, essa Constituição real e efetiva, formada pelo somatório de fatores reais e efetivos que vigoram na sociedade, e essa outra Constituição escrita, à qual, para distingui-la da primeira, daremos o nome de folha de papel." *In: O que é uma Constituição?*, p. 53.
[4] BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas:* limites e possibilidades da Constituição Brasileira, p. 76.
[5] Ibidem, p. 85.

pois esta última diz respeito à efetividade do controle social por meio da norma, enquanto a eficácia jurídica refere-se apenas à possibilidade dessa ocorrência.[6] São dois conceitos que se procuram, mas, que nem sempre se encontram.

A partir dessa distinção, é possível diferenciar os preceitos constitucionais que são dotados de uma força normativa capaz de efetivamente operar mudanças no meio social, atingindo os propósitos para os quais foram elaborados, daqueles preceitos que, embora figurem entre os dispositivos constitucionais expressos, não são observados, ou o são de uma forma exageradamente mitigada, e que não cumprem os seus propósitos.

Postos os devidos esclarecimentos, acerca do que se entende por efetividade, cumpre situar o problema da crise de eficácia das normas constitucionais, sobretudo nos países periféricos, como é o caso do Brasil, o que é por Paulo Bonavides denominado de "crise constituinte". Assim, entender-se-á por "crise constituinte" aquela que atinge diretamente o próprio corpo social e as instituições de um País. É de ocorrência comum em países subdesenvolvidos, em razão de sua fragilidade constitucional, cujo principal agente causador é a distância verificada entre a Constituição jurídica e a realidade social.[7]

Atribui-se também a esse fenômeno a denominação de "inflação jurídica", significando que o Direito não deve normatizar o inalcançável. A crença generalizada de que a criação de leis pode, por si só, garantir a fruição de direitos avançados em relação à realidade enseja um sentimento de frustração, quando a Constituição não logra alcançar seu objetivo.[8]

Essa ausência de efetividade pode dar-se, por exemplo, quando um preceito

---

[6] SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 65.
[7] Segundo Paulo Bonavides, a crise constituinte é tão grave que "costuma ferir mortalmente as instituições, compelindo à cirurgia dos tecidos sociais ou fazendo até mesmo inevitável a revolução". *In: Curso de Direito Constitucional*, p. 193.
[8] BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas:* limites e possibilidades da Constituição Brasileira, p. 49.

contraria o ideal social, a consciência arraigada no meio social, mas pode ocorrer também que o efeito pretendido pela norma contrarie interesses do poder dominante, cuja influência seja bastante a ponto de obstaculizar a efetividade da norma.[9]

Assim, ganha relevo a criação de mecanismos e institutos que contornam a resistência à efetividade das normas constitucionais. Afinal, o Direito existe para realizar-se, não se podendo admitir passivamente a existência de uma previsão inócua de direitos sociais sem a correspondente executoriedade.

Deve-se ressaltar que, embora a Constituição seja dotada de sanção capaz de garantir sua eficácia, e não somente a sanção civil, como a responsabilização política, esses mecanismos mostram-se incapazes de solucionar o problema da concretização dos direitos sociais, pois, muitas vezes, o constituinte vai além das condições reais, num descompasso entre a previsão constitucional e a realidade das situações.

Ainda como pressuposto a este estudo, propõe-se uma análise preliminar da classificação das normas constitucionais no que toca à sua aplicabilidade e à carga eficacial e com respeito à sua aplicação como instrumento de transformação social.

No Direito Norte-americano, a classificação das normas constitucionais, segundo José Afonso da Silva, implica a distinção entre normas constitucionais *self-executing* e *not self-executing*. As primeiras são "as desde logo aplicáveis, porque revestidas de plena eficácia jurídica". Ao contrário, as *not self-executing* são aquelas que não se encontram em condições de pronta aplicabilidade, pois dependem da edição de uma legislação ordinária posterior. A crítica que se faz a essa diferenciação entre normas constitucionais auto-aplicáveis e não auto-aplicáveis é que ela sugere a existência de normas ineficazes e sem imperatividade.[10] Outra crítica à teoria clássica norte-americana é que ela não vislumbra a

---

[9] SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 86.
[10] Ibidem, p. 74-75.

modalidade das normas constitucionais programáticas. Daí, a necessidade de reelaboração doutrinária da matéria.

Partindo-se então da premissa de que todas as normas constitucionais são eficazes e capazes de irradiar efeitos jurídicos, adota-se, aqui, a classificação que mais pode se aproximar da realidade das Constituições, dividindo-se as normas constitucionais em: a) "normas de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral"; b) "normas de eficácia contida e aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral"; c) "normas de eficácia limitada (a) declaratórias de princípios institutivos ou organizativos; (b) declaratórias de princípio programático".[11]

Consoante essa clássica doutrina pátria, de modo geral, é possível identificar uma norma completa e juridicamente dotada de plena eficácia quando se sabe, com precisão, qual a conduta positiva ou negativa a seguir, relativamente ao interesse descrito na norma.[12] [13] Já as normas de eficácia contida são de aplicabilidade imediata, mas essa eficácia poderá ainda ser contida através da edição de uma lei futura, pois a isso autoriza o próprio dispositivo. Acaso não haja a legislação que fixe prestação alternativa para quem se eximir de obrigação a todos imposta, será indevida qualquer restrição. Assim, são normas de eficácia limitada as que estatuem um direito cuja eficácia e aplicabilidade encontram-se ainda na dependência da edição de uma legislação infraconstitucional futura.

Paulo Bonavides adota classificação semelhante, ao dividir as normas constitucionais entre normas programáticas, normas constitucionais imediatamente preceptivas e normas constitucionais de eficácia diferida. As normas constitucionais

---

[11] SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 86.
[12] Ibidem, p. 99.
[13] Segundo José Afonso da Silva, consideram-se de eficácia plena as normas constitucionais que: "a) contenham vedações; b) confiram isenções, imunidades e prerrogativas; c) não designem órgãos e autoridades especiais a que incumbam especificamente sua execução; d) não indiquem processos especiais de sua execução; e) não exijam a elaboração de novas normas legislativas que lhes completem o alcance e o sentido, ou lhes fixem o conteúdo, porque já se apresentam suficientemente explícitas na definição dos interesses nelas regulados". Ob. cit., p. 101.

programáticas são aquelas cuja fragilidade mais suscita preocupação quanto à sua eficácia uma vez que comumente são utilizadas como pretexto para a não efetivação de direitos fundamentais garantidos constitucionalmente. Enunciam programas políticos, premissas que vinculam a ação legislativa futura. Dentre os resultados obtidos através das normas programáticas está o de gerar um vínculo obrigatório para com os entes legislativos e o de reconhecer a invalidade das futuras leis que porventura estejam em contraste com elas.[14] Em conclusão, as normas programáticas não devem ser consideradas ineficazes e portadoras de valor meramente diretivo.

Em verdade, essa técnica de inserção de normas programáticas tem sido utilizada nas constituições contemporâneas, e não só na Constituição brasileira, como forma de vincular a atuação do legislador no tocante a certas matérias. Por outro lado, representa também uma tentativa do legislador constituinte de conferir à Constituição uma aparência de Carta avançada e sintonizada com as modernas conquistas sociais, sem que esteja acompanhada dos correspondentes meios de fruição do direito.

Na doutrina clássica, normas dessa natureza foram motivo de desconfiança, já que normalmente eram relacionadas a meras exortações morais, sem eficácia imediata alguma e sem força coativa capaz de obrigar seus destinatários. Ressalta-se, entretanto, que "modernamente, a elas é reconhecido valor jurídico idêntico ao dos demais preceitos da Constituição, como cláusulas vinculativas" [15], de modo que através de sua inserção nas Constituições, já se vislumbra uma possibilidade de efeitos imediatos.

---

[14] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 547.

[15] BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas:* limites e possibilidades da Constituição Brasileira, p. 120.

1.4 – Metodologia

Optou-se por adotar, primeiramente, a pesquisa bibliográfica, por meio do levantamento dos livros e artigos científicos existentes sobre concretização de direitos sociais e sobre o direito à saúde em especial, bem como sobre os instrumentos capazes de auxiliar toda a sociedade na compreensão desse direito social como um direito efetivo.

Procedeu-se também a uma análise normativa do assunto, ou seja, uma investigação a respeito do que se encontra positivado relativamente à efetivação do direito à saúde e à atuação do Estado nessa área em particular, abrangendo tanto o Direito Internacional, quanto o ordenamento pátrio.

Foi elaborada pesquisa da jurisprudência atualizada a fim de destacar o posicionamento dos tribunais pátrios, em especial, do Supremo Tribunal Federal, quanto ao papel do Poder Público no controle da atuação estatal quanto à prestação do serviço público de saúde.

Por fim, a investigação contemplou a coleta de dados fornecidos pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte, com respeito a hipótese real de utilização de Ação Civil Pública no controle do planejamento e do gasto orçamentário no campo da saúde coletiva.

Trata-se de pesquisa prospectiva em que se pretende, não apenas a descrição dos fenômenos, como também da tentativa de soluções para o problema enfrentado.

2 – CONSIDERAÇÕES INICIAIS ACERCA DOS DIREITOS SOCIAIS E O PROBLEMA DE SUA REALIZAÇÃO

2.1 – Os direitos sociais: definição e evolução histórica

O estudo dos direitos fundamentais, dentre os quais se insere a categoria dos direitos sociais, passa necessariamente pela Revolução Francesa e pela elaboração da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da França em 1789. Esse período histórico é considerado o nascedouro dos direitos civis e políticos na forma como são atualmente reconhecidos.

A Declaração Americana de 1776, assim como a Declaração Francesa de 1789, sob influência do liberalismo, então vigente, identificava os direitos humanos tão somente com os direitos à liberdade, segurança e propriedade[16], como resposta ao absolutismo, diante da premente necessidade de oposição ao Estado, de modo a que este não mais viesse a interferir na liberdade individual.

Ao longo do século XIX, com o avanço do processo de industrialização, surgiram novos conflitos decorrentes das relações de trabalho, em face dos quais, o Estado já não podia permanecer inerte. A necessidade de atendimento às novas demandas reclamava do Estado medidas assecuratórias de novos direitos de feição econômica, cultural e social, capazes de superar os postulados da mera igualdade formal, segundo um princípio de justiça redistributiva e de bem-estar.

Já não bastavam os direitos de liberdade frente ao Estado, pois a experiência histórica cuidou de revelar que a opressão ao indivíduo poderia advir também de poderes

---

[16] PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p. 146.

outros, extra-estatais, como, por exemplo, explicitamente do poder econômico [17] que se apoderava do ser humano como um bem de produção, sem qualquer consideração a preceitos éticos de preservação da dignidade humana, conforme relevaram, cada uma ao seu modo, a doutrina social da Igreja Católica e a doutrina marxista.

Na tentativa de corrigir essas distorções, verificou-se a necessidade de intervenção nas relações privadas, passando-se, gradualmente, por uma transformação do conceito de democracia para qualificá-la como democracia social. Nesse processo de redemocratização e luta contra os princípios liberais, surgiram as constituições contemporâneas, com seus princípios de direitos econômicos e sociais originados de um pacto entre o liberalismo capitalista e o intervencionismo, notadamente, na Constituição Mexicana de 1917 e na Constituição Weimar de 1919.[18]

A efetivação desses direitos, portanto, exigia, de um modo geral, a atuação do Estado através de prestações e atividades, embora não possuíssem como destinatário apenas o Estado, mas também a generalidade dos cidadãos. Dado que a democracia supõe o maior acesso possível aos bens sociais, cresceu a importância dos direitos sociais como mecanismos garantidores dessa melhor distribuição das riquezas.

Pérez Luño identifica a positivação dos primeiros direitos econômicos e sociais com a Constituição Francesa de 1848, cuja nota caracterizadora pretendia ser a de proclamação da igualdade. Naquela Carta, admitia-se a intervenção do Estado com o fim de assegurar um nível cada vez maior de moralidade, cultura e bem-estar. Com efeito, os direitos fundamentais convertiam-se em liberdades de participação e em prestações.[19]

A previsão dos direitos econômicos, sociais e culturais nas Constituições modernas, englobados na denominação genérica de direitos sociais, remonta à Constituição

---

[17] SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 135.
[18] Ibidem, p. 136.
[19] PÉREZ LUNO, Antonio-Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, p. 121.

Mexicana de 1917 e à de Weimar de 1919, as quais são marcadas por uma nova perspectiva que considera o homem além de sua condição individual. Após o fim da Segunda Guerra Mundial, as Constituições passam por um período de renovação em consonância com as novas tendências políticas e sociais. Por conseguinte, cinqüenta Estados passaram a elaborar novas Constituições, em que os direitos sociais ocuparam lugar de destaque. Dentre os textos que se notabilizaram pela positivação desses direitos, destacaram-se as Constituições francesas de 1946 e 1958, a Constituição Italiana de 1948 e a Lei Fundamental da República Federal Alemã de 1949.[20]

Pode-se, então, compreender tais direitos, em sentido objetivo, "como o conjunto das normas através das quais o Estado empreende sua função equilibradora e moderadora das desigualdades sociais". Por outro lado, no sentido subjetivo, pode-se entendê-los como "as faculdades dos indivíduos e dos grupos de participarem dos benefícios da vida social, o que se traduz em determinados direitos a prestações, diretas ou indiretas por parte dos poderes públicos".[21] Embora o viés mais acentuado dos direitos sociais seja o dever do Estado de prestar serviços aos cidadãos, o que constitui o núcleo desta pesquisa, na verdade, pode-se falar também em dever e direito de grupos e indivíduos, a exemplo das relações laborais.

Uma das notas caracterizadoras desses direitos sociais é a circunstância de implicarem verdadeiros poderes, já que só podem ser realizados a partir da imposição de obrigações positivas, sobretudo ao próprio Estado [22]. Outro fenômeno relacionado ao

---

[20] "Buen ejemplo de ello son las constituciones francesas de 1946 y 1958, que remiten a la Declaración de 1789, pero la completan con el reconocimiento expreso de los derechos sociales. La Constitución italiana de 1948 recoge los derechos humanos entre los principios fundamentales de la República (arts. 1-12), y regula luego, de forma pormenorizada, los derechos civiles (arts. 13-28) y políticos (arts. 48-54); así como los socio-culturales (arts. 29-34) y económicos (arts. 35-47). En la Ley Fundamental de la República Federal Alemana de 1949 la herencia de Weimar se hace patente en su esfuerzo por dar a los *Gundreche* una significación social, aspiración que se advierte con claridad en sus artículos 20 y 28." PÉREZ LUNO, Antonio-Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, p. 122.

[21] Ibidem, p. 84.

[22] BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, p. 41.

reconhecimento de direitos sociais seria o da passagem do homem genérico para o homem específico e distinto, considerando-se uma variedade de *status* sociais e adotando-se vários critérios de diferenciação, tais como o sexo, a idade e as condições físicas.[23]

O surgimento e evolução desses direitos de cunho social deram ensejo a uma segunda categoria de direitos, assim considerados direitos de segunda dimensão, os quais já não se adstringiam a assegurar a liberdade do indivíduo frente ao Estado, mas buscavam assegurar a igualdade no sentido material. Sobre o assunto, Flávia Piovesan comenta que, sobretudo após a Primeira Guerra Mundial, fortalece-se o valor da igualdade nas declarações de direitos: "o Estado passa a ser visto como agente de processos transformadores, e o direito à abstenção do Estado, neste sentido, converte-se em direito à atuação estatal com a emergência dos direitos a prestação social." [24]

Partindo-se de um critério cronológico, considera-se que os direitos civis e políticos traduzem o valor da liberdade, correspondendo apenas do ponto de vista histórico a uma primeira geração de direitos, enquanto os direitos sociais, econômicos e culturais, relacionados à garantia da igualdade, corresponderiam aos direitos de uma segunda geração.

A referência a "gerações de direitos" é tomada com reservas na atualidade, devendo-se falar em "dimensões", já que uma geração de direitos não substitui ou sucede a anterior[25]. Nesse sentido, é possível afirmar que "sem a efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos se reduzem a meras categorias formais". Em suma, no que concerne à expansão da idéia de direitos humanos, "não há mais como cogitar da liberdade divorciada da justiça social, como também infrutífero pensar na justiça social

---

[23] BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, p. 84.
[24] PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p. 147-148.
[25] A.A. Cançado Trindade aponta que "entre as duas 'categorias' de direitos – individuais e sociais ou coletivos – não pode haver senão complementaridade e interação, e não compartimentalização e antinomia". *In: Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, v. 1. p. 453.

divorciada da liberdade” [26]

É certo que um nível adequado de bem-estar é imprescindível para que o indivíduo possa participar ativamente da vida civil, política e econômica de um país, bem como ao exercício de alguns direitos de liberdade, podendo-se exemplificar o direito à livre expressão, direito à associação, direito ao voto.

Dentre os direitos de segunda dimensão, Paulo Bonavides inclui não só os sociais, culturais e econômicos, mas também os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo do Estado Social por obra da ideologia antiliberal do século XX: “os direitos sociais fizeram nascer a consciência de que tão importante quanto salvaguardar o indivíduo, conforme ocorreria na concepção clássica dos direitos da liberdade, era proteger a instituição, uma realidade social muito mais rica e aberta à participação criativa”. [27]

José Eduardo Faria, ao conceituar os direitos sociais, ressalta que estes direitos não configuram um direito à igualdade formal, mas constituem, isto sim, um “direito das preferências e das desigualdades, ou seja, um direito discriminatório com propósitos compensatórios”, porquanto são editados com o objetivo de “socializar riscos, neutralizar perdas e atenuar diferenças, mediante tratamentos diversificados”.[28]

No direito português, costuma-se qualificar os direitos civis como direitos de liberdade, distinguindo-os, segundo a doutrina liberal, dos direitos políticos. Os direitos civis, chamados de *civil rights* na doutrina americana, correspondem às liberdades individuais mediante as quais os indivíduos poderiam se proteger do Estado. Esses direitos de liberdade

---

[26] PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p. 151. No mesmo sentido, Norberto Bobbio enfatiza: “Só de modo genérico e retórico se pode afirmar que todos são iguais com relação aos três direitos sociais (ao trabalho, à instrução e à saúde); ao contrário, é possível dizer, realisticamente, que todos são iguais no gozo das liberdades negativas.” *In: A Era dos Direitos*, p. 86.
[27] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 564.
[28] FARIA, José Eduardo. O Judiciário e os direitos humanos e sociais. *In:* FARIA, José Eduardo (Org.) *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, p. 105.

exigiam do Estado uma abstenção, um *status negativus* quanto a uma possível intervenção na esfera individual dos indivíduos. [29]

A Constituição Portuguesa, no Título II, utiliza-se da expressão "direitos, liberdades e garantias" para enunciar os direitos que se enquadram numa mesma categoria segundo um critério de natureza "negativa", uma vez que têm como objeto a obrigação de abstenção do Estado quanto à esfera jurídico-subjetiva protegida. Essas normas consagradoras de direitos, liberdade e garantias são dotadas de aplicabilidade direta em razão da densidade normativa que lhes é própria, não necessitando da intervenção de lei regulamentadora.[30] Tais direitos valem como normas *self executing*, independentemente da ação concretizadora dos poderes públicos.

A outra categoria de direitos, a qual não se confunde com os de liberdade, é apontada no Título III da Constituição Portuguesa sob a denominação de "direitos econômicos, sociais e culturais". Com relação a esses direitos, grande parte exige**,** para sua efetivação, a atuação do Estado através de prestações e atividades. Eles possuem como destinatário, outrossim, não somente o Estado, mas também a generalidade dos cidadãos.[31] Com efeito, são resultado da expansão e fortalecimento dos direitos de liberdade, dando ensejo a direitos de uma segunda dimensão.

A respeito dos direitos sociais, vale invocar a observação de Robert Alexy, segundo a qual é possível estabelecer uma diferenciação clássica entre os direitos fundamentais destinados a assegurar a esfera de liberdade do cidadão frente ao Estado, em face de outra categoria de direitos a ações positivas do Estado[32] como, por exemplo, os

---

[29] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 395.
[30] Ibidem, p. 400.
[31] Ibidem, p. 403.
[32] "De acuerdo con la interpretación clásica, los derechos fundamentales 'están destinados, ante todo, a asegurar la esfera de la libertad del individuo frente a intervenciones del poder público; son derechos de defensa del ciudadano frente a Estado'. Los derechos de defensa del ciudadano frente al Estado son derechos a acciones negativas (omisiones) del Estado. Pertenecen al status negativo en sentido amplio. Su contrapartida son los

direitos à assistência social, ao trabalho, à moradia e à educação. Segundo o autor, os chamados direitos fundamentais sociais constituem um setor importante dos direitos a prestações[33], assim considerados direitos a prestações em sentido estrito.

O argumento a favor dos direitos fundamentais sociais toma como ponto de partida duas teses. De acordo com a primeira delas, não se pode falar em liberdade jurídica quando não se oferecem as condições materiais para seu exercício, ou seja, quando não se confere ao sujeito uma liberdade real. Consoante a segunda tese, a sociedade não oferece o substrato material suficiente para o exercício da liberdade fática, sendo dependente, em grande parte, de prestações a serem oferecidas pelo Estado. [34]

A questão que merece detida reflexão é a que diz respeito ao atributo dos direitos fundamentais de assegurar, também, a liberdade fática. No que toca à liberdade, observa-se que, para as camadas sociais menos favorecidas e que não dispõem do mínimo vital, a melhoria de sua situação deficitária possui maior importância que as liberdades jurídicas.[35] O desenvolvimento do indivíduo na comunidade social e em sua dignidade pressupõe uma certa medida de liberdade fática,[36] advindo daí a preocupação com a efetivação desses direitos de cunho social.

Essa estreita correspondência entre os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais é capaz de demonstrar que os direitos humanos são indivisíveis e exigem uma visão integrada, porquanto não se podem separar essas duas esferas de direitos como se fossem "categorias" distintas e compartimentadas.[37] Nesse particular,

---

derechos a acciones positivas del Estado, que deben ser incluidas en el status positivo en sentido estricto." ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*, p. 419.

[33] ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*, p. 420.

[34] Ibidem, p. 487.

[35] Ibidem, p. 488.

[36] Ibidem, p. 489.

[37] A respeito da indivisibilidade dos direitos humanos, Antônio Augusto Cançado Trindade ensina: "Com efeito, a denegação ou violação dos direitos econômicos, sociais e culturais, materializada, e.g., na pobreza extrema, afeta os seres humanos em todas as esferas de suas vidas (inclusive a civil e política), revelando assim de modo marcante a interrelação ou indivisibilidade de seus direitos. A pobreza extrema constitui, em última análise, a

ressalta-se que a I Conferência Mundial de Direitos Humanos, realizada em Teerã em 1968, teve um importante papel na proclamação de indivisibilidade dos direitos humanos, ao proclamar que a realização plena dos direitos civis e políticos seria impossível sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais.[38].

As liberdades substantivas assumem relevante papel para o desenvolvimento humano, pois incluem capacidades elementares para o homem, como, por exemplo, a capacidade de evitar a fome, a morbidez evitável e a morte prematura, assim como alcança as liberdades de saber ler, escrever, ter participação política e liberdade de expressão. As liberdades podem funcionar, portanto, como um meio, quando consideradas em sua perspectiva instrumental, já que contribuem direta ou indiretamente para a liberdade global.[39]

Entre os tipos de liberdades instrumentais, Amartya Sen inclui o que denomina de "oportunidades sociais" como sendo "as disposições que a sociedade estabelece nas áreas de educação, saúde etc., as quais influenciam a liberdade substantiva de o indivíduo viver melhor".[40] Não se pode negar, na atualidade, que a criação de tais oportunidades por meio de serviços públicos essenciais pode contribuir efetivamente para o desenvolvimento econômico e para uma redução significativa das taxas de mortalidade.

Os direitos sociais encontram seu fundamento na própria desigualdade social, característica marcante nos países ainda em desenvolvimento, como bem aponta o Atlas da Exclusão Social:

> Baseado sobretudo no capital estatal e no grande capital estrangeiro, o desenvolvimentismo, ao mesmo tempo em que ampliou fortemente o emprego industrial, gerou níveis de exclusão social equiparáveis às taxas de

---

negação de todos os direitos humanos. Como falar de direito de livre expressão sem o direito à educação? Como conceber o direito de ir e vir (liberdade de movimento) sem o direito à moradia? Como contemplar o direito de participação na vida pública sem o direito à alimentação? Como referir-se ao direito à assistência judiciária sem ao mesmo tempo ter presente o direito à saúde? E os exemplos se multiplicam." In *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, v. 1, p. 475.

[38] CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, v. 1, p. 452.

[39] SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*, p. 52.

[40] Ibidem, p. 56.

> crescimento, que se colocaram entre as maiores do mundo. Expulsos do campo, ao mesmo tempo em que atraídos pelo crescimento urbano e industrial, grandes levas de trabalhadores rurais forneceram tanto a força de trabalho para a indústria, o comércio e os serviços quanto um grande contingente de subempregados e de trabalhadores mal pagos. Em síntese, um exército de reserva disponível para atender às necessidades oriundas de surtos de crescimento econômico e para servir de mecanismo de pressão para contenção dos salários dos empregados. [41]

Desta forma, verifica-se que os direitos sociais, classicamente considerados como uma segunda dimensão, voltam-se, portanto, à oferta de condições aos indivíduos, para que estes possam gozar de uma condição social necessária à fruição de uma liberdade de fato. Sem o gozo dessas prerrogativas mínimas, ou seja, sem a interferência do Estado em lhe garantir o suporte material necessário ao exercício de suas liberdades, restariam inócuas algumas das previsões de direitos. Direitos sociais, na acepção contemporânea, implicam a concessão de um substrato material para que o cidadão possa desenvolver-se plenamente em meio à sociedade em que vive; trata-se de direitos voltados à igualdade e a uma melhor distribuição de riquezas.

2.2 – Direitos sociais "prestacionais" e o problema de sua eficácia na sociedade contemporânea

Na Constituição Brasileira de 1988, o legislador constituinte elencou no art. 6º, como direitos sociais, o direito à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, e à assistência aos desamparados.[42]

---

[41] POCHMANN, Marcio [et. al.] (Org.). *Atlas da exclusão social, volume 5*: agenda não liberal da inclusão social no Brasil, p. 31.

[42] Assim já decidiu o STF: "Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) — que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais — realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) — que se identifica com as liberdades positivas, reais ou concretas — acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de

É de se notar que alguns desses direitos relacionam-se a pretensões positivas exigíveis do Estado e apontam para uma prestação material efetiva capaz de operar mudanças na realidade social, com vistas à melhoria das condições de vida de uma coletividade.

É possível falar-se, portanto, na positivação de direitos sociais em duas esferas de proteção: direitos sociais que abrangem a oferta de prestações materiais e normativas, e, em segundo lugar, os direitos de defesa, os quais buscam equilíbrio nas relações sociais trabalhistas [43]. A nota característica e comum a todos esses direitos é sempre a finalidade de proporcionar ao ser humano o seu pleno desenvolvimento, a igualdade real nas relações sociais e a liberdade de fato.

O que interessa, contudo, ao estudo em questão, é a categoria de direitos voltados à oferta de prestações materiais, fáticas, sem as quais os direitos fundamentais restariam esvaziados de finalidade. Trata-se dos direitos doutrinariamente reconhecidos como "direitos sociais de natureza prestacional".[44]

Ao tratar da questão dos direitos prestacionais, Robert Alexy fornece um conceito dessa categoria de direitos, em um sentido amplo, como sendo todo direito a uma ação positiva do Estado. Este direito a prestações consiste na contrapartida do conceito de direito de defesa, o qual corresponde à exigência de uma omissão por parte do Estado. Nesse sentido, o rol das ações positivas do Estado abrange desde a proteção do indivíduo contra outros indivíduos, como as normas de organização e procedimento, e até prestações em dinheiro e bens.[45]

---

titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, nota de uma essencial inexauribilidade." (MS 22.164, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 17/11/95)

[43] SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 187.

[44] Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, os chamados "direitos sociais de natureza prestacional" têm por objeto uma conduta positiva do Estado (ou particulares destinatários da norma), consistente numa prestação de natureza fática. *In*: *Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 278.

[45] ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*, p. 427.

Essa definição, entretanto, é mais ampla do que o conceito habitual segundo o qual direitos a prestações seriam o direito a algo que o cidadão poderia obter junto aos particulares se tivesse condições financeiras para tanto[46]. E há motivos para a extensão do conceito para além de direitos a prestações fáticas, alcançando as prestações também normativas. Com efeito, há direitos que não se esgotam em um simples direito a prestações fáticas. Assim, o direito fundamental ambiental abrange a necessidade de omissão do Estado, um direito à proteção frente a terceiros e um direito de o titular participar de procedimentos relevantes para o meio ambiente, além do direito a que o Estado realize medidas fáticas visando a melhorar o meio ambiente.[47]

Como direitos a prestações em sentido estrito se compreendem aqueles direitos a prestações que o cidadão poderia obter junto à esfera privada caso houvesse oferta suficiente e caso fosse detentor do aporte financeiro suficiente para fazer frente aos custos. [48]

Há diferenciações entre os direitos a prestações explicitamente estatuídos e os direitos a prestações deduzidos interpretativamente. Os primeiros são também chamados de "direitos sociais fundamentais", ao passo que os segundos seriam os "direitos fundamentais a prestações", ou também "interpretações sociais dos direitos de liberdade e igualdade". Ressalta o autor que essa diferenciação não é destituída de importância. Entretanto, como se verificam semelhanças entre ambas as categorias, é conveniente chamar todos os direitos a prestações em sentido estrito "direitos sociais fundamentais", distinguindo-se dentre eles duas subclasses: os explicitamente estatuídos e os interpretativamente adscritos. [49]

Os direitos a prestações, por exigirem certos comportamentos do Estado,

---

[46] ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*, p. 428.
[47] "Los derechos a prestaciones fácticas, es decir, a prestaciones que también podrían proporcionar los particulares, constituyen, pues, sólo un sector de los derechos a prestaciones. Cuando ello sea relevante, se hablará de 'derechos a prestaciones en sentido estricto' y de 'derechos a prestaciones en sentido amplio'." Ibidem, p. 430.
[48] Ibidem, p. 482.
[49] Ibidem, p. 483.

formam a categoria que suscita maiores dificuldades quanto à sua aplicabilidade direta, uma vez que se relacionam a uma conduta positiva por parte do destinatário, consistente, em regra, em uma prestação de natureza fática ou normativa. Essa dificuldade inerente aos direitos prestacionais aponta para a célebre afirmação de Norberto Bobbio de que “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los” [50].

Quanto ao objeto, os direitos prestacionais destacam-se em face de sua dimensão positiva, já que têm por objeto principal uma conduta positiva do Estado. Com efeito, exigem que sejam colocadas à disposição determinadas prestações com o objetivo de realizar a igualdade material. Não obstante, possuem também uma dimensão negativa consistente em não se poder impor ao potencial titular do direito a prestação que constitui seu objeto.[51]

As características normativo-estruturais distintivas dos direitos sociais a prestações são, 0.298/meirntobe,uur1(sua)5( )]TJ0.0079 Tc 3491871 Tw 0 -2.3 TDjutere di4-6(m)95(tiv 4-o(b)norm

Barroso aponta a divisão da doutrina em três diferentes posições. Há os que entendem que os direitos sociais geram situações prontamente desfrutáveis, dependendo apenas de uma abstenção, enquanto uma outra posição entende que ensejam a exigibilidade de prestações positivas do Estado. Nessa segunda hipótese, o objeto exigível corresponde a uma prestação efetiva, concreta. Em casos como na previsão do direito à saúde, a verificação de eficácia causa dificuldades ao intérprete, considerando os limites materiais e econômicos. Esses limites derivam do fato de que certas prestações situam-se no âmbito das reservas orçamentárias.[53] Por fim, a terceira possibilidade concerne às situações em que a norma constitucional instituidora de um direito social permanece na dependência de norma infraconstitucional integradora, as chamadas normas constitucionais programáticas.

Entretanto, não parece correto pensar que as normas constitucionais programáticas são destituídas de valia e praticidade, uma vez que não há norma constitucional que seja destituída de efeitos, sendo variável apenas o grau de efetividade. Assim, para alguns, repartem-se os efeitos das normas programáticas em imediatos e diferidos. [54]

Essas normas apresentam, como característica comum a todas elas, o fato de reclamarem uma atuação do legislador infraconstitucional para que possam alcançar a plenitude de seus efeitos.[55] São, portanto, normas que apresentam uma baixa (em maior ou menor grau) densidade normativa, já que se limitam a estabelecer programas, finalidades e tarefas a serem implementadas pelo Estado, ou a conter imposições dirigidas ao Legislador.[56]

Ingo Wolfgang Sarlet defende a existência de uma relação de cargas eficaciais que, segundo a doutrina majoritária, seriam comuns a todas as normas definidoras de direitos fundamentais. Em primeiro lugar, dentre os efeitos possíveis, está o de acarretar a

---

[53] BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas:* limites e possibilidades da Constituição Brasileira, p. 108.
[54] Ibidem, p. 121.
[55] SARLET, Ingo Wolfgang, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 286.
[56] Ibidem, p. 287.

revogação dos atos normativos anteriores e contrários ao conteúdo da norma definidora de direito fundamental. Trata-se de uma eficácia derrogatória, a qual se dá de forma imediata e sem necessitar de intervenção legislativa. Havendo, ao contrário, a compatibilidade entre a norma anterior e a nova ordem constitucional, ocorre o fenômeno da recepção. [57]

O montante de realização de cada direito social, contudo, encontra sérios percalços em países periféricos como o Brasil, em decorrência dos postulados do neoliberalismo e do fenômeno da globalização. Esse tema, o qual toca diretamente na questão da eficácia dos direitos sociais básicos, tem merecido análise por parte de juristas e sociólogos, preocupados com o agravamento da pobreza e da desigualdade social, associada à diminuição da oferta de serviços básicos em razão das plataformas de governo ditadas pelo neoliberalismo e que defendem, entre outras medidas, a flexibilização das relações de trabalho e a redução das despesas públicas.

A realidade tem demonstrado o comprometimento dos direitos humanos em face do paradigma econômico vigente, o que se verifica pelas constantes tentativas de minimizar os direitos sociais, a exemplo das normas de proteção às relações de trabalho.[58] Não há como negar que a efetividade dos direitos sociais encontra-se no contrafluxo da globalização econômica, o que se constata na exposição de José Eduardo Faria:

> Como o ovo da serpente, o fenômeno da globalização econômica encerra um potencial altamente conflitivo e, acima de tudo, fragmentador e segmentador: quanto mais veloz é sua expansão, mais intensa acaba sendo a exclusão social por ele propiciada, com impacto diferenciado em termos locais, regionais, nacionais e continentais; quanto maior é a eficiência trazida pelo paradigma da 'especialização flexível da produção' ou 'pós-fordista' e pela geração, controle e manipulação da tecnologia e da informação, maiores tendem a ser e desemprego aberto, a desocupação estrutural, a degradação dos salários diretos, a extinção dos salários indiretos, o progressivo desmantelamento dos

---

[57] SARLET, Ingo Wolfgang, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 290.

[58] A esse respeito, afirma Flávia Piovesan: "A garantia dos direitos sociais básicos (como o direito ao trabalho, à saúde e à educação), que integram o conteúdo dos direitos humanos, tem sido apontada como um entrave ao funcionamento do mercado e um obstáculo à livre circulação do capital e à competitividade internacional. A educação, a saúde e a previdência de direitos sociais básicos transformam-se em mercadoria, objeto de contratos privados de compra e venda – em um mercado marcadamente desigual, no qual grande parcela populacional não dispõe de poder de consumo." *In:* Direitos humanos, democracia e integração regional: os desafios da globalização. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, p. 125.

> mecanismos de seguridade social, a 'precarização' das condições de trabalho e a utilização massiva da mão-de-obra desprovida de direitos elementares ou mínimos. [59]

Contudo, embora venha a promover a desigualdade social e a concentração cada vez maior da renda em desfavor da grande parcela da população, também se verifica, como decorrência do próprio processo globalizante, uma necessidade de garantir um padrão (somente o mínimo possível) de segurança econômica dessa população, a fim de assegurar a sobrevivência do próprio sistema. Isto porque o paradigma econômico não pode sobreviver sem que exista em um grau mínimo de compensação, pelo Estado, da iniqüidade gerada pelas leis de mercado. [60]

No contexto em que se discute a eficácia diferida das normas constitucionais que tratam dos direitos sociais, deve-se dispensar especial atenção à regra da aplicabilidade imediata constante do art. 5º, § 1º, da nossa Constituição, para se desmontar a tradicional escusa da ausência de intervenção legislativa.

2.3 – A previsão de aplicabilidade imediata no art. 5º, § 1º, da Constituição de 1988 em face dos direitos sociais

No Brasil, a Constituição de 1988 consagrou, em seu texto, os direitos fundamentais sob o título "Dos direitos e garantias fundamentais", nele abrangidas as disposições atinentes aos direitos e deveres individuais e coletivos, aos direitos sociais, aos direitos de nacionalidade e aos direitos políticos. O art. 5º, § 1º, da Lei Maior,

---

[59] FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*, p. 246.

[60] Como assinala José Eduardo Faria, "o Estado também é pressionado a editar normas 'sociais' que, apesar do nome, são de natureza eminentemente econômica, envolvendo garantias salariais, trabalhistas e previdenciárias, oportunidades de acesso ao mercado de trabalho e consumo em condições dignas e programas de educação técnica e reciclagem profissional com vistas à obtenção de um grau mínimo de segurança econômica em favor dos segmentos da população mais diretamente atingidos pelo fenômeno da globalização." *In: O direito da economia globalizada*, p. 258.

expressamente dispõe que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Esse dispositivo, conforme entendimento já pacificamente aceito, não pode ter seu âmbito de eficácia limitado aos direitos de liberdade, sendo certo que atinge toda e qualquer categoria de direitos fundamentais, sem exclusão dos direitos políticos, de nacionalidade e dos direitos sociais.

Mais uma vez, enseja invocação a análise autorizada de Ingo Wolfgang Sarlet, quando assevera que a questão da proteção dos direitos fundamentais pela via judicial e da utilização dos instrumentos constitucionais postos à disposição para esse desiderato encontra-se diretamente vinculada ao problema da efetividade dos direitos fundamentais. Assim, a atuação do Judiciário no campo da concretização de direitos pressupõe uma análise particularizada da eficácia e aplicabilidade dessas normas.[61]

Se, para alguns, previsão de instrumentos processuais, como o Mandado de Injunção e a declaração de inconstitucionalidade por omissão, só confirmam a idéia de que, de fato, existem normas que carecem de aplicabilidade imediata e de eficácia plena,[62] a verdade é que essas previsões provam justamente o contrário, a partir momento que permitem cobrar a eficácia das normas negadas pela omissão dos Poderes Públicos. Se elas não fossem normas eficazes, por certo que não se poderia exigir a sua efetivação.

Ainda que se trate de direitos sociais positivados sob o modelo de normas programáticas, estabelecendo programas, fins e tarefas para os órgãos estatais, bem como ordens dirigidas ao legislador, é certo que tais normas são dotadas de certo grau de eficácia e

---

[61] SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 258.

[62] “No que concerne aos instrumentos processuais referidos, entendemos ser possível advogar o ponto de vista de acordo com o qual a previsão constitucional de institutos da natureza de um Mandado de Injunção contra omissões dos poderes públicos e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão não tem, por si só, o condão de outorgar a todas as normas constitucionais a qualidade de aplicabilidade direta e a sua plenitude eficacial, sendo, pelo contrário, justamente uma prova contundente de que existem normas na Constituição que dependem de interposição do legislador, constituindo tal circunstância a própria razão de ser dos instrumentos citados, o que reforça a idéia de que o Mandado de Injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão se encontram, isto sim, a serviço da aplicabilidade imediata, da eficácia e, portanto, também da efetividade das normas constitucionais.” Ibidem, p. 258.

aplicabilidade imediatas, notadamente em face dos responsáveis pela regulamentação.

Não se deve, entretanto, adotar posições extremadas, no sentido de que todos os direitos fundamentais devam ser considerados normas diretamente aplicáveis e passíveis de alcançarem sua plena eficácia sem necessidade de um ato concretizador. A circunstância de poder o Judiciário viabilizar a implementação dos direitos sociais por meio do preenchimento das lacunas não significa a inexistência de limites a essa atividade.[63]

Diante das dificuldades em se atestar a plena possibilidade de o Judiciário assegurar a fruição de certos direitos, pode-se compreender a norma inscrita no art. 5º, § 1º, como sendo norma de cunho principiológico, ou seja, como uma espécie de mandado de otimização que ordena aos órgãos estatais que reconheçam aos direitos fundamentais, e em especial aos direitos sociais, a maior eficácia possível.[64]

Não obstante o disposto no art. 5º, § 1º, reconhece-se que a Constituição faz depender a eficácia de muitos dos direitos sociais da edição de lei integradora. Essa norma deve ser entendida no sentido de que as normas de eficácia limitada são aplicáveis até onde puderem. Em segundo lugar, podem ser invocadas perante o Poder Judiciário para a solução de uma situação concreta.[65]

Eros Roberto Grau apresenta um entendimento próprio sobre as normas que disponham sobre direitos prestacionais ao aduzir que o Estado deve decidir pela imposição do seu cumprimento, independentemente da produção de qualquer ato legislativo ou administrativo, uma vez que "a norma que defina direito ou garantia fundamental, à qual se refere o § 1º, do art. 5º do texto constitucional, é, evidentemente, dotada de vigência e eficácia jurídica".[66] Em razão da aplicabilidade imediata, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais já não são compreendidas como normas de conteúdo programático, mas como

---

[63] SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 263.
[64] Ibidem, p. 264.
[65] SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 165.

normas auto-executáveis. A elas, o Poder Judiciário deve conferir efetividade jurídica ou formal.[67]

A matéria foi também tratada por Andreas Krell, segundo o qual deve ser conferido ao art. 5º, § 1º, da Constituição de 1988, o sentido de que o conteúdo dos direitos fundamentais não exige concretização por uma lei. Esse dispositivo serviria para salientar o caráter preceptivo e não programático dessas normas, deixando claro que os Direitos Fundamentais podem ser imediatamente invocados, ainda que haja falta ou insuficiência da lei.[68] Já no tocante aos direitos sociais, o art. 5º, § 1º, ganha uma função especial: a de "maximizar a eficácia" desses direitos e oferecer as condições materiais para sua fruição.[69]

A regra geral é, portanto, a de que não existe norma constitucional destituída de eficácia e aplicabilidade, devendo-se aplicar o art. 5º, § 1º da Constituição de 1988 como norma que visa a maximizar a aplicabilidade dos direitos sociais, seja de modo direto, seja de modo indireto, mas sempre com a garantia de possibilidades reais de sua realização prática.

2.4 – O princípio da dignidade da pessoa humana no campo dos direitos sociais

A expressão "dignidade da pessoa humana" aponta para um rol de condições mínimas universalmente consagradas e amparadas em valores éticos, sem as quais não poderá o ser humano desenvolver-se adequadamente. Entre essas condições, pode-se mencionar a liberdade, a proteção do Estado, moradia digna com higiene e proteção, alimentação, educação, trabalho digno e adequado às normas de proteção ao trabalhador, acesso aos meios

---

[66] GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988:* interpretação e crítica, p. 278-279.
[67] Ibidem, p. 279.
[68] KRELL, Andreas J**.** *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha:* os (des)caminhos de um Direito Constitucional "comparado", p. 38.
[69] "Por eficácia jurídica entendemos a capacidade (potencial) de uma norma constitucional para produzir efeitos jurídicos. A efetividade, por sua vez, significa o desempenho concreto da função social do Direito, representa a materialização, o mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação entre o dever-ser normativo e

de comunicação e à justiça. Enfim, o conceito de "dignidade humana" é indissociável desses requisitos mínimos de bem-estar que fazem do homem o objeto de preocupação.

A esse respeito, colhem-se algumas opiniões da doutrina, como a de que "o valor da dignidade da pessoa humana impõe-se como núcleo básico e informador de todo ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional".[70] Dessa forma, o princípio da dignidade deve constituir critério informador de todo o ordenamento jurídico, estando na base dos direitos e garantias fundamentais, porquanto considera a proteção do homem como núcleo do sistema normativo: "infere-se que o valor da dignidade da pessoa humana, bem como o valor dos direitos e garantias fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos".[71]

Jorge Miranda destaca o princípio da dignidade da pessoa humana como um imperativo de unidade valorativa do sistema constitucional, uma vez que a Constituição repousa sobre o primado que faz da pessoa o fundamento e fim da sociedade e do Estado. Nesse passo, o autor formula algumas diretrizes básicas sobre o assunto, dentre as quais a de que cada pessoa vive em relação comunitária, o que significa a necessidade de reconhecimento por cada pessoa da dignidade dos demais.[72] E destaca, ainda, que outra importante faceta desse princípio reflete uma procura pela qualidade de vida, o que representa que a dignidade justifica-se ante o anseio pela melhoria e transformação das condições de vida do homem.[73]

No campo da filosofia, situa-se o homem como o valor fundamental e

---

o ser da realidade social." KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha:* os (des)caminhos de um Direito Constitucional "comparado", p. 39.

[70] PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p. 55.
[71] Ibidem, p. 56.
[72] MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, p. 180-183.
[73] Ibidem, p. 192.

subordinante de todos os valores. No centro da concepção axiológica, está a idéia do homem como ente que, a um só tempo, "é" e "deve ser" com consciência de sua dignidade, e "é dessa autoconsciência que nasce a idéia de pessoa, segundo a qual não se é homem pelo mero fato de existir, mas pelo significado ou sentido da existência".[74] Há um valor que deve ser reputado valor fundamental ou valor-fonte, como condição de todos os demais valores, que é o "valor da pessoa humana".[75]

Na dignidade humana, está não só a garantia negativa de que a pessoa não vá ser objeto de ofensas e humilhações, mas encontra-se também a afirmação positiva do pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo.[76] Esse princípio, ainda que enunciado em termos programáticos nos preâmbulos das Constituições, a exemplo da Lei Fundamental de Bonn e da Constituição Italiana de 1948, constitui uma manifestação positiva de juridicidade capaz de irradiar seus efeitos sobre todos os demais preceitos constitucionais.[77]

Assim, não há dúvida de que a dignidade erige-se em critério orientador do sistema de proteção aos direitos fundamentais, razão pela qual a expressão recebeu menção na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, logo no primeiro parágrafo de seu preâmbulo, ao ser considerado inerente a todos os membros da família humana, além de constituir fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.[78] No Artigo I, vislumbra-se também referência a esse princípio ao se instituir que "todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos".

No mesmo sentido, foi inserido o termo "dignidade" no preâmbulo do Pacto

---

[74] REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, p. 211.
[75] Ibidem, p. 228.
[76] LUÑO, PÉREZ. *Direitos Humanos, Estado de Direito e Constituição*, p. 318.
[77] Ibidem, p. 76-77.
[78] Declaração Universal dos Direitos Humanos: "Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo; (...)."

Internacional dos Direitos Civis e Políticos, assim como no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, constituindo suporte axiológico aos sistemas jurídicos dos Estados-partes.

O Direito, como fator de transformação social, não pode permanecer desvinculado dessa realidade social circundante, devendo encarar o desafio ético de modificação e minimização da exclusão social. Esse desafio é obviamente maior em países como o Brasil, em que os índices alarmantes de violência, analfabetismo e miséria absoluta aprofundam o fosso da desigualdade social e põem em xeque a própria noção de democracia.[79]

A respeito do tema, o Tribunal Constitucional Alemão proferiu célebre decisão, na qual se firmou o conceito de dignidade humana, ao exercer o controle abstrato de constitucionalidade da 17ª Emenda Constitucional que acrescentou um novo dispositivo ao art. 10 da *Grundgesetz* (Lei Fundamental – Constituição da República da Alemanha), o Art. 10 II 2 GG.[80] No julgado, discutiram-se os limites do direito ao sigilo da correspondência em face do princípio declarado no Art. 1 I da Lei Fundamental [81] , segundo o qual, a dignidade é considerada intocável, cabendo a todos os poderes o dever de protegê-la. A apontada decisão,

> por emenda constitucional, tudo depende de se determinar que condições devem estar presentes para que a dignidade humana possa ser considerada como violada. Evidentemente não se pode falar em termos gerais, mas sempre em face do caso concreto. Formulações gerais, como a de que a pessoa humana não pode ser reduzida a um simples objeto do poder público, podem tão somente indicar a direção na qual podem ser encontrados casos de violação da dignidade humana. Não raramente a pessoa humana é, sim, mero objeto, não apenas das relações e do desenvolvimento da sociedade, mas também do Direito, na medida em que deve se submeter em detrimento de seus interesses. Somente desse lado, [portanto] não se pode deduzir uma violação da dignidade humana. Ao contrário, para estar presente uma violação da dignidade humana o atingido precisa ter sido submetido a um tratamento que coloque em xeque, de antemão, sua qualidade de sujeito [de direitos], ou haver no caso concreto um desrespeito arbitrário à sua dignidade. O tratamento da pessoa humana pelo poder público que cumpre a lei deve, para se verificar se a dignidade humana foi atingida, ser expressão do desrespeito ao valor a que o ser humano tem direito por força de sua existência como pessoa, configurando, portanto, nesse sentido, 'um tratamento desrespeitoso'. [82]

No Brasil, a Constituição de 1988 inseriu a dignidade da pessoa humana entre os fundamentos da República Federativa do Brasil.[83] Trata-se de um princípio informador de todo o arcabouço constitucional, cuja observância é imposta ao legislador ordinário e ao Poder Executivo, além de constituir critério interpretativo de todo o ordenamento.

O princípio em tela encerra um conjunto de preceitos éticos que têm, em seu núcleo, o próprio homem como valor supremo. Com efeito, o ser humano é erigido ao objetivo primacial da sociedade e do Estado, e sem o respeito à condição humana não há como se falar em preservação da sociedade.

O Supremo Tribunal Federal já assentou que a dignidade da pessoa humana foi elevada à condição de princípio fundamental da República: "assume, de conseqüência, o papel de inspirador não só do legislador ordinário, como também do aplicador do Direito, que nunca deve perder de vista seus parâmetros, sob pena de desrespeitar o próprio ordenamento

---

[82] SCHWABE, Jürgen. *Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, p. 180-181.

[83] 'Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direitos e tem como fundamentos: I. a soberania; II. A

jurídico que legitima sua atuação".[84]

Assim, considerando que os direitos sociais voltam-se à oferta de condições para o pleno desenvolvimento humano, conclui-se que o princípio da dignidade encontra-se na base desses direitos, constituindo seu fundamento maior. Com efeito, os chamados direitos de segunda dimensão buscam conferir não apenas a existência humana, mas uma existência com qualidade e igualdade de condições.

Os tribunais brasileiros, ao apreciarem pedidos de acesso gratuito a determinados bens ou serviços de saúde, têm reiteradamente destacado a relação entre o direito à saúde e o direito à vida, utilizando-se largamente do princípio da dignidade da pessoa humana. Neste particular, há decisões do Supremo Tribunal Federal nas quais se invocou o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento para o julgamento de reiterados casos de ações movidas contra o Poder Público em busca de prestações sociais.[85]

É possível concluir-se pela estreita vinculação do princípio da dignidade humana com os direitos sociais, uma vez que estes são voltados a conferir bem-estar e qualidade de vida, a fim de que os cidadãos possam efetivamente gozar de suas liberdades. É o próprio conceito de dignidade que atribui sentido ao reconhecimento dos direitos sociais, porquanto vincula e orienta a atividade estatal para o objetivo de melhoria das condições de vida da população, o que se dá pela progressiva adoção de programas sociais.

---

cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV. os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V. o pluralismo político."

[84] *Habeas Corpus* nº 83358 / SP. Relator Min. CARLOS BRITTO. Julgamento: 04/05/2004. Órgão Julgador: 1ª Turma. Publicação: DJ 04.06.2004, p. 00047.

[85] "O direito à saúde — além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas — representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. (...) O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, *caput*, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade." Recurso Extraordinário nº 271.286-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 24/11/00). No mesmo sentido: RE 393.175, Rel. Min. Celso de Mello, Informativo 414.

3 – O DIREITO À SAÚDE SOB A PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

3.1 – A menção à saúde nos documentos internacionais de proteção dos direitos humanos

Seguindo as diretrizes traçadas pela Carta das Nações Unidas, foi aprovada sob a forma de resolução, em 10 de dezembro de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual veio a constituir uma interpretação do que se entende, na atualidade, pela expressão "direitos humanos". Conforme assinala Flávia Piovesan, a Declaração de 1948, embora não assuma a forma de tratado internacional, apresenta força vinculante em relação aos estados integrantes da comunidade internacional, na medida em que se impõe como um código de conduta, para um reconhecimento universal dos direitos humanos.[86]

O art. 22 da Declaração[87], ao tratar da dignidade e do livre desenvolvimento da personalidade humana, cuida de introduzir uma série de preceitos categorizados como direitos econômicos, sociais e culturais, contemplados nos artigos 23 a 27. Estes direitos são considerados indispensáveis à dignidade do homem e ao desenvolvimento de sua personalidade, devendo ser realizados através do esforço nacional e da cooperação internacional:

> Artigo XXII.
> Todo homem, como membro da sociedade, tem direito à segurança social, à realização pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

No art. 25, faz-se expressa alusão ao acesso às condições mínimas de saúde e bem-estar, inclusive a cuidados médicos e serviços sociais indispensáveis:

> Artigo XXV.

---

[86] PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p. 155.
[87] Disponível em: <http://www.unicrio.org.br/BibliotecaTextos.php?Texto=udhr.htm>. Acesso em: 5 set. 2006.

> 1. Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.
>
> 2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio gozarão da mesma proteção social.

Em matéria de reconhecimento de direitos sociais no âmbito dos organismos internacionais, além da Declaração dos Direitos Humanos, destaca-se o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, cujo projeto teve sua elaboração iniciada em 1954. Amparado no princípio de que a dignidade é inerente à pessoa humana, teve por intuito o de "permitir a adoção de uma linguagem de direitos que implicasse obrigações no plano internacional, mediante a sistemática da *internacional accountability*".[88] O Pacto cria, portanto, obrigações legais aos Estados-membros, sendo capaz de ensejar inclusive a responsabilização internacional, em caso de violação.

Tratando especificamente de direitos relacionados à justiça social, o Pacto reconhece o direito, entre outros, ao gozo do melhor estado de saúde física e mental possível de atingir, conforme redação do art. 12º:

> Artigo 12.º
>
> 1. Os Estados-Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas de gozar do melhor estado de saúde física e mental possível de atingir.
>
> 2. As medidas que os Estados-Partes no presente Pacto tomarem com vista a assegurar o pleno exercício deste direito deverão compreender as medidas necessárias para assegurar:
>
> 3.
>
> a. A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o são desenvolvimento da criança;
>
> b. O melhoramento de todos os aspectos de higiene do meio ambiente e da higiene industrial;

---

[88] PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p. 179.

> c. A profilaxia, tratamento e controle das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras;
>
> d. A criação de condições próprias a assegurar a todas as pessoas serviços médicos e ajuda médica em caso de doença.

Quanto à supervisão do cumprimento dessas medidas, os Estados-partes comprometem-se a apresentar informes sobre as medidas que estejam sendo tomadas e quanto aos progressos que tenham sido realizados, com o objetivo de assegurar o respeito ao direito à saúde assim como aos demais direitos reconhecidos no Pacto. Tais informes são submetidos à análise do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o qual detém o poder de tecer comentários e expedir recomendações acerca do cumprimento desses direitos.

Com o fim de avaliar o grau de eficiência dos serviços de saúde no âmbito internacional, foi constituída, em 7 de abril de 1948, a Organização Mundial da Saúde, organismo especializado na cooperação internacional no fomento e proteção da saúde de todos os povos, de conformidade com os termos do art. 57 da Carta das Nações Unidas. Tal como estabelece sua Constituição, o objetivo da OMS é decidir as principais questões relativas às políticas de saúde, com o fim de que todos os povos possam gozar do grau máximo de saúde que se possa lograr. E como veículo para a realização de suas metas, a OMS apresenta dados econômicos acerca dos gastos realizados por cada país nas áreas médica e sanitária, permitindo uma análise comparativa entre os diversos Estados.

A saúde, aqui, é, para efeito de proteção, considerada um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não somente como uma ausência de enfermidades, adotando-se como fundamento os seguintes princípios:

> A extensão a todos os povos dos benefícios dos conhecimentos médicos, psicológicos e afins é essencial para alcançar o mais alto grau de saúde.
>
> Uma opinião pública bem informada e uma cooperação ativa por parte do público são de importância capital para o melhoramento da saúde do povo.
>
> Os governos têm responsabilidade na saúde de seus povos, a qual somente pode ser cumprida mediante a adoção de medidas sanitárias e sociais

adequadas. [89]

A Organização Mundial de Saúde compõe-se de órgãos regionais, entre os quais está a Organização Pan-Americana da Saúde – OPAS/OMS, a qual conta, inclusive, com escritório de representação no Brasil, e que tem por finalidade cooperar, através de seus técnicos e cientistas, com os governos na melhoria de políticas e serviços públicos de saúde. Estimula o trabalho em conjunto com os países das Américas, buscando alcançar metas comuns como iniciativas sanitárias multilaterais, de acordo com as decisões dos governos que fazem parte do corpo diretivo da Organização.[90]

Em nível regional, destaca-se, como importante documento para o reconhecimento dos direitos sociais, o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, denominado de "Protocolo de São Salvador" [91], cuja entrada em vigor deu-se em 1999, inspirado no ideal de um ser humano realizado e livre de temor e miséria. De conformidade com o Protocolo, para que esse objetivo seja alcançado, são necessárias algumas condições de vida que permitam, a todas as pessoas, gozar de um nível de vida aceitável e de qualidade. Dessa forma, em seu artigo primeiro, os Estados se obrigam a adotar, até o máximo de seus recursos disponíveis, as medidas necessárias para lograr o desenvolvimento progressivo, tomando-se em consideração alguns direitos, entre os quais o direito à saúde.

Ainda segundo o Protocolo de São Salvador (artigo 11), considera-se que viver em um ambiente saudável e ter uma nutrição adequada (artigo 12) são direitos que estão

---

[89] Disponível em: <http://www.who.int/about/es/>. Acesso em: 5 set. 2006.

[90] "A Organização Pan-Americana da Saúde é um organismo internacional especializado em saúde. Sua missão é orientar os esforços estratégicos de colaboração entre os Estados membros e outros parceiros, no sentido de promover a eqüidade na saúde, combater doenças, melhorar a qualidade de vida e elevar a expectativa de vida dos povos das Américas." Disponível em: <http://www.opas.org.br/opas.cfm>. Acesso em: 8 nov. 2006.

intimamente vinculados ao direito à saúde e que constituem requisitos necessários para que o ser humano alcance o máximo desenvolvimento físico, psíquico e social. Também se estabeleceu o compromisso para os países signatários de apresentar informes periódicos perante o Conselho Interamericano, Econômico e Social, assim como perante o Conselho Interamericano para a Educação, a Ciência e a Cultura da Organização dos Estados Americanos.

Importa, ainda, ressaltar que os níveis de atenção à saúde das pessoas especialmente vulneráveis a incapacidades, transtornos mentais e doenças infecciosas, têm sido analisados em sua vinculação com distintos direitos civis e políticos e liberdades fundamentais. De acordo com o Informe nº 29/99, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH[92], o estado de saúde de indivíduos nessas condições constitui um importante fator para determinar se as mesmas foram submetidas a tratamento degradante, proibido pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais [93] faz referência a quatro elementos essenciais e interligados que se referem aos estabelecimentos, bens e serviços de saúde, e cuja aplicação pode variar de acordo com a situação particular de cada Estado: disponibilidade; acessibilidade física e econômica sem discriminação; aceitabilidade; e qualidade. Em sua Observação nº 14, o Comitê esclarece quais são as obrigações mínimas dos Estados, as quais não estão sujeitas à disponibilidade de recursos e cujo cumprimento deve ser imediato: a) garantir o acesso a centros, bens e serviços de saúde sem discriminação

---

[91] OEA nº 69 (1988). Subscrito em 17 de novembro de 1988 e com entrada em vigor em 16 de novembro de 1999, ratificado por 12 Estados. Disponível em: <www.cidh.oas.org/Basicos/Base4.htm>. Acesso em: 30 set. 2006.

[92] A Comissão Interamericana de Direitos Humanos é uma das entidades do sistema interamericano de proteção e promoção dos direitos humanos nas Américas, e consiste em um órgão autônomo da Organização dos Estados Americanos (OEA).

[93] O Conselho Econômico e Social da ONU instituiu o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que tem a função de monitorar a implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais, previstos no Pacto, como também tem a função de examinar relatórios periódicos, apresentados pelos Estados-partes, como também

e, em especial, com relação a grupos marginais; b) assegurar o acesso a uma alimentação essencial mínima; c) garantir a moradia e o abastecimento de água; d) facilitar medicamentos essenciais; e) adotar um plano de ação nacional de saúde pública; f) adotar e aplicar estratégia e plano de ação nacionais de saúde pública para fazer frente às preocupações em matéria de saúde da população. [94]

Por último, é digna de menção a Carta de Intenções, formulada na 1ª Conferência Internacional sobre Promoção da Saúde, em Otawa, Canadá, no ano de 1986, a qual estabeleceu que "a saúde é um recurso da maior importância para o desenvolvimento social, econômico e pessoal, e uma dimensão importante da qualidade de vida. No seu conjunto, os fatores políticos, econômicos, sociais, culturais, ambientais, comportamentais e biológicos, podem ser favoráveis ou nocivos à saúde". A importância da Conferência de Otawa está, sobretudo, na fixação de novas diretrizes e princípios voltados à organização dos sistemas de saúde em diversos países, e que viriam a se refletir na criação do Sistema Único de Saúde no Brasil após o advento da Constituição de 1988. De acordo com sua Carta de Intenções, a promoção da saúde centra-se na procura da eqüidade, uma vez que pretende

---

deve emitir "comentários gerais", apresentando o que venha a ser a interpretação autêntica e de máxima eficácia para as disposições do Pacto.

[94] Texto extraído da Observação Geral nº 14 do Comitê de Directos Econômicos, Sociais e Culturais: "Considerada conjuntamente con instrumentos más recientes, como el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo[94], la Declaración de Alma-Ata ofrece una orientación inequívoca en cuanto a las obligaciones básicas dimanantes del artículo 12. Por consiguiente, el Comité considera que entre esas obligaciones básicas figuran, como mínimo, las siguientes: a) Garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados; b) Asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima que sea nutritiva, adecuada y segura y garantice que nadie padezca hambre; c) Garantizar el acceso a un hogar, una vivienda y unas condiciones sanitarias básicos, así como a un suministro adecuado de agua limpia potable; d) Facilitar medicamentos esenciales, según las definiciones periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la OMS; e) Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud; f) Adoptar y aplicar, sobre la base de las pruebas epidemiológicas, una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública para hacer frente a las preocupaciones en materia de salud de toda la población; la estrategia y el plan de acción deberán ser elaborados, y periódicamente revisados, sobre la base de un proceso participativo y transparente; esa estrategia y ese plan deberán prever métodos, como el derecho a indicadores y bases de referencia de la salud que permitan vigilar estrechamente los progresos realizados; el proceso mediante el cual se concibe la estrategia y el plan de acción, así como el contenido de ambos, deberá prestar especial atención a todos los grupos vulnerables o marginados". Disponível em <www. .unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/HRI.GEN.1.Rev.7.Sp?Opendocument>. Acesso em: 5 set. 2006.

reduzir as desigualdades existentes nos níveis de saúde das populações e assegurar a igualdade de oportunidades e recursos. Para atingir este objetivo, torna-se necessária uma sólida implantação num meio favorável, acesso à informação, estilos de vida e oportunidades que permitam opções saudáveis. [95]

O direito à saúde, por conseguinte, entendido como o desfrute do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social, pode ser encontrado em diversas fontes legais de Direito Internacional. Desses documentos internacionais de direitos humanos, colhem-se as diretrizes dirigidas a cada país signatário no campo da saúde, tendo como meta a elevação dos níveis de qualidade de vida das populações. A importância do tema no cenário internacional está na instituição de preceitos de observância recomendada e que devem informar o legislador e o administrador nacionais quando da elaboração e implementação de políticas públicas na área da saúde.

Pode-se compreender o direito à saúde, no âmbito dos documentos internacionais de direitos humanos, como sendo o direito não somente a uma ausência de doenças, como também a um estado de bem-estar geral, físico e social, de modo a permitir ao indivíduo seu completo desenvolvimento.

Para se avaliar a situação de saúde de uma população, podem ser utilizados vários determinantes, tais como os fatores sociais estruturantes (padrões de desenvolvimento em educação e renda); as condições concretas de vida, trabalho, meio ambiente e cultura que caracterizam o comportamento dos indivíduos; características individuais (idade e raça), além do acesso a bens e serviços de saúde e ao saneamento básico.[96] Embora seja difícil estabelecer o peso de cada um desses elementos para se medir os níveis de saúde de uma população, não há dúvida de que a execução de políticas sociais de combate à desigualdade e a oferta de

---

[95] Disponível em: <www.saudepublica.web.pt/05-PromocaoSaude/Dec_Ottawa.htm>. Acesso em: 30 set. 2006.
[96] BRASIL. Ministério do Planejamento. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. *Boletim de Políticas Públicas Sociais – Acompanhamento e Análise nº 13*, Edição Especial, 2007, p. 116.

serviços públicos constituem fatores decisivos. [97]

O legislador ordinário brasileiro, ao editar a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, ressaltou que a saúde constitui um direito fundamental e ao mesmo tempo fixou, como fatores determinantes e condicionantes da saúde, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais, acrescentando, ainda, serem pertinentes à saúde as ações voltadas a garantir condições de bem-estar físico, mental e social.[98]

Pode-se então concluir que a abrangência do conceito de saúde, para fins de atuação estatal, vai muito além da atividade preventiva e curativa de doenças, alcançando ainda a obrigatoriedade de ações que assegurem o bem-estar e o desenvolvimento do indivíduo no ambiente social.

3.2 – A saúde no Brasil, hoje: alguns indicadores econômicos e sociais

No que toca aos índices de desenvolvimento na área de saúde pública, o Brasil não ocupa posição privilegiada, nem mesmo se comparado a outros países sul-americanos, cuja situação de desigualdade social assemelha-se à realidade brasileira.

A análise sistemática da situação de saúde no Brasil requer o acompanhamento de indicadores padronizados, capazes de medir, de forma sintética, aspectos

---

[97] Segundo relatório de acompanhamento de políticas sociais do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, para algumas correntes do pensamento sociais em saúde, os fatores comportamentais não podem ser analisados como se fossem determinantes primários das doenças, pois são, na verdade, resultados da inqüidade social. Assim, as desigualdades estruturais da sociedade, estas sim, é que atuam como a matriz primária dos agravos à saúde. *In* BRASIL. Ministério do Planejamento. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. *Boletim de Políticas Públicas Sociais – Acompanhamento e Análise nº 13*, Edição Especial, 2007, p. 117.

[98] Lei nº 8.080/90: "Art. 3º. A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais. Parágrafo único: Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social."

relevantes do estado de saúde da população e a sua correlação com fatores condicionantes e determinantes. Tais indicadores compõem um conjunto de dados estabelecido de forma criteriosa e consensual, de modo a constituir uma plataforma comum de trabalho. As principais fontes utilizadas são os sistemas de informação e os bancos de dados disponíveis em âmbito nacional, com informações de fácil acesso para que os usuários compreendam o significado dos dados produzidos e as suas limitações.

A Organização Pan-americana da Saúde elaborou trabalho intitulado "Objetivos de Desenvolvimento do Milênio: uma visão a partir da América Latina e do Caribe" [99], texto no qual são apontados indicadores sociais na área de saúde, além de serem estabelecidas metas para se alcançar o desenvolvimento nessa área. O documento apresenta um panorama sobre a situação social e em saúde da população residente na América Latina e no Caribe com o intuito de fornecer informações que auxiliem nas discussões da próxima Assembléia Geral das Nações Unidas.

Em capítulo dedicado especificamente ao direito à saúde, os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio apontam para determinados indicadores, tais como taxa de mortalidade de crianças menores de cinco anos, taxa de mortalidade infantil, taxa de mortalidade materna, partos com assistência de pessoal de saúde especializado e número de homens e mulheres de 15 a 49 anos que vivem com HIV/SIDA. Todos esses índices objetivam medir o desenvolvimento dos países latino-americanos e apontam, ao mesmo tempo, para o estabelecimento de metas sociais. Nesse cenário, o Brasil ocupa posição deficitária em vários dos indicativos pesquisados, podendo-se mencionar a taxa de mortalidade infantil, quadro no qual o país somente se apresenta em melhor situação quando comparado ao Haiti, Bolívia, Guiana, Guatemala, Paraguai, República Dominicana, Peru,

---

[99] Texto disponível em: <http://www.eclac.org/publicaciones/SecretariaEjecutiva/1/LCG2331/lcg2331e.pdf>. Acesso em: 3 set. 2006.

Honduras, Belice e Nicarágua.[100]

O documento trata também da resposta dos sistemas de saúde e os desafios para alcançar os objetivos de desenvolvimento do milênio relacionados à saúde.[101] Registra-se, aqui, que as insuficiências, que apresentam os sistemas de saúde na América Latina, constituem barreiras que dificultam a superação das brechas e reduzem as possibilidades de se adotarem medidas eficientes. Do ponto de vista da estrutura desses sistemas, apresentam-se, como as limitações mais importantes, a segmentação e a fragmentação.

A barreira da segmentação, segundo o relatório das Nações Unidas, impede ou dificulta a adoção de medidas eficazes em função dos custos, uma vez que impõe condições de acesso aos sistemas de saúde que só podem ser satisfeitas pelos grupos sociais mais privilegiados, fator este que aprofunda a desigualdade. [102] A fragmentação, por sua vez, dificulta as intervenções eficazes em função dos custos, porque a existência de múltiplos agentes que atuam sem coordenação impede uma padronização adequada dos serviços e contribui para o uso ineficiente dos recursos dentro do sistema.

Um quadro elaborado pela Organização Mundial de Saúde[103] demonstra que o país atingiu, em 2003, uma taxa de mortalidade infantil (considerada como a probabilidade de morte antes dos cinco anos de idade) de 39 a cada 1000, para o sexo masculino, acompanhada da taxa de 32 crianças, a cada 1000, para o sexo feminino. A taxa de

---

[100] NAÇÕES UNIDAS. *Objetivos de Desarrollo del Milenio*. Gráfico V.1, p, 144. Disponível em: <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/1/21541/lcg2331e.pdf>. Acesso em: 5 set. 2006.

[101] *Objetivos de Desarrollo del Milênio*, p. 161.

[102] "Os resultados de estudos realizados em vários países da região demonstram que de 20% a 77% da população não tem acesso ao sistema de saúde, quando dele necessita e 78% em média não conta com seguros de saúde de nenhum tipo (OPS/OMS/OSDI, 2001-2004), situação que tem se agravado devido às mudanças no mercado de trabalho, em particular com o incremento da economia informal. A análise dos motivos que levam a não solicitar serviços institucionais de saúde em qualquer subsistema permite concluir que isso se deve principalmente a causas econômicas." NAÇÕES UNIDAS. *Objetivos de Desarrollo del Milênio*, p. 162. Disponível em: http://www.eclac.org/publicaciones/xml/1/21541/lcg2331e.pdf>. Acesso em: 5 set. 2006.

[103] Dados fornecidos pela Organização Mundial de Saúde, *World Health Organization*, <http://www3.who.int/whosis/indicators.cfm?country=bra>. Acesso em: 5 set. 2006.

mortalidade adulta[104] é de 240 e 129 por cada 1000 habitantes, para homens e mulheres**,** respectivamente.

percentual do Produto Interno Bruto, é inferior a outros países sul-americanos, como, por exemplo, Colômbia, Paraguai, Suriname e Uruguai. Por outro lado, a participação da despesa pública na despesa total em saúde é inferior, em percentual, ao da Venezuela, Peru, Argentina, Bolívia, Guiana e Colômbia.

A consulta direta à fonte de dados acerca dos investimentos no campo da saúde restou facilitada sobremaneira pela criação do Sistema de Informações sobre Orçamentos Públicos em Saúde – SIOPS, cujo objetivo principal tem sido o de fornecer informações relevantes, de caráter orçamentário e financeiro, para o planejamento, a gestão e o controle social do financiamento e do gasto público em saúde nas três esferas de governo.

Um levantamento das despesas com ações e serviços públicos de saúde financiada por recursos federais revela que foi atingido, no ano de 2000, o montante de R$ 20,35 bilhões, excluídos os gastos com Inativos e Pensionistas e com o Serviço da Dívida.[107]

A partir das despesas apuradas no ano de 2000, o Ministério da Saúde procedeu à elaboração de estimativas de impacto da vinculação constitucional de recursos para a saúde[108], a partir dos critérios estabelecidos pela Emenda Constitucional nº 29/2000 para a destinação de recursos à área de saúde. A informação utilizada como base para o cálculo das estimativas de gastos do governo federal para os anos de 2001 a 2004 foi a dos recursos empenhados pelo Ministério da Saúde em 2000, que atingiu R$ 20,35 bilhões com ações e serviços públicos de saúde.[109]

Para a estimativa do gasto federal em saúde, no período 2001/2004, aplicou-se o art. 7º da EC nº 29, que modifica o art. 76 das Disposições Constitucionais Transitórias,

---

[107] Disponível em: <http://siops.datasus.gov.br/Documentacao/Despesa_Total_Correntes_PIB_00_03.PD0F>. Acesso em: 5 set. 2006.

[108] BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão de Investimentos em Saúde. *Estimativas de impacto da vinculação constitucional de recursos para a saúde*: Emenda Constitucional nº 29/2000 / Ministério da Saúde, Secretaria de Gestão de Investimentos em Saúde; elaboração de Ana Cecília de Sá Campello Faveret... [et al.]. Brasília : Ministério da Saúde, 2001. 36p. il. – (Cadernos de Economia da Saúde; 1 / Série J. Cadernos; n. 4)

[109] As despesas com ações e serviços Públicos de Saúde são aquelas definidas na quinta e sexta diretriz da Resolução nº 322/2003 do Conselho Nacional de Saúde.

estabelecendo-se que a União deveria aplicar no setor, no ano 2000, no mínimo, o valor aplicado em 1999 – total empenhado, exceto os gastos com Inativos e Pensionistas e com o Serviço da Dívida – acrescido de 5%, enquanto no período de 2001 a 2004, a aplicação seria do valor do ano anterior corrigido pela variação nominal do Produto Interno Bruto - PIB.[110]

A realidade veio demonstrar, entretanto, a superação das expectativas de gastos no período posterior a 2001. Consoante dados fornecidos pelo Sistema de Informações sobre Orçamentos Públicos em Saúde – SIOPS, embora o total das despesas em 2001 (R$ 22,47 bilhões) tenha se aproximado do esperado (R$ 22,57 bilhões), deu-se, posteriormente, um substancial aumento nas despesas, as quais chegaram ao total de R$ 24,73 bilhões em 2002, ao total de R$ 27,18 bilhões em 2003.

Nesse sentido, o estudo realizado pelo Ministério da Saúde para apresentação dos dados coletados pelo Sistema de Informações revela:

> Os governos estaduais e distrital praticamente duplicaram os recursos aplicados em saúde, apresentando um aumento de 93,6%. Resultado próximo a este foi obtido pelo conjunto de municípios, um crescimento de 92%, entre 2000 e 2003. O governo federal apresenta um desempenho mais modesto, apesar de expressivo, com um aumento de 33,6% nos recursos aplicados.
> Quando comparado com os índices de inflação do período, medidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Ampliado – IPCA, observa-se que a variação dos recursos federais foi inferior à variação nos preços, 40,3%. No entanto, a variação de preços, observada para o grupo Saúde e Cuidados Pessoais e seus subgrupos, foi menor, situando-se em patamar inferior a 30% (...).
> Os percentuais de crescimento dos recursos federais foram mais regulares ao longo do período que os dos demais níveis de governo. Enquanto este apresentou um crescimento em relação ao ano anterior ao redor de 10% ao longo de todo o período, para estados e municípios, o ritmo de crescimento das aplicações vai se reduzindo.
> (...)
> Quando se observa a evolução das despesas com ações e serviços de saúde por habitante, o comportamento é similar ao exposto anteriormente. Os percentuais de crescimento, no entanto, são ligeiramente inferiores em função do crescimento da população. Em termos *per capta*, a despesa com saúde dos

---

[110] A EC nº 29/2000, em seu art. 7º, estabeleceu nova redação para o art. 77 do ADCT: "Art. 77. Até o exercício financeiro de 2004, os recursos mínimos aplicados nas ações e serviços de saúde serão equivalentes: I. no caso da União: a) no ano de 2000, o montante empenhado em ações e serviços públicos de saúde no exercício financeiro de 1999 acrescido de, no mínimo, cinco por cento; b) no ano 2001 ao ano 2004, o valor apurado no ano anterior, corrigido pela variação nominal do Produto Interno Bruto – PIB".

> três níveis de governo passou de R$ 200,64 para R$ 303,17, dentre 2000 e 2003 (...). Isso corresponde a uma variação de 51,1%. Com relação aos recursos federais, a variação foi de 28,2%, para os estados de 85,9% e, para o conjunto dos municípios, de 84,4%. Na composição destes valores, o gasto municipal *per capta* exclui a população do Distrito Federal.
> (...)
> Expresso em termos de percentual do Produto Interno Bruto, a despesa com ações e serviços públicos de saúde dos três níveis de governo cresceu entre 2000 e 2002. Neste período, passou de 3,09% do PIB para 3,48%. No ano de 2003 ocorre queda, atingindo o patamar de 3,45 do PIB (...).

Vislumbra-se, ante os indicadores sociais e dados referentes aos recursos públicos destinados à saúde, que se faz imperativo um maior controle da atividade governamental e o estabelecimento de princípios orientadores para as políticas públicas de saúde no Brasil, a fim de que se possa elevar a oferta de serviços básicos à população.

3.3 – O direito à saúde na Constituição Brasileira de 1988

O direito à saúde restou expressamente consagrado no art. 6º da Constituição Brasileira de 1988 entre os direitos sociais, com sua disciplina mais particularizada constante dos artigos 196 a 200, incluído no campo da seguridade social.

No art. 196, prevê-se que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

O art. 197 realçou o caráter de relevância pública das ações e serviços de saúde, remetendo ao Poder Público a respectiva regulamentação, fiscalização e controle. Trata-se, portanto, de direito social prestacional, ou seja, direito de dimensão positiva.

A Constituição estabelece, também, a prestação de serviços públicos de saúde através de uma rede regionalizada e hierarquizada, com a previsão de descentralização, atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, e com a participação da

comunidade (art. 198, *caput* e incisos I a III). Pode-se, com isso, formular uma síntese dos princípios que compõem o fundamento do direito social à saúde.

A regionalização implica a organização de serviços de assistência à saúde com base na definição de prioridades e necessidades da população de cada Estado. Dessa forma, caberá às Secretarias de Saúde Estaduais e do Distrito Federal a elaboração de um Plano Diretor de Regionalização, de modo a garantir aos cidadãos o acesso aos serviços de saúde em local o mais próximo possível de sua residência e segundo as necessidades que lhe são peculiares. A implantação de uma rede regionalizada, tal como determina o art. 198, toma por ponto central a definição de cada "Região de Saúde", assim entendida a base territorial de planejamento de atenção à saúde, conforme definição a ser dada pela Secretaria de Saúde de cada Estado, levando-se em consideração características demográficas, socioeconômicas, sanitárias, epidemiológicas.

Em segundo lugar, merece alusão o princípio da universalidade da cobertura e do atendimento, consagrado no art. 194, parágrafo único, inciso I, da Constituição, significando que o sistema de saúde deve atender a todos, sem distinções ou restrições, oferecendo toda a atenção necessária, sem qualquer custo. Para melhor compreender a inserção expressa desse princípio, é necessário lembrar que, anteriormente à criação do Sistema Único de Saúde, os serviços de saúde guardavam estreita relação com o sistema de previdência, porquanto as ações desenvolvidas pelo Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social – INAMPS, beneficiavam apenas os trabalhadores da economia formal e seus dependentes, os quais eram denominados de "previdenciários". [111] Dessa forma, o antigo sistema era pontuado pela discriminação dos beneficiários em duas classes distintas, de modo a conceder a parcela da população, os chamados "não previdenciários", um limitado acesso à assistência à saúde. Finalmente, com a Constituição de 1988, deu-se considerável

mudança com a instituição do caráter universal, com a conseqüente extensão dos serviços a todas as camadas sociais.

O acesso igualitário, traduzido no princípio da igualdade, é outro dos princípios informadores da Seguridade Social, também aplicável ao sistema de saúde, significando um imperativo de igualdade material, respeitando-se as diferenças de cada um, visando a alcançar a equidade no atendimento.

Segundo a definição de equidade adotada pelo Ministério da Saúde, esse

à saúde garante ao usuário uma atenção que abrange as ações de promoção, prevenção, tratamento e reabilitação, com garantia de acesso a todos os níveis de complexidade do sistema de saúde. A integralidade também pressupõe a atenção focada no indivíduo, na família e na comunidade (inserção social) e não num recorte de ações ou enfermidades.[114]

A participação da comunidade no sistema de saúde (art. 198, III), reflexo do caráter democrático da seguridade, importa a possibilidade de participação da comunidade na gestão do sistema único, o que se materializa através da atuação dos Conselhos de Saúde, com o acompanhamento da elaboração dos orçamentos e com a fiscalização que deve ser empreendida na utilização dos recursos.

E como sexto princípio, destaca-se o caráter descentralizado da administração, significando o processo de transferência de responsabilidades de gestão para os Estados e municípios, atendendo às determinações constitucionais e legais que embasam o Sistema Único e que definem atribuições comuns e competências específicas aos entes da Federação. Em decorrência da descentralização, recursos federais são repassados a Estados e municípios devidamente habilitados por meio de transferências diretas. Estes entes, por sua vez, passam a atuar na condição de gestores em uma posição estratégica para a execução de todo o sistema. Esse processo de habilitação de Estados e municípios submete-se ao preenchimento de certos requisitos e ao compromisso de assumir algumas responsabilidades.

No que toca à competência dos entes federados para o desenvolvimento das ações de proteção à saúde, a Constituição fixa a competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar sobre a matéria.

Quanto à participação dos municípios, destaca-se o art. 30 da Constituição, o qual expressamente determinou competir-lhes, com a cooperação técnica e financeira da

---

[114] BRASIL. Ministério da Saúde. *O SUS de A a Z*. Disponível em: <http://dtr2004.saude.gov.br/susdeaz/topicos/topico.php>. Acesso em: 8 nov. 2006.

União e do Estado, serviços de atendimento da saúde da população. Esse dispositivo é de extrema relevância na apreciação de demandas judiciais sobre a má prestação de serviços de saúde, porquanto demonstra a responsabilidade direta e o papel a ser desempenhado pelos municípios nesta seara. Cuida-se de prestação de um serviço em sistema de cooperação entre os entes que integram a organização político-administrativa do país, e como reflexo do federalismo cooperativo, o que implica afirmar a existência de uma responsabilidade conjunta da União e entes federados pela realização de políticas públicas comuns.[115]

Importa ressaltar que, não obstante o caráter predominantemente programático, essas disposições constitucionais referentes à saúde já foram objeto de legislação integradora, porquanto foi editada uma gama de normas infraconstitucionais que visavam a conferir-lhes concretização.[116]

3.4 – Os poderes Legislativo e Executivo na implementação do acesso à saúde pública

A atuação dos poderes Legislativo e Executivo, no campo dos direitos sociais implica a elaboração de políticas públicas como mecanismos de ação do Estado no controle e fiscalização da realização de certos fins sociais.

---

[115] Sobre a cooperação entre os entes da Federação, Gilberto Bercovici anota: "Na realidade, há dois momentos de decisão na cooperação. O primeiro se dá em nível federal, quando se determina, conjuntamente, as medidas a serem adotadas, uniformizando-se a atuação de todos os poderes estatais competentes em determinada matéria. O segundo momento ocorre em nível estadual ou municipal, quando cada ente federado adapta a decisão tomada em conjunto às suas características e necessidades. Na cooperação, em geral, a decisão é conjunta, mas a execução se realiza de maneira separada, embora possa haver também uma atuação conjunta, especialmente no tocante ao financiamento das políticas públicas." *In: Dilemas do Estado Federal Brasileiro*. Estado e Constituição 3, p. 60-61).

[116] Nesse particular, Ingo Wolfgang Sarlet observa: "Consagrado no art. 6º de nossa Constituição, é nos arts. 196 e ss. que o direito à saúde encontrou sua maior concretização ao nível normativo-constitucional, para além de uma significativa e abrangente regulamentação normativa na esfera infraconstitucional, com destaque para as leis que dispõem sobre a organização e benefícios do SUS e o fornecimento de medicamentos. Mesmo assim, basta uma leitura superficial dos dispositivos pertinentes (arts. 196 a 200) para que se perceba que nos encontramos, em verdade, no que diz com a forma de positivação, diante de normas de cunho programático (impositivo), enunciando que a saúde é direito de todos e dever do Estado, além de impor aos poderes públicos uma série de tarefas nesta seara (como a de promover políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos (...)", *In: A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 320.

Ao tratar da concretização das imposições constitucionais a cargo do Poder Legislativo no campo dos direitos econômicos, sociais e culturais, Gomes Canotilho leciona que tais direitos apontam para uma imposição aos poderes públicos no sentido da implantação de medidas políticas, legislativas e administrativas. Mas a implementação desses direitos não é deixada à livre disponibilidade do legislador, pois, segundo a Constituição portuguesa, trata-se de verdadeiro dever cuja desobediência enseja a inconstitucionalidade por omissão.[117]

Em conformidade com a doutrina proposta por Jorge Miranda, "a vinculação do legislador pela Constituição é absoluta no domínio dos direitos, liberdades e garantias; não admite excepções; e significa (como é óbvio), por um lado, que a regulamentação legislativa deve ser conforme com as correspondentes normas constitucionais e, por outro lado, que as normas constitucionais não exeqüíveis por si mesmas devem ser concretizadas nos termos por elas próprias previstas".[118]

Na acepção positiva dos direitos sociais, a vinculação do legislador implica um dever de conformação aos parâmetros constitucionais, além de um dever de realização destes, salientando-se, ademais, que, no âmbito de sua faceta jurídico-objetiva, os direitos fundamentais também assumem a função de princípios informadores de toda a ordem jurídica. [119]

Em matéria de saúde, já se verifica, no Brasil, a edição de uma variada gama de leis ordinárias e regulamentos. Como bem identificado por Andreas Krell [120], o problema parece estar mesmo na formulação, implementação e manutenção das respectivas políticas públicas e na composição dos gastos nos orçamentos públicos. Nesse passo, a atividade legislativa assume papel preponderante na criação de uma rede regionalizada e hierarquizada,

---

[117] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 519.
[118] MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, p. 316.
[119] "É justamente com base na perspectiva objetiva dos direitos fundamentais que a doutrina alemã entendeu que o legislador possui deveres ativos de proteção, que englobam um dever de aperfeiçoamento (...) da legislação existente, no sentido de conformá-la às exigências das normas de direitos fundamentais." SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 354.

em atendimento ao art. 198, da Constituição de 1988.

No que se refere ao direito à saúde, o problema que se coloca à atividade do legislador não é tanto pela inércia na regulamentação dos preceitos constitucionais, uma vez que foi editada, no âmbito da União, a legislação integradora do direito à saúde. Encontra-se regulamentado o Sistema Único de Saúde por meio das Leis nº 8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde) e nº 8.142/90, tornando obrigatório o atendimento público a qualquer cidadão, sendo proibidas cobranças de dinheiro sob qualquer pretexto. Pode-se, ainda, mencionar: Lei nº 9.961/2000, que institui a Agência Nacional de Saúde; Lei nº 10.934/2004 (Lei Orçamentária da União); e Lei nº 10.205, de 21.3.2001, a qual regulamenta o § 4º do art. 199 da CF. Destaca-se também a edição da Lei nº 9.913/96 cuja inovação consistiu na previsão de distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV e doentes de AIDS.

A dificuldade maior quanto à concretização de um direito à saúde no Brasil localiza-se nos limites mínimos de atuação dos órgãos governamentais. Com efeito, dado que o Estado encontra-se vinculado a limites orçamentários, o que é comumente tratado como "reserva do possível", cumpre perquirir o que deve ser minimamente assegurado ao cidadão em termos de oferta de serviço público gratuito de saúde.

O legislador assume papel decisivo, uma vez que sobre ele recai a tarefa de fixar recursos destinados às políticas de saúde, que não poderão situar-se aquém dos limites mínimos impostos pela Constituição. Ao Executivo, por sua vez, cabe a gerência desses recursos, devendo efetivar sua correta aplicação nas áreas prioritárias de saúde.

Nos termos da Constituição de 1988, cumpre aos Estados federados, segundo as determinações constitucionais, aplicar, pelo menos, o mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, nas ações e serviços públicos de saúde, sob pena de sofrer intervenção (art. 34, VII, '*e*', da CF).

---

[120] KRELL, Andreas J. "Controle Judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais

Essa obrigatoriedade de aplicação de recursos encontra-se contemplada no art. 198, § 2º, II, segundo o qual a União, os Estados e o Distrito Federal aplicarão anualmente, em ação e serviços públicos de saúde, recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre o produto da arrecadação dos impostos de competência dos Estados, bem como dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea 'a', e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos municípios.

Aos municípios, é imposta análoga obrigação quanto à aplicação de pelo menos o mínimo exigido da receita municipal nas ações e serviços públicos de saúde, mediante a possibilidade de sofrer intervenção do Estado (art. 35, III, da CF). O art. 198, § 2º, III, dispõe que, no caso dos Municípios e Distrito Federal, o mínimo de recursos a serem investidos em saúde corresponderá ao produto da arrecadação dos impostos sob competência desses entes.

Ocorre que os poderes Legislativo e Executivo não se sujeitam apenas aos critérios objetivos dispostos no art. 198, quanto ao direito à saúde, já que sua atuação encontra-se disciplinada por objetivos ou parâmetros estabelecidos, também, na Constituição, embora de forma não tão objetiva. Trata-se da obrigação genericamente instituída ao Poder Público de perseguir um resultado final esperado da atuação estatal, e que concerne à preservação da dignidade da pessoa humana.[121]

Em outras palavras, embora a Constituição não fixe as políticas públicas em si mesmas, estabelece as metas a serem perseguidas e atingidas. Uma vez que os órgãos legislativos e administrativos, no exercício de sua típica atividade política, afastam-se das balizas e metas constitucionais, no que entende com os direitos sociais, terminam por

---

sociais". *A Constituição concretizada – construindo pontes com o público e o privado*, p. 25-60.

[121] Nesse sentido, veja-se o art. 1º da Constituição de 1988: "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito

contrariar o próprio comando constitucional. Por conseguinte, o próprio processo de escolhas e de determinação de prioridades no campo dos serviços públicos pode ensejar questionamentos na esfera judicial.

Dessa forma, a preocupação em elevar os níveis de oferta dos serviços de saúde no Brasil passa pela obediência aos regramentos constitucionais por parte dos órgãos governamentais, sendo possível falar, inclusive, em controle, pelo Poder Judiciário, em caso de descumprimento.

3.5 – Proposições acerca do reconhecimento judicial de direitos subjetivos a prestações

Cabem, aqui, algumas considerações a respeito do reconhecimento ou não de direitos subjetivos diretamente a partir das normas de eficácia limitada, a exemplo dos arts. 196 a 200 da Constituição, bem como acerca da posição ocupada pelos poderes Legislativo e Executivo frente à determinação de realização de direitos sociais.

Preliminarmente ao enfrentamento dessa questão, necessária se faz a fixação do conceito de direito subjetivo. Hans Kelsen aponta o dever de um indivíduo em face de outro como o elemento identificador de um direito subjetivo, utilizando-se ainda dessa expressão para distinguir a ordem jurídica (Direito objetivo) do direito de um determinado indivíduo[122]. O que comumente se designa "direito" ou "pretensão" de um indivíduo seria, na verdade, o próprio dever do outro: "se, neste caso, se fala de um direito subjetivo ou de uma

---

e tem como fundamentos: I. a soberania; II. a cidadania; III. a dignidade da pessoa humana; IV. os valores do trabalho e da livre iniciativa; V. o pluralismo político."

[122] Nesse sentido, o autor destaca: "À conduta a que um indivíduo é obrigado em face de outro corresponde uma determinada conduta de outro indivíduo. Este pode exigir ou reclamar a conduta do outro, a conduta a que este é obrigado em face dele. Na hipótese de um dever de prestação, ele pode receber a prestação da coisa ou do serviço." KELSEN, *Hans. Teoria Pura do Direito*, p. 141.

pretensão de um indivíduo, como se este direito ou esta pretensão fosse algo de diverso do dever do outro (ou dos outros), cria-se uma aparência de duas situações juridicamente relevantes onde só uma existe". [123] Assim, o conceito de direito subjetivo estaria diretamente relacionado com a existência de uma sanção a ser aplicada em caso de uma conduta oposta àquela a que o sujeito estaria obrigado, de modo que "o seu dever é a norma que prescreve esta conduta enquanto liga uma sanção à conduta oposta".[124] Com efeito, o primeiro elemento caracterizador do direito subjetivo seria o dever imposto ao outro indivíduo mediante a possibilidade de sanção e o poder de exigência através de ação judicial, podendo-se falar na atribuição de um direito e, ao mesmo tempo, na atribuição de um poder ou competência.

O autor discorda da jurisprudência tradicional quanto ao conceito de direito subjetivo como o interesse juridicamente protegido, uma vez que, do ponto de vista de uma concepção de Direito como sistema de normas, "o direito subjetivo não pode ser um interesse – protegido pelo Direito –, mas apenas a proteção ou tutela deste interesse, por parte do direito objetivo".[125]

O conceito de direito subjetivo pode ser aplicado em quatro situações típicas, ou seja, situações nas quais se costuma falar desse direito. Primeiramente, utiliza-se esse conceito para designar uma situação jurídica que atribui uma vantagem a uma pessoa, como na expressão comumente utilizada "ter um direito a" (no sentido de ser permitido algo a alguém). Em segundo lugar, um direito subjetivo indica que a vantagem atribuída decorre de um regramento jurídico e correspondendo a um dever, isto é, a uma restrição imposta a alguém. Essa vantagem, contudo, é atribuída sob a mera forma de uma faculdade, de modo a que o beneficiário poderá ou não, segundo sua vontade, fazer valer o seu direito instaurando um processo: "em outras palavras, o titular de um direito tem um poder absoluto de conservar

---

[123] KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 142.
[124] Ibidem, p. 142.
[125] Ibidem, p. 149.

– ou abandonar – sua posição vantajosa de gozo passivo". E finalmente, os casos mais típicos decorrem do poder que tem o proprietário de permitir que outra pessoa possa sucedê-lo no direito.[126]

Em resumo, pode-se afirmar que a utilização do conceito de direito subjetivo indica uma situação na qual o ordenamento jurídico assegura a qualquer cidadão a liberdade de poder se comportar como lhe agrade, a fim de proteger seus próprios interesses.[127]

Para a clássica definição de Pontes de Miranda, "o direito subjetivo não é a faculdade, ainda que seja uma só; o direito subjetivo é que contém a faculdade. Porque o direito subjetivo é o poder jurídico de ter a faculdade".[128] O autor rejeita a concepção de direito subjetivo como vontade, pois entende que a vontade, quando é protegida, só o é porque a incidência da regra jurídica o protege. Em síntese, "os direitos subjetivos contêm poder, porque supõem bem da vida, a que se refira, e caber a alguém um bem da vida é atribuição de poder ou complexo de poderes".[129]

Por fim, cumpre invocar a doutrina que concilia os elementos formal e material do direito subjetivo para o fim de formular uma única definição funcional e eclética: "o direito subjetivo é um interesse protegido pelo ordenamento jurídico mediante um poder atribuído à vontade individual". Emerge desse conceito, como seu elemento principal, a proteção conferida ao direito, ou seja, a possibilidade de fazer valer o direito através de uma ação judicial.[130]

Das definições expostas, deflui que o direito subjetivo, na linguagem doutrinária, aponta para um poder de disposição de um direito correlato a um dever de outro

---

[126] ROSS, Alf. *Direito e Justiça*, p. 209-211.
[127] Ibidem, p. 211.
[128] MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral. T. V, p. 232-233.
[129] Ibidem, p. 236.
[130] GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, p. 112.

indivíduo para com o titular desse mesmo direito, mediante a possibilidade de instauração de um processo judicial com o fim de fazer valer a pretensão.

Fixadas tais premissas, passa-se à abordagem da incômoda questão da configuração de direito subjetivo, quando se tratar de normas constitucionais atinentes à saúde. No que toca às normas constitucionais de princípio institutivo, embora sua eficácia seja com intensidade diminuta, ainda assim são capazes de produzir situações subjetivas. É necessária, porém, a produção de uma normatividade complementar. Até que seja editada a lei integradora, não se pode falar nem mesmo em expectativa de direito, pois essa situação somente ocorre quando a norma é regulamentada, podendo-se então falar de situação jurídica subjetiva.[131]

Já quanto às normas programáticas, entende-se que são capazes de gerar situação subjetiva de vínculo ou negativa quando, por exemplo, criam o dever jurídico de o legislador conformar-se a elas no desenvolvimento de sua competência. Da mesma forma, quando o Estado se autolimita, obrigando-se a perseguir certos fins dispostos na norma programática.

No que concerne à produção de situações subjetivas de vantagem, ou positivas, a matéria é mais controvertida. As normas constantes do art. 170, III (função social da propriedade), do art. 226 (a família terá especial proteção do Estado), e do art. 205 (a educação é direito de todos), a título de exemplo, demonstram que, embora programáticas, são capazes de tutelar os interesses nela contidos. Das referidas normas, surge o interesse legítimo em invocá-las perante o Poder Judiciário a fim de embasar a solução de conflitos. [132]

Em alguns casos, as normas programáticas produzem direito subjetivo no sentido de possibilitar ao indivíduo exigir uma abstenção ou prestação que crie ou modifique

---

[131] SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 173.

[132] Ibidem, p. 176.

relações jurídicas. Tais normas acarretam situações subjetivas negativas tanto para o legislador como para a Administração, quanto à obrigatoriedade de se observar certos fins no desenvolvimento de suas atividades e quanto à possibilidade de declaração de inconstitucionalidade do ato administrativo que venha a contrariar o programa de ação.

Ingo Wolgang Sarlet propõe o desafio de investigar se é possível, e em que condições, a partir já da norma definidora de direito social prestacional conferir-se ao particular um direito subjetivo individual. Isso implica a possibilidade de exigir-se judicialmente do Estado a prestação material objet

em torno da existência ou não de direito subjetivo individual diz respeito à possibilidade de serem os órgãos estatais compelidos pelo Poder Judiciário ao cumprimento da respectiva prestação.[135]

As posições favoráveis à tese de um direito subjetivo a prestações estatais sustentam que a natureza aberta e a formulação vaga das normas não significam impedimento à imediata aplicabilidade e à eficácia plena dos direitos sociais. Esses direitos, quando combinados com o preceito constitucional da inafastabilidade do controle judiciário, permitem que sejam considerados direitos subjetivos, autorizando os tribunais a assegurar o efetivo atendimento da prestação: "para os que propugnam este ponto de vista, a lacuna gerada pela ausência de uma atuação do legislador pode ser suprida, no caso concreto, pelo Judiciário, à luz da analogia, do costume ou dos princípios gerais de direito". [136]

Não faltam, porém, argumentos contrários à configuração de direitos subjetivos em tais hipóteses. Pode ser extremamente difícil, em alguns casos, a precisão tão-somente no nível constitucional do conteúdo e alcance da prestação, questão esta relativa ao aspecto normativo-estrutural.[137]

É certo que a previsão constitucional de direitos que demandam uma atuação positiva do Estado não deve inviabilizar a formação de um direito subjetivo exercitável diretamente da Constituição, abrangidos os direitos que reclamam uma prestação material ou normativa. Quando levada a questão perante o Poder Judiciário, a apreciação eqüitativa do juiz pode autorizar, no caso concreto, o recurso à analogia para o fim de contornar o inconveniente da lacuna legislativa e, assim, criar individualmente o direito.

---

[135] "Em suma, cuida-se de averiguar até que ponto os direitos sociais prestacionais efetivamente carecem de uma plena justiciabilidade, razão pela qual, segundo alguns, são merecedores do qualificativo *leges imperfectae*, devendo, de acordo com outros, ser considerados como direitos relativos, porquanto geram direito subjetivo apenas com base e nos termos da legislação concretizadora". SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 301.
[136] Ibidem, p. 302.
[137] Ibidem, p. 303.

As normas constitucionais programáticas vinculam a atuação dos poderes estatais em suas três esferas. Desse modo, o Legislativo, ao editar legislação concretizadora, assim como a Administração e o Judiciário, ao concretizar preceitos contidos na Constituição, não podem dela se afastar sob pena de ter sua atuação viciada por inconstitucionalidade.[138]

Também há de se fazer menção ao efeito próprio dos direitos de cunho programático de constituir parâmetro para a interpretação, integração e aplicação de todas as demais normas que compõem o ordenamento jurídico. Essas diretrizes não somente balizam a atividade do legislador, como também a atividade de interpretação e aplicação por parte dos órgãos estatais.[139]

Gomes Canotilho igualmente aponta como efeito decorrente dos direitos sociais, econômicos e culturais, o da obrigatoriedade de uma interpretação do ordenamento jurídico em conformidade com aqueles dispositivos, de modo que não se venha a contrariá-los quando da aplicação de norma infraconstitucional.[140]

Geram ainda algum tipo de posição jurídico-subjetiva, embora no sentido negativo, considerando que o indivíduo pode exigir do Estado que se abstenha de atuar de forma contrária ao conteúdo da norma. Por fim, no tocante aos direitos que já sofreram concretização por parte do Legislador, há um efeito imediato daí decorrente, que é o de proibição do retrocesso. Assim, fica o legislador impossibilitado de abolir posições jurídicas por ele próprio criadas. [141]

A partir da dimensão subjetiva dos direitos sociais, fala-se na existência de direitos originários a prestações. Em se tratando de direitos sociais, para que se efetive a proteção jurídica, faz-se necessária uma atuação positiva do poder público. Enfim, direitos

---

[138] BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas:* limites e possibilidades da Constituição Brasileira, p. 121.
[139] SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 291.
[140] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 478.
[141] SARLET, Ingo Wolfgang, ob. cit., p.293.

originários correspondem à faculdade de exigir do Estado uma dada prestação constitutiva de um direito social. [142]

Gomes Canotilho responde ao problema da efetivação fazendo alusão à "reserva do possível", afirmando que "a efectivação dos direitos econômicos, sociais e culturais não se reduz a um simples «apelo» ao legislador".[143] Trata-se de verdadeira imposição constitucional dirigida ao legislador, para que opere mudanças na ordem social.

Robert Alexy menciona decisões do Tribunal Constitucional Alemão que deram respostas ao problema dos direitos subjetivos a prestações. Em uma dessas decisões, estabeleceu-se que "certamente, ao dever do legislador de 'realização do Estado social' não correspondem, em geral, direitos subjetivos, mas se 'o legislador omite arbitrariamente, isto é, sem razão objetiva, o cumprimento desse dever, poderia surgir daqui um direito do indivíduo que pode ser reclamado através de um recurso de inconstitucionalidade".[144] Haverá direito subjetivo em face de uma relação trivalente entre um titular de um direito fundamental, o Estado e uma ação positiva devida pelo Estado; sempre que o Estado falha em seu dever de realizar uma determinada ação positiva para a fruição de um direito fundamental, o titular desse correspondente direito possui legitimidade para pleitear judicialmente sua fruição.[145]

Dessa forma, o direito social à saúde encontra-se na dependência, em geral, da efetivação de medidas por parte dos poderes públicos, as quais buscam ofertar serviços que permitam a plena fruição desse direito. Contudo, na hipótese de haver a má prestação do serviço, poderá o cidadão socorrer-se da máquina judiciária para fazer cumprir a correlata obrigação do Estado, podendo-se falar em um verdadeiro direito subjetivo, eis que se trata de direito exercitável diretamente da Constituição, ainda que assim não esteja expressamente

---

[142] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 477.
[143] Ibidem, p. 478.

[144] ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*, p. 422.
[145] Ibidem, p. 431.

escrito no texto da Constituição de 1988, como se deu no caso da educação. Trata-se de direito subjetivo tanto do enfoque individual como coletivo. É direito subjetivo público que autoriza, no campo da tutela individual ou coletiva, a socorrer-se do Poder Judiciário, a fim de se obter a pronta efetivação do serviço.

3.6 – Políticas públicas, desvio de finalidade e mecanismos de controle da atuação estatal

Ao tempo das Constituições liberais, a ordem econômica como "mundo do ser" não necessitava de regulamentação, sendo suficiente a previsão legal da propriedade e da liberdade contratual. [146] Deu-se a mudança quando se iniciou a implementação de políticas públicas com a finalidade de aprimoramento da ordem econômica.

Assim como a atividade econômica no sentido estrito, também os serviços públicos estão voltados à satisfação de interesses. Segundo Eros Roberto Grau, a importância da prestação do serviço público pelo Estado à sociedade está na "preservação dos vínculos sociais" e a "promoção da coesão social pelo Estado".[147] Por conseguinte, a adoção de políticas públicas constitui o mecanismo de ação do Estado para o controle e fiscalização da realização de certos fins sociais relacionados aos direitos sociais. Não devem ser consideradas fins em si mesmas, mas instrumentos de ação voltados à prestação de serviços públicos e, por conseguinte, à materialização de direitos sociais.

É necessário esclarecer, preliminarmente, que os direitos sociais, mesmo os de natureza prestacional, não têm sua concretização calcada exclusivamente em políticas públicas, uma vez que alguns desses direitos também podem implicar uma abstenção por parte do destinatário. Ademais, há também direitos sociais.iM1665fdR8(b)1(alim como a udem)8oude

podem demandar a formulação e implementação de uma política pública.

Cumpre, então, estabelecer o conceito de políticas públicas, a fim de se verificar a importância de seu estudo e sua relação com o resguardo dos direitos sociais e políticos. De acordo com definição formulada por Maria Paula Dallari Bucci, considera-se políticas públicas "a coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados". [148] A conceituação de política indica que esta não se confunde com o plano: "a política é mais ampla que o plano e se define como o processo de escolha dos meios para a realização dos objetivos do governo com a participação dos agentes públicos e privados".[149] A lei, por sua vez, figura tão-somente como instrumento normativo pelo qual mais comumente se materializa a política pública. [150]

Idêntica definição é formulada por Marília Lourido dos Santos, quando leciona que "a política pública é noção mais ampla que a de um simples plano ou programa, porque envolve um processo de escolha de meios para a realização dos objetivos do governo".[151] Não há dúvida, portanto, de que a elaboração de uma política envolve primeiramente a elaboração de um plano calcado em escolhas políticas e em um juízo de valor, não se podendo falar em planejamento "neutro".[152]

---

[148] BUCCI, MARIA PAULA DALLARI. Políticas públicas e direito administrativo. *Revista de Informação Legislativa*, p. 91.

[149] "Parece relativamente tranqüila a idéia de que as grandes linhas das políticas públicas, as diretrizes, os objetivos são opções políticas que cabem aos representantes do povo e, portanto, ao Poder Legislativo, que as organiza em forma de leis de caráter geral e abstrato (...)" Ibidem, p. 95-96.

[150] A respeito da importância das políticas públicas de saúde para o exercício dos direitos humanos, Javier Vasquez enfatiza que "as políticas, planos, práticas e legislações na área da saúde pública ou de incapacidades podem afetar positiva ou negativamente o exercício dos direitos humanos e as liberdades fundamentais, das pessoas que padecem de enfermidades, incapacidades ou que são mais vulneráveis a estas. (...) Assim, a legislação é um instrumento essencial para desenvolver serviços de reabilitação baseados na comunidade, estabelecer os direitos humanos, referir às obrigações internacionais do Estado com relação à prestação de serviços sanitários, acesso a medicamentos, etc.". *In:* El derecho a la Salud. *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos – RIIDH*, p. 267.

[151] SANTOS, Marília Lourido dos, Políticas públicas (econômicas) e controle. *Revista de Informação Legislativa*, p. 269.

[152] Ao tratar do planejamento de políticas públicas, Gilberto Bercovici assim se pronuncia: "O plano é a expressão da política geral do Estado. É mais do que um programa, é um ato de direção política, pois determina a

As políticas públicas abrangem cinco gêneros diversos: “políticas sociais”, de prestação de serviços essenciais e públicos; “políticas sociais compensatórias”, aí enquadradas as de previdência e assistência social e seguro desemprego; políticas de fomento; reformas de base, as quais incluem a reforma urbana e agrária; e políticas de estabilização monetária.[153] Todas elas encontram-se na dependência de orçamentos, além de envolverem um conjunto de medidas que abrangem a elaboração de normas programáticas, atos concretos de execução a cargo dos órgãos administrativos centralizados e o poder de polícia.

As políticas públicas, como programas de ação, não se confundem com uma norma ou um ato, mas na verdade os engloba: “a política aparece, antes de tudo, como uma atividade, isto é, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado”. [154] Essa ressalva é feita com o propósito de esclarecer que as normas e atos podem ser objeto de declaração de inconstitucionalidade, sem que o programa necessariamente o seja, já que “o juízo de validade de uma política – seja ela empresarial ou governamental – não se confunde nunca com o juízo de validade das normas e atos que a compõem.”[155]

A noção de política pública, portanto, envolve um processo de escolhas, de estabelecimento de prioridades, voltadas à consecução de certos fins sociais, segundo critérios estabelecidos, em princípio, pelo próprio legislador. Trata-se de atividade discricionária, por implicar uma margem de liberdade quanto à conveniência e à oportunidade na condução do processo decisório.

---

vontade estatal por meio de um conjunto de medidas coordenadas, não podendo limitar-se à mera enumeração de reivindicações. E por ser expressão dessa vontade estatal, o plano deve estar de acordo com a ideologia constitucional adotada. O planejamento está, assim, sempre comprometido axiologicamente, tanto pela ideologia constitucional como pela busca da transformação do *status quo* econômico e social. Quando os interesses dominantes estão ligados à manutenção deste *status quo*, o planejamento e o desenvolvimento são esvaziados”. *In: Constituição Econômica e Desenvolvimento*: uma leitura a partir da Constituição de 1988, p. 70.

[153] LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito subjetivo e direitos sociais*: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito, p. 133-134.

[154] COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade das políticas públicas. *Revista dos Tribunais*, p. 18.

Nos países em desenvolvimento, sobretudo, a instituição de políticas públicas na criação de oportunidades sociais que promovam a eqüidade e a justiça social constitui ponto de crucial importância. Essas iniciativas que buscam promover o desenvolvimento humano estão associadas a alguns fatores, como a expansão dos serviços de saúde, educação, seguridade social. Essa matéria mereceu a análise de Amartya Sen, segundo o qual "mesmo com renda relativamente baixa, um país que garante serviços de saúde e educação a todos pode, efetivamente, obter resultados notáveis da duração e qualidade de vida de toda a população".[156] Tal verificação estaria relacionada ao aumento da qualidade de vida e ao florescimento das habilidades produtivas das pessoas, com reflexos diretos sobre o crescimento econômico da nação. Configurada a relação entre políticas sociais e desenvolvimento humano, é necessário ressaltar que a ampliação da quantidade e alcance dessas políticas deverá manter-se associada à respectiva qualidade dos serviços ofertados, de modo que sejam capazes de operar significativas mudanças no quadro de desigualdade social. A questão referente às políticas sociais, como instrumento qualitativo para a inclusão social, foi devidamente realçada em pesquisa elaborada para o Atlas da Exclusão Social:

> Constata-se que à medida em que maior parcela populacional foi sendo incorporada à condição regulada de direitos de cidadania, os valores pagos como benefícios previdenciários e os serviços ofertados nem sempre guardaram correspondência com a manutenção do seu poder de compra e da qualidade de vida. Ou seja, para avançar no grau de cobertura da população a ser beneficiada pelas políticas sociais, foi deixado, em geral, no segundo plano a qualidade dos equipamentos e serviços públicos ofertados (educação, saúde e assistência social), bem como o valor real da garantia de renda (aposentadoria e pensão). [157]

Também há de se apontar alguns vícios que contaminam mortalmente o sistema de proteção social no Brasil, como reflexo do próprio modelo econômico neoliberal,

---

[155] Ibidem, p. 18.
[156] SEN, Amartya. *Desenvolvimento com liberdade*, p. 170.

tais como a dispersão de objetivos, o clientelismo e o paternalismo, além do formato da arrecadação tributária, os quais servem de obstáculo à perspectiva de emancipação social e econômica da população de baixa renda.[158]

Ademais, não é raro ocorrer a elaboração de políticas dissociadas do compromisso com o social, como aquelas que privilegiam direta ou indiretamente grupos econômicos ou políticos, em detrimento da satisfação de direitos sociais básicos. Por implicar o exercício de uma competência discricionária por parte dos poderes públicos, emerge a necessidade de um controle finalístico, ou seja, de uma verificação da conformidade das escolhas com as opções constantes da Constituição.[159] Esse controle, entretanto, seja ele efetuado pela via da participação popular, seja realizado pelo aspecto legal, apresenta inúmeras dificuldades que vão desde a falta de consciência cívica até a ausência de instrumentos eficazes de participação da sociedade no processo político.

O assunto foi abordado por Manoel Adam Lacayo Valente, ao identificar o problema da elaboração de políticas públicas no paradigma democrático que caracteriza os países periféricos, afirmando que "a formulação de políticas públicas encontra-se contaminada, enquanto processo, pelo enfoque privatístico dos seus idealizadores, nem sempre traduzindo verdadeiras prioridades da sociedade".[160]

Assim, dentre as formas de controle, emerge, em primeiro lugar, aquele exercido pela via popular, cuja fragilidade e ineficiência descortinam-se quando se verifica o

---

[157] POCHMANN, Marcio [et. al.] (Org.). *Atlas da exclusão social, volume 5*: agenda não liberal da inclusão social no Brasil, p. 60.
[158] POCHMANN, Marcio [et. al.] (Org.). *Atlas da exclusão social, volume 5*: agenda não liberal da inclusão social no Brasil, p. 62.

[159] "Por serem opções, importam em uma margem de discricionariedade, ou melhor, de flexibilidade de atuação, o que não significa ausência de controle legal, mas sim incidência de controle diferenciado, finalístico. Para que essa margem de liberdade de atuação não gere arbítrio, sua gradativa redução passou a ser uma meta a se atingir, tanto para os operadores do direito, quanto para os legisladores". SANTOS, Marília Lourido dos, Políticas públicas econômicas) e controle. *Revista de Informação Legislativa*, p. 269.
[160] VALENTE, Manoel Adam Lacayo. A dimensão jurídico-constitucional na formulação de políticas públicas: uma perspectiva a ser explorada. *Revista de Direito Administrativo*, p. 129.

desconhecimento por parte da grande massa da população quanto ao funcionamento das instituições políticas na elaboração e implementação dessas políticas. Essa insuficiência de controle popular efetivo envolve outros dois fatores: o combate à corrupção no gerenciamento do dinheiro público e uma necessária mudança do paradigma ético mediante o qual a idéia de desonestidade instala-se como algo aceitável e comum em todas as camadas sociais.

João Pedro Schmidt, em pesquisa desenvolvida para elaboração de tese de Doutorado junto à Universidade Federal do Rio Grande do Sul, aborda, com muita propriedade, o despreparo do cidadão brasileiro no acompanhamento da execução das políticas públicas:

> Com relação ao distanciamento dos cidadãos em relação às instituições políticas, a referida pesquisa interrogou os estudantes e seus pais se já haviam participado de alguma reunião da Prefeitura ou na Câmara de Vereadores de sua cidade. As respostas são reveladoras: apenas 10% dos jovens e 22% dos adultos haviam participado de alguma reunião na Câmara de Vereadores, enquanto 2% dos jovens e 6% dos adultos já acompanharam algum encontro na Prefeitura. Por serem as instituições mais próximas do cidadão, o distanciamento frente ao Legislativo e ao Executivo municipais, expressam bem o hiato entre o mundo da política institucional e a vida cotidiana dos brasileiros.
>
> A conseqüência deste quadro, em relação às políticas públicas, é bastante evidente: o cidadão comum está despreparado para intervir de forma qualificada no processo das políticas públicas. Para debater, reagir, sugerir, fiscalizar as ações dos governantes, as estratégias administrativas e a sua implementação, é necessário possuir informações básicas sobre a estrutura e funcionamento das instituições. [161]

Ainda com relação ao problema da participação popular no processo de políticas públicas, destaca-se a urgência na criação e ampliação de organismos e de entidades representativas, como associações de bairro ou entidades de defesa da cidadania que atuem junto aos órgãos legislativos na fiscalização das propostas voltadas à implementação desses direitos. Nesse particular, verifica-se a necessidade de uma melhoria no acesso à informação a

---

[161] SHMIDT, João Pedro. “Condicionantes culturais das políticas públicas no Brasil”. *Direitos sociais e políticas públicas:* desafios contemporâneos, p. 303.

respeito dos projetos de lei, inclusive os que versam sobre matéria orçamentária. Com efeito, o direito à informação constitui ponto de partida para o cotejo da atividade legislativa e administrativa com as carências da população e prioridades estatuídas na Constituição.

O cenário ideal, portanto, seria o da extensão e realização dos direitos sociais, econômicos e culturais a ser decidido através da luta política, no campo do orçamento participativo, como conseqüência da decisão dos cidadãos enquanto autores de seus próprios direitos,[162] ainda que a participação popular fosse limitada às questões centrais do quanto e onde implementar políticas públicas.

Ao lado do controle popular, destaca-se uma outra modalidade de controle extrajudicial, qual seja, aquela exercida a cargo dos Tribunais de Contas e que, indiretamente, quando manejada com seriedade, pode contribuir para uma melhor distribuição dos recursos públicos na área social, quando apreciadas e eventualmente impugnadas as contas dos entes estatais.

Diante dessas dificuldades, emerge o controle pela via judicial como uma terceira modalidade, matéria que constitui o objeto de estudo do capítulo 5.

3.7 - Controle social do orçamento no campo da saúde: o princípio da participação popular

O controle social dos atos estatais constitui uma faceta da democracia participativa, ao permitir a participação ativa dos cidadãos no controle das decisões tomadas por seus representantes. O próprio legislador constituinte já elegeu essa forma de controle como verdadeiro direito fundamental ao prever, no art. 5º da Constituição, o direito de petição aos poderes públicos contra ilegalidade ou abuso de poder (inciso XXXIV), além do direito de

todo cidadão propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou a entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural (inciso LXXIII).

O controle social da atuação do Estado convive paralelamente aos demais sistemas de controle governamental, e somente vem a contribuir para a maior eficácia na gerência dos recursos públicos. O controle social é inerente à vida em sociedade, bipartindo-se em interno e externo. Do ponto de vista interno, significa o conjunto de ações adotadas pela sociedade para introjetar nos cidadãos as normas, os valores e os objetivos da ordem social, de modo que a fiscalização do administrador público encontra-se na própria consciência dos indivíduos de uma dada sociedade. Por outro lado, o controle social externo importa a aplicação de sanções que visam a inibir a transgressão ao sistema.[163]

Juarez Freitas destaca que o princípio da participação popular, na feitura e execução do orçamento público, deve ser reconhecido como verdadeiro direito fundamental, devendo abranger desde a etapa de discussões sobre as prioridades orçamentárias até o acompanhamento da execução e verificação de sua adequação às metas orçamentárias, visando a constituir um processo dinâmico. Dessa forma, a participação popular constitui "processo dialético de avaliação e crítica, não algo abstrato, unilateral e congelável no tempo ou no espaço".[164] Ademais, tal controle popular, na qualidade de direito fundamental, deverá submeter-se a limitações apenas no que se revelar imprescindível, sob pena de se restringir além do necessário o exercício do direito.[165]

O controle popular do orçamento da saúde encontra expressa previsão na Constituição de 1988, em seu art. 198, III, ao estatuir a participação da comunidade como

---

[162] BINENBOJM, Gustavo. *Os direitos econômicos, sociais e culturais e o processo democrático*, p. 18.
[163] FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil*: jurisdição e competência, p. 51.
[164] FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, p. 97.
[165] Ibidem, p. 98.

uma das diretrizes do sistema único. Não se trata de um preceito isolado, mas deve sim ser compreendido dentro de um sistema de princípios relativos à publicidade e transparência**,** os quais se encontram difundidos no texto constitucional, a exemplo do art. 194, VII (caráter democrático da administração da seguridade social); art. 204, II (participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações governamentais na área de assistência social); art. 206, VI (gestão democrática do ensino público).

Quanto à previsão do controle social, a Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, significou relativo avanço na legislação, ao estabelecer um regime de gestão fiscal responsável e ressaltar a participação popular no controle do orçamento público. Logo no art. 1º , § 1º, desse diploma legal, prevê-se que a responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas e a obediência a limites e condições[166]. Emergem daí dois dos princípios basilares da responsabilidade fiscal: a transparência e o controle, significando o dever da Administração Pública de informar e publicizar o planejamento e a execução orçamentária e de sofrer fiscalização no cumprimento das metas.

A matéria foi mais detalhadamente tratada nos dispositivos seguintes: o art. 9º, § 4º, estabeleceu a obrigatoriedade de audiência pública na comissão mista de Senadores e Deputados, ou seu equivalente nas Casas Legislativas estaduais e municipais, para demonstração do cumprimento de metas pelo Executivo; o art. 32, § 4º, instituiu o registro

---

[166] Lei Complementar nº 101, Art. 1º, § 1º: "A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar".

eletrônico centralizado e atualizado das dívidas públicas interna e externa, garantido o acesso público às informações; o art. 45 trata do envio de relatório do Executivo ao Legislativo com as informações sobre a inclusão de novos projetos à lei orçamentária e às de créditos adicionais.

A transparência, controle e fiscalização mereceram, ainda, um capítulo próprio na Lei de Responsabilidade Fiscal, tendo sido dedicados ao assunto os arts. 48 a 59 enfeixados no Capítulo IX. Nesse sentido, registra-se o art. 48, mediante o qual são previstos como instrumentos de transparência da gestão fiscal os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias, as prestações de contas e o respectivo parecer prévio, o Relatório Resumido da Execução Orçamentária, o Relatório de Gestão Fiscal e as versões simplificadas desses documentos. A seguir, o art. 49 contempla a possibilidade de consulta e apreciação das contas do Executivo pelos cidadãos e instituições da sociedade.

Trata-se de um direito à informação, não no sentido puramente formal ou técnico, mas no sentido efetivo de se buscar oferecer ao cidadão comum a compreensão acerca dos elementos contidos nos respectivos relatórios. Por tal razão, a norma contempla expressamente a expedição dos documentos em uma versão simplificada, aos quais será dada divulgação, inclusive, por meio eletrônico de fácil acesso.[167]

Daí, concluir-se que o problema da falta de controle popular do orçamento não se situa categoricamente na previsão legal, porquanto se verifica uma gama de dispositivos que prevêem o dever de transparência e abertura ao controle. A dificuldade localiza-se muito mais no âmbito da conscientização da sociedade em exercer seu papel de fiscal, tanto no momento da fixação das metas, na elaboração do orçamento detalhado, como também durante sua execução, sobretudo na esfera municipal, onde avultam denúncias de

---

[167] Lei Complementar nº 101: "Art. 55 (...) § 2º. O relatório será publicado até trinta dias após o encerramento do período a que corresponder, com amplo acesso ao público, inclusive por meio eletrônico."

irregularidades praticadas pelos gestores do dinheiro público.

3.8 – O controle externo dos gastos com a saúde: a representação perante os Tribunais de Contas

Os tribunais de contas figuram em nosso ordenamento como instância de auxílio ao Poder Legislativo no exercício do controle externo da administração financeira e orçamentária. Trata-se de órgão cuja finalidade institucional é a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos entes federados, e que deve assim contribuir para o aperfeiçoamento do regime democrático.

As competências desses tribunais dividem-se em parajudiciais e fiscalizadoras[168], sendo a primeira delas concernente ao julgamento das contas dos administradores nos processos de tomadas e prestação de contas anual ou tomada de contas especial. Entre as competências de natureza fiscalizadora está a de acompanhar a aplicação dos recursos públicos e apurar denúncias sobre ilegalidade de despesa ou irregularidades de contas.

No âmbito do Tribunal de Contas da União[169], qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para denunciar irregularidades ou ilegalidades, o que ensejará apuração em caráter sigiloso, até que se comprove a sua procedência. Ressalta-se que a própria Lei Orgânica do Tribunal, no resguardo dos direitos e garantias individuais, assegura tratamento sigiloso às denúncias formuladas, até decisão definitiva sobre a matéria.

Quando julgadas irregulares as contas, a decisão poderá implicar para os

---

[168] Essa classificação é mencionada por Benjamin Zymler, *in: Direito Administrativo e Controle*, p. 268.

[169] A Lei nº 8.443, de 16.07.1992, dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União.

responsáveis as seguintes conseqüências: pagamento da dívida atualizada monetariamente, acrescida dos juros de mora devidos; determinação do afastamento temporário do responsável; responsabilização solidária da autoridade superior competente; decretação, por prazo não superior a um ano, da indisponibilidade de bens do responsável, tantos quantos considerados bastantes para garantir o ressarcimento dos danos em apuração; sustação da execução do ato administrativo reputado ilegal; conversão do processo em tomada de contas especial, se configurada a ocorrência de desfalque, desvio de bens ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário; aplicação de multa de até cem por cento do valor atualizado do dano causado ao erário, quando o responsável for julgado em débito; inabilitação do administrador público, por um período que variará de cinco a oito anos, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública; e arresto dos bens dos responsáveis julgados em débito.

Os Tribunais de Contas têm exercido relevante papel, embora ainda não com a eficácia que se espera, no controle das contas públicas, sobretudo nas hipóteses de transferência de recursos federais. Neste particular, são registradas, junto ao Tribunal de Contas da União, como práticas mais comuns de irregularidades, as de malversação de recursos federais repassados aos Municípios por convênios com o Ministério da Saúde. Esses casos, por sua vez, decorrem comumente de inúmeros fatores tais como: desproporcionalidade entre as quantidades dos produtos adquiridos e o fluxo de pacientes atendidos; inexistência de materiais médico-hospitalares, medicamentos, material de expediente e gêneros alimentícios constantes das notas fiscais apresentadas pelas prefeituras; superfaturamento de preços e pagamentos por serviços não realizados; irregularidades relacionadas ao processo de licitação; desvio de finalidade na utilização dos recursos do SUS; inexecução da meta pactuada em acordo de cooperação; fraude na contratação de agentes de saúde e pagamento indevido de

perícias médicas.[170]

Quanto à afronta à Lei nº 8.666/93, destacam-se casos de dispensa indevida de licitação e celebração de contrato irregular; superfaturamento de preços; pagamentos por serviços não realizados e fraude documental; pagamento antecipado a fornecedores; irregularidades na emissão de notas fiscais, originando pagamentos a maior em relação aos itens e valores discriminados; ausência de comprovação das adjudicações e homologações das licitações.

---

[170] Para consulta sobre os casos de irregularidade citados, vide as seguintes decisões do Tribunal de Contas da União: Acórdão 61/2005 (Processo 020.435/2003-0); Acórdão 87/2005 (Processo 929.491/1998-0); Acórdão 2/2001 (Processo 599.088/1994-0); Acórdão 6/2003 (Processo 017.109/2000-7); Acórdão 8/2002 (Processo 400.035/1995-2); Acórdão 51/2002 (Processo 475.079/1998-1); Acórdão 90/2005 (Processo 004.838/2002-6);

4 – A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL: O DIREITO ADMINISTRATIVO DA SAÚDE

4.1 - A saúde no Direito Administrativo

Considera-se serviço público, segundo a consagrada doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, "toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público".[171] Em sentido amplo, abrange a atividade judiciária e a legislativa, não se fazendo diferenciação entre poder de polícia, serviço público e atividade econômica.

Por outro lado, o conceito de serviço público, em sentido estrito, implica falar do serviço como atividade social, ou seja, como atividade exercida pela Administração Pública com exclusão das funções legislativa e jurisdicional, e também distinta do poder de polícia.

Um dos elementos caracterizadores do serviço público diz respeito a seu substrato material, "consistente no oferecimento, aos administrados em geral, de utilidades ou comodidades materiais (como água, luz, gás, telefone, transporte coletivo etc.) que o Estado assume como próprias, por serem reputadas imprescindíveis, necessárias ou apenas correspondentes a conveniências básicas da Sociedade".[172]

Acórdão 55/2004 (Processo 015.120/2000-5); Acórdão 20/2004 (Processo 011.191/2001-7). Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual>. Acesso em: 4 set. 2006.

[171] MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*, p. 477.
[172] Ibidem, p. 479.

Considerada a saúde como prestação essencial à população, e sendo indiscutível que sua gestão envolve interesse coletivo, ao Direito Administrativo importa o estudo do funcionamento da máquina administrativa voltado à oferta dos serviços de atendimento à população.

O serviço público de saúde é atividade de interesse geral, não comercial ou industrial, submetido a regime de direito público, com agentes sob regime estatutário e suas decisões apresentam todos os atributos de um ato administrativo. É também serviço não exclusivo do Estado, em razão de permanecer facultada à iniciativa privada sua exploração mediante autorização do Poder Público. O serviço público de saúde, portanto, constitui instrumento de satisfação direta e imediata de um direito fundamental.

No que se refere à classificação, os serviços de saúde são considerados doutrinariamente como "próprios", uma vez que o Estado os assume como seus e os presta direta ou indiretamente através de contratos e convênios com a iniciativa privada. Quanto ao objeto, a saúde consiste em "serviço público social" em virtude de atender às necessidades coletivas em que a atuação do Estado é essencial, embora possam conviver com a iniciativa privada. Os serviços de saúde pública são, portanto, "não exclusivos", já que podem ser executados pelo Estado ou pelo particular, neste último caso, mediante autorização.

A saúde, assim como os demais serviços estatais, rege-se pelos princípios inerentes à noção de serviço público, tais como a continuidade, a igualdade, a universalidade, a neutralidade, a eficiência, a moralidade, impessoalidade, a publicidade e a mutabilidade. Quanto a este último princípio, também compreendido como "adaptabilidade", destaca-se por implicar para a Administração um dever de "atualizar a prestação do serviço, tomando em vista as modificações técnicas, jurídicas e econômicas supervenientes".[173] Significa, assim, a possibilidade de modificação do modo de execução do serviço em função das alterações

tecnológicas ou às novas exigências da própria coletividade.

O princípio da eficiência, por sua vez, reveste-se de considerável importância, quando aplicado ao campo dos serviços de saúde, pois indica o dever de compatibilizar, até o limite máximo, as possibilidades financeiras com a prestação de um serviço de qualidade. Como bem assinala Odete Medauar, o vocábulo "eficiência" liga-se à idéia de ação e de produção de um resultado rápido e preciso, em oposição à lentidão e à omissão por parte do prestador do serviço.[174]

Fala-se, ainda, em novos postulados do serviço público, podendo-se mencionar os seguintes, conforme classificação formulada por Marçal Justen Filho: a) a adequação do serviço, significando o dever do Estado de prestar o melhor serviço possível dentro das possibilidades técnicas e econômicas; b) a transparência e a participação do usuário, implicando o dever do estado e do prestador do serviço de fornecerem ao usuário todos os esclarecimentos e admitirem a participação de representantes dos usuários na estrutura organizacional do serviço público.[175]

Assim, deve-se aplicar à estrutura organizacional do sistema de saúde no Brasil os princípios e regras comuns ao serviço público, sendo imprescindível o conhecimento, para fins de controle, da qualidade desses serviços.

4.2 - O modo de execução dos serviços públicos de saúde no Brasil: o Sistema Único de Saúde

4.2.1 – O Sistema Único de Saúde: noções gerais

---

[173] JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, p. 490.
[174] MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, p. 145.
[175] JUSTEN FILHO, Marçal. ob cit., p. 491.

O Sistema Único de Saúde, criado pela Constituição de 1988 e regulamentado pelas Leis nº 8.080/90 e 8.142/90, conta com uma vasta regulamentação por meio de portarias e resoluções que constituem as normas operacionais do sistema, e tem por finalidade alterar a situação de desigualdade na assistência à saúde através do atendimento público e gratuito, abrangendo centros e postos de saúde, hospitais, laboratórios, hemocentros, fundações e institutos de pesquisa, com financiamento advindo de recursos arrecadados através de impostos e contribuições sociais.

As Normas Operacionais – NOBs, a partir da avaliação dos estágios de implementação do SUS, voltam-se mais direta e imediatamente para a definição das estratégias aplicáveis em cada momento de construção do sistema e dos respectivos processos para sua operacionalização.

Segundo previsão contida na Lei nº 8.080, também denominada Lei Orgânica da Saúde, deve-se compreender o Sistema Único de Saúde – SUS, como o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, abrangendo as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para a saúde.

A meta principal desse sistema consiste em promover a eqüidade no atendimento das necessidades de saúde da população, por meio da oferta de serviços voltados às atividades preventivas e curativas. Constitui o modelo oficial de prestações sociais voltadas à saúde no Brasil, sendo considerado o único que garante assistência integral e gratuita à totalidade da população, inclusive aos portadores do HIV, aos pacientes renais crônicos e aos pacientes com câncer.

A sua estrutura abrange as esferas federal, estadual e municipal,

permanecendo a direção do sistema sob a responsabilidade do Ministério da Saúde no que toca à esfera federal, enquanto no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, caberá à respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente.

Toda essa complexa estrutura administrativa que compõe o Sistema Único funda-se no acesso universal (princípio da universalidade) e igualitário (princípio da eqüidade), significando o primeiro desses princípios que o SUS deve estender seu atendimento a toda a população, seja através de serviços estatais, seja por meio de serviços privados prestados a partir de convênios e contratos com a Administração Pública. Por outro lado, o princípio da eqüidade significa o dever de promover a igualdade material através de prestações que possam compensar a desigualdade social.

4.2.2 – Antecedentes históricos

Desde a década de 1970, já se observam iniciativas de se organizar um sistema único de atendimento público à saúde no Brasil, iniciando-se pela Lei nº 6.229/75, através da qual foi instituído o Sistema Nacional de Saúde, seguida da criação do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social – INAMPS, em 1977. O atendimento prestado por esse instituto, contudo, era restrito aos contribuintes previdenciários, de modo que o sistema era marcado por profundas desigualdades.

A partir da década de 1980, operaram-se significativas mudanças no modelo de atenção à saúde com vistas à expansão da cobertura assistencial, em cumprimento às proposições lançadas pela Conferência de Alma-Ata, realizada pela Organização Mundial de Saúde em 1978, cujo lema diretor era o de “Saúde para todos no ano 2000”. A partir de então, iniciou-se o “Movimento da Reforma Sanitária Brasileira” voltado à construção de uma nova política de saúde fundada na descentralização, universalização e unificação.

Em 1980, foi criado o Programa Nacional de Serviços Básicos de Saúde (PREV-SAÚDE), seguido do plano estratégico denominado “Ações Integradas de Saúde – AIS”, em 1983, adotando-se como princípios a co-gestão, a desconcentração e a universalização do atendimento à saúde, cuja implementação ficou a cargo do Conselho Nacional de Administração de Saúde Previdenciária - CONASP.

A VIII Conferência Nacional de Saúde, realizada em 1986, teve um papel expressivo como movimento que deu início à reforma sanitária voltada ao estabelecimento das diretrizes para a reorganização de um sistema único de saúde no Brasil, e que apresentava três objetivos principais: a) transferir a responsabilidade da prestação da assistência à saúde do governo da União para os governos locais; b) consolidar o financiamento e a provisão de serviços públicos de saúde, orientando-os para a eqüidade, a universalidade e a integralidade da atenção; e c) facilitar a participação efetiva da comunidade no planejamento e controle do sistema de saúde.[176]

Destaca-se, ainda, como importante antecedente histórico do atual Sistema Único de Saúde, a implementação do Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde (SUDS), no ano de 1987, o qual veio a adotar como diretrizes a universalização e a equidade no acesso aos serviços, a integralidade dos cuidados, a regionalização dos serviços de saúde e implementação de distritos sanitários, a descentralização das ações de saúde, o desenvolvimento de instituições colegiadas gestoras e o desenvolvimento de uma política de recursos humanos.

Constata-se, a partir dos postulados lançados pelo SUDS, que já, naquela época, anteriormente à promulgação da Constituição Brasileira de 1988, partilhava-se da noção de princípios básicos do sistema de saúde, como os da universalidade, integralidade e descentralização.

Tais princípios foram incorporados ao texto da nova Constituição, dando origem a um sistema único fundado no acesso universal e igualitário às ações de saúde, no atendimento integral, na regionalização e hierarquização, descentralização com direção única em cada esfera de governo e participação da comunidade.

4.2.3 – Financiamento do Sistema Único de Saúde

O Sistema Único de Saúde deve ser financiado com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e Municípios, além de outras fontes, em consonância com as metas e prioridades estabelecidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias.[177]

No tocante ao financiamento público das ações e serviços de saúde, operou-se significativa alteração no texto constitucional com a edição da Emenda Constitucional nº 29/2000. Na tentativa de corrigir distorções na cobertura das necessidades na área de saúde, a referida emenda deu início a um processo de construção das condições necessárias para que se pudesse alcançar o equilíbrio desejável entre as demandas da população por serviços de saúde e os recursos necessários ao seu financiamento. Foram duas grandes motivações que levaram à edição dessa Emenda: garantir recursos estáveis para a saúde diante das oscilações nos gastos públicos e aumentar a participação dos Estados e municípios no financiamento do Sistema Único de Saúde.[178]

A Emenda Constitucional nº 29 determina a vinculação de receitas das três

---

[176] Relatório intitulado "A Saúde no Brasil". Organização Pan-Americana da Saúde – OPAS/OMS. Escritório de Representação no Brasil, 1998, p. 30.

[177] Lei nº 8.080/90: "Art. 31. O orçamento da seguridade social destinará ao Sistema Único de Saúde (SUS) de acordo com a receita estimada, os recursos necessários à realização de suas finalidades, previstos em proposta elaborada pela sua direção nacional, com a participação dos órgãos da Previdência Social e da Assistência Social, tendo em vista as metas e prioridades estabelecidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias".

[178] BRASIL. Ministério do Planejamento. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. *Boletim de Políticas Públicas Sociais – Acompanhamento e Análise nº 13*, p. 148.

esferas de governo para o SUS, definindo percentuais mínimos de recursos para as ações e serviços de saúde, vinculados à arrecadação de impostos e às transferências constitucionais. Estabeleceu-se, para a União, a destinação, no ano em que entrou em vigor, do montante empenhado em ações e serviços públicos de saúde no exercício financeiro imediatamente anterior, acrescido de, no mínimo, 5% (cinco por cento); para os quatro anos seguintes, o valor apurado no ano anterior corrigido pela variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB). Isso significa, para a União, um aumento de recursos para a saúde equivalente ao aumento real do PIB mais a inflação do ano.

Para os Estados e Distrito Federal, o percentual de vinculação estabelecido foi de 12% (doze por cento) de sua receita de impostos e de transferências recebidas, deduzindo-se, para o cálculo da base vinculável, as transferências realizadas para os respectivos Municípios. E, finalmente, no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o percentual foi de 15% (quinze por cento) do produto de arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, I, *b* e § 3º.

Esse gradualismo contemplado na proposta para o alcance desses percentuais procurou evitar pressões iniciais sobre as finanças dessas esferas, propiciando-lhes um ajustamento gradativo para o cumprimento dessa nova exigência constitucional.[179]

O Ministério da Saúde procedeu à elaboração de estimativa do gasto federal em saúde, no período 2001/2004, aplicando o art. 7º da EC nº 29, de modo que a União deveria aplicar no setor, no ano 2000, no mínimo, o valor aplicado em 1999 – total empenhado, exceto os gastos com Inativos e Pensionistas e com o Serviço da Dívida – acrescido de 5%, enquanto no período de 2001 a 2004, a aplicação seria do valor do ano

---

[179] Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão de Investimentos em Saúde. *Estimativas de impacto da vinculação constitucional de recursos para a saúde*: Emenda Constitucional nº 29/2000, p. 7.

anterior corrigido pela variação nominal do Produto Interno Bruto - PIB.[180]

Conquanto tenha havido uma previsão de gastos para os anos posteriores a 2000, constatou-se, posteriormente, que o dispêndio veio a superar todas as estimativas, conforme já demonstrado no item 3.2 do presente trabalho.

4.2.4 – Descentralização e Municipalização

A matéria referente à descentralização dos serviços de saúde já foi objeto de análise no Capítulo 3, dentre os princípios que norteiam o Sistema Único de Saúde, entendendo-se como tal a transferência de responsabilidades entre as três esferas de governo. Nesse particular, o art. 7º da Lei nº 8.080/90 expressamente consagrou, entre outros princípios, o da descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo, o da integração em nível executivo das ações de saúde, e o princípio da 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.

Dessa forma, buscando regulamentar o princípio geral da descentralização já instituído pela Constituição de 1988, a lei ordinária previu que os serviços de saúde seriam organizados e executados de forma regionalizada e hierarquizada em níveis de complexidade crescente, a partir do estabelecimento de competências e atribuições comuns ou específicas para cada esfera governamental.[181] Assim, aos Estados e Municípios foi delegado um campo

---

[180] A EC nº 29/2000 estabelece, em seu art. 7º, estabeleceu nova redação para o art. 77 do ADCT: "Art. 77. Até o exercício financeiro de 2004, os recursos mínimos aplicados nas ações e serviços de saúde serão equivalentes: I. no caso da União: a) no ano de 2000, o montante empenhado em ações e serviços públicos de saúde no exercício financeiro de 1999 acrescido de, no mínimo, cinco por cento; b) no ano 2001 ao ano 2004, o valor apurado no ano anterior, corrigido pela variação nominal do Produto Interno Bruto – PIB".

[181] O legislador constituinte, ao instituir o caráter descentralizado da rede de serviços públicos de saúde, delegou à lei ordinária a definição detalhada do papel e das atribuições de cada ente federativo no Sistema Único. Ao definir a competência dos gestores da saúde, a Lei nº 8.080/90 fixou, no art. 15, atribuições comuns da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios.

de atribuições próprias a cargo das direções estadual e municipal do sistema único, respectivamente. E há que se falar, também, na previsão da participação complementar da iniciativa privada, mediante celebração de contratos ou convênios, nas hipóteses em que as disponibilidades públicas forem insuficientes para garantir a cobertura dos serviços.

A municipalização, nesse contexto, significou alteração no antigo sistema que prezava pela centralidade da gestão, pois implicou a atribuição de responsabilidade aos municípios pela gestão do sistema de saúde em seus respectivos territórios, com uma conseqüente descentralização na gerência das ações e serviços. Dessa forma, passa o município a figurar como responsável imediato por considerável parcela de atribuições, embora permaneçam a União e os Estados como co-responsáveis.

Em 1990, o Ministério da Saúde, através da Portaria nº GM 1.481, de 31.12.90, incumbiu o então INAMPS de implantar a nova política de financiamento do SUS para 1991, o que, por sua vez, ensejou a edição na Norma Operacional Básica/SUS nº 1 (NOB SUS 01/91), a qual, de forma centralizadora, estabelecia o convênio como mecanismo de articulação e repasse de recursos, embora se apresentasse, ao mesmo tempo, como reforço ao poder municipal. Entretanto, após as críticas elaboradas à referida forma de execução do sistema, editou-se nova norma operacional, a NOB SUS 01/92, que representou o início de posteriores mudanças na realidade do SUS, sobretudo com a maior articulação das Secretarias Municipais de Saúde e com a ampliação dos poderes das Secretarias Estaduais de Saúde. Nessa etapa, dava-se início ao processo de descentralização do sistema único.

As normas operacionais, que se seguiram, procuraram melhor sistematizar o processo de descentralização da gestão dos serviços, com a atribuição de diferentes níveis de responsabilidades para os Estados e Municípios. Seguiu o processo de municipalização com a NOB/SUS nº 01/93, decorrente das discussões travadas na 9ª Conferência Nacional de Saúde, e que teve como tema central “a municipalização é o caminho”. A partir de então, permitiu-se

a transferência regular e automática de fundos para municípios habilitados como gestores.[182] Nesse objetivo de desenvolver a ênfase na municipalização, destaca-se a NOB SUS 01/96, que instituiu a Gestão Plena Municipal da Saúde e mediante a qual o município passa a ser o responsável imediato pelo atendimento das necessidades do cidadão, passando os Estados à condição de mediadores.

A Portaria nº 2.121/98, do Ministro da Saúde, implantou nova forma de transferência de recursos com a criação do Piso de Atenção Básica (PAB) e a conseqüente separação entre os recursos para financiamento da Atenção Básica e os destinados à Assistência de Média e Alta Complexidade. Esse mecanismo de transferência conferiu aos municípios uma maior responsabilidade na gestão de recursos.[183]

Em 2001, a Portaria Ministerial nº 95 ampliou as responsabilidades dos municípios na atenção básica à saúde, definindo o processo de regionalização da assistência com mecanismos para o fortalecimento da capacidade de gestão do sistema único. Assim, o princípio da descentralização das ações e serviços teve notável contribuição para a melhoria da execução dos serviços ao atribuir maior parcela de responsabilidade aos gestores municipais.[184] Nesse passo, os Estados passaram da função de meros mediadores à de coordenadores do SUS em âmbito estadual, dando-se maior ênfase à regionalização.

4.2.5 – O controle social do SUS

---

[182] BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. “Para entender a Gestão do SUS”, p. 29.

[183] Resumidamente, o sistema funciona da seguinte forma: os Estados e municípios habilitados em Gestão Plena do Sistema recebem, na qualidade de gestores, recursos para pagamento aos prestadores de serviços (hospitais, clínicas, ambulatórios e profissionais). Se o Estado ou município não estiver habilitado como gestor, o pagamento é efetuado diretamente pelo Fundo Nacional de Saúde. Sobre Gestão Plena, vide NOAS/SUS 01/2002.

[184] Segundo o Ministério da Saúde, “a idéia, portanto, da descentralização/municipalização da saúde parece ter um potencial significativo, no sentido de que o Município pode assumir e atuar como base da Federação, com maior agilidade para provocar as devidas transformações, principalmente na área das políticas sociais, particularmente na saúde, enquanto política pública. O que não significa isolamento, mas uma progressiva e permanente articulação e integração com os níveis estadual e federal”. Disponível em: <http://www.sespa.pa.gov.br/Sus/>. Consulta realizada em 14.9.2005.

Em seu art. 7º, a Lei nº 8.080 previu, como um dos princípios aos quais devem submeter-se as ações e serviços de saúde, a divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde (inc. VI), bem como a participação da comunidade (inc. VIII). Buscou o legislador, dessa forma, estabelecer a transparência e a publicidade a fim de permitir o acompanhamento da atuação administrativa pelos usuários.

O controle social do SUS, conforme regulamentação conferida pela Lei nº 8.142/90, deve concretizar-se à luz do Relatório Final da 9ª Conferência Nacional da Saúde, de 1992, segundo o qual "o Controle Social não deve ser traduzido apenas em mecanismos formais e, sim, refletir-se no real poder da população em modificar planos, políticas, não só no campo da saúde".

A Lei Orgânica da Saúde estabelece, como instâncias de controle social do sistema, as Conferências e os Conselhos de Saúde, a fim de que possam as comunidades, por meio de seus representantes, opinar, definir e acompanhar a execução das ações de saúde nas esferas federal, estadual e municipal. As Conferências são compostas pelos representantes dos usuários do SUS, dos profissionais da saúde, dos prestadores dos serviços, dos parlamentares, com a atribuição de avaliar a situação da saúde e propor diretrizes para a formulação da política de saúde.

Os Conselhos de Saúde são compostos por representantes dos usuários, dos prestadores dos serviços, dos profissionais da saúde e do governo, e funcionam como organismos colegiados, de caráter permanente e deliberativo, com poderes de acompanhamento e controle da política de saúde, e ainda com a atribuição de propor correções e aperfeiçoamento.

Quanto aos instrumentos de acompanhamento, fiscalização e controle dos gastos públicos com saúde, destaca-se o Sistema de Informações sobre Orçamentos Públicos

em Saúde do Ministério da Saúde (SIOPS)[185], instituído por meio da Portaria Conjunta nº 1.163, do Ministro da Saúde e Ministério Público da União. Esse mecanismo permite a verificação dos gastos públicos, bem como a realização de estudos sobre o desempenho de políticas públicas e programas na área de saúde.

4.3 – A participação complementar da iniciativa privada no Sistema Único de Saúde

No Brasil, a partir da década de 70, houve expressiva expansão da oferta de serviços privados de assistência hospitalar e da compra dos mesmos pelo Estado. Pode-se dizer que a expansão do setor hospitalar privado no Brasil, naquele período, ocorreu de forma acelerada e financiada pelo Estado, sem ser, contudo, desenvolvida a capacidade de comprar, por parte do setor público, os serviços de assistência hospitalar.

Com a criação do Sistema Único de Saúde, foi expressamente admitida a participação da iniciativa privada na prestação de serviços, quando as disponibilidades financeiras forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de determinada área. A própria Constituição de 1988, no art. 199, § 1º, admite que "as instituições privadas poderão participar de forma complementar do Sistema Único de Saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos".

Em se tratando de entidades privadas com fins lucrativos, será celebrado contrato de compra de serviços, precedido da celebração de licitação ou, na hipótese de inexigibilidade, de edital de Chamada Pública. No processo de contratação ou de celebração de convênios, o gestor público deve orientar-se, exclusivamente, segundo a identificação das

---

[185] Disponível em <http: www.datasus.gov.br>.

necessidades da população a ser atendida. Com isso, busca-se assegurar a legitimidade da contratação e a preservação da moralidade administrativa. A esse respeito, o Ministério da Saúde destaca que, na prática, a absorção dos serviços privados complementares ao SUS acaba se dando, em muitos casos, de maneira descontrolada e sem avaliação, a exemplo das hipóteses em que o prestador pretende oferecer algo que não coincide com as reais necessidades da população atendida.[186] Nesse contexto, a Secretaria de Atenção à Saúde lançou orientações para a contratação de serviços de saúde voltadas à utilização mais eficiente dos recursos do SUS por parte dos gestores: "há que se consolidar instrumentos de contratação que permitam um relacionamento transparente, regrado por normas publicas e realistas que regulem a relação entre os gestores das várias esferas do SUS, bem como entre esses". [187]

Necessária se faz uma forte regulamentação do sistema de contratação de unidades privadas de saúde, dando-se transparência às relações entre gestores e prestadores de serviços, e orientando todo o processo às necessidades da população usuária, segundo a demanda real, e não para satisfazer interesses privados.

---

[186] Segundo a Secretaria de Atenção à Saúde, do Ministério da Saúde: "Com a descentralização do Sistema de Saúde, implementada a partir da Constituição de 1988, deixou de haver um gestor central, responsável pela compra de todos os serviços de saúde e surgem milhares de gestores do Sistema, com autonomia para a compra dos serviços de saúde. O mercado passou a ser regido pela lógica da oferta privada e complementar ao SUS, sendo que muitas vezes os gestores do SUS chegam mesmo a ficar reféns dos prestadores privados". *In Caderno da SAS. Orientações para contratação de serviços de saúde* – Brasília 2003, p. 2. Disponível em <http://dtr2004.saude.gov.br/susdeaz/instrumento/arquivo/02_Politica_caderno_de_orientacao.pdf>.

[187] *Caderno da SAS. Orientações para contratação de serviços de saúde* – Brasília 2003, p. 3. Disponível em <http://dtr2004.saude.gov.br/susdeaz/instrumento/arquivo/02_Politica_caderno_de_orientacao.pdf>.

5 – A IMPLEMENTAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE PELA VIA JURISDICIONAL

5.1 – O Poder Judiciário como instância de concretização de direitos sociais

A técnica de positivação de alguns dos direitos sociais na Constituição faz com que a eficácia desses direitos dependa, em larga escala, de ulterior atividade legislativa ou administrativa. Sem essa ação concretizadora, não se consegue atingir a eficácia máxima, restando ao cidadão, em muitas situações, a possibilidade de socorrer-se ao Poder Judiciário a fim de obter a regulação do direito no caso concreto, ou para que seja sanada a omissão quanto à sua implementação.

Em face do desenvolvimento desordenado verificado na sociedade brasileira nas últimas décadas, e com o conseqüente surgimento de novos conflitos e comportamentos decorrentes das contradições socioeconômicas, revela-se imperativo um remodelamento e readaptação das instâncias judiciais a fim de que venham a amoldar-se a essa nova realidade. Não se pode negar que o apego ao formalismo e à tradição liberal já não mais permite o funcionamento do Poder Judiciário como instância de resguardo de direitos numa sociedade complexa e marcada por desigualdades.

Num contexto de iniqüidade e má distribuição das riquezas, como o que se apresenta no Brasil, o Poder Judiciário deve assumir o encargo de resgatar a norma jurídica como instrumento de prática redistributiva e justiça social.

A questão mereceu a abordagem de Celso Fernandes Campilongo, ao tratar da adaptação do Judiciário em face do desenvolvimento socioeconômico: “a literatura sobre

as novas 'funções do direito' – redistributivas, transformadoras, legitimadoras, etc – traz consigo o questionamento a respeito dos novos papéis do juiz". O posicionamento, aqui firmado, é o de que "sem abandonar a tradicional função de adjudicação da conflituosidade inter-individual, o magistrado atua, no Estado social, como um garantidor da estabilidade e da dinâmica institucionais".[188]

Várias são as teses acerca da atuação do Judiciário no campo da tutela e implementação dos direitos sociais prestacionais. A esse respeito, Gomes Canotilho faz alusão a julgados do Tribunal Constitucional nos quais se assentou que os direitos sociais permanecem na dependência de uma intervenção legislativa conformadora e concretizadora para que adquiram exeqüibilidade. Em conformidade com a doutrina aceita na jurisprudência portuguesa, "o Tribunal deve controlar se a actuação legislativa socialmente densificadora de direitos sociais se pauta por critérios reais de *realização gradual* (...)." [189]

A seguir, arremata que "o Tribunal não pode abster-se de um *controlo jurídico de razoabilidade* fundado no princípio da igualdade" (grifos do autor) [190]. Trata-se da possibilidade de atuação dos tribunais para efetuar um controle jurídico de razoabilidade quando se está diante de ato legislativo que viola o princípio da igualdade ou que restringe o âmbito de proteção dos direitos sociais. Tome-se como exemplo a modificação legal que institui o aumento dos prazos de caducidade de direitos.

Segundo Eros Roberto Grau, somente o Judiciário pode tornar efetivos determinados direitos, quando o Executivo omite-se no cumprimento de políticas públicas. Daí a importância de um Poder Judiciário independente e forte, "capaz de afirmar a função – e a função renovada - da Constituição." [191] E ressalta que a Constituição escrita não pode

---

[188] CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. *In: Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, p. 47.
[189] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 520.
[190] Ibidem, p. 520.
[191] GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988:* interpretação e crítica, p. 270.

alcançar determinados resultados quando as soluções estejam além dos limites das relações econômicas.

Luís Roberto Barroso, a seu turno, trata da importância dos instrumentos e procedimentos destinados à transformação das exigências humanas em prestações concretas. Fala, primeiramente, em "garantias sociais" para se referir à capacidade do Estado em prover seus habitantes das condições necessárias a uma existência digna, estando vinculado esse conceito aos limites de geração de riqueza e à forma de distribuição dessas riquezas.[192] Já as "garantias políticas" compreendem a divisão de Poderes, ou seja, a distribuição das atribuições estatais entre diferentes órgãos como forma de controle e limitação do poder.[193] Em terceiro lugar, destacam-se as "garantias jurídicas" que correspondem aos instrumentos de tutela de direitos manejáveis pelo cidadão perante o Judiciário, a fim de que se dê solução a um conflito de interesses.[194]

No tocante à defesa dos interesses em Juízo, o autor tece crítica a respeito dos amplos poderes conferidos ao Juiz e que, em geral, não são utilizados da maneira devida, relegando às partes envolvidas o impulso para o andamento do processo: "nesse contexto assim cristalizado, não é tarefa fácil a introdução da idéia de um maior 'ativismo judicial' junto a quadros que se formaram dentro de um comportamento usualmente passivo, e, de certo modo, acanhado, sobretudo diante do Executivo." [195] Com esses argumentos, evoca-se uma postura mais ativa do Judiciário brasileiro.

O fenômeno da expansão do papel do Judiciário, num sistema de freios e contrapesos, consoante observação de Mauro Cappelletti, encontra-se relacionado à expansão

---

[192] BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas:* limites e possibilidades da Constituição Brasileira, p, 123.
[193] Ibidem, p. 124.
[194] Ibidem, p. 125.
[195] Ibidem, p. 127.

dos ramos políticos do Estado moderno. [196] Assim, com o agigantamento dos Poderes Legislativo e Executivo, em decorrência da extensão das atividades estatais, deve-se reconhecer também ao Poder Judiciário uma ampliação de poderes a fim de exercer o controle das prestações sociais.

Observa-se na magistratura brasileira um extremo apego ao formalismo, à neutralidade e à segurança. Somam-se a essas características o despreparo e a pouca experiência dos membros da magistratura, do Ministério Público e de advogados para lidar com o espírito dos direitos fundamentais.[197] Trata-se de um predomínio, no Brasil, do modelo "liberal-individualista-normativista", que pugna pela não-interferência do Judiciário em matéria orçamentária. Com efeito, "o Judiciário brasileiro (ainda) não quer assumir o papel de arquiteto social e ser responsabilizado por uma possível convulsão financeira nos orçamentos públicos".[198]

Nota-se, porém, que o Poder Judiciário tem alcançado relativo avanço em suas decisões acerca da realização dos direitos sociais, fato que reflete, na atualidade, a adoção de uma postura mais ousada e dinâmica. Contudo, há alguns fatores que ainda impedem um exercício mais efetivo da competência atribuída ao Judiciário em matéria de eficácia das normas constitucionais e de controle de políticas públicas, assunto que será objeto de análise nos tópicos seguintes.

5.2 – A atuação do Judiciário na concretização de direitos sociais à luz da separação dos poderes

Uma das questões que maior polêmica tem suscitado a respeito da

---

[196] CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*, p. 19.
[197] KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha:* os (des)caminhos de um Direito Constitucional "comparado", p. 72.

interveniência do Judiciário na seara dos direitos sociais corresponde à possível afronta ao princípio da separação dos poderes. É certo que, em uma análise mais apressada, não se poderia conceber o pronunciamento da magistratura acerca de tarefas constitucionalmente atribuídas aos poderes Legislativo e Executivo.

Sobretudo no que toca aos direitos sociais prestacionais, suscitam-se dúvidas quanto ao poder dos juízes em conferir plena eficácia e aplicabilidade imediata a normas programáticas ou definidoras de princípio. A questão tem merecido análise acurada no Direito Constitucional, tendo recebido contribuições quanto à compatibilidade da concretização de direitos pela via judicial com o dogma da separação de poderes.

Para José Afonso da Silva, o maior problema levantado, quanto à realização de direitos sociais, é o de que as normas constitucionais de princípio institutivo não geram obrigatoriedade, pois, juridicamente, não há que se falar em sanção específica capaz de constranger o legislador a legislar. Ainda que seja declarada a inconstitucionalidade por omissão de legislar, será apenas encaminhada a ciência da decisão ao Poder competente para a adoção das providências necessárias. [199]

Disso decorre a ausência de um direito subjetivo à aprovação de lei necessária à plena eficácia de um preceito constitucional. A obrigação de legislar, ainda que em face de um reconhecimento jurisdicional, é de natureza jurídica e moral. [200]

Robert Alexy, considerando que os direitos fundamentais sociais apresentam, muitas vezes, um conteúdo impreciso, a exemplo do direito ao trabalho, sustenta que a decisão a respeito desse conteúdo constitui matéria afeta à política.[201] O argumento da

---

[198] Ibidem, p. 73-74.
[199] SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 128.
[200] Ibidem, p. 129.

[201] Robert Alexy aponta para o problema do deslocamento de competência do legislador quando se trata de direitos fundamentais sociais vinculantes: "O argumento formal aduz um dilema: se os direitos fundamentais sociais são vinculantes, conduzem a uma deslocamento da política social desde a competência do parlamento à do Tribunal Constitucional; se não são vinculantes, conduzem a uma violação da cláusula de vinculação do

competência baseia-se nos princípios da divisão de poderes e da democracia, aliados aos efeitos financeiros decorrentes dos direitos fundamentais sociais: "a existência de direitos fundamentais sociais amplos judicialmente imponíveis conduziria a que a política orçamentária estaria determinada, em partes essenciais, pelo direito constitucional". E prosseguindo em seu raciocínio, conclui que, "como o Tribunal Constitucional teria que controlar a observância destas disposições, a política orçamentária ficaria, em grande medida, nas mãos do Tribunal Constitucional, o que contradiria a Constituição". [202]

Mauro Cappelletti aponta que afloram os sintomas da crise do mundo contemporâneo em face de dois acontecimentos, o gigantismo do Poder Legislativo e o do Poder Executivo. Esse fato repercute, por sua vez, sobre o Poder Judiciário, acarretando-lhe o aumento da função e das responsabilidades. O Judiciário é erigido, então, a um "terceiro poder" que não pode permanecer alheio, mas, ao contrário, deve acompanhar as profundas transformações operadas na realidade.[203]

Quanto ao postulado da separação dos poderes, se compreendido de modo absoluto, trará como conseqüência um Judiciário débil e limitado à resolução dos conflitos de natureza privada. O que deve ser defendido como ideal seria um "sistema equilibrado de controles recíprocos", no qual seja garantida a coexistência de "um legislativo forte com um executivo forte e um judiciário forte". [204] Até mesmo a França, onde mais rigidamente prevaleceu o sistema da divisão de poderes, admite o sistema de controles recíprocos, com um conseqüente crescimento do Judiciário. [205]

É possível relacionar alguns argumentos a favor de uma autorização

---

artigo 1, parágrafo 3 da LF. O ponto de partida desse argumento é a tese de que os direitos sociais fundamentais não são jurisdicionáveis, ou o são em uma medida muito reduzida." *In: Teoria de los Derechos Fundamentales*, p. 490-491.

[202] ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*, p. 491.

[203] CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* p. 46.

[204] Ibidem, p. 54.

[205] Ibidem, p. 56.

conferida aos Tribunais para exercer o controle sobre a prestação de direitos sociais. Primeiramente, urge demonstrar que o processo jurisdicional diferencia-se do processo legislativo. [206]

Em segundo lugar, o Judiciário encontra-se vinculado a determinados limites em sua atividade criadora. São os chamados "limites processuais" ou "virtudes passivas", os quais diferenciam o processo jurisdicional do processo de natureza política. A primeira das três limitações, diz respeito às regras de neutralidade e imparcialidade do juiz, exigindo-se deste que não possua qualquer interesse pessoal na causa sob sua apreciação. Há também o caráter contraditório do processo, caracterizado pelo tratamento equânime das partes e pela oferta de oportunidade de defesa. Por fim, aponta-se como uma terceira regra processual a de passividade processual, já que o julgador deve assumir uma atitude passiva quanto à instauração do processo, aguardando a iniciativa dos interessados. [207]

A teoria da separação dos poderes merece uma nova compreensão para que possa continuar a servir ao seu escopo original de garantir Direitos Fundamentais contra o arbítrio e a omissão estatal, sob pena de surtir um efeito paralisante às reivindicações de cunho social. [208] Dessa forma, não se pode deixar de reconhecer que o exagerado culto à separação de poderes contraria uma ordem de idéias que, na atualidade, pugna pelo fortalecimento do Poder Judiciário como garantia do regime democrático.

Daí, infere-se a necessidade de controle por parte do Judiciário das atividades estatais, inclusive as concernentes à implementação de direitos sociais, quando não são observados os parâmetros estabelecidos pela Constituição, bem como quando a atividade do administrador desvia-se da legalidade e da moralidade administrativa. Essa atividade, desde que submetida a determinados limites, em nada contraria o princípio da separação dos

---

[206] Ibidem, p. 74.
[207] CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*, p. 76.

poderes. Muito pelo contrário, com ele se coaduna, pois ao Judiciário cabe velar pela observância dos valores consagrados na Lei Maior.

5.3 – A interferência do Poder Judiciário no campo das políticas públicas: verificação de constitucionalidade das opções do legislador e do administrador

O controle das políticas públicas de saúde dá-se através da verificação de sua constitucionalidade pelo Poder Judiciário, apreciação esta a ser exercida de forma mais expressiva, num sentido crescente de quantidade e qualidade.

A interveniência do Poder Judiciário avulta de importância, sobretudo, quando se verifica o desconhecimento, por parte da grande massa da população, quanto ao funcionamento das instituições políticas na elaboração e implementação dessas políticas. Essa possibilidade de controle judicial tem suscitado argumentos favoráveis e contrários, destacando-se a corrente procedimentalista e a corrente substancialista.

Nesse sentido, cumpre destacar o entendimento de Habermas, segundo o qual ”a lógica da divisão de Poderes não pode ser ferida pela prática de um tribunal que não possui meios de coerção para impor suas decisões contra uma recusa do parlamento e do governo”. [209] O autor estabelece uma diferenciação entre a jurisprudência no modelo liberal, orientada pela tese positivista da separação de poderes, e a jurisprudência do Estado social, guiada por normas fundamentais.[210]

---

[208] KRELL, Andreas. “Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais”. *A Constituição concretizada – construindo pontes com o público e o privado*, p. 53.
[209] HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade, p. 305-306.
[210] “No modelo liberal, a ligação estrita da justiça e da administração à lei resulta no clássico esquema da divisão de poderes, que deveria disciplinar, através do Estado de direito, o arbítrio do poder estatal absolutista. A distribuição de competências entre os poderes do Estado pode ser entendida como cópia dos eixos históricos de decisões coletivas: a prática de decisão judicial é entendida como agir orientado pelo passado, fixado nas decisões do legislador político, diluídas no direito vigente, que ligam o agir futuro, e a administração controla problemas que surgem na atualidade.” HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade, p. 305-306.

Assim, sustentando a tese procedimentalista, Habermas defende que o controle abstrato de normas é função do legislador, não cabendo ao Judiciário atuar na verificação das questões políticas, devendo restringir-se à análise procedimental da Constituição. Ao Poder Judiciário incumbiria tão-somente a tarefa de assegurar que o Direito seja criado através de um processo democrático, ou seja, por meio do devido procedimento previsto pela Constituição. [211]

Já para a tese substancialista, "o Judiciário pode contribuir para o aumento da capacidade de incorporação do sistema político, garantindo a grupos marginais, destituídos dos meios para acessar os poderes políticos, uma oportunidade para a vocalização das suas expectativas e direito no processo judicial".[212]

É possível que, "com a positivação dos direitos sociais-fundamentais, o Poder Judiciário (e, em especial, a justiça constitucional) passe a ter um papel de absoluta relevância, mormente no que pertine à jurisdição constitucional." O Poder Judiciário deve assumir uma posição plenamente ativa na sociedade.[213] Assim, "na perspectiva substancialista, concebe-se ao Poder Judiciário uma nova inserção no âmbito das relações dos Poderes de Estado, levando-o a transcender as funções de *ckecks and balances*". [214]

Adotados os parâmetros propostos pela corrente substancialista, sem deixar

---

[211] HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade, p. 297.

[212] STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p. 45.

[213] Lenio Luiz Streck profere críticas à atuação do Judiciário, o qual deveria exercer mais incisivamente uma função intervencionista: "na esteira das teses substancialistas, entendo que o Poder Judiciário (especialmente a justiça constitucional) deve assumir uma postura intervencionista, longe da postura absenteísta, própria do modelo liberal-individualista-normativista que permeia a dogmática jurídica brasileira. (...) Ou seja, se estamos longe da postura substancialista – e a prática nos tem demonstrado tal assertiva, em face da inefetividade da expressiva maioria dos direitos sociais previstos na Constituição e da postura assumida pelo Poder Judiciário na apreciação de institutos como o mandado de injunção, a ação de inconstitucionalidade por omissão, além da falta de uma filtragem hermenêutico-constitucional das normas anteriores à Constituição -, por outro lado também não se pode afirmar que convivemos com uma prática procedimentalista do tipo proposto por Habermas." *In: Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p. 51.

[214] STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p. 46.

de lado obviamente a importância do procedimento para a democracia, pode-se compreender o Judiciário como um poder estratégico e capaz de assegurar que as políticas públicas garantam os direitos fundamentais.

Como bem anota Marília Lourido dos Santos, "a judicialização das políticas públicas encontra seu fundamento no primado da supremacia da Constituição, tida como lei fundamental." Com isso conclui-se que "o Judiciário não invade o âmbito do Executivo, apenas aplica a Constituição, esta sim superior a todos os Poderes Estatais, por serem poderes constituídos."[215] Dessa forma, é a própria Constituição, em face de sua superioridade, que confere legitimidade à atuação do Judiciário e à judicialização das políticas públicas.

Importa ressaltar que não se está elevando o Judiciário a instância única de controle, mas sim a uma instância a mais, em reforço ao sistema já existente em outras esferas. Esse controle judicial apresenta vantagens, tais como a de abrir maior espaço ao pluralismo, mediante o amplo acesso ao Judiciário, e vantagem de propiciar o "construtivismo jurídico" através da interligação entre os direitos humanos e a democracia participativa. Em síntese, a ampliação do poder de controle judicial das leis da Administração não tolhe a democracia participativa, mas antes lhe favorece, assim como à democracia representativa. Quanto a esta última, o benefício se dá em razão da possibilidade de utilização do processo judicial por parte dos partidos minoritários contra as instâncias dominantes do poder que venham a praticar arbitrariedades.[216]

Por conseguinte, os objetivos constitucionais (normas programáticas) são o elemento norteador da atuação do Judiciário no controle das políticas administrativas. Sempre que esses objetivos forem desrespeitados (essa verificação se dá mediante a confrontação dos atos com a Constituição), tem-se como cabível a intervenção do Judiciário.

---

[215] SANTOS, Marília Lourido dos. Políticas públicas (econômicas) e controle. *Revista de Informação Legislativa*, p. 272.
[216] Ibidem,p. 274.

[217]

Fábio Konder Comparato também é contrário à clássica proibição de judiciabilidade das políticas governamentais, sendo possível o julgamento de "questões políticas" pelo Judiciário. Esse controle, no entanto, deve ficar a cargo do Tribunal competente para apreciação das questões constitucionais, porquanto a apreciação pelo Judiciário limitar-se-á à verificação de constitucionalidade da referida política.[218]

Com efeito, em face do princípio da separação de Poderes, impõe-se que esse controle judicial se atenha ao aspecto da constitucionalidade, seja no tocante ao confronto de tais políticas com os objetivos constitucionalmente vinculantes da atividade de governo, seja também quanto ao confronto com as regras que estruturam o desenvolvimento dessa atividade.[219]

A respeito do critério de controle das políticas governamentais sob o prisma da constitucionalidade, Gilberto Bercovici ressalta que sempre deve haver a adequação teleológica das leis e atos do Poder Público aos fins sociais estabelecidos na Constituição, a exemplo daqueles enumerados no art. 3º. Assim, as políticas podem ser controladas não apenas sob o aspecto formal, como também no que toca à compatibilidade do conteúdo com a norma constitucional.[220]

A mesma opinião é manifestada por Ana Paula de Barcellos, no sentido de que se verifica uma real necessidade de se fazer escolhas, quando da formulação de políticas

---

[217] SANTOS, Marília Lourido dos. Políticas públicas (econômicas) e controle. *Revista de Informação Legislativa*, p. 276.
[218] COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade das políticas públicas. *Revista dos Tribunais*, p. 18.

[219] "Esclarecida, assim, essa falsa objeção à judiciabilidade das políticas públicas governamentais, estabeleçamos, desde logo, que o juízo de constitucionalidade, nessa matéria, tem por objeto o confronto de tais políticas, não só com os objetivos constitucionalmente vinculantes da atividade do governo, mas também com as regras que estruturam o desenvolvimento dessa atividade." COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade das políticas públicas. *Revista dos Tribunais*, p. 20.
[220] BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento*: uma leitura a partir da Constituição de 1988, p. 112.

públicas, segundo uma ordem de prioridades em face da limitação dos recursos disponíveis. Essa possibilidade de deliberação acerca de tais prioridades e do destino dos recursos públicos, apesar de sua natureza eminentemente política, não se encontra inteiramente entregue à discricionariedade do legislador e do administrador, devendo submeter-se, também, às metas fixadas na Constituição. Assim, a atividade não se encontra infensa ao controle jurisdicional. [221] Conseqüentemente, o destino a ser dado aos recursos públicos sofre uma limitação jurídica decorrente do próprio Estado republicano:

> A definição dos gastos públicos é, por certo, um momento típico da deliberação político-majoritária; salvo que essa deliberação não estará livre de alguns condicionantes jurídico-constitucionais.
> Se a Constituição contém normas nas quais estabeleceu fins públicos prioritários, e se tais disposições são normas jurídicas, dotadas de superioridade hierárquica e de centralidade no sistema, não haveria sentido em concluir que a atividade de definição das políticas públicas – que irá, ou não, realizar fins – deve estar totalmente infensa ao controle jurídico. Em suma: não se trata da absorção do político pelo jurídico, mas apenas da limitação do primeiro pelo segundo. [222]

No que diz respeito aos limites ao controle judicial das políticas públicas, há quem comungue da tese de um "mínimo existencial", o qual corresponderia aos direitos fundamentais sociais. Esse "mínimo existencial", por sua vez, não deve ser confundido com os direitos sociais, distinção da qual depende a extensão do controle jurisdicional. [223] Dessa forma, nas hipóteses submetidas à apreciação do Judiciário, quando envolvida relevante questão de mínimo existencial, não há sujeição à discricionariedade administrativa, podendo

---

[221] "Nesse contexto, compete à Administração Pública efetivar os comandos gerais contidos na ordem jurídica e, para isso, cabe-lhe implementar ações e programas dos mais diferentes tipos, garantir a prestação de determinados serviços, etc. Esse conjunto de atividades pode ser identificado como 'políticas públicas'. É fácil perceber que apenas por meio das políticas públicas, o Estado poderá, de forma sistemática e abrangente, realizar os fins previstos na Constituição (...)." BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, p. 90.

[222] BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, p. 92.

[223] TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e a reserva do possível. *Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal*, p. 466.

incidir na espécie o controle.[224]

Diante da escassez de recursos públicos e da necessidade de serem estabelecidas prioridades em meio aos serviços públicos, podem as escolhas operadas pelo administrador ser passíveis de questionamento. Assim, por exemplo, se a autoridade realiza contratação direta, mesmo que o ato esteja amparado em norma que permite a dispensa de licitação, ainda poderá sobrar espaço para questionamentos acerca da economicidade ou a respeito da razoabilidade-proporcionalidade.[225]

Outro exemplo que ilustra de modo específico a tese de controle de determinadas atividades do Executivo, sem que isso signifique invasão do Poder Judiciário, seria o da Administração de pequena cidade, carente de investimentos em setores prioritários, como educação básica e infra-estrutura em água e esgotos, que venha a comprometer o erário em obra de mero embelezamento. Nessa hipótese, verifica-se que, embora atendidos os requisitos legais para a realização da obra, "o ato se mostrará, inobstante, vulnerável sob os prismas da oportunidade, da moralidade administrativa, da defesa do erário, ou seja, no tocante à sua legitimidade substancial como um todo."[226]

Aqui, a hipótese é de um ato formalmente legal, mas ilegítimo em razão de contrariar a prioridade que deve ser conferida aos direitos sociais dispostos na Constituição de 1988.

O maior problema quanto à prestação dos serviços sociais básicos não está

---

[224] Ricardo Lobo Torres menciona como exemplo o caso ocorrido na 1ª Vara da Infância e da Juventude do Rio de Janeiro: "No Rio de Janeiro o Juiz da 1ª Vara da Infância e da Juventude resolveu bloquear recursos do Tesouro Municipal porque o Prefeito César Maia não havia procedido ao empenho das quantias previstas no orçamento para a construção de creches; a decisão foi provocada pelo Ministério Público, que alegou inclusive 'o justo receio de que tais verbas sejam aplicadas em programas outros que não os destinados a crianças e adolescentes, a exemplo do museu Gugenheim-Rio (para o qual já foi aprovado crédito suplementar de quarenta e um milhões de reais) e outros projetos da prefeitura (...)". *In:* O mínimo existencial, os direitos sociais e a reserva do possível. *Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal*. Rio de Janeiro : Renovar, 2004, p. 466.

[225] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas, p. 768.

[226] Ibidem, p. 770.

na previsão legal, mas na formulação e implementação de políticas públicas adequadas e na composição dos gastos. A lei não deve ser encarada como um fim em si mesmo, mas como instrumento a serviço do governo na consecução das responsabilidades administrativas e políticas. [227] Em verdade, muitas das mazelas verificadas na prestação dos serviços públicos essenciais encontram-se no modo de operacionalização das políticas.

A criação e execução das políticas públicas têm seu fundamento na própria Constituição, de modo que sua não-observância pelo governo pode ensejar o controle pelo Judiciário: "onde o processo político (Legislativo, Executivo) falha ou se omite na implementação de políticas públicas e dos objetivos sociais nelas implicados, cabe ao Poder Judiciário tomar uma atitude ativa na realização desses fins sociais através da correição da prestação dos serviços básicos." [228]

Em seu trabalho sobre a escassez no campo das pretensões positivas, Gustavo Amaral compartilha da opinião de que cabe ao magistrado, tão-somente, projetar o conteúdo de pretensão positiva para, depois, contrastando o teor dessa pretensão com a realidade fática, verificar se há violação potencial: "havendo a violação potencial, cabe ao magistrado, então, questionar as razões dadas pelo Estado para suas escolhas, fazendo a ponderação entre o grau de essencialidade da pretensão e o grau de excepcionalidade da situação concreta, a justificar, ou não, a escolha estatal." [229] [230]

No direito comparado, colhe-se contribuição de Jorge Miranda, cuja análise

---

[227] KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha:* os (des)caminhos de um Direito Constitucional "comparado", p. 32.
[228] Ibidem, p. 101.
[229] AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha*: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas, p. 208.

[230] O autor apresenta ainda as seguintes conclusões a respeito da interferência nos critérios de escolha adotados pelos órgãos governamentais na alocação dos recursos: "(...) não há um critério único que possa balizar todas as decisões alocativas. Não há como, pela razão, extrair um padrão, uma regra que sirva para a solução dos conflitos por recursos escassos. Havendo vários critérios e procedimentos a serem escolhidos e combinados, a escolha ganha caráter nitidamente político e, enquanto tal, deve passar pelo crivo político, com o Judiciário guardando-se para o controle não do conteúdo, mas da forma e de eventuais excessos." Ibidem, p. 217.

é a de que, na apreciação dos direitos a efetivar em face dos recursos disponíveis, os governantes não dispõem de total liberdade. Com efeito, "não pode ser obliterado o princípio da proporcionalidade (*lato sensu*), aferido por padrões de justiça social, solidariedade e «igualdade real entre os Portugueses» (...); e aos Tribunais em geral e ao Tribunal Constitucional em especial competirá descobrir eventuais inconstitucionalidades".[231]

Para Mauro Cappelletti, diante da nova responsabilidade atribuída ao Judiciário, este se vê diante de duas alternativas, sendo a primeira a de permanecer fiel ao conceito tradicional de atividade judiciária, enquanto a segunda opção seria a de se tornar o "terceiro gigante" e assumir o controle dos dois gigantes legislador e administrador.[232] Entre as conseqüências do aumento de atribuições do Judiciário, a que mais se destaca é a relativa ao crescimento da "justiça administrativa", ou seja, do "controle judiciário da atividade do executivo e de seus derivados". [233]

Diante dessa nova responsabilidade que lhe é atribuída, o Judiciário vê-se diante de duas alternativas, sendo a primeira a de permanecer fiel ao conceito tradicional de atividade judiciária, enquanto a segunda opção seria a de se tornar o "terceiro gigante" e assumir o controle dos dois gigantes legislador e administrador.[234]

Não há dúvida de que o Judiciário exerce importante papel na ordem democrática, podendo deliberar acerca da efetividade de direitos sociais, e até mesmo sobre a alocação de recursos orçamentários. Os direitos sociais, pelo fato de implicarem ações estatais dependentes de recursos financeiros, não estão imunes à justiciabilidade e, neste aspecto, não admitem um tratamento radicalmente distinto daquele conferido aos direitos de liberdade.[235]

---

[231] MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, t. IV, p. 393.
[232] CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*, p. 47.
[233] Ibidem, p. 46.
[234] Ibidem, p. 47.

[235] Nesse sentido, Frank L. Michelman destaca: "Constitutionalization of social rights guarantees can provide both a prod and a hook for ho-hum forms of judicial action in furtherance of the distributive aims these rights represent. The fact that social rights make budgetary demands, or call for government action and not just

Interessante exemplo de interferência do Judiciário, em políticas públicas de saúde, é fornecido por David Bilchitz ao fazer referência à constitucionalização de direitos sociais na África do Sul. O autor relata um caso real no qual o Tribunal Constitucional da África do Sul reconheceu a possibilidade de apreciação judicial da coerência e razoabilidade de uma política governamental de distribuição de medicamentos destinados à prevenção da transmissão do vírus HIV, aos recém-nascidos, pelas mães portadoras do vírus. A tese acolhida por aquele tribunal foi a de que o Poder Judiciário poderia ordenar que fossem corrigidas quaisquer falhas verificadas na política de saúde em questão, uma vez que o sistema adotado pelo Governo para a distribuição da droga restringia o acesso apenas a uma parcela dos usuários. A Corte Suprema concluiu que a política governamental apresentava-se não razoável ao negar a oportunidade de acesso a uma simples dose de "nevirapine" às mães e a seus recém-nascidos, em hospitais públicos ou clínicas que não se enquadrassem como locais de pesquisa e treinamento.[236]

Por último, cumpre registrar pronunciamento do nosso Supremo Tribunal Federal em decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello, na Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, na qual se reconhece a possibilidade de controle do Judiciário na implementação de políticas públicas.[237] Não obstante tenha deixado de apreciar o mérito da argüição, em face da perda do objeto, a decisão conseguiu suscitar a reflexão por parte do

---

forbearance, does not in itself differentiate them radically, from the standpoint of justiciability, from constitutionally protected rights to property, to equality before the law, or to so-called negative liberties". In The Constitution, social rights, and liberal political justification. *International Journal of Constitutional Law*, p. 15-16.

[236] BILCHITZ, David. South Africa: Right to health and access to HIV/AIDS drug treatment. *International Journal of Constitutional Law*, p. 529.

[237] Da argumentação do Ministro Celso de Mello, na ADPF nº 45, extrai-se o seguinte trecho: "É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou

órgão de cúpula do Judiciário a respeito da inoponibilidade do arbítrio estatal em matéria de realização de direitos sociais.

Na decisão apontada, adverte o Ministro Relator que "não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo".

Não se trata, dessa forma, de uma interferência de um Poder sobre outro, mas de um verdadeiro controle da atividade exercida pelos órgãos de decisão política, quando esta se mostra desconforme com os princípios constitucionais. Das opiniões expostas, parece haver unanimidade quanto à compreensão de que o fundamento de ditas políticas há de encontrar-se na própria Constituição, a qual estabelece as atividades assumidas pelo Estado como serviços públicos. Ao legislador ordinário, assim como aos órgãos executivos, caberá a escolha, segundo um critério de razoabilidade, da pauta de serviços prioritários, a estes destinando a correspondente parcela orçamentária.

Não há como se negar o exercício de certa margem de liberdade. Ocorre que não é plena ou ilimitada a discricionariedade. Desvirtuando-se da norma constitucional, cabível na espécie o controle de constitucionalidade da lei ou do ato normativo, seja na via incidental, seja na via da ação direta de inconstitucionalidade. O julgamento depende de um juízo de proporcionalidade e envolve, certamente, uma análise subjetiva por parte do julgador. Somente no caso concreto é que se poderá aferir se houve ou não violação à Constituição, não se podendo falar em critério seguro.

5.4 – A questão da atuação do Judiciário como legislador positivo: possibilidade de

---

coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo

inovar o ordenamento jurídico

Outra questão preliminar que calha à presente discussão é a que diz respeito aos poderes conferidos ao juiz, na apreciação do caso prático, para inovar o ordenamento jurídico, criando regra apropriada à resolução de um conflito carente de regulamentação legal. A discussão, oriunda do Direito Privado, aplica-se também no campo dos direitos constitucionais que padecem de uma lacuna legislativa.

O Poder Judiciário age subsidiariamente como aplicador do direito, de modo que, se o particular ou a Administração Pública se nega a fazê-lo, poderá o titular do direito reclamá-lo perante o Judiciário, cumprindo a este a imposição da pronta efetivação do direito. Trata-se de um verdadeiro "dever" de prover essa exeqüibilidade. [238] Uma eventual lacuna na aplicação de um direito fundamental não implicará qualquer obstáculo à ação do Judiciário, pois cumpre a ele o dever de supri-la na sua atividade julgadora, desde que o faça nos limites determinados pelo art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, ou seja, será julgada a matéria, caso a caso, com reprodução e produção do direito, desde que seja a decisão submetida a princípios jurídicos. [239]

Não se trata de inverter o princípio da separação dos poderes, fazendo com que o Judiciário desempenhe atribuições próprias do Legislativo ou do Executivo. Nas palavras de Eros Roberto Grau, "o que se sustenta – e, no caso, sob o manto do princípio da supremacia da Constituição – é, meramente, cumprir ao Poder Judiciário assegurar a pronta exeqüibilidade de direito ou garantia constitucional imediatamente aplicável (...)." [240] Trata-se

---

programático.

[238] Sobre a possibilidade de o Judiciário inovar o ordenamento jurídico, dispõe Eros Roberto Grau: "O Poder Judiciário, então, estará, de uma banda, vinculado pelo dever de conferir efetividade imediata ao preceito. De outra, estará autorizado a inovar o ordenamento jurídico suprindo, em cada decisão que tomar, eventuais lacunas que, não estivesse o preceito dotado de aplicabilidade imediata, atuariam como obstáculo a sua exeqüibilidade." *In: A Ordem Econômica na Constituição de 1988:* interpretação e crítica, p. 273.

[239] GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988:* interpretação e crítica, p. 274.

[240] Ibidem, p. 275.

de uma autorização para, em cada decisão tomada, produzir direito. Dessa forma, o entendimento do autor é o da efetiva produção de um direito frente ao caso concreto, não se podendo falar evidentemente em produção de norma geral e abstrata.

Nesse sentido, comunga com tal entendimento Sérgio Fernando Moro, segundo o qual se a Constituição permite que o Judiciário atue no controle de constitucionalidade das leis, seja por ação, seja por omissão, é tacitamente aceitável que o juiz atue em área reservada ao legislador, quando se cuida de concretizar um direito social garantido constitucionalmente, desde que o faça nos casos concretos, em face da omissão legislativa. [241] Se num regime democrático admite-se que a interpretação do Judiciário se sobreponha à do legislador quanto à constitucionalidade de uma lei, não menos possível é que decisões judiciais supram vazios do legislador. Assim, segundo o autor, não pode prevalecer o dogma da "vedação à atuação judicial como legislador positivo". [242]

Para Mauro Cappelletti, a criatividade constitui fator inevitável da função jurisdicional, sendo pacífico o entendimento de que na interpretação judiciária do direito legislativo já está implícito o exercício de um certo grau de atividade criadora. A questão não reside na oposição entre interpretação e criação do direito, já que tais conceitos seriam perfeitamente conciliáveis. O problema está em se definir em que grau, modos e limites pode ser desenvolvida essa criatividade. [243] Embora um certo grau de criatividade esteja implícito em toda atividade interpretativa, essa discricionariedade não deve ser confundida com arbitrariedade ou com "direito livre". [244]

Certamente, não dispõe o intérprete de total liberdade, pois o juiz não está

---

[241] MORO, Sergio Fernando. Por uma Revisão na Teoria da Aplicabilidade das Normas Constitucionais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional,* p. 104.
[242] Ibidem, p. 104.
[243] CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?,* p. 21.
[244] Ibidem, p. 23.

livre de vínculos.[245] A preocupação deve ser com a medida da atividade criativa conforme um critério de eqüidade: "é evidente que a decisão baseada na 'eqüidade', por exemplo, tem espaço mais amplo de escolha de que a baseada e vinculada a precisos precedentes judiciários ou detalhadas prescrições legislativas". [246] Dado que o Juiz não é detentor de liberdade total, encontra-se na obrigação de apoiar sua argumentação, seja nos precedentes, seja na própria legislação à qual se encontra vinculado, não podendo se fundamentar unicamente na equidade.[247]

Diversa opinião é fornecida por Ingo Wolfgang Sarlet, o qual entende que, embora seja possível a remoção de lacunas pelo Judiciário para a solução dos casos concretos, e desde que não se configure qualquer afronta ao princípio da separação dos poderes, deve-se vislumbrar a existência de certos obstáculos que impedem a adoção desse postulado de forma absoluta.[248]

Um desses obstáculos consiste na legitimação democrática do direito jurisprudencial. Nesse particular, Robert Alexy propõe uma concepção formal dos direitos fundamentais como sendo "posições tão importantes que sua outorga ou não outorga não pode ficar em mãos da simples maioria parlamentar". [249]

As normas jusfundamentais estabelecem limites à ação do legislador, fixando proibições e mandatos que limitam a sua liberdade. A ocorrência de uma "colisão entre o princípio da democracia e os direitos fundamentais". Demonstra-se que o princípio da

---

[245] Ibidem, p. 24.
[246] CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*, p. 25.
[247] "Por isso, deve ser firmemente precisado que os limites substanciais não são completamente privados de eficácia: criatividade jurisprudencial, mesmo em sua forma mais acentuada, não significa necessariamente 'direito livre', no sentido de direito arbitrariamente criado pelo juiz no caso concreto." CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*, p. 26.
[248] "Com efeito, especialmente no que concerne aos direitos fundamentais sociais de natureza prestacional , verifica-se que os limites da reserva do possível, da falta de qualificação (e/ou legitimação) dos tribunais para a implementação de determinados programas socioeconômicos, bem como a colisão com outros direitos fundamentais podem, dentre outros aspectos, exercer uma influência decisiva". SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 263.
[249] ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*, p. 432.

democracia deve ser dividido em vários subprincípios que podem entrar em colisão recíproca. [250]

Em clara síntese: "a necessária colisão entre o princípio da democracia e os direitos fundamentais implica que o problema da distribuição de competências entre o legislador parlamentar legitimado democrática e diretamente (...) e o Tribunal Constitucional só indiretamente legitimado democraticamente e não destituível eleitoralmente é um problema inevitável e permanente." [251]

Essa limitação costuma ser imposta à atuação do Judiciário sob o argumento de que a criação constitui atividade anti-democrática. A essa objeção, contudo, Mauro Cappelletti apresenta algumas ponderações, tais como a de que não passa de um mito a crença generalizada da perfeita democracia representativa. Ressalta que foi dissipada a utopia ocidental de que seja possível alcançar um legítimo consenso através do processo democrático. [252]

Outro ponto favorável ao exercício da criatividade pelo Judiciário é o de que os tribunais podem contribuir para a democracia, uma vez que permite aos órgãos representativos das minorias o acesso ao processo judicial, acesso esse que não obteriam junto ao processo político. [253] Ademais, embora o sistema eletivo para os cargos do governo seja o que melhor representa um regime democrático, o "sentimento de participação" do povo pode ser facilmente desvirtuado. Nesse aspecto, o autor aduz que "o processo jurisdicional é até o mais participatório de todos os processos da atividade pública". [254]

Por fim, o autor assume sua posição favorável à intervenção do juiz na

---

[250] Ibidem, p. 433.
[251] Segundo Robert Alexy: "La necesaria colisión entre el principio de la democracia y los derechos fundamentales implica que el problema de la distribución de competencias entre el legislador parlamentario legitimado democrática y directamente como así también responsable – en el sentido de la destituibilidad electoral – y el Tribunal Constitucional sólo indirectamente legitimado democráticamente y no destituible electoralmente es un problema insoslayable y permanente." *In*: *Teoria de los derechos fundamentales*, p. 433.
[252] CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*, p. 94.
[253] Ibidem, p. 99.
[254] Ibidem, p. 100.

criação do direito, ao concluir que "a democracia não pode sobreviver em um sistema em que fiquem desprotegidos os direitos e as liberdades fundamentais", e para que seja eficazmente garantida essa proteção, faz-se necessário eliminar a concentração do poder. Para que o Judiciário seja independente e possa prestar uma grande contribuição à democracia, necessário é que seja ele "suficientemente ativo, dinâmico e criativo, tanto que seja capaz de assegurar a preservação do sistema de *checks and balances*, em face do crescimento dos poderes políticos (...)". [255]

A matéria foi também abordada por Flávia de Almeida Viveiros de Castro nos termos seguintes:

> Esse papel criativo e fecundo que o magistrado assume é particularmente importante no âmbito dos chamados conceitos indeterminados, que terão seus significados resgatados pelo juiz, inspirando-se este, muito constantemente, em considerações de ordem extrajurídica, como os usos e costumes e os dados sociológicos e econômicos que circunscrevem a realidade expressa no processo.
> O crescimento da utilização de conceitos indeterminados nos textos legais confere aos juízes um maior poder no aplicar as leis, na solução dos litígios, como também ocorre sempre que os magistrados devam integrar as lacunas normativas.
> A patologia de uma normatividade oscilante entre a inflação legislativa em determinados setores e a inatividade em outros aumenta – por via transversa – o poder do juiz.
> As várias formas de inatividade do legislador representam uma das principais causas do alargamento da ação do Poder Judiciário – a *supplenza giudiziaria* – referida pelo direito italiano. Acresce que, como já assinalado, certas técnicas legislativas privilegiam disposições elásticas, flexíveis e esfumadas em seu conteúdo, as quais acabam por delegar ao juiz opções que o legislador não pode ou não quer operar. Dessa forma, o processo tende a se tornar um espaço importante de justiça distributiva. [256]

No Brasil, esse poder criativo ainda é visto com reservas pelo Judiciário, sendo geralmente aplicado apenas incidentalmente no caso concreto, e com efeitos interpartes, desde que seja possível, na hipótese, recorrer-se à analogia ou aos princípios gerais do direito,

---

[255] CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*, p. 107.
[256] CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de. O Papel Político do Poder Judiciário. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 42, p. 177.

e dependendo de uma ponderação de princípios por parte do julgador.

5.5 – Princípios da atuação do Judiciário na tutela coletiva

Em sua atividade implementadora de direitos carentes de efetividade, o Judiciário há de pautar-se, primeiramente, na correspondente regra constitucional, verificando se, no caso proposto, há ou não violação à Lei Maior. Como apontado nos tópicos anteriores, emerge a necessidade de controle das atividades estatais, inclusive das políticas públicas, quando não observados os parâmetros estabelecidos pela Constituição, seja por omissão, seja por desviar-se da legalidade e da moralidade administrativa.

Vislumbra-se, assim, possível a expedição de um provimento judicial que imponha ao administrador o aparelhamento e funcionamento da máquina estatal para o fim de entrega de prestações sociais, objetivando conferir eficácia a um comando constitucional, mas desde que observados alguns princípios. Destarte, a atividade julgadora não é livre de condicionamentos, e deve orientar-se segundo um princípio maior de eficiência, sob pena de tornar-se arbitrária e abusiva, desbordando das atribuições conferidas ao Judiciário.

5.5.1 – Princípio da subsidiariedade

Uma das características da jurisdição está em que esta somente deve ser provocada quando a solução para o litígio deixou de ser primariamente alcançada de forma pacífica e espontânea pelos sujeitos da relação jurídica submetida à decisão. Trata-se do caráter substitutivo ou secundário da jurisdição, matéria tratada nos compêndios de processo civil, e que implica dizer que a função jurisdicional atua a fim de dar solução a situações

litigiosas.

Fundado nesse princípio reitor, também o processo jurisdicional voltado ao controle dos atos estatais, seja por ação, seja por omissão do Estado no cumprimento de seus deveres, há de ser instaurado somente quando exauridas todas as tentativas de resolução voluntária na via administrativa. Assim, no que concerne à realização de direitos sociais, deve o ente estatal ser instado a sanar a insuficiência no fornecimento de determinada prestação. Somente se a providência for insuficiente, ou se constatada a mora, é que o Poder Judiciário está autorizado a intervir na esfera governamental e substituir-se ao Poder Público responsável na realização prática do direito invocado. A isso impõe o respeito à separação dos poderes.

De fato, a tarefa concretizadora de direitos sociais prestacionais, por definição constitucional, cabe mesmo ao Executivo e Legislativo, porquanto constitui uma função que lhes é própria. Por outro lado, além de compor uma função inerente à instância governamental, é certo, também, que, diante da má prestação desses serviços, é o controle popular que deve incidir em primeiro lugar. Essa fiscalização popular no Brasil, normalmente marcada pela sua fragilidade, deve abranger o acompanhamento da elaboração das leis orçamentárias, o processo de escolhas e de estabelecimento de prioridades, bem como o combate à corrupção no gerenciamento do dinheiro público.

Em princípio, quando se apresenta insuficiente essa modalidade de controle, é que se propõe a intervenção do Poder Judiciário, podendo-se falar em mais uma faceta do caráter subsidiário da jurisdição.

A subsidiariedade, entretanto, não deve ser levada ao extremo de se exigir dos interessados o aguardo da providência por tempo indefinido, sob pena de se perder o próprio objeto tutelado. O princípio há de ser compreendido no contexto da sociedade brasileira, entendendo-se que o Judiciário deve expedir um comando condenatório, quando

esgotados outros meios para a concretização do direito, ou quando demonstrado já de antemão que uma outra via se mostraria ineficaz.

O importante é estabelecer se há ou não meio eficaz de sanar a lesão, entendendo-se como tal aquele apto a solver a controvérsia de forma geral e imediata, tornando eficaz a norma constitucional. Assim, a multiplicação de situações sobre um dado direito subjetivo previsto constitucionalmente reclama, as mais das vezes, a utilização de um instrumento processual que permita a solução definitiva e abrangente da controvérsia. [257]

5.5.2 – Princípio da complementaridade

Deve a jurisdição, nas hipóteses de intervenção judicial no campo dos direitos sociais prestacionais, revestir-se de um caráter complementar, e não inovador com respeito a determinada política pública. Em outras palavras, o julgador deverá, ao apreciar pedido de concreção de um direito social na esfera coletiva ou individual, limitar-se a enquadrar a medida buscada, até onde seja possível, em uma política já existente, mas que se mostre deficitária.

Com isso, pretende-se, aqui, fixar limites à atuação do Judiciário o qual não poderá intervir a ponto de ele mesmo traçar o plano de ação que competiria, em princípio, à esfera governamental. Conforme já estabelecido nos tópicos anteriores, não se trata de uma interferência de um Poder sobre outro, mas de um verdadeiro controle da atividade exercida pelos órgãos de decisão política, quando esta se mostra desconforme com os princípios

---

[257] No tocante à mora legislativa, embora seja de difícil definição no caso concreto, já foi objeto de declaração pelo Supremo Tribunal Federal, em algumas situações, como se deu no Mandado de Injunção nº 232/RJ, deferiu o pedido para declarar o estado de mora em que se encontrava o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, fossem adotadas as providências legislativas para o cumprimento da obrigação de legislar sob pena de, vencido esse prazo, poder o requerente gozar da imunidade requerida. Supremo Tribunal Federal – Mandado de Injunção nº 232/RJ. Rel. Min. Moreira Alves. Julgamento: 02/08/1991. Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO. DJ 27-03-92, p. 03800. RTJ v. 00137-03, p. 00965.

constitucionais.

Em se tratando de controle por omissão na oferta de uma dada prestação social, o Estado-juiz poderá determinar o cumprimento das normas que prevêem a prestação do serviço público questionado, dando ensejo ao funcionamento compulsório da máquina administrativa com vistas à solução do litígio. A prestação jurisdicional, nesse caso, limitar-se-á a impulsionar um serviço cuja política seja pré-existente, no intento de aperfeiçoá-la em prol dos usuários.

Cita-se, como exemplo, os casos em que o Judiciário obriga a Administração a desenvolver políticas públicas implementadas pelo SUS, como o programa de saúde mental que, embora em pleno funcionamento, não atende à crescente demanda de solicitação de medicamentos.[258]

5.5.3 – Princípio da cooperação

O comando judicial não deve criar empecilhos ao funcionamento das políticas públicas, mas deve, sim, funcionar em cooperação com a atividade pública, corroborando com o aperfeiçoamento da prestação dos serviços reclamados. Trata-se de atuar o magistrado como fiscal na gestão dos gastos públicos somente até o limite do necessário, sem o comprometimento orçamentário de outras prioridades em igual escala de importância.

Deve-se atentar ao princípio da cooperação nas hipóteses de seqüestro ou bloqueio de verba pública pelos Tribunais, casos em que o julgador deve ponderar sobre a destinação orçamentária inicial dos valores bloqueados, para que não se promova danos a serviços essenciais de idêntica natureza à do bem tutelado.

5.5.4 – Princípio da responsabilidade

Ao se deparar com uma demanda judicial pela oferta de uma dada prestação em saúde, deve o órgão julgador fixar, desde logo, a qual esfera de Governo cabe a providência pleiteada, tomando-se, por parâmetro, o princípio da descentralização do sistema único. Segundo as normas que regem o Sistema Único de Saúde, o elenco de procedimentos médicos é dividido em diferentes níveis: Atenção Básica, Média e Alta Complexidade. Enquanto a Atenção Básica é definida como de responsabilidade da gestão municipal, a Assistência de Média e a Alta Complexidade recaem sobre a esfera estadual, salvo na hipótese de um alto grau de descentralização no Estado, caso em que a gestão pode ser delegada a alguns municípios. Esta última hipótese é admitida quando o município encontrar-se habilitado em Gestão Plena do Sistema Municipal, caso contrário, caberá ao Estado a gestão do respectivo serviço. Há também uma quarta modalidade de procedimento, denominada de Ações Estratégicas, as quais são financiadas pelo Ministério da Saúde por meio do Fundo de Ações Estratégicas e Compensação – FAEC.[259]

Algumas decisões judiciais têm reconhecido que o dever político-constitucional de proteção à saúde obriga o Estado em regime de responsabilidade entre as pessoas políticas que o compõem, fixando a legitimidade da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para figurar no pólo passivo das demandas que visem à implementação do referido direito. No entanto, é necessário que o julgador observe a natureza do procedimento tutelado, se de baixa, média ou alta complexidade, e assim identifique qual esfera de governo detém a responsabilidade pela prestação do serviço.

Em outras hipóteses, entretanto, cumpre verificar o tipo de prestação

---

[258] Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 401.821-5/9-00 – Batatais – 2ª Câmara de Direito Público - Relator: Urbano Ruiz – 29.03.05.
[259] Vide Portaria nº 531/GM/MS, de 30.04.1999, do Ministério da Saúde.

postulada e sobre qual entidade federativa recairia, em princípio, a obrigação de prestar o serviço.

5.5.5 – Princípio da solidariedade

A responsabilidade pelo oferecimento de internação hospitalar a pacientes necessitados, mormente existindo o risco de vida, é solidária entre a União, os Estados e os Municípios. Não há que se falar em ilegitimidade passiva de qualquer dos entes da Administração Direta para o fornecimento de prestações à saúde, em face da responsabilidade solidária entre a União, os Estados e os Municípios prevista constitucionalmente.[260] O significado prático desse princípio da solidariedade traduz-se na possibilidade de condenar-se, também, o Estado federado na hipótese de o Município não poder arcar integralmente com a efetivação da tutela concedida. Por sua vez, a União poderá vir a assumir o ônus financeiro decorrente da implementação de uma política pública, quando o Estado mostrar-se incapaz no cumprimento da prestação.

Ressalte-se que Lei nº 8.080/90 combinou o princípio da descentralização político-administrativa com o princípio da 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, o que tem levado os tribunais, no Brasil, a adotar a responsabilidade solidária.

Segundo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, o Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios [261], posicionamento que vem sendo adotado pelo Superior Tribunal

---

[260] Nesse sentido, colhe-se a seguinte decisão: Apelação e Reexame Necessário nº 70009928144, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 28/10/2004.
[261] Recurso Extraordinário nº 195.192/RS. 2ª Turma. Rel. Min. MARCO AURÉLIO. DJ de 22/02/2000.

de Justiça [262], além dos Tribunais Regionais Federais.[263]

5.5.6 – Princípio da efetividade

Quando da análise de pleitos de implementação do direito coletivo à saúde, deve-se adotar cautela para que o provimento almejado seja concedido apenas com possibilidade prática de cumprimento, segundo um critério de utilidade do processo. Assim, o Estado-juiz há de cercar-se de todos os cuidados visando a assegurar que o ente público encontra-se apto a responder pelo cumprimento da medida prática, sob pena de a decisão judicial cair no vazio e não alcançar a plena efetividade. Como todo processo judicial, também o processo voltado à tutela coletiva deve ser apto a fornecer ao autor precisamente aquilo a que tem direito, e na medida em que for praticamente possível.

5.5.7 – Princípio orçamentário

A concretização de direitos sociais assegurados pela Constituição demanda normalmente uma atividade positiva do Estado, a qual, por sua vez, implica a prévia existência de reservas financeiras necessárias para fazer frente às correspondentes despesas. Não há, dessa forma, como dissociar o fornecimento de prestações materiais da respectiva dotação orçamentária, devendo-se, ainda, considerar a importância do estabelecimento de prioridades a serem atendidas.

Nesse passo, quando se tem como imperativa a intervenção por parte do

---

[262] O Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 507205 decidiu que “sendo o SUS composto pela União, Estados e Municípios, impõe-se a solidariedade dos três entes federativos no pólo passivo da demanda”.

Poder Judiciário, deve o juiz ter em consideração as condições financeiras do ente ao qual se impõe uma obrigação. Assim, pode-se deparar com uma medida financeiramente exeqüível, mas que não guarde proporção com a capacidade do ente estatal, sobretudo quando se tratar de municípios; deve-se, com isso, observar um critério de proporcionalidade orçamentária, a fim de não se sobrecarregar o Poder Público.

O princípio orçamentário, portanto, deve orientar o julgador para que venha a expedir apenas um provimento dotado de viabilidade e eficácia. Na forma do art. 461, § 5º, do Código de Processo Civil, poderá o Juízo, para a efetivação da tutela específica ou para obtenção do resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias a fim de assegurar o resultado prático equivalente ao do adimplemento da obrigação. Nesse sentido, algumas decisões têm admitido o seqüestro de verba pública para a efetivação da tutela pleiteada.[264]

5.6 – A "reserva do possível" e os limites à discricionariedade dos órgãos governamentais no gerenciamento das disponibilidades financeiras

Questão indissociável da matéria atinente à implementação de políticas sociais diz respeito à limitação das reservas financeiras, e a conseqüente necessidade de estabelecimento de prioridades no campo das prestações sociais.

A grande dificuldade que se enfrenta na concretização dos direitos sociais é o de que eles só existem na medida em que as leis e as políticas sociais os garantirem. Dessa forma, entende-se que o conteúdo desses direitos sociais é determinado pelo legislador

---

[263] Tribunal Regional Federal da 2ª Região: Agravo de Instrumento – 102739 (Processo 2002.02.01.040104-4/RJ); Agravo de Instrumento – 142978 (Processo: 2005.02.01.013645-3/RJ); Agravo de Instrumento – 142940. (Processo: 2005.02.01.013598-9/RJ).

[264] Tribunal Regional Federal – 4ª Região. 4ª Turma. Agravo de Instrumento - 127454 (200304010043057) UF: SC. Rel. JUIZ ALVARO EDUARDO JUNQUEIRA, DJU 27/08/2003, p. 644.

ordinário. Ocorre que o problema não pode ser posto em bases tão simples. Na verdade, a efetividade de um direito social encontra-se, também, na dependência das disponibilidades dos cofres públicos, decorrendo daí a construção da "reserva do possível".

Diante da evidente vinculação às reservas monetárias do Estado, e, para que não sejam tomados os direitos sociais como direitos destituídos de vinculação jurídica, entende-se que a solução estaria na obrigatoriedade de garantir-se um "mínimo social".

É pacífico que o custo assume especial relevância quando da elaboração e implementação de políticas para o fim de concretização de direitos sociais prestacionais. Deve-se, porém, considerar como uma característica desses direitos, a de que o Estado conta com limitada capacidade de dispor sobre o objeto das prestações reclamadas. [265]

A limitação dos recursos para fazer frente ao dispêndio financeiro implica uma parcela de poder conferido aos órgãos políticos legitimados de decidir acerca da aplicação de recursos públicos, escolhendo as medidas administrativas a serem tomadas dentro das possibilidades da dotação orçamentária disponível.

Fala-se, então, da "reserva do possível", limitação esta que abrange não somente a possibilidade, como também o poder de disposição por parte do destinatário da norma. [266]

Desta forma, comumente se alega que o dispêndio financeiro é próprio dos direitos fundamentais sociais. Entretanto, Robert Alexy contesta que a questão dos custos possa, por si só, inviabilizar o reconhecimento desses direitos. Aduz que o princípio da competência do legislador não é absoluto, podendo-se, por outro lado, conferir maior peso aos

---

[265] "Distinta da disponibilidade efetiva dos recursos, ou seja, de possibilidade material de disposição, situa-se a problemática ligada à possibilidade jurídica de disposição, já que o Estado (assim como o destinatário em geral) também deve ter a capacidade jurídica, em outras palavras, o poder de dispor, sem o qual de nada lhe adiantariam os recursos existentes." *In:* SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 282.

[266] SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 282.

direitos individuais em face dos princípios de política financeira.[267]

O autor traz à colação decisões do Tribunal Constitucional Federal, segundo as quais os direitos fundamentais limitam a competência do legislador. Assim, essa competência não é ilimitada, podendo ser afetada até mesmo por "direitos financeiramente mais gravosos".[268] De acordo com essa orientação, deduz-se que o poder discricionário do legislador ou do administrador não é ilimitado, estando sujeito a limitações de ordem constitucional.

Segundo o modelo de direitos fundamentais sociais, a solução para conciliar os argumentos favoráveis e contrários encontra-se na teoria dos princípios. Deste modo, o indivíduo tem um direito definitivo à prestação quando o princípio da liberdade tem um peso maior que os princípios formais e materiais opostos tomados em seu conjunto. É esse o caso dos direitos mínimos, aos quais se pode fazer referência "quando direitos a prestações públicas subjetivas e justiciáveis são contrapostos a um conteúdo objetivo excessivo". [269]

Por fim, o Tribunal somente pode concretizar direitos até onde forem definitivamente devidos, de modo que assim não reste violada a competência do legislador. Essa possibilidade de implementação judicial não impede, contudo, que o Poder Legislativo vá além do âmbito do definitivamente devido, ainda que não esteja constrangido a tal por um Tribunal Constitucional. [270]

Ricardo Lobo Torres lança um novo entendimento sobre a matéria da reserva do possível, ao estabelecer o conceito de "mínimo existencial" como sendo problema relacionado à própria questão da pobreza absoluta, que deve ser combatida pelo Estado, uma

---

[267] ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*, p. 495.
[268] Ibidem, p. 495.
[269] Ibidem, p. 500.
[270] "La competencia del Tribunal termina en los límites de lo definitivamente debido. Pero, también más allá de estos límites, los principios contienen exigencias normativas al legislador. Un legislador que cumple principios iusfundamentales más allá del ámbito de lo definitivamente debido, cumple normas de derecho fundamental, aun cuando para ello no esté obligado definitivamente y, por ello, no pueda ser obligado por un Tribunal Constitucional." *In:* ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*, p. 501.

vez que exibe o *status positivus libertatis*. Como exemplos de serviço público específico e divisível compreendido no mínimo existencial, o autor cita "a entrega de bens públicos (roupa, remédios, alimentos, etc.), especialmente em casos de calamidade pública ou dentro de programas de assistência à população carente (merenda escolar, leite, etc.), independentemente de qualquer pagamento".[271]

Estabelece-se, então, a distinção entre o "mínimo existencial" e os direitos sociais, estes últimos que conferem ao cidadão apenas um *status positivus socialis*. Assim, esse *status positivus socialis*, na visão do autor, "compreende o fornecimento de serviço público inessencial (educação secundária e superior, saúde curativa, moradia, etc.) e as prestações financeiras em favor dos fracos, especialmente sob a forma de subvenções sociais".[272]

Essas prestações não seriam obrigatórias, já que dependem da situação econômica conjuntural do país, ou seja, da reserva do possível. Já o denominado "mínimo existencial" abrangeria um rol de prestações relacionadas ao *status positivus libertatis*, e que constituem direito público subjetivo do cidadão.[273] Em artigo doutrinário voltado especificamente à temática do mínimo existencial, direitos sociais e a reserva do possível, Ricardo Lobo Torres assevera:

> Difíceis também as questões referentes a prestações não autorizadas no orçamento e não compreendidas nas despesas gerais dos órgãos públicos sustentadas pela arrecadação de impostos. O Superior Tribunal de Justiça garantiu o pagamento de despesas de tratamento médico no exterior mediante a fixação de indenização 'a posteriori'. Ainda falta, no direito positivo brasileiro (e os Tribunais não o construíram), instrumento semelhante ao do *mandado de injunção americano*, que permita ao judiciário vincular o Legislativo na feitura do orçamento do ano seguinte, em homenagem a direitos fundamentais sociais (=mínimo existencial), que necessitam de controle jurisdicional contramajoritário típico dos direitos essencialmente constitucionais.

---

[271] TORRES, Ricardo Lobo. A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 264.
[272] Ibidem, p. 292.
[273] Ibidem, p. 264.

> Aguarda-se melhor solução orçamentária para a adjudicação de prestações positivas pelo Judiciário, na hipótese em que, esgotadas as dotações, haja possibilidade fática de utilizar créditos adicionais (suplementares ou especiais). Os tribunais brasileiros vêm evitando o exame das questões orçamentárias. Nos Estados Unidos foi relevante para a afirmação dos direitos fundamentais a alocação de recursos e a manipulação de verbas pelo próprio judiciário, na via do mandado de injunção, principalmente nos casos relativos à implementação dos direitos dos presos e dos negros.
>
> Espera-se ainda o enfrentamento de outros problemas de direito orçamentário, como o de definir se a inexistência de dinheiro afeta a entrega de prestação prevista em dotação orçamentária. O Supremo Tribunal Federal já disse que o Executivo não está obrigado a pagar precatório judicial se não houver recursos disponíveis. Mas tal conclusão a nosso ver não poderia ser estendida para a problemática do mínimo existencial (=direitos fundamentais sociais), que tem prevalência sobre eventuais saldos de caixa. [274]

A síntese desse entendimento é a de que não deve prevalecer a discricionariedade administrativa, quando se trata de garantir o mínimo existencial. Nas hipóteses envolvendo o *status positivus libertatis*, não haveria submissão à reserva do possível, disso dependendo a extensão do controle jurisdicional.

No mesmo sentido, Ana Paula de Barcellos fala em "saúde básica", associada à educação fundamental, assistência aos desamparados e o acesso à justiça, como sendo as quatro condições básicas que constituem o mínimo necessário à existência humana.[275]

Por outro lado, o art. 198 da Constituição de 1988 institui como uma das diretrizes das ações e serviços de saúde o "atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais". Ressalta-se aí a prioridade estabelecida pelo constituinte em favor das atividades preventivas, em contraste com os serviços de saúde curativa.

Diante dessas considerações, surgem, porém, alguns questionamentos

---

[274] TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e a reserva do possível. *Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal*, p. 465.
[275] BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O princípio da Dignidade Humana*, p. 258.

inquietantes. Estariam abrangidas pelo mínimo existencial somente as políticas públicas direcionadas à área sanitária e à prevenção de epidemias, diante do disposto no art. 198 quanto à prioridade para as atividades preventivas? Ou estariam incluídos também os programas de redução da mortalidade infantil? Cabe ainda falar nas cirurgias curativas e fornecimento de medicamentos para doenças graves, casos nos quais se encontra em jogo a própria sobrevivência do paciente. Ou estariam contempladas todas as questões de interesse coletivo?

Em uma rápida incursão nos programas desenvolvidos pelo Ministério da Saúde já é possível vislumbrar-se uma variedade de ações voltadas, dentre outras áreas, à saúde bucal, fornecimento de medicamentos, saúde da família, campanhas de prevenção de doenças causadas por vírus, doação de órgãos e de sangue. Isso para citar apenas algumas das muitas esferas relacionadas à saúde pública. Ademais, a questão envolve sempre aspectos relacionados a recursos humanos, aquisição de equipamentos, investimentos em tecnologias e pesquisas científicas, compra de medicamentos, além da administração de uma ampla rede regionalizada de atendimento. Trata-se, portanto, de um serviço de alta complexidade.

Retomando o posicionamento que considera à "saúde básica" como mínimo existencial, objeta-se a dificuldade em se definir, na prática, o que se poderia entender por "básica", considerando-se que a garantia à saúde envolve toda essa gama diversificada de serviços, tecnologias e bens materiais, além de um vasto catálogo de doenças e procedimentos médicos que se ampliam com o desenvolvimento da ciência.

Diante disso, demonstra-se que a tese do mínimo existencial não se sustenta inteiramente, não obstante sua originalidade, pois não seria suficiente para resolver a questão aparentemente insolúvel da eficácia plena do direito social à saúde. O problema de ordem prática diante do qual se depara o jurista surge em se definir o que estaria contemplado como saúde essencial. Nesse sentido, a Constituição mesma institui um sistema único de saúde com

acesso universal e gratuito, dando ensejo a uma norma utópica, segundo o próprio Ricardo Lobo Torres [276], já que os recursos materiais disponíveis nunca serão suficientes para atender à crescente demanda.

Em verdade, a previsão constitucional de acesso pleno e gratuito aos serviços públicos de saúde não encontra pleno respaldo em nossa realidade, podendo-se vislumbrar, aqui, mais um caso de "constitucionalização simbólica", fenômeno que ocorre, segundo Marcelo Neves, "quando as instituições constitucionais básicas – os direitos fundamentais (civis, políticos e sociais), a 'separação' de poderes e a eleição democrática – não encontram ressonância generalizada na práxis dos órgãos estatais, nem na conduta e expectativas da população".[277]

Observa-se, na análise dos autores acima, a dificuldade, no plano concreto, de se definir qual parcela dos serviços de saúde estaria ou não incluída no chamado mínimo vital. Assim, persistem em nosso ordenamento as barreiras quanto a um direito efetivo à saúde, como um serviço público de qualidade.

Ainda quanto ao tema da reserva do possível, destaca-se a análise de Andreas Krell, segundo a qual, "é questionável a transferência de teorias jurídicas que foram desenvolvidas em países 'centrais' do chamado Primeiro Mundo com base em realidades culturais, históricas e, acima de tudo, socioeconômicas completamente diferentes".[278]

Nesse sentido, assinala que, em países periféricos, "é justamente a questão analisar quem possui a legitimidade para definir o que seja 'o possível' na área das prestações

---

[276] "Com efeito, o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde, assegurado pelo art. 196 da Constituição, transformado em gratuito pela legislação infraconstitucional, é utópico e gera expectativas inalcançáveis para os cidadãos. As prestações de medicina curativa, compreendidas no âmbito dos direitos sociais (art. 6º da Constituição), devem ser analisadas a partir dos critérios elaborados pela teoria da justiça." *In: Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 283.

[277] NEVES, Marcelo. *Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática:* mudança simbólica da constituição e permanência das estruturas reais de poder, p. 288.

[278] KRELL, Andreas J. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional "comparado", p. 51.

sociais básicas face à composição distorcida dos orçamentos dos diferentes entes federativos."[279] Com isso, pretende o autor demonstrar a inviabilidade de se adotar como parâmetros os países que já atingiram um satisfatório grau de bem-estar, em um nível imensamente superior ao conquistado no Brasil.

O ponto crucial da questão das disponibilidades financeiras está nos critérios de escolha e distribuição dos recursos, devendo-se destacar que "o condicionamento da realização de direitos econômicos, sociais e culturais à existência de 'caixas cheios' do Estado significa reduzir a sua eficácia a zero".[280] Em síntese: a discussão travada na Europa sobre a criação de direitos subjetivos a prestações sociais não pode ser transferida ao Brasil "onde o Estado Providência nunca foi implantado".[281]

A efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais, para Jorge Miranda, encontra-se na dependência, também, dos próprios fatores econômicos, dentre os quais se incluem os recursos financeiros. Nesse sentido, assinala que "sendo abundantes as normas e escassos os recursos, dessa apreciação poderá resultar a conveniência de estabelecer diferentes tempos, graus e modos de efectivação dos direitos". E prossegue afirmando que "se nem todos os direitos económicos, sociais e culturais puderem ser tornados plenamente operativos em certo momento ou para todas as pessoas, então haverá que determinar com que prioridade e em que medida o deverão ser".[282] Trata-se da adequação do socialmente desejável aos recursos de cada povo.

Assim, verifica-se que a concretização de prestações sociais exigidas pela Constituição demanda uma atividade positiva do Estado, a qual, em geral, implica o fornecimento de bens materiais. Dessa forma, não há como dissociar, de um lado, a atuação

---

[279] KRELL, Andreas J. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional "comparado", p. 53.
[280] Ibidem, p. 54.
[281] Ibidem, p. 54.
[282] MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, p. 392.

estatal no campo dos direitos sociais, e de outro, a necessidade de reservas financeiras necessárias para fazer frente às correspondentes despesas.

Entretanto, a chamada "reserva do possível" não deve constituir óbice absoluto ao controle das políticas sociais comprometidas com o resguardo da dignidade humana. Retorna-se, aqui, ao tema da estruturação de políticas públicas de formulação de escolhas prioritárias dirigidas ao atendimento de direitos fundamentais, por se tratar de tema indissociável dos gastos e da limitação orçamentária.

Nesse particular, Ana Paula de Barcellos defende que a construção de uma dogmática jurídica consistente que viabilize o controle jurídico das políticas públicas passa, necessariamente, por três diferentes etapas: "(i) a identificação dos parâmetros de controle; (ii) a garantia de acesso à informação; e (iii) a elaboração dos instrumentos de controle".[283] Com muita propriedade, a autora toca em assunto de extrema importância para a compreensão da atuação do Poder Judiciário na seara dos direitos sociais, qual seja, o da identificação de parâmetros objetivos ou não aos quais devem estar subordinadas as políticas públicas:

> É certo que os fins constitucionais podem ser descritos como a realização da dignidade humana e a promoção e proteção dos direitos fundamentais. Nada obstante, essa assertiva é excessivamente genérica e produzirá pouca repercussão prática. A questão que realmente importa é a seguinte: a partir das metas gerais de promoção e proteção da dignidade humana e dos direitos fundamentais, o que o Poder Público está efetiva e especificamente obrigado a fazer em caráter prioritário, autorizando assim o controle judicial? [284]

Para se chegar à identificação dos parâmetros de controle, propõe-se, em primeiro lugar, a verificação dos critérios puramente objetivos constantes do próprio texto constitucional, como se dá nos casos dos arts. 212 e 198, § 2º da Constituição. Um segundo

---

[283] BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, p. 93.

[284] Ibidem, p. 94.

parâmetro de controle, já de cunho mais subjetivo, poderia ser identificado no resultado final esperado da atuação estatal, como se dá no caso do art. 208, I, segundo o qual o Estado brasileiro está obrigado a, prioritariamente, oferecer educação fundamental. Desse modo, pode-se vislumbrar, no próprio resultado a ser perseguido, uma prioridade para o Estado.[285]

Por fim, como terceiro parâmetro a se cogitar, tem-se o controle da própria definição das políticas públicas a serem implementadas. Em outros termos, a Constituição não fixa as políticas públicas em si mesmas, mas as metas a serem atingidas; estabelece os fins e não os meios: "as políticas públicas têm de contribuir com uma eficiência mínima para a realização das metas estabelecidas na Constituição; caso contrário, não apenas se estará fraudando as disposições constitucionais, como também desperdiçando recursos públicos".[286]

Nesse mesmo sentido, foi a decisão proferida na citada ADPF nº 45, na qual o Ministro Relator, não obstante reconhecer a dependência dos direitos sociais prestacionais às possibilidades orçamentárias do Estado, entendeu que não se mostrará lícito ao Poder Público, "mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência".[287]

Em seguida, ao tratar expressamente da "reserva do possível", adverte o julgador que referida cláusula não poderá ser invocada, pelo Estado, para o fim de esquivar-se

---

[285] "O exemplo da educação foi utilizado propositalmente por sua relativa simplicidade. Em outras áreas, como saúde e assistência social, por exemplo, a definição de metas concretas que decorrem da Constituição e são exigíveis do Poder Público envolvem complexidades maiores e, por isso mesmo, tais temas devem ser enfrentados de forma específica. Que espécie de prestação de saúde deve ser obrigatoriamente oferecida pelo Estado à população como um todo? Não será possível afirmar, evidentemente, que todas as prestações existentes estão nesse rol, sob pena de esvaziar totalmente os espaços de escolha política na matéria e conduzir os recursos públicos a uma possível exaustão, considerando a progressiva sofisticação e o incremento do custo dos serviços de saúde." BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, p. 97.

[286] Ibidem, p. 98.

[287] STF - ADPF nº 45 MC/DF. Relator Ministro CELSO DE MELLO. DJU 04.05.2004, p. 12.

de suas obrigações constitucionais, salvo quando comprovada a existência de um justo motivo.[288]

A questão situa-se, portanto, no campo das prioridades a serem atendidas, considerando-se a escassez dos recursos disponíveis.[289] Assim, cumprirá aos órgãos governamentais, ou ao próprio Poder Judiciário, quando da omissão do poder competente, obediência à ordem de valores dispostos pela Constituição. Em face da limitação de recursos, urge, ademais, que sejam eles bem administrados, atentando-se aos princípios da eficiência e da economicidade, sob pena de abrir-se a possibilidade ao controle na esfera judicial.

5.7 – Da ponderação de bens, interesses e normas como mecanismo para a superação da colisão de princípios

No Direito Constitucional, em face da baixa densidade das normas constitucionais, observa-se que a simples subsunção do caso concreto à norma já não se mostra satisfatória aos novos problemas surgidos na era moderna. Por força do princípio instrumental da unidade da Constituição, o intérprete não pode simplesmente aplicar uma norma e desprezar outra também aplicável.[290]

A tradição do positivismo formalista na cultura jurídica tradicional, apegada a uma técnica de subsunção dos fatos nos esquemas formais, trouxe algumas dificuldades aos intérpretes ao se verem diante de disposições constitucionais enunciadas em termos mais gerais e amplos para conseguir a máxima força expansiva. Como bem observa o autor, “já

---

[288] STF - ADPF nº 45 MC/DF. Relator Ministro CELSO DE MELLO. DJU 04.05.2004, p. 12.

[289] Pode-se considerar como exemplo da inversão de prioridades, a destinação de somas relevantes à propaganda do governo nos meios de comunicação, ou a eventos sociais e ao cerimonial, relegando, muitas vezes, serviços essenciais a uma dotação orçamentária mínima.

[290] BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas:* limites e possibilidades da Constituição Brasileira, p. 299.

não é adequada para uma interpretação atual do sistema dos direitos fundamentais a colocação positivista, cifrada em uma atitude mecânica baseada em conclusões silogísticas". [291]

Karl Larenz, em sua obra "Metodologia da Ciência do Direito", ao tratar das colisões de princípios e normas, propõe a solução através da "ponderação de bens no caso concreto", determinando-se o alcance dos direitos fundamentais ou princípios constitucionais que colidam entre si no caso concreto:

> (...) o Tribunal Constitucional se serve do método da «ponderação de bens no caso concreto» para determinar o alcance em cada caso dos direitos fundamentais ou princípios constitucionais que colidam entre si no caso concreto.
> (...)
> A amplitude com que a jurisprudência dos tribunais faz uso deste método explica-se, especialmente, pela ausência de uma delimitação rigorosa das hipóteses normativas destes direitos, a não indicação de notas distintivas, em relação, por exemplo, ao que é «exigível». Os direitos cujos limites não estão fixados de uma vez por todas, mas que em certa medida são «abertos», «móveis», e, mais precisamente, esses princípios podem, justamente por esse motivo, entrar facilmente em colisão entre si, porque a sua amplitude não está de antemão fixada. [292]

Costuma-se denominar de "técnica de ponderação"[293] o procedimento que se desenvolve através das seguintes etapas: na primeira e segunda fases, o intérprete deve identificar as normas aplicáveis ao caso e examinar os fatos e circunstâncias em sua correlação com as respectivas normas. Em uma terceira etapa é que se dá a ponderação, momento em que "os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa." A seguir, decide-se "quão intensamente esse grupo de normas – e a solução por ele indicada – deve prevalecer em detrimento dos demais."

---

[291] PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, p. 285.
[292] LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 575.
[293] "A ponderação consiste, portanto, em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, especialmente quando uma situação concreta dá ensejo à

[294]

É necessário enfatizar que todo esse procedimento realiza-se à luz do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade. Daí, concluir-se que "a ponderação, embora preveja a atribuição de pesos diversos aos fatores relevantes de uma determinada situação, não fornece referências materiais ou axiológicas para a valoração a ser feita."[295] Dessa forma, reconhece-se que a ponderação, não obstante sua inegável utilidade, oferece ensejo a uma ampla discricionariedade do Judiciário.

A partir dos argumentos favoráveis e contrários aos direitos fundamentais sociais, Robert Alexy propõe um modelo pelo o qual "os direitos fundamentais da Lei Fundamental são posições que, desde o ponto de vista do direito constitucional, são tão importantes que sua concessão ou não concessão não pode permanecer disponível à simples maioria parlamentar".[296] Para se saber quais os direitos fundamentais sociais que o indivíduo possui, deve-se partir para a ponderação de princípios. Essa ponderação implica, de um lado, o princípio da liberdade fática, e de outro, os princípios formais que estabelecem "a competência de decisão do legislador democraticamente legitimado e o princípio da separação dos poderes, além de outros princípios materiais e outros direitos fundamentais sociais".[297]

É possível, então, formular uma resposta geral à questão de se saber quais direitos fundamentais sociais pode ter o indivíduo, partindo-se da ponderação entre o princípio da liberdade fática, da divisão de poderes e o da democracia, juntamente com princípios relativos à liberdade jurídica.[298] E em se tratando de prestações necessárias a um

---

aplicação de norma de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas." In: BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*, p. 299.

Ibidem, p.4303.

[294] BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*, p. 301.

[295] Ibidem, p. 303.

[296] ALEXY, Robert.

mínimo vital, essas condições encontram-se satisfeitas, como se dá no caso do direito à educação básica e ao nível mínimo de assistência médica.[299]

Fazendo referência à concepção de Alexy acerca de ponderação entre os valores em conflito, Ingo Wolfgang Sarlet [300] afirma com fundamento nesse critério:

> Um direito originário a prestações sociais apenas pode ser reconhecido por meio de uma ponderação de valores e bens, já que uma colisão com os direitos de defesa (ou mesmo outros direitos sociais), bem como com outros princípios constitucionais e valores comunitários, se revela incontornável. Nesse contexto, percebe-se que, de acordo com Alexy, apenas quando a garantia material do padrão mínimo em direitos sociais puder ser tida como prioritário e se tiver como conseqüência uma restrição proporcional dos bens jurídicos (fundamentais, ou não) colidentes, há como se admitir um direito subjetivo a determinada prestação social. [301]

O ponto central da questão, portanto, reside na harmonização dos princípios que envolvem a aplicação dos direitos sociais. Conforme já tratado nos tópicos anteriores, trata-se de conciliar o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, o princípio da separação dos poderes e o da reserva do possível. O processo de ponderação, dessa forma, presta-se a auxiliar na tarefa de fazer com que determinados princípios venham a ceder maior espaço em seu âmbito de eficácia, mas de sorte que reste assegurado pelo menos seu conteúdo mínimo.

De acordo com a lição de Jorge Miranda, "não se tratará, como nos direitos, liberdades e garantias, de colisões ou conflitos de direitos (...). Tratar-se-á, sim, de uma avaliação simultânea (ou dialética) dos direitos a efectivar e dos recursos, humanos e

---

prestação jurídica e das decisões do Tribunal Constitucional que a tomam em conta". *In Teoria de los Derechos Fundamentales*, p. 495.

[299] Ibidem, p. 495.

[300] Ingo Wolfgang Sarlet questiona até onde vai a obrigação dos poderes públicos no que diz com a realização da justiça social, sem deixar de considerar a questão do *quantum* em prestações sociais: "Dentro deste contexto, permanecem em aberto – entre outras – três questões de crucial importância, quais sejam: a) se o reconhecimento de direitos fundamentais originários (na qualidade de direitos subjetivos) a prestações sociais se limita a um padrão mínimo?; b) qual é este mínimo em prestações sociais assegurado pelas respectivas normas de direitos fundamentais?; e c) mesmo no âmbito deste padrão mínimo, poder-se-á negar a prestação reclamada sob o argumento da indisponibilidade dos recursos para sua satisfação?" SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 344.

materiais, disponíveis e adequados para o efeito”. [302]

Assim, emerge a ponderação como técnica para resolução dessas situações que exigem do julgador a definição dos valores preponderantes. A preocupação que se deve ter, conforme afirma Karl Larenz, é a de ausência de princípios metodológicos em que poderia buscar apoio o intérprete. A fim de minimizar a questão da subjetividade do julgador, o autor sugere observar as espécies de ponderações levadas a efeito pelo Tribunal Constitucional.[303]

Dentre os princípios estabelecidos por aquele Tribunal, está o da “restrição menor possível” mediante o qual deve-se estabelecer uma relação de adequação entre os meios e os fins da técnica de ponderação, de modo que o prejuízo ao bem jurídico não deve ir além do necessário.[304]

Deve-se fazer também alusão ao princípio da dignidade da pessoa humana, o qual ocupa, na ordem de valores da Lei Fundamental, uma posição privilegiada em relação aos bens materiais.[305] E outros princípios servem ainda como pauta orientadora no método de

> todos simultaneamente.
>
> Os critérios anteriores não são suficientes, pois os conflitos de pretensão positiva ocorrem em múltiplos momentos, desde antes da elaboração do orçamento até o momento da entrega efetiva da utilidade, mas é apenas esse último momento que costuma ser visto. Não há como prestigiar o valor hierarquicamente superior, pois a colisão pode ser entre o paciente que espera na fila para transplante apenas de rim, há mais tempo, com o que espera na recém-criada fila para transplante duplo de rim e pâncreas. A ponderação, tal como preconizada, além de não ser utilizada pelos tribunais, não oferece muita utilidade, pois os valores, positivos ou morais, não parecem ser um critério seguro para decidir a prioridade de atendimento numa fila de transplantes.
>
> Evidentemente, o conflito de pretensões positivas não prescinde dos demais critérios jurídicos. É necessário interpretar a norma, estabelecer seu significado, escoimar conflitos aparentes e, muitas vezes, ponderar valores. [307]

Em se tratando de realização de direitos sociais, o uso da ponderação de princípios poderá apresentar alguma utilidade, mas somente em casos especialíssimos, quando puder o julgador valer-se de uma restrição proporcional dos bens jurídicos colidentes em face da limitação de recursos financeiros.

5.8 – Instrumentos processuais de tutela coletiva da saúde

5.8.1 – Ação Direta de Inconstitucionalidade

Imperiosa é a existência de um órgão independente e imparcial capaz de velar pela observância e guarda da Constituição, objetivando assegurar a observância dos direitos e garantias fundamentais, o que se concretiza com a presença do Poder Judiciário. E nessa importante missão atribuída ao Poder Judiciário, destaca-se o instrumento do controle de constitucionalidade como garantia efetiva da concretização e respeito aos direitos humanos fundamentais.

Em se tratando de resguardo do direito à saúde, o Supremo Tribunal

---

[307] AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha*: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas, p. 126.

Federal, no exercício do controle concentrado de constitucionalidade, tem proferido decisões nas quais se pretende a tutela direta ou indireta do bem da saúde. Nesses casos, restabelece-se o respeito à ordem jurídica a partir da uniformização da interpretação da norma constitucional. É o que se dá, comumente, em face de normas emanadas dos Estados que exorbitam a competência fixada na Constituição aos entes da federação. Nesse sentido, confira-se:

> Sistema único de saúde: reserva à lei complementar da União do estabelecimento de "critérios de rateio dos recursos e disparidades regionais" (CF, art. 198, § 3º, II): conseqüente plausibilidade da argüição da invalidez de lei estadual que prescreve o repasse mensal aos municípios dos "recursos mínimos próprios que o Estado deve aplicar em ações e serviços de saúde"; risco de grave comprometimento dos serviços estaduais de saúde: medida cautelar deferida para suspender a vigência da lei questionada. [308]

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ESTADO DE RONDÔNIA. § 1º DO ART. 241 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL, INSERIDO PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 7/97. ALEGADA VIOLAÇÃO AO INC. IV DO ART. 167 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CAUTELAR DEFERIDA. A disposição da Constituição do Estado de Rondônia, ao prever que se aplique nunca menos de dez por cento da receita de impostos, compreendida a proveniente de transferências, no sistema de saúde, vincula a receita tributária em hipótese não enquadrada nas ressalvas do inc. IV do art. 167 da Constituição Federal. Cautelar deferida. [309]

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 14.861/05, DO ESTADO DO PARANÁ. INFORMAÇÃO QUANTO À PRESENÇA DE ORGANISMOS GENETICAMENTE MODIFICADOS EM ALIMENTOS E INGREDIENTES ALIMENTARES DESTINADOS AO CONSUMO HUMANO E ANIMAL. LEI FEDERAL 11.105/05 E DECRETOS 4.680/03 E 5.591/05. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE PARA DISPOR SOBRE PRODUÇÃO, CONSUMO E PROTEÇÃO E DEFESA DA SAÚDE. ART. 24, V E XII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ESTABELECIMENTO DE NORMAS GERAIS PELA UNIÃO E COMPETÊNCIA SUPLEMENTAR DOS ESTADOS. 1. Preliminar de ofensa reflexa afastada, uma vez que a despeito da constatação, pelo Tribunal, da existência de normas federais tratando da mesma temática, está o exame na ação adstrito à eventual e direta ofensa, pela lei atacada, das regras constitucionais de repartição da competência legislativa. Precedente: ADI 2.535-MC, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 21.11.03. 2. Seja dispondo sobre

---

[308] Supremo Tribunal Federal – Tribunal Pleno. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI-MC 2894 / RO – RONDÔNIA. Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. Julgamento: 07.08.2003. Publicação: DJ 17.10.2003, p. 14.

[309] Supremo Tribunal Federal – Tribunal Pleno. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI-MC 1848 / RO – RONDÔNIA. Relator: Min. ILMAR GALVÃO. Julgamento: 01.07.1998, DJ 30.04.1999, p. 001.

> consumo (CF, art. 24, V), seja sobre proteção e defesa da saúde (CF, art. 24, XII), busca o Diploma estadual impugnado inaugurar regulamentação paralela e explicitamente contraposta à legislação federal vigente. 3. Ocorrência de substituição - e não suplementação - das regras que cuidam das exigências, procedimentos e penalidades relativos à rotulagem informativa de produtos transgênicos por norma estadual que dispôs sobre o tema de maneira igualmente abrangente. Extrapolação, pelo legislador estadual, da autorização constitucional voltada para o preenchimento de lacunas acaso verificadas na legislação federal. Precedente: ADI 3.035, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 14.10.05. 4. Declaração de inconstitucionalidade conseqüencial ou por arrastamento de decreto regulamentar superveniente em razão da relação de dependência entre sua validade e a legitimidade constitucional da lei objeto da ação. Precedentes: ADI 437-QO, rel. Min. Celso de Mello, DJ 19.02.93 e ADI 173-MC, rel. Min. Moreira Alves, DJ 27.04.90. 5. Ação direta cujo pedido formulado se julga procedente. [310]

Por outro lado, o Supremo Tribunal detém igualmente a competência para declarar a desobediência à Lei Maior por omissões dos Poderes Públicos. A omissão de que se cuida, vale ressaltar, é a que se refere à inércia do Poder Legislativo ou do Executivo em editar atos normativos necessários à concretização de normas constitucionais de eficácia limitada. Trata-se de omissão, portanto, que resulta do descumprimento, por parte, sobretudo, do legislador, de uma determinação constitucional para que seja elaborada legislação sobre determinada matéria. Havendo determinação expressa na Constituição, o ato de legislar deixa de configurar mera faculdade, passando a constituir verdadeiramente uma obrigação. [311] Já quanto aos efeitos práticos da decisão proferida em ações de inconstitucionalidade por omissão, aspecto que mais de perto interessa ao presente estudo, limitam-se à constituição em mora do Poder ou órgão administrativo, seguida da ciência ao Poder competente, ou de uma ordem dirigida ao órgão administrativo para a adoção das medidas cabíveis.

Na hipótese de normas não auto-executáveis, sejam declaratórias de

---

[310] Supremo Tribunal Federal – Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3645 / PR – PARANÁ. Relatora: Min. ELLEN GRACIE. Julgamento: 31.05.2006. Publicação: DJ 01.09.2006, p. 16.

[311] Segundo Luís Roberto Barroso: "Na omissão parcial propriamente dita, a norma existe, mas não satisfaz plenamente o mandamento constitucional, por insuficiência ou deficiência de seu texto. (...) será relativa quando um ato normativo outorgar a alguma categoria de pessoas determinado benefício, com exclusão de outra ou outras categorias que deveriam ter sido contempladas." *In: O controle de constitucionalidade do direito brasileiro*: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência, p. 198.

princípio institutivo, sejam declaratórias de princípio programático[312], havendo omissão do Poder Legislativo na edição da lei concretizadora, os efeitos serão tão-somente de ciência, sem nenhum caráter vinculante. [313] Assim, não tem o instituto alcançado o objetivo maior inicialmente imaginado, sendo insuficiente para fazer frente à inércia quanto aos direitos sociais dependentes de legislação ulterior.

5.8.2 – Mandado de Injunção

De acordo com o art. 5º, LXXI, da Constituição Federal, "conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania". Assim, consideram-se requisitos do mandado de injunção, não só a conduta negativa correspondente à não-edição de norma regulamentadora, como também a inviabilidade do exercício do direito, de modo que seu objeto em muito se assemelha ao do controle de constitucionalidade por omissão.

Trata-se de ação destinada a um controle incidental da omissão e cujo objeto consiste na supressão de lacuna no caso concreto, com efeitos interpartes. No tocante aos efeitos da decisão, a jurisprudência[314] que se formou no Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento do MI 107-DF, tem sido no sentido de limitá-los ao reconhecimento da omissão legislativa e à mera comunicação, ao órgão inadimplente, para que este promova a integração normativa do dispositivo normativo invocado.

---

[312] Segundo a clássica distinção formulada por José Afonso da Silva entre normas "declaratórias de princípios institutivos ou organizativos", e "declaratórias de princípio programático". *In: Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 86.

[313] Como aponta Luís Roberto Barroso, "a reduzida valia da mera ciência dá ao instituto um efeito essencialmente moral ou político, próprio para quem busca uma declaração de princípios, mas insuficiente para a tutela objetiva do ordenamento constitucional". *In: O controle de constitucionalidade do direito brasileiro*: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência, p. 209.

Contudo, a posição inicialmente firmada em sede doutrinária foi a de atribuir à decisão uma natureza constitutiva, ou seja, uma capacidade de criar norma regulamentadora para o caso concreto. Nesse particular, vale mencionar posicionamento de Ivo Dantas, segundo o qual "a sentença de mérito examina o direito invocado e, se procedente a pretensão, deverá preencher a lacuna da omissão que vinha existindo pela não ação de quem era responsável para tornar efetivos os direitos e liberdades constitucionais".[315]

Esse entendimento foi posteriormente acolhido em alguns julgados do próprio Supremo Tribunal Federal, não obstante a jurisprudência dominante em sentido contrário. Assim, há decisões nas quais se reconhece expressamente o efeito constitutivo, como se verifica do julgamento no Mandado de Injunção nº 232/RJ:

> Ementa: Mandado de injunção. - Legitimidade ativa da requerente para impetrar mandado de injunção por falta de regulamentação do disposto no par. 7. do artigo 195 da Constituição Federal. - Ocorrência, no caso, em face do disposto no artigo 59 do ADCT, de mora, por parte do Congresso, na regulamentação daquele preceito constitucional. Mandado de injunção conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providencias legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, par. 7., da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida. [316]

Ao deferir, em parte, o pedido, o Supremo Tribunal Federal declarou o estado de mora legislativa, conferindo ao Congresso Nacional um prazo de seis meses para o cumprimento da obrigação de legislar correspondente à regulamentação do art. 195, § 7º, da Constituição Federal, sob pena de, não o fazendo, ser conferida ao requerente a imunidade pretendida. Trata-se, portanto, de efeitos concretos, os quais correspondem ao verdadeiro sentido do mandado de injunção e à finalidade para a qual foi criado.

---

[314] Esse posicionamento restou assentado em sucessivas decisões do STF: MI 377-SP, MI 489-SP, MI 490-SP, MI 500-SP, MI 535-SP, MI 536-MG.
[315] DANTAS, Ivo. *Mandado de Injunção*: guia prático e teórico, p. 87.

Igual argumento se observa, ainda, no julgamento do Mandado de Injunção nº 20/DF, no qual se considerou que o direito de greve do servidor público civil constitui norma constitucional de eficácia limitada, ainda carente de regulamentação e, ao mesmo tempo, admitiu a utilização do Mandado de Injunção pelas entidades de classe para o fim de viabilizar o exercício do direito. Acrescenta o acórdão que a permanência da lacuna técnica por tempo superior ao razoável, por inviabilizar a fruição do direito de greve, justificou o deferimento do mandado.

Há hipótese, também, de decisão que, ao reconhecer o estado de mora legislativa, atribui aos impetrantes o exercício da ação de reparação patrimonial, nos termos do direito comum ou ordinário, sem prejuízo do benefício que futuramente possam obter quando da edição da indigitada lei:

> MANDADO DE INJUNÇÃO. ARTIGO 8º, § 3º DO ADCT. DIREITO À REPARAÇÃO ECONÔMICA AOS CIDADÃOS ALCANÇADOS PELAS PORTARIAS RESERVADAS DO MINISTÉRIO DA AERONÁUTICA. MORA LEGISLATIVA DO CONGRESSO NACIONAL. 1 - Na marcha do delineamento pretoriano do instituto do Mandado de Injunção, assentou este Supremo Tribunal que "a mera superação dos prazos constitucionalmente assinalados é bastante para qualificar, como omissão juridicamente relevante, a inércia estatal, apta a ensejar, como ordinário efeito conseqüencial, o reconhecimento, 'hic et nunc', de uma situação de inatividade inconstitucional." (MI 543, voto do Ministro Celso de Mello, in DJ 24.05.2002). Logo, desnecessária a renovação de notificação ao órgão legislativo que, no caso, não apenas incidiu objetivamente na omissão do dever de legislar, passados quase quatorze anos da promulgação da regra que lhe criava tal obrigação, mas que, também, já foi anteriormente cientificado por esta Corte, como resultado da decisão de outros mandados de injunção. 2 - Neste mesmo precedente, acolheu esta Corte proposição do eminente Ministro Nelson Jobim, e assegurou "aos impetrantes o imediato exercício do direito a esta indenização, nos termos do direito comum e assegurado pelo § 3º do art. 8º do ADCT, mediante ação de liquidação, independentemente de sentença de condenação, para a fixação do valor da indenização. 3 - Reconhecimento da mora legislativa do Congresso Nacional em editar a norma prevista no parágrafo 3º do art. 8º do ADCT, assegurando-se, aos impetrantes, o exercício da ação de reparação patrimonial, nos termos do direito comum ou ordinário, sem prejuízo de que se venham, no futuro, a beneficiar de tudo quanto, na lei a ser editada, lhes possa ser mais favorável que o disposto na decisão judicial. O pleito deverá ser veiculado diretamente mediante ação de liquidação, dando-se como certos os fatos constitutivos do direito, limitada, portanto, a atividade judicial à fixação do 'quantum' devido.

---

[316] Supremo Tribunal Federal – Mandado de Injunção nº 232/RJ. Rel. Min. MOREIRA ALVES. Julgamento: 02/08/1991. Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO. DJ 27-03-92, p. 03800. RTJ v. 00137-03, p. 00965.

4 - Mandado de injunção deferido em parte. [317]

No caso indicado, demonstrou notável avanço aquela Corte na concessão de efeitos concretos ao Mandado de Injunção, uma vez reconhecido o retardamento abusivo na

constitucional de considerável valia, uma vez que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem assegurado aos impetrantes, em muitos casos, a eficácia plena do direito invocado.

5.8.3 – Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental

Como mais um instrumento apto a ampliar o papel da jurisdição constitucional no Brasil, destaca-se a argüição de descumprimento de preceito fundamental, inserida no texto do art. 102, § 1º, da Constituição de 1988 por obra da Emenda Constitucional nº 03/93, e com regulamentação conferida pela Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999.

A ADPF, como tem sido mais conhecida na doutrina e jurisprudência, destaca-se pela sua natureza supletiva, ou subsidiária, em razão de exigir, para que seja conhecida, o esgotamento de todos os meios para o saneamento do ato lesivo. Nesse aspecto da admissibilidade, supõe-se que a interpretação mais razoável, a fim de não se inviabilizar definitivamente o instituto, seja a de que os demais instrumentos processuais não possam ser tão úteis para se alcançar o objetivo visado. Assim, a subsidiariedade não deve ser encarada de forma literal sob pena de tornar inócua a utilização da argüição em face da dificuldade que se apresentaria para comprovar o esgotamento das vias processuais na generalidade dos casos.

Embora possa ser manejada, também, na via incidental, a grande novidade decorrente da ADPF consiste em acrescentar uma via a mais no controle concentrado, objetivando compelir o Poder Público a abster-se de realizar um ato abusivo e ilegal. Seu objeto consiste na possibilidade de prevenção ou correção de ato lesivo do poder público e de atos privados executados em razão de delegação do Poder Público. Na conduta abusiva passível de sofrer argüição, incluem-se ainda atos normativos, atos administrativos e atos

jurisdicionais.

Observa-se que se encontram albergados como atos normativos todos os atos estatais dotados de generalidade e abstração, os quais vão desde as leis complementares até os demais atos normativos praticados pela Administração Pública.[320] A novidade, nesse aspecto, é que se encontra submetido ao âmbito de proteção pela ADPF o Direito pré-constitucional, ou seja, os atos normativos anteriores à Constituição e que permaneciam imunes ao controle pela via da ação direta de inconstitucionalidade.[321]

Na expressão "resultante de ato do Poder Público", segundo André Ramos Tavares, restaram excluídos apenas os atos praticados por particulares, de modo que estariam aqui abrangidos "os atos normativos municipais, os atos anteriores à Constituição (de qualquer esfera de poder) e os atos administrativos e mesmo os atos de execução praticados pelo Poder Público".[322]

Lênio Luiz Streck aponta que com a ADPF poderão ser questionados atos normativos, tais como regulamentos e resoluções, os quais não eram anteriormente suscetíveis de controle por ação direta de inconstitucionalidade.[323] Igualmente as leis de matéria orçamentária, por se reputarem leis no sentido apenas formal, encontravam-se imunes ao controle, passando agora a submeter-se à argüição.[324]

O instituto da ADPF representa ainda inovação, por outro lado, ao instituir uma especial proteção aos preceitos categorizados como "preceitos fundamentais", expressão

---

[320] BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 235.
[321] Art. 1º, parágrafo único, inciso I, da Lei nº 9.882/99.
[322] TAVARES, André Ramos. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: aspectos essenciais do instituto na Constituição e na lei. In: TAVARES, André Ramos, ROTHENBURG, Walter Claudius (org.) *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei nº 9.882/99*, p. 62.
[323] STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, p. 814.
[324] No julgamento da ADI-MC nº 2057/AP, o STF assentou: "1. Constitui ato de natureza concreta a emenda parlamentar que encerra tão-somente destinação de percentuais orçamentários, visto que destituída de qualquer carga de abstração e de enunciado normativo. 2. A jurisprudência desta Corte firmou entendimento de que só é admissível ação direta de inconstitucionalidade contra ato dotado de abstração, generalidade e impessoalidade. 3. A emenda parlamentar de reajuste de percentuais em projeto de lei de diretrizes orçamentárias, que implique

cujo sentido não deve ser confundido com "direitos fundamentais". Com efeito, a doutrina e a própria jurisprudência do STF vêm cunhando o real significado do termo.

Calha, mais uma vez, a lição de André Ramos Tavares, quando aduz que "são preceitos fundamentais aqueles que conformam a essência de um conjunto normativo-constitucional, conferindo-lhe identidade, exteriorizando o sustentáculo da própria Constituição".[325] Segundo o autor, os preceitos fundamentais diferenciam-se por sua importância, "o que se dá em virtude da imediatidade dos valores que encampam e da relevância desses mesmos valores para o desenvolvimento ulterior de todo o Direito".[326]

A tarefa de identificação do que seja considerado "preceito fundamental", antes de ser do STF, deve ser de toda a comunidade científica, a quem cabe contribuir para uma adequada interpretação do dispositivo constitucional. [327] A Constituição não seria o que o Supremo diz que é, mas sim o resultado de uma situação hermenêutica em que cada membro da sociedade está inserido e de um conjunto de pré-julgamentos que balizam a atividade do intérprete.

No que se refere ao direito à saúde, por constituir um direito social, não resta dúvida de que se encontra abrangido no âmbito da proteção dispensada aos preceitos fundamentais. Nesse passo, a importância do instituto da ADPF está na possibilidade de controle de leis orçamentárias e atos políticos relativos às políticas públicas de saúde, os quais antes fugiam ao âmbito da ADIn, de modo que a proteção restou consideravelmente ampliada.

5.8.4 – Ação Civil Pública

---

transferência de recursos entre os Poderes do Estado, tipifica ato de efeito concreto a inviabilizar o controle abstrato".

[325] TAVARES, André Ramos. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: aspectos essenciais do instituto na Constituição e na lei. *In:* TAVARES, André Ramos, ROTHENBURG, Walter Claudius (org.) *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei nº 9.882/99*, p. 53.

[326] Ibidem, p. 53.

[327] STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, p. 831-832, nota 23.

A ação civil pública, instituída pela Lei nº 7.347/85, foi elevada a um dos instrumentos de maior eficácia na proteção dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, dentre os quais, os direitos violados pela conduta omissiva dos poderes públicos. A própria jurisprudência verificada nos últimos vinte anos, desde a criação do instituto, cuidou de lhe dar conformação à realidade, comprovando que, na prática, o ajuizamento de ação civil pública pode efetivamente atingir os fins aos quais se destina.

No campo do controle das políticas públicas, também se faz presente a utilização dessa ação, quando demonstrado que a atuação do administrador desbordou dos princípios da proporcionalidade e da moralidade, ou desvirtuou-se dos fins a serem perseguidos, ainda que o ato administrativo, do ponto de vista puramente formal, apresente uma aparente legalidade.

Conforme já apontado anteriormente, Rodolfo de Camargo Mancuso é de opinião inteiramente favorável à sindicabilidade judicial das políticas públicas e seu controle sob os aspectos da *economicidade*, da *razoabilidade-proporcionalidade* e da *efetividade*.[328] Assim, defende a idéia de ampliação do objeto da ação civil pública a fim de abarcar, também, o controle das políticas públicas, uma vez que se vislumbra um interesse difuso em que essas políticas sejam, sobretudo, eficazes.

Um controle mais efetivo de serviços públicos através da ação civil pública pode encontrar dificuldade nos mesmos fenômenos já mencionados em relação a outros meios processuais, sobretudo na fase de execução. Com isso, atenta-se para o fato de que a imposição de simples medidas negativas, muitas vezes, não são capazes de resolver o problema, em se tratando de direitos cuja realização requer comportamentos comissivos do

---

[328] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas*, p. 768.

Estado.[329]

As hipóteses de utilização dessa via jurisdicional não se cingem ao controle dos atos administrativos que tocam às políticas públicas, devendo abranger circunstâncias outras nas quais o administrador se afasta do regramento constitucional. É esse o entendimento de Hamilton Alonso Júnior, no que concerne à ampliação o objeto da ação civil pública:

> No campo dos direitos sociais (art. 6º e ss.), sua utilização é adequada, quando, por exemplo, exista desvio de verbas da saúde, desrespeito aos direitos difusos ou coletivos dos trabalhadores, da criança ou adolescente, investimentos públicos frontalmente contrários ao interesse do povo, dentre outros. No campo político, tributário, econômico, em suma, sempre que o cidadão coletivamente considerado sofrer ameaça de lesão ou tenha sofrido efetivamente lesão a seus direitos, será possível instrumentalizar a ação civil pública.
>
> (...)
>
> A situação torna-se mais complicada para o atuar da ação civil pública no implemento dos direitos sociais, posto que estes quase sempre são embasados por normas de menor efetividade, sobre as quais o direito material não conta com respaldo legislativo específico de efetivação gradual. Isto é, carece o sistema de normas infraconstitucionais que determinem à Administração a aplicação de percentual certo para áreas que a Constituição Federal declara genericamente como direito do povo. Na falta de um cronograma legal, o administrador público está obrigado constitucionalmente, porém não se sabe em qual medida, o que, entretanto, não o exime tão-só pelo argumento de que já está sendo 'realizado investimento na área' ou que 'não há recursos disponíveis'. [330]

A possibilidade de utilização da ação civil pública, como instrumento de preservação da eficácia de direitos sociais, encontra amparo não somente na doutrina especializada[331], mas também em reiteradas decisões judiciais, em ações movidas pelo

---

[329] KRELL, Andreas. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha:* os (des)caminhos de um Direito Constitucional "comparado", p. 105.

[330] ALONSO JR., Hamilton. A ampliação do objeto das ações civis públicas na implementação dos direitos fundamentais. *In*: MILARÉ, Édis (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos*: efetividade e desafios, p. 209.

[331] O exemplo a seguir, oferecido por Hamilton Alonso Júnior, é capaz de ilustrar a propositura de ação civil pública destinada a controlar abusos cometidos pelo Poder Executivo na alocação de recursos públicos: "Suponhamos Município que deixe de destinar verba para a merenda escolar ou que a torne totalmente insuficiente para a nutrição diante dos parcos recursos destinados, ou não socorra seus moradores de rua, ou mantenha em perigo população instalada em locais de risco, ou não preveja o mínimo básico para a área ambiental, cultural, ou ainda não providencie transporte público adaptado a deficientes físicos e, por

Ministério Público, a exemplo do seguinte acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. FORNECIMENTO DE PRÓTESE. VEROSSIMILHANÇA DO DIREITO INVOCADO. RECEIO DE LESÃO IRREPARÁVEL. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO, ESTADO E MUNICÍPIO. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO.
> 1. Nas causas envolvendo o acesso à saúde dos cidadãos, por meio do Sistema Único de Saúde, os entes federados são solidariamente responsáveis.
> 2. A CF/88 ampliou o campo de atuação do Ministério Público, conferindo-lhe legitimidade para promover o inquérito civil e a ação civil pública para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses coletivos e difusos, entre os quais a tutela da saúde pública.
> 3. A verossimilhança do direito invocado está presente nos artigos 5º, caput, e 196, da CF, que asseguram o direito à vida e o direito à saúde como garantias fundamentais, sendo direito de todos e dever do Estado.
> 4. O receio de lesão consubstancia-se na possibilidade dos pacientes do SUS experimentarem prejuízo irreparável ou de difícil reparação, se tiverem que aguardar o tempo necessário para a decisão definitiva da lide.
> 5. Não se pode falar em impossibilidade de esgotar no todo ou em parte o objeto da ação em sede liminar, quando o que está em jogo é a vida (saúde) de uma pessoa.
> 6. Agravo de instrumento conhecido e desprovido. Agravo regimental prejudicado. [332]

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a seu turno, proferiu decisão acerca da utilização da ação civil pública, ao mesmo tempo em que conclui pela legitimidade passiva do apelante – o Estado do Rio Grande do Sul - para o fornecimento de internação hospitalar, em face dos acordos e convênios entre a União, os Estados e os Municípios, os quais configuram a responsabilidade solidária desses entes.[333]

'conveniência e oportunidade', decida por promover festividades com a contratação de artistas de renome, resolva reformar prédios municipais em bom estado de utilização, adquira bens desnecessários, promova a desapropriação de imóvel para instalar o prédio da prefeitura municipal, ou resolva fazer publicidade onerosa dos atos e programas de seus órgãos públicos. Evidentemente será possível questionar a linha de prioridades adotada. A ação civil pública possibilitará que o Poder Judiciário determine a conformação dos investimentos públicos ao que determina o Estado Democrático de Direito estabelecido em nossa Constituição Federal. Isto não representa interferência indevida, mas, sim, interferência devida." *In*: MILARÉ, Édis (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos*: efetividade e desafios, p. 217.

[332] Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 3ª Turma. Agravo de Instrumento nº 167308. Processo: 200304010413699/SC. Rel. Des. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. Data da decisão: 09/12/2003. Diário da Justiça da União de 21.01.2004, p. 625.

5.8.5 – Ação Popular

O instituto da ação popular encontra-se constitucionalmente assegurado no art. 5º, LXXIII, da Constituição de 1988, permanecendo sua regulamentação a cargo da Lei nº 4.717/1965, recepcionada pela norma constitucional.

A ação popular destina-se a anular atos administrativos lesivos ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente ou ao patrimônio histórico-cultural, funcionando o julgador apenas como administrador negativo, porquanto não autoriza o Judiciário a invalidar opções administrativas ou substituir critérios técnicos de conveniência e oportunidade, devendo o provimento judicial limitar-se ao exame da legalidade do ato e à declaração de lesividade.

Ressalta-se que o desfazimento de "ato administrativo" deve ser entendido em seu sentido amplo, de modo a abranger, também, os contratos e convênios celebrados pela Administração Pública.

A Ação Popular destaca-se pela outorga de legitimidade ativa a qualquer cidadão, desde que faça prova de sua cidadania pela simples apresentação do título eleitoral. É assim mecanismo de controle social da atividade pública. Não deve, entretanto, ser manejado para o fim de perseguição política, devendo ser cuidadosamente verificado, caso a caso, a pertinência do pedido e a possível existência de interesses puramente pessoais do autor a justificar o ajuizamento da ação, uma vez que esta se volta exclusivamente ao interesse difuso ou coletivo.

---

[333] Apelação e Reexame Necessário nº 70009928144, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator:

No campo do direito coletivo à saúde, a ação popular emerge como instrumento de controle direto da legalidade na atividade administrativa, podendo contribuir indiretamente para a melhoria dos serviços públicos.

5.9 – A jurisprudência brasileira em questões de acesso a serviços públicos de saúde

O Supremo Tribunal Federal tem, aos poucos, firmado orientação em matéria de concretização de direitos sociais, o que se observa das decisões mais recentes em sede de mandado de injunção, no exercício do controle de constitucionalidade por omissão, ou mesmo em grau de recurso extraordinário em processos individuais ou coletivos submetidos a sua apreciação.

Nesse rumo, a Suprema Corte passou a fixar parâmetros mais precisos acerca da configuração de desobediência legislativa a direitos fundamentais e a respeito dos critérios a partir dos quais pode ser reconhecida uma omissão dos órgãos governamentais quanto a direitos sociais. Assim se observa das decisões que viabilizam o acesso a determinados serviços de saúde, em face da permanência da lacuna legislativa por tempo superior ao razoável, ou diante da má prestação do serviço público correspondente.

Cita-se, como exemplo, o acórdão proferido no recurso extraordinário nº 267.612/RS [334] que versava sobre a interpretação do art. 5º, caput, e 196, ambos da Constituição de 1988. Na oportunidade, o Supremo Tribunal assentou o entendimento de que "o direito público subjetivo à saúde" conduz ao reconhecimento de um "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 que

---

José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 28/10/2004.

visem a garantir aos cidadãos o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar". Trata-se de hipótese na qual já existe a legislação estadual que cuida das políticas públicas, porém o serviço de distribuição de medicamentos para pacientes em tratamento contra AIDS funciona com deficiência.

A respeito do conflito de bens e interesses quando se encontra em questão o direito subjetivo à saúde, firmou-se naquela decisão que:

> (...) entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana, notadamente daqueles, como os ora recorridos, que têm acesso, por força de legislação local, ao programa de distribuição gratuita de medicamentos, instituído em favor de pessoas carentes.

Por fim, também foi abordado o problema da legitimidade do Poder Judiciário e do Ministério Público para atuar em esfera tradicionalmente reservada ao Poder Legislativo:

> (...) a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse, como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde (CF, art. 197), em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anomalamente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante.

No que se refere aos casos nos quais se verifica omissão legislativa e descumprimento do dever constitucional de expedir legislação integradora, vale mencionar o voto proferido no Mandado de Injunção nº 542/SP, no qual atuou como Relator o Ministro

---

[334] Supremo Tribunal Federal – Recurso Extraordinário nº 267612/RS. Rel. Min. Celso de Mello. Diário da Justiça de 23.08.2000, p. 50. O recurso extraordinário originou-se de acórdão que reconheceu incumbir ao Estado a obrigação de fornecer gratuitamente medicamentos para o tratamento da AIDS.

Celso de Mello, nos termos adiante transcritos:

> É preciso proclamar que as Constituições consubstanciam ordens normativas cuja eficácia, autoridade e valor não podem ser afetados ou inibidos pela voluntária inação ou por ação insuficiente das instituições estatais. Não se pode tolerar que os órgãos do Poder Público, descumprindo, por inércia ou omissão, o dever de emanação normativa que lhes foi imposto, infrinjam, com esse comportamento negativo, a própria autoridade da Constituição e afetem, em conseqüência, o conteúdo eficacial dos preceitos que compõem a estrutura normativa da Lei Maior.
>
> A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado, pois nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.
>
> (...)
>
> O comportamento negativo dos poderes constituídos – que deixam de editar normas regulamentadoras do texto constitucional previstas, em cláusula mandatória, na própria Constituição – torna inviável, numa típica e perversa relação de causa e efeito, o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas assegurados, às pessoas, pelo estatuto fundamental.
>
> O desprestígio da Constituição – por inércia dos órgãos meramente constituídos – representa um dos mais graves aspectos da patologia constitucional, pois reflete inaceitável desprezo, por parte das instituições governamentais, da autoridade suprema da Lei Fundamental do Estado.

A decisão fixa os devidos contornos à questão da inércia dos órgãos legislativos, passando a considerá-la verdadeiro desprezo pelo mandamento constitucional de edição de norma integrativa, pondo em destaque os efeitos nocivos advindos dessa omissão, sobretudo no que toca à inviabilização do exercício de direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, trilhou, inicialmente, uma linha diversa de entendimento, como se observa do julgamento no Recurso Ordinário nº 6464/RS, segundo o qual as normas meramente programáticas, a exemplo do direito à saúde, protegeriam um interesse geral, não conferindo, aos beneficiários desse interesse, o poder de exigir sua satisfação, pela via do *mandamus*, antes que o legislador exerça o múnus de

completá-las através da legislação integrativa. O acórdão apontado referiu-se ainda à reserva do possível, entendendo que não seria permitido a nenhum órgão ou autoridade realizar despesas sem a prévia previsão orçamentária. [335]

Esse posicionamento, entretanto, sofreu modificação, consoante se depreende de acórdãos mais recentes daquela Corte Superior, passando-se a reconhecer que, diante da negativa/omissão do Estado em prestar atendimento à população carente, detém o Judiciário o poder de emitir comando que garanta aos necessitados o alcance do benefício almejado.

Em decisão proferida nos autos do Recurso em Mandado de Segurança nº 11183/PR, o Superior Tribunal de Justiça acolheu a tese pela qual é despicienda de quaisquer comentários a discussão a respeito de ser ou não a regra dos arts. 6º e 196, da CF/88, norma programática ou de eficácia imediata, pois nenhuma regra hermenêutica poderia sobrepor-se ao princípio maior estabelecido, em 1988, na Constituição Brasileira, de que "a saúde é direito de todos e dever do Estado".[336]

A orientação apontada buscou garantir o fornecimento de medicamento a pessoa portadora de doença grave, afirmando ser imprescindível interpretar a lei de forma mais humana, teleológica.

Quanto à abrangência do direito à saúde, o Superior Tribunal, em julgamento de recurso especial, entendeu que a promessa constitucional de dissipação das

---

[335] Nesse sentido, confira-se a decisão *in verbis*: "(...) Essas normas (arts. 195, 196, 204 e 227 da CF) são de eficácia limitada, ou, em outras palavras, não têm força suficiente para desenvolver-se integralmente, "ou não dispõem de eficácia plena", posto que dependem, para ter incidência sobre os interesses tutelados, de legislação complementar. Na regra jurídico-constitucional que dispõe "todos têm direito e o Estado o dever" – dever de saúde – como afiançam os constitucionalistas, 'na realidade, todos não têm direito, porque a relação jurídica entre o cidadão e o Estado devedor não se fundamenta em *vinculum juris* gerador de obrigações, pelo que falta ao cidadão o direito subjetivo público, oponível ao Estado, de exigir em juízo, as prestações prometidas a que o Estado se obriga por proposição ineficaz dos constituintes." Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 6564/RS (1995/0068782-8). Rel. Ministro Demócrito Reinaldo. DJ 17.06.1996, p.21448)

desigualdades e de proteção à dignidade humana "não pode relegar a saúde pública a um plano diverso daquele que o coloca como uma das mais belas e justas garantias constitucionais." [337] Quanto à proteção desse direito, a decisão acolheu a ação civil pública como instrumento capaz de afastar a tese da discricionariedade e corrigir a omissão do administrador público frente a direitos consagrados constitucionalmente, uma vez que a atividade mostra-se vinculada e sem admissão de qualquer exegese que vise a afastar a garantia pétrea.[338]

A tese firmada pelo Tribunal foi a de que, muito embora as diretrizes traçadas pelas políticas públicas não sejam ainda direitos, senão promessas de *lege ferenda* encartadas na esfera da oportunidade de sua implementação, está o Poder Judiciário autorizado a atuar para concretizar o direito nas hipóteses em que a Constituição Federal o consagra e a norma infraconstitucional o explicita, ainda que o provimento resulte em obrigação de fazer com repercussão orçamentária.[339]

No âmbito da Justiça Federal, colhem-se julgados do Tribunal Regional Federal da 4ª Região a respeito da implementação judicial de direitos sociais prestacionais no campo do direito à saúde, e voltados a conferir individualmente o fornecimento gratuito de medicamentos.[340]

Há decisões, inclusive, que admitem o seqüestro de numerário suficiente à satisfação de determinadas prestações, como é o caso da entrega de medicamentos destinados

---

[336] Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. RMS 11183/PR. (1999/0083884-0). Rel. Ministro José Delgado. DJ 04.09.2000, p. 121 - RSTJ vol. 138, p. 52.
[337] Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. Recurso Especial n. 575998/MG (2003/0135074). Rel. Ministro Luiz Fux. DJ 16.11.2004, p. 191.
[338] No mesmo sentido: REsp 575280/SP.
[339] "Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional." Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. Recurso Especial n. 575998/MG (2003/0135074). Rel. Ministro Luiz Fux. DJ 16.11.2004, p. 191.

ao tratamento contra Mal de Parkinson. Nesse sentido, é o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. SEQÜESTRO DE VERBA PÚBLICA. AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTO. ADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO.
> - Na forma do art. 461, § 5º, c/c o art. 14, V, do CPC, poderá o Juízo, para a efetivação da tutela específica ou para obtenção do resultado prático equivalente, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias a fim de assegurar o resultado prático equivalente ao do adimplemento da obrigação. Nesse sentido, poderá determinar o seqüestro de verba pública para a efetivação da tutela pleiteada, sobretudo quando o direito diz com aquisição de medicamentos para tratamento de saúde. [341]

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tem se destacado em razão de proferir decisões que pugnam pela obrigação do Estado e dos Municípios em dar vazão às demandas por serviços públicos de saúde e, em alguns casos, ainda que não se tenha previsão orçamentária para tanto.[342] Nesse sentido, conforme remansoso entendimento daquele Tribunal, tratando-se de serviço de saúde essencial à própria sobrevivência do autor, sua prestação independe de previsão orçamentária: "o conjunto de normas constitucionais que regulam a matéria faz nascer o direito reclamado na inicial pelo autor, através de norma auto-aplicável – porque se trata de uma garantia constitucional – devendo o Estado cumpri-la independentemente de previsão orçamentária específica".[343]

Implantou-se, no Brasil, a prática de socorrer-se do Judiciário a fim de ver garantido, individualmente, o acesso a determinados serviços médicos, assim como o fornecimento gratuito de medicamentos, em face da escassez de bens ou mesmo da má

---

[340] A esse respeito, confira-se a transcrição de ementas de acórdãos no Anexo.

[341] Tribunal Regional Federal – 4ª Região. 4ª Turma. AGRAVO DE INSTRUMENTO - 127454 (200304010043057) UF: SC. Rel. Juiz Álvaro Eduardo Junqueira, DJU 27/08/2003, p. 644.

[342] Alguns acórdãos proferidos por este tribunal encontram-se no Anexo.

gerência desses serviços. Diante das demandas judiciais que lhe são dirigidas, tem o Poder Judiciário, muitas das vezes, correspondido às expectativas dos autores, premiando-os com decisões, algumas através de liminares e de antecipação da tutela, que determinam o financiamento de tratamentos médicos, cirurgias e assistência farmacêutica.

O julgador vê-se, muitas vezes, diante do seguinte dilema: tutelar de imediato a pretensão de atendimento formulada pela parte, à luz do direito à vida e à dignidade humana e, ao mesmo tempo, determinar a quebra da ordem estabelecida nas listas de espera. Muitas vezes, o problema da falta de destinação de recursos não é resolvido em sua verdadeira origem, porquanto o julgamento não expede comando judicial que venha a trazer reflexos diretos na distribuição e gerenciamento de recursos para determinada área de atendimento. A proteção judicial dirige-se tão-somente a uma pretensão individual de acesso a um determinado serviço, cuja ação judicial é intentada por um único indivíduo diante de uma determinada situação de urgência, não trazendo, entretanto, benefícios à população em geral.

Esse quadro de demandas em busca da fruição de benefícios sociais, porém, leva, necessariamente, a uma outra questão não menos importante: a de saber quem tem acesso ao Judiciário no Brasil.[344] Dada a precariedade dos serviços de assistência judiciária gratuita, percebe-se que somente as classes média e média baixa logram ingressar com ações que detenham a mínima possibilidade de sucesso, ficando de fora desses benefícios, pela via judicial as classes menos privilegiadas. Isto significa dizer que, em se tratando de demandas individuais, muitas vezes o Judiciário é levado a estabelecer prioridades na alocação de recursos públicos em detrimento justamente das camadas mais pobres, cujos sujeitos ainda aguardam nas filas de atendimento.

Emerge daí a importância das decisões judiciais proferidas na esfera dos

---

[343] Apelação e Reexame Necessário nº 70009928144, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 28/10/2004.
[344] Cf. BINENBOJM, Gustavo. Os direitos econômicos, sociais e culturais e o processo democrático, p. 16.

interesses difusos e coletivos, ou seja, decisões que impõem a adequação das políticas públicas aos preceitos constitucionais. Nesse caso, tende a se notabilizar a atuação do Judiciário, sobretudo nas ações de inconstitucionalidade e ações civis públicas.

5.10 – Um exemplo prático no Estado do Rio Grande do Norte: a Ação Civil Pública na defesa dos usuários do maior hospital de urgência da capital

O Ministério Público do Rio Grande do Norte, por sua então Procuradoria de Defesa do Consumidor e da Cidadania, ajuizou ação civil pública[345] contra o Estado objetivando compelir o ente federativo a fazer cessar a situação caótica em que se encontrava o atendimento na maior unidade hospitalar de urgência e emergência traumatológica do Estado, o Hospital Monsenhor Walfredo Gurgel. Como fatos justificadores da propositura da ação, foram suscitados os seguintes problemas: falta de medicamentos, insuficiência de vagas, equipamentos sem funcionar, número insuficiente de leitos na UTI, existência de pacientes "internados" em macas e cadeiras ou mesmo no piso dos corredores do hospital, e utilização da remuneração do Sistema Único de Saúde, pelos serviços prestados, na cobertura de despesas com pessoal [346]. Foi, ainda, relatado que municípios integrantes do SUS simplesmente enviavam pacientes à capital do Estado, numa prática apelidada de "ambulancioterapia", deixando de ofertar diretamente os serviços de saúde às suas populações, enquanto o Governo do Estado deixava de atuar junto aos gestores municipais de

---

[345] Ação Civil Pública nº 001.99.002514-5, em trâmite junto à 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Natal, proposta contra o Estado do Rio Grande do Norte. As informações acerca da presente ação foram fornecidas pela 47ª Promotoria de Justiça de Natal, especializada na defesa dos direitos da saúde.

[346] De acordo com a Norma Operacional Básica/SUS nº 01/96, então em vigor, os hospitais deveriam receber mensalmente quantias oriundas do SUS, referentes às Autorizações de Internação Hospitalar (AIH). O procedimento consistia no envio das faturas referentes aos serviços médicos realizados no hospital (o que se chama de "produção) ao Ministério da Saúde, e este, por sua vez, procederia à liberação dos recursos.

saúde na tentativa de corrigir essas distorções.

No tocante especificamente aos recursos orçamentários, o principal argumento levantado pelo autor foi de que os valores destinados à saúde pública apresentavam-se inferiores às verbas repassadas pelo Ministério da Saúde em face da produção do hospital. Em outras palavras, os recursos federais destinados a cobrir os gastos com internações e procedimentos ambulatoriais vinham sendo utilizados indevidamente para despesas estranhas ao custeio do próprio hospital. Nesse particular, questionou-se a possibilidade de pagamento de despesas de pessoal com recursos do SUS, já que estes guardam correlação apenas com as ações diretas de promoção, proteção e recuperação da saúde, tendo sido esse o entendimento firmado pelo Tribunal de Contas da União nos autos do processo nº 003.713/1998-9[347].

Por fim, o Ministério Público debate acerca da utilização das verbas destinadas a propaganda institucional ou com outros gastos considerados supérfluos e não prioritários, em detrimento dos serviços essenciais de saúde. Nesse particular, foi requerido em sede liminar que o Estado se abstivesse de despender quaisquer despesas com propaganda e demais gastos supérfluos que não fossem essenciais ao regular funcionamento da Administração.[348]

---

[347] Tribunal de Contas da União**.** Decisão 600/2000 – Plenário. Número Interno do Documento DC-0600-30/00-P. Processo 003.713/1998-9. Ementa: "Solicitação formulada pelo TCU. Esclarecimentos à Secretaria Federal de Controle, do Ministério da Fazenda, e ao Departamento de Controle, Avaliação e Auditoria, do Ministério da Saúde, acerca do controle da aplicação dos recursos federais do Sistema Único de Saúde repassados automaticamente aos estados, Distrito Federal e municípios. Análise das informações. Determinação. Arquivamento. - Abrangência do termo "demais ações de saúde" constante do parágrafo único, do artigo 2o, da Lei 8.142/90. Rede de serviços que integra o SUS. Aplicação dos recursos repassados a estados, Distrito Federal e municípios com fulcro no artigo 3o da Lei 8.142/90. Considerações sobre as matérias."

[348] Nesse sentido, o representante do Ministério Público utilizou-se dos seguintes argumentos quando do requerimento de execução do julgado, conforme petição protocolizada em 10.03.2003, p. 13: "O direcionamento das verbas requeridas diz respeito ao caráter essencial que são as necessidades existentes na área de saúde. Não se mostra razoável a firmar que o estado está impossibilitado de atuar efetivamente para solucionar os problemas urgentes da saúde pública com a simbólica desculpa de que não existe dotação orçamentária suficiente. A própria Constituição Federal, em seu Título I, artigo 1º, alberga entre os princípios fundamentais a nortear o Estado Brasileiro, o respeito à dignidade da pessoa humana. E a saúde faz parte da dignidade humana sendo inconcebível colocar a burocracia acima da proteção à vida. Afinal, se o objetivo do Estado, como organização

Entre os pedidos formulados na ação, o Ministério Público requereu: a) que a produção do Hospital Walfredo Gurgel apurada no mês e liberada pelo Ministério da Saúde fosse repassada integralmente àquele hospital, a fim de viabilizar a compra dos medicamentos necessários ao atendimento à população; b) que o valor repassado fosse gasto com o abastecimento do hospital, já que, até então, os recursos federais que deveriam ter sido repassados ao referido hospital haviam sido aplicados em outras unidades ou em outras despesas; c) retirada imediata dos pacientes que se encontravam nos corredores, conferindo-lhes um tratamento digno; d) aquisição de todos os equipamentos mínimos necessários constantes de documento já elaborado pela Direção do hospital. Por fim, pediu o órgão ministerial a abstenção do Estado de despender quaisquer despesas com propagandas e demais gastos supérfluos que não fossem essenciais ao regular funcionamento da máquina administrativa.

Observa-se que algumas das medidas a implementar não dependiam necessariamente da alocação de recursos financeiros, podendo-se mencionar a descentralização aos municípios dos serviços e ações de saúde, nos termos do art. 17 da Lei nº 8.080/90[349].

Ocorrendo de o Estado do Rio Grande do Norte aduzir a impossibilidade de atendimento a qualquer dos pedidos por ausência de dotação orçamentária específica, foi requerido que fosse informado ao Juízo o montante de verbas orçamentárias alocadas para gastos com propaganda institucional, além do remanejamento de verbas utilizadas em setores

---

social, e o Direito, como norma mantenedora da ordem social, não existem para conferir proteção à vida, então, para quê Estado? Para quê Direito? Revela-se insustentável aceitar que as pessoas devem sofrer e serem submetidas a constrangimentos indefinidamente, utilizando o Estado a desculpa de que não dispõe de verbas suficientes alocadas para a saúde pública, enquanto as agências de propaganda recebem religiosamente seu quinhão pelos serviços que prestam para – muitas vezes – enaltecer as virtudes de uma administração que se mostra omissa no desempenho de suas atribuições."

[349] Lei nº 8.080/90: "Art. 17. À direção estadual do Sistema Único de Saúde - SUS compete: I – promover a descentralização, para os municípios, dos serviços e das ações de saúde; II – acompanhar, controlar e avaliar as redes hierarquizadas do Sistema Único de Saúde – SUS; III – prestar apoio técnico e financeiro aos municípios e

não prioritários e que não inviabilizem o funcionamento da Administração Pública Estadual, alocando-os no Fundo Estadual de Saúde no montante suficiente para fazer frente às necessidade do hospital em questão.

Observa-se que a questão da provisão de recursos e sua correta destinação foi alvo de questionamentos por parte do Ministério Público, de modo que matéria não passou imune à sua análise. Esse ponto, em particular, pode ser considerado decisivo para o sucesso da demanda, uma vez que a fixação em juízo do dever de uma correta aplicação dos recursos oriundos do Sistema Único pode garantir a cobertura dos serviços hospitalares e atingir o resultado fático esperado. Por outro lado, a previsão legal de transferências mediante a comprovação da prestação dos serviços já afasta quaisquer justificativas de insuficiência financeira, deslocando a discussão para o campo administrativo.

A medida liminar foi concedida para o fim de determinar ao Estado o cumprimento de algumas medidas de urgência para o funcionamento do hospital, destacando-se a ordem de repasse direto dos recursos provenientes do SUS relativos à produção mensal daquele hospital, para que fossem os mesmos aplicados na compra de medicamentos, equipamentos e abastecimento. A decisão determinou ainda a aquisição de aparelho tomógrafo e que fossem assumidas as despesas com fornecimento de oxigênio e dos serviços terceirizados de locação de mão de obra. Tudo sob pena de pagamento de multa diária.

Quando da análise de mérito, o julgador entendeu configurada a situação de abandono e descaso à qual eram submetidos os usuários da unidade de urgência, como decorrência da escassez de material e estrutura física adequadente tomando por fundamento as disposições contidas nas normas operacionais do Sistema quanto à competência administrativa sobre a matéria, julgou procedentes os pedidos, mantendo a multa de diária imposta ao Secretário de Estado da Saúde.

---

executar supletivamente ações e serviços de saúde; (...)”.

Não obstante a procedência total do pedido, com o subseqüente trânsito em julgado da decisão, o Ministério Público sustenta que o Estado não imprimiu atuação administrativa que fosse suficiente para modificar a qualidade do atendimento na referida entidade hospitalar.[350] Na posterior fase de execução, diversos entraves burocráticos dificultaram a atuação prática do julgado, de modo que, após um ano do trânsito em julgado da decisão, ainda não se havia alcançado o efetivo cumprimento das obrigações de fazer, e nem mesmo quaisquer providências que assegurassem o resultado prático equivalente. O fato é que ainda não se havia chegado a um resultado concreto.

A partir de então, travou-se verdadeira batalha judicial em busca da repercussão da sentença no mundo dos fatos e pelo combate à resistência do ente obrigado em executar o comando judicial. Nesse passo, foi apresentada reclamação por descumprimento de ordem judicial, a qual resultou em posterior interposição de agravo junto ao Tribunal de Justiça do Estado. A corte reconheceu a possibilidade de adoção de medidas outras, ainda que não expressamente mencionadas no título executivo, por voltadas à obtenção do resultado prático equivalente. [351] A possibilidade de fiscalização e o encaminhamento de denúncia ao Tribunal de Contas do Estado, para fins de realização de auditorias mensais, estão entre as

---

[350] Em petição apresentada em 23.09.2004, junto aos autos da Ação Civil Pública nº 001.99.002514-5, o Ministério Público, por meio da 47ª Promotoria de Justiça de Natal, assim se pronunciou: "Não há, portanto, tutela, se a sentença não repercute no mundo dos fatos, se não há a real satisfação de uma pretensão, enfim, se o Estado-Juiz não fornece amparo ao litigante que tiver razão. A tutela jurisdicional não está na decisão, mas nos resultados práticos que venha a efetivamente produzir na vida das pessoas. Como se percebe, a efetividade do processo não é garantida com o acesso a ele, com a observância de seu modo de ser e pela justiça das decisões. Limitá-la a esses aspectos significa olvidar seu caráter instrumental e a dimensão teleológica que o justifica (...). O princípio da efetividade das decisões implica, assim, na tutela adequada emanada do Poder Judiciário em resposta às demandas que lhe são apresentadas, entendendo-se tutela adequada como aquela tempestiva, efetiva e apta a oferecer o mesmo resultado que seria verificado caso fosse a norma de direito material cumprida espontaneamente.".

[351] O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, no Agravo de Instrumento nº 2003.003856-6, entendeu que "o fato de a sentença transitada em julgado ter determinado e especificado providências que deveriam ser adotadas e estipulado multa diária de R$ 10.000,00 a ser aplicada ao Sr. Secretário de Estado da Saúde, caso se verificasse o descumprimento da ordem judicial, não constitui fator impeditivo da determinação de medidas necessárias à obtenção do resultado prático equivalente, tanto na execução do Julgado, como na Reclamação de descumprimento por ordem Judicial".

medidas ordenadas pelo Tribunal.

Em outro momento, a Promotoria da Saúde pleiteou a adoção de medidas coercitivas voltadas à plena efetivação do título executivo, tais como a nomeação de interventor junto à Secretaria de Saúde do Estado para fiscalização e acompanhamento dos atos de cumprimento da sentença, sem prejuízo da execução da multa em razão da mora.

A resistência das autoridades públicas em dar cumprimento às determinações judiciais não constituiu o único empecilho à obtenção do resultado prático. Também a demora na prestação jurisdicional apresentou-se como outro fator de dificuldade. Com efeito, a máquina judiciária mostrou-se insuficientemente preparada para lidar com questões de tamanha complexidade. A realidade demonstra que a fase de execução, simples efeito natural da sentença, apresenta-se como entrave à concretização do direito à saúde na hipótese em tela, já que não surtiu os efeitos que dela se esperava.

6 - CONCLUSÕES

O surgimento e evolução dos direitos de cunho social deram ensejo a uma segunda categoria de direitos, assim considerados direitos de segunda dimensão, os quais já não se adstringiam a assegurar a liberdade do indivíduo frente ao Estado, mas buscavam assegurar a igualdade no sentido material. O Estado passa a ser visto como agente transformador, e o direito à abstenção estatal converte-se em direito a uma atuação voltada à promoção da igualdade.

Não se pode falar em liberdade jurídica quando não se oferecem as condições materiais para seu exercício, ou seja, quando não se confere ao sujeito uma liberdade real. Se a sociedade não oferece o substrato material suficiente para o exercício dessa liberdade fática, as camadas sociais menos favorecidas vêem-se dependentes de prestações a serem oferecidas pelo Estado para que possam alcançar a melhoria de sua situação deficitária.

Os direitos sociais e, em especial, os de caráter prestacional, por sua vez, destacam-se em face de sua dimensão positiva, já que têm por objeto principal uma conduta positiva do Estado, e por se destinarem à oferta de medidas assecuratórias capazes de superar os postulados da mera igualdade formal.

A saúde, direito social por excelência, encontra-se reconhecida no campo internacional não somente como uma ausência de doença, mas também como o desfrute do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social, de modo a permitir ao indivíduo seu completo desenvolvimento. Viver em um ambiente saudável e ter uma nutrição adequada são

direitos indubitavelmente vinculados ao direito à saúde e que constituem requisitos necessários para que o ser humano alcance o máximo desenvolvimento físico, psíquico e social. Nos documentos internacionais de direitos humanos, são fixadas diretrizes dirigidas a cada país signatário no campo da saúde, tendo como meta a elevação dos níveis de qualidade de vida das populações.

Na hipótese de haver a má prestação do serviço, poderá o cidadão socorrer-se da máquina judiciária para fazer cumprir a correlata obrigação do Estado, podendo-se falar em um verdadeiro direito subjetivo, eis que se trata de direito exercitável diretamente da Constituição.

Na fiscalização e controle dessa atuação dos órgãos políticos, no que entende com a concretização do direito à saúde, destaca-se, como garantia democrática, o papel exercido pelo Poder Judiciário, cuja expansão encontra-se relacionada ao aumento de atribuições dos demais ramos políticos do Estado moderno. Assim, tem-se como imperativo uma atuação mais dinâmica por parte de juízes e tribunais no Brasil. Mas para o desenvolvimento desse mister, faz-se necessário, na magistratura, uma modificação de mentalidade, com o desapego ao formalismo e à neutralidade, com a adoção e uma nova postura capaz de lidar mais eficazmente com o espírito dos direitos sociais.

Esse controle judicial em nada contraria o princípio da separação dos poderes, mas, ao contrário, com ele se coaduna, pois ao Judiciário cabe velar pela observância dos valores consagrados na Lei Maior. Assim, no exercício de uma competência discricionária por parte dos poderes públicos, emerge a necessidade de um controle finalístico, ou seja, de uma verificação da conformidade das escolhas com as opções constantes da Constituição.

Até mesmo no tocante às políticas públicas, pode-se afirmar sua judicialização, a qual encontra fundamento no princípio da supremacia da Constituição, de

modo que o Judiciário não estará invadindo o âmbito do Executivo, mas aplicando a Constituição mesma. O controle deve ater-se, porém, ao aspecto da constitucionalidade, verificando a adequação da política às normas programáticas e aos critérios de economicidade, razoabilidade-proporcionalidade, oportunidade e moralidade administrativa.

Outro ponto levantado diz respeito à atividade criativa por parte dos juízes, ainda vista com reservas, a qual se encontra submetida a limites a fim de não se configurar invasão na esfera de atribuições do Legislativo. Dessa forma, o Estado-juiz, no desempenho de sua atividade julgadora, deve atentar para os princípios da subsidiariedade, da complementaridade, da cooperação, da responsabilidade, da solidariedade, da efetividade e ao princípio orçamentário, adotando-os como critérios reguladores da interferência daquele Poder no campo das políticas sociais.

No estudo do papel conferido ao Judiciário, em favor da implementação de direitos sociais, revela-se o problema da "reserva do possível" como obstáculo ou pelo menos limite a essa atividade. Reconhece-se que a concretização de prestações sociais demanda uma atividade positiva do Estado, a qual, muitas vezes, implica o fornecimento de bens materiais e reserva orçamentária. Entretanto, a chamada "reserva do possível" não deve constituir óbice absoluto à implementação dos direitos sociais pelo Judiciário.

As decisões proferidas em demandas individuais voltadas ao acesso a determinados bens e serviços públicos podem comprometer o princípio da isonomia, representando a quebra na ordem de atendimento nas instituições hospitalares, razão pela qual se revela imprescindível a tutela no âmbito dos interesses coletivos *lato sensu*.

A atuação estatal deve voltar-se ao estabelecimento de prioridades, considerando-se a escassez dos recursos disponíveis. Assim, cumprirá aos órgãos governamentais, ou ao próprio Poder Judiciário quando da omissão do poder competente, obediência a uma ordem de serviços essenciais a serem atendidos, segundo os valores

dispostos na Constituição, e conforme um critério de proporcionalidade em face de não haver um critério único e absolutamente seguro.

Toda essa atividade de controle judicial envolve a necessidade de harmonização de diversos princípios que estejam relacionados à aplicação dos direitos sociais, podendo-se mencionar o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, o princípio da separação dos poderes e o da reserva do possível.

O processo de ponderação, dessa forma, presta-se a auxiliar na tarefa de fazer com que determinados princípios venham a ceder maior espaço em face de outros, de modo que reste assegurado pelo menos o conteúdo mínimo de todos eles. O Supremo Tribunal Federal, no exercício do controle de constitucionalidade, já reconhece a presença de determinados bens jurídicos constitucionalmente tutelados, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas correspondentes. A respeito do dilema entre a realização de direitos públicos subjetivos e a prevalência a um interesse financeiro do Estado, impõe-se ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida humana.

A melhoria na prestação de um serviço público de saúde não passa unicamente pelo aumento de repasse de verbas, ou seja, não depende apenas de uma melhor distribuição orçamentária. A questão é mais complexa e envolve, também, a racionalidade na gestão desses serviços, a fiscalização na aplicação e gerenciamento dos recursos. Com efeito, o problema da saúde no Brasil não diz respeito apenas à insuficiência de verbas públicas para pagamento de pessoal e compra de medicamentos e equipamentos, mas abrange, por outro lado, um compromisso dos governantes e administradores com a ética e com o bem-estar da população.

Dessa forma, ganha relevo a tutela judicial coletiva, esta sim voltada à

prevenção ou correção de atos abusivos praticados pelos administradores na formulação e implementação das políticas públicas, com a conseqüente promoção da melhoria concreta dos serviços públicos de saúde. Essa tutela judicial, quando bem orientada à preservação dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, acarreta inúmeros benefícios: a correção das políticas públicas de assistência à saúde, a punição dos infratores por má gestão do dinheiro público, além do maior alcance sobre uma gama indeterminada de usuários. Com isso, evita-se também o aumento de número de demandás6(cidos dia)]TJ-0.0007 Tc 090347 T9.960450

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALONSO JR., Hamilton. A ampliação do objeto das ações civis públicas na implementação dos direitos fundamentais. *In:* MILARÉ, Édis (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos*: efetividade e desafios. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005. p. 207-219.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha*: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro : Renovar, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 240, abr/jun. 2005, p. 83/103.

_____. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O princípio da Dignidade Humana. Rio de Janeiro : Renovar, 2001.*

BARROSO, Luís Roberto. O *Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas:* limites e possibilidades da Constituição brasileira. 7. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 2003.

_____. *O controle de constitucionalidade do direito brasileiro*: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo : Saraiva, 2004.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento*: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo : Malheiros, 2005.

_____. *Dilemas do Estado Federal Brasileiro*. Estado e Constituição 3. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2004.

BILCHITZ, David. South Africa: Right to health and access to HIV/AIDS drug treatment. *International Journal of Constitutional Law*. v. 1, number 3, 2003, p. 524-534.

BINENBOJM, Gustavo. Os direitos econômicos, sociais e culturais e o processo democrático. *In:* ORTIZ, Maria Elena Rodrigues (Org.). *Justiça Social*: uma questão de direito. Rio de Janeiro : DP&A Editora, 2004. p. 11-18.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro : Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. rev. atual. ampl. São Paulo : Malheiros, 1998.

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. *Para entender a Gestão do SUS*. Brasília : CONASS, 2003.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão de Investimentos em Saúde. *Estimativas de impacto da vinculação constitucional de recursos para a saúde*: Emenda Constitucional nº 29/2000 / Ministério da Saúde, Secretaria de Gestão de Investimentos em Saúde; elaboração de Ana Cecília de Sá Campello Faveret... [et al.]. Brasília : Ministério da Saúde, 2001.

BRASIL. Ministério do Planejamento. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. *Boletim de Políticas Públicas Sociais – Acompanhamento e Análise nº 13*, Edição Especial, 2007.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas Públicas e Direito Administrativo. *Revista de Informação Legislativa*. n. 133, jan/jun, 1997. p. 89-98.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. *In:* FARIA, José Eduardo (Org.) *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. 1. ed. 4. tir. São Paulo : Malheiros, 2005, p. 30-51.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Tratado de Direitos Internacional dos Direitos Humanos. V. 1. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 7. ed. Coimbra : Livraria Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993 / Reimpressão, 1999.

CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de. O Papel Político do Poder Judiciário. *Revista de Direito Constitucional e Internacional.* São Paulo, n. 42, p. 167/179.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade das políticas públicas. *Revista dos Tribunais.* São Paulo, ano 86, v. 737, p. 11-22. mar.1997.

DANTAS, Ivo. *Mandado de Injunção*: guia teórico e prático. Rio de Janeiro : Aide, 1994.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. 1. ed. São Paulo : Malheiros, 2000.

_____. O Judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileiro. *In:* FARIA, José Eduardo (Org.) *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. 1. ed. 4. tir. São Paulo : Malheiros, 2005, p. 94-112.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil*: jurisdição e competência. 2. ed. Belo Horizonte : Editora Fórum, 2005.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. atual. ampl. São Paulo : Malheiros, 2004.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 10 ed. Rio de Janeiro : Forense, 1993.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988:* interpretação e crítica. 8. ed. rev. atual. São Paulo : Malheiros, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. V. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1997.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo : Saraiva, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo : Martins Fontes, 1998.

KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha:* os (des)caminhos de um Direito Constitucional "comparado". Porte Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

_____. "Controle judicial dos serviços públicos básicos na base do direitos fundamentais sociais". *A Constituição concretizada – construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2000, p. 25-60.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte : Cultura Jurídica – Ed. Líder, 2002.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. *In:* FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. 1. ed. 4. tir. São Paulo : Malheiros, 2005, p. 113-143.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. *In:* MILARÉ, Édis (Coord.). *Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002. p. 753-798.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 3. ed. rev. atual. São Paulo : Revista dosTribunais, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*, 11. ed. São Paulo : Malheiros, 1999.

MICHELMAN, Frank l. The constitution, social rights, and liberal political justification. *International Journal of Constitutional Law*. v. 1, number 1, 2003, p. 13-34.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. t. IV. 3. ed. rev. atual. Coimbra : Coimbra Editora, 2000.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral. T. V. 2. ed. Rio de Janeiro : Editor Borsoi, 1955.

MORO, Sergio Fernando. Por uma Revisão na Teoria da Aplicabilidade das Normas Constitucionais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. n. 37. p. 101-108.

NAÇÕES UNIDAS. *Objetivos de Desarrollo del Milenio*. Gráfico V.1, p, 144. Disponível em: http://www.eclac.org/publicaciones/xml/1/21541/lcg2331e.pdf>. Acesso em: 5 set. 2006.

NEVES, Marcelo. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. *Anuário do Mestrado em Direito*, nº 7. Recife : Universitária/UFPE, 1995, p.275-300.

PÉREZ LUNO, Antonio-Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 8. ed. Madrid : Ed. Tecnos, 2003.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 5. ed. rev. amp. atual. São Paulo : Max Limonad, 2002.

_____. Direitos Humanos, Democracia e Integração Regional: os desafios da globalização. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. n. 37, p. 109-128.

POCHMANN, Marcio. *et. al*. (Org.). *Atlas da exclusão social, volume 5*: agenda não liberal da inclusão social no Brasil. São Paulo : Cortez, 2005.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo : Saraiva, 1999.

ROSS, Alf. Direito e Justiça. Trad. Edson Bini. 1. ed. Bauru : Edipro, 2003.

SANTOS, Marília Lourido dos. Políticas Públicas (econômicas) e controle. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília. Ano 40. n. 158. abr/jun, 2003. p. 265-278.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4. ed. rev. e ampl. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2004.

SCHWABE, Jürgen. *Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão.* Trad. Beatriz Hennig, et. al. Montevideo : Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento com liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo : Companhia das Letras, 2000.

SHMIDT, João Pedro. “Condicionantes culturais das políticas públicas no Brasil”. *In: Direitos sociais e políticas públicas:* desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul : EDUNISC, 2001, p. 267-314.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. rev. ampl. atual. São Paulo : Malheiros, 1998.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 5. ed. rev. atual. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2004.

_____. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*: uma nova crítica do Direito. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2004.

TAVARES, André Ramos, ROTHENBURG, Walter Claudius (org.). *In: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99.* São Paulo : Atlas, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo. A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos. *In:* TORRES, Ricardo Lobo (Coord.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro : Renovar, 1999. p. 239-335.

_____. O mínimo existencial, os direitos sociais e a reserva do possível. *Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal*. Rio de Janeiro : Renovar, 2004, p. 447-472.

VALENTE, Manoel Adam Lacayo. A dimensão jurídico-constitucional na formulação de políticas públicas: uma perspectiva a ser explorada. *Revista de Direito Administrativo.* Rio de Janeiro, v. 239, p. 127-138. Jan./Mar. 2005.

VÁSQUEZ, Javier. *El derecho a la salud*. *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos - RIIDH*, vol. 40, 2004, p. 265-289.

ZYMLER, Benjamin. *Direito Administrativo e Controle*. Belo Horizonte : Fórum, 2005.

ANEXOS

CASOS EMBLEMÁTICOS NO CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS DE SAÚDE

ANEXO 1

Acórdão do Superior Tribunal de Justiça.

Bloqueio de valores em contas públicas para garantir o custeio de tratamento médico indispensável

RELATÓRIO

O Estado do Rio Grande do Sul interpôs agravo de instrumento contra decisão antecipadora de tutela que o condenou a prestar o tratamento de oxigenoterapia domiciliar à autora da ação, Gerci Ventura Farias, sob pena de bloqueio da importância necessária ao mencionado tratamento.

O agravo foi improvido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ao entendimento de que o art. 461, § 5º, do Código de Processo Civil autoriza o magistrado a adotar, de ofício ou a requerimento, as medidas necessárias para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente nas sentenças que tenham por objeto obrigação de fazer ou não fazer. Foi entendido que essa norma não contém *numerus clausulus*, mas apenas caráter exemplificativo, de modo que a determinação do eventual seqüestro de quantias foi lícita.

Inconformado, o Estado interpôs recurso especial com fulcro na alínea "a" do permissivo constitucional, sustentando violação dos arts. 461, § 5º, do CPC, 1º, 10, 15, 16, 17, 24 e 26 da Lei Complementar n. 101⁄2000 e 100 da Constituição Federal.

Argumenta o recorrente que não há naquele dispositivo processual autorização para a medida escolhida. Aduz que situação totalmente diversa da imposição de multa diária – a qual defende ser a única possível – é o bloqueio e seqüestro de valores em contas públicas, pelos quais o Poder Judiciário assumiria diretamente a função de Administrador, o que é admitido somente em casos excepcionais previstos em lei.

Alega, por fim, que a Lei de Responsabilidade Fiscal e a Constituição Federal vedam a realização de pagamentos pelo Estado fora da ordem legal dos precatórios.

Contra-razões às fls. 77-85.

Às fls. 94-101, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul opinou pelo não conhecimento do recurso especial.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 656.838 - RS (2004⁄0061219-6)

EMENTA: PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SUS. CUSTEIO DE TRATAMENTO MÉDICO. MOLÉSTIA GRAVE. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. BLOQUEIO DE VALORES EM CONTAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE. ART. 461 DO CPC.

I - A Constituição Federal excepcionou da exigência do precatório os créditos de natureza alimentícia, entre os quais incluem-se aqueles relacionados com a garantia da manutenção da vida, como os decorrentes do fornecimento de medicamentos pelo Estado.

II - É lícito ao magistrado determinar o bloqueio de valores em contas públicas para garantir o

custeio de tratamento médico indispensável, como meio de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à saúde. Nessas situações, a norma contida no art. 461, § 5º, do Código de Processo Civil deve ser interpretada de acordo com esses princípios e normas constitucionais, sendo permitido, inclusive, a mitigação da impenhorabilidade dos bens públicos.
III - Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (Relator):

Inicialmente, observo que os arts. 1º, 10, 15, 16, 17, 24 e 26 da Lei Complementar n. 101/2000 não foram objeto de discussão no acórdão recorrido. Assim, tendo em vista o disposto na Súmula n. 282 do Supremo Tribunal Federal, não conheço do recurso especial nessa parte ante da ausência do necessário prequestionamento.

O caso não comporta a retenção disposta no § 3º do art. 542 do CPC, uma vez que, o adiamento do julgamento esvaziaria o especial, retirando-lhe a eficácia, resultando em dano irreparável à autora da ação.
Feita a limitação dos dispositivos que serão apreciados, passo à análise da questão de fundo: possibilidade do bloqueio de valores em conta do Estado, determinado em sede de tutela antecipatória, destinado a garantir a efetividade da decisão que ordenou ao Estado o fornecimento do tratamento médico comprovadamente indispensável para a manutenção da vida da recorrida.
A Constituição da República estabelece que os pagamentos devidos pelas Fazendas Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, seja feita por meio de precatórios com a observância da ordem legal. Todavia, excepcionou os créditos de natureza alimentícia em atenção à necessidade de sua adimplência imediata. *Verbis*:

> *"À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos."*

Os créditos de natureza alimentícia são voltados para a subsistência da pessoa humana, garantindo-lhe dignidade – um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, previsto no art. 1º, III, da CF. Assim sendo, a regra do pagamento por precatórios não se aplica quando está em jogo a subsistência da própria vida.
O direito à percepção do tratamento médico decorre, primeiramente, do direito à vida, garantido no *caput* do art. 5º da Constituição Federal, direito indisponível que cabe ao Estado velar. A esse direito corresponde o da saúde, assegurado no art. 6º da Constituição. Também estabelece o artigo 196 da Constituição: *"saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação"*. À saúde, é dado, ainda, *status* de assunto de *relevância pública* no art. 197.
Vê-se, portanto, que buscou o legislador salvaguardar e garantir o direito à vida. Por conseguinte, a norma contida no artigo 100 excluiu da ordem legal dos precatórios os créditos de natureza alimentícia, não se podendo interpretar tal artigo de outra forma que não como garantia da manutenção da vida. Evidentemente, a saúde posta-se nessa ordem de prioridades.
Atendendo a essa diretriz, a norma contida no art. 461, § 5º, do CPC deve ter interpretação em conformidade com os princípios e direitos constitucionais ora expostos.

Ao dispor sobre os efeitos das sentenças que tenham por objeto o cumprimento de obrigação de fazer, o legislador deixou ao magistrado a competência para a escolha da medida que melhor se adéqüe às necessidades e urgências do caso concreto, com vista a assegurar o cumprimento da tutela concedida.
Tais medidas possuem, notadamente, caráter coercitivo, compelindo indiretamente o devedor a cumprir a obrigação no prazo assinalado pelo juiz.
Dessa forma, além de a lei conferir ao magistrado a liberdade para escolher a medida que melhor garanta a efetividade da prestação jurisdicional, verifica-se que a questão em debate não se cinge apenas à aplicabilidade do estatuto processual, mas de ponderação com valores constitucionalmente assegurados, quais sejam, a vida e a saúde.
O bloqueio e seqüestro de valores são medidas de caráter excepcional, que se justificam por envolver bens jurídicos constitucionalmente assegurados, como são os da presente situação. Tais bens cedem à vedação de seqüestro de valores em contas públicas, diante da necessária ponderação com o direito maior que é o direito à vida.
No caso, a impenhorabilidade dos bens públicos deve ser mitigada, tendo em vista ser esse o meio que o julgador dispõe para concretizar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e o direito à vida e à saúde.
Como o próprio recorrente sustenta, o seqüestro e bloqueio de valores em contas públicas é medida que somente pode ser adotada em casos excepcionais e previstos em lei. Conforme já se demonstrou, a presente hipótese possui respaldo legal e constitucional, e a urgência para a garantia da vida da recorrida demonstram sua excepcionalidade.
Portanto, não obstante haja vários princípios e normas, inclusive de natureza constitucional, regulamentando a questão de bloqueio de valores e pagamentos atinentes ao Poder Público, eles devem ceder ao direito maior que é o direito à saúde e, em última instância, à vida.
Note-se que a sanção aqui analisada será implementada apenas caso o Estado não cumpra a determinação judicial, de modo que a responsabilidade pelo bloqueio dos valores caberá a ele.
Ademais, outro fator que justifica a adoção dessa medida é ela mostrar-se menos gravosa ao erário do que as *astreintes*, que o recorrente entende ser a única medida lícita. Isso porque o bloqueio se dará apenas com base nos valores suficientes para o custeio do tratamento médico, ao contrário da imposição de multa diária, a qual certamente ultrapassaria o montante necessário.
A respaldar a tese aqui adotada, confiram-se os seguintes precedentes:

> "ADMINISTRATIVO - MOLÉSTIA GRAVE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - DEVER DO ESTADO - DIREITO LÍQUIDO E CERTO DO IMPETRANTE.
> 1. Esta Corte tem reconhecido que os portadores de moléstias graves, que não tenham disponibilidade financeira para custear o seu tratamento, têm o direito de receber gratuitamente do Estado os medicamentos de comprovada necessidade. Precedentes.
> 2. O direito à percepção de tais medicamentos decorre de garantias previstas na Constituição Federal, que vela pelo direito à vida (art. 5º, caput) e à saúde (art. 6º), competindo à União, Estados, Distrito Federal e Municípios o seu cuidado (art. 23, II), bem como a organização da seguridade social, garantindo a "universalidade da cobertura e do atendimento" (art. 194, parágrafo único, I).
> 3. A Carta Magna também dispõe que "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação" (art. 196), sendo que o "atendimento integral" é uma diretriz constitucional das ações e serviços públicos de saúde (art.

198).
4. In casu, não havendo prova documental de que o remédio fornecido gratuitamente pela administração pública tenha a mesma aplicação médica que o prescrito ao impetrante - declarado hipossuficiente -, fica evidenciado o seu direito líquido e certo de receber do Estado o remédio pretendido.
5. Recurso provido" (RMS n. 17.425/MG, Segunda Turma, relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 22.11.2004).

"RECURSO ESPECIAL. SUS. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. PACIENTE COM HEPATITE C . DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. UNIÃO. LEGITIMIDADE.
1. Ação objetivando a condenação da entidade pública ao fornecimento gratuito dos medicamentos necessários ao tratamento de Hepatite C.
2. O Sistema Único de Saúde-SUS visa à integralidade da assistência à saúde, seja individual ou coletiva, devendo atender aos que dela necessitem em qualquer grau de complexidade, de modo que, restando comprovado o acometimento do indivíduo ou de um grupo por determinada moléstia, necessitando de determinado medicamento para debelá-la, este deve ser fornecido, de modo a atender ao princípio maior, que é a garantia à vida digna.
3. Configurada a necessidade do recorrente de ver atendida a sua pretensão posto legítima e constitucionalmente garantida, uma vez assegurado o direito à saúde e, em última instância, à vida. A saúde, como de sabença, é direito de todos e dever do Estado.
4. A União é parte legítima para figurar no pólo passivo nas demandas cuja pretensão é o fornecimento de medicamentos imprescindíveis à saúde de pessoa carente.
5. Recurso especial desprovido" (REsp n. 658.323/SC, Primeira Turma, relator Ministro Luiz Fux, DJ de 21.3.2005).

Diante dessas considerações, é de se concluir pela legalidade da adoção, como meio coercitivo ao cumprimento da decisão que obriga o Estado a custear tratamento médico indispensável à vida, o bloqueio de valores em contas públicas.
Por todo o exposto, conheço parcialmente do recurso especial e, nessa parte, nego-lhe provimento.[352]

ANEXO 2

Decisão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

Bloqueio de verbas de publicidade nas contas públicas do Estado e sua destinação ao orçamento de saúde

DECISÃO. Cuida-se de agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público Federal contra a decisão proferida pelo Juízo Federal da 3ª Vara/PB que, nos autos da Ação Civil Pública nº 2004.82.00.003315-0, indeferiu o pedido de seqüestro de verba pública formulado com o fim dar cumprimento à tutela específica determinada judicialmente, qual seja, a adoção de providências, pelo Estado da Paraíba – ora agravado –, para a aquisição e distribuição gratuita de medicamentos imprescindíveis ao tratamento de pacientes portadores de Mal de Parkinson.

O douto julgador monocrático indeferiu o seqüestro de 17,60% sobre o valor correspondente à dotação orçamentária do Estado da Paraíba destinada aos gastos com publicidade sob o fundamento da impossibilidade de penhora de bens públicos.

O recorrente, por seu turno, salienta, primeiramente, que o juízo *a quo*, ao deferir a liminar na Ação Civil Pública em referência, fls. 46/49, determinou ao agravado que regularizasse a distribuição dos medicamentos necessários para o tratamento do Mal de Parkinson, sob pena de adoção dos meios coercitivos legais. Todavia, destaca, com o não cumprimento da ordem judicial, foi – após novo pleito ministerial – prolatada outra decisão, fls. 242/246, na qual se reconheceu o descaso do poder público estadual, impondo-se, com isso, algumas medidas de coerção para compelir a obediência ao comando judicial, dentre as quais a multa diária no valor de R$10.000,00 (dez mil reais). Apesar da nova determinação, afirma o agravante, a omissão do Estado da Paraíba permanece.

Ressalta, assim, que, diante do reiterado descumprimento de ordem judicial pelo agravado, apresenta-se o seqüestro de numerário público como a última instância capaz de promover a efetivação da medida liminar deferida, proporcionando o acesso dos portadores de Mal de Parkinson aos medicamentos imprescindíveis para o adequado tratamento da moléstia.

Destaca, por fim, que, em face dos direitos constitucionalmente assegurados à vida, à saúde e à integridade física, o §5º do art. 461 do CPC permite a mitigação da impenhorabilidade dos bens públicos, consoante entendimentos jurisprudenciais que colaciona.

Requer, liminarmente, a concessão de efeito suspensivo ativo ao presente Agravo, para que seja determinado, com urgência, o seqüestro dos valores orçamentários necessários para o cumprimento da liminar.

É o que havia de relevante para relatar. Decido.

De início, saliento que deixo de promover a conversão deste Agravo de Instrumento em Agravo Retido, na forma prevista na Lei nº 11187/05, em razão de vislumbrar, na hipótese, perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, diante do risco de agravamento da doença

---

[352] Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. Recurso Especial nº 656.838 - RS (2004/0061219-6). Rel. Ministro João Otávio de Noronha. DJ: 20.06.2005.

ou até de morte de pacientes que necessitam dos medicamentos cujo fornecimento ora se discute.
Contudo, a fim de se conceder o efeito suspensivo requerido – medida de caráter excepcional – , não basta a presença do perigo da demora, devendo-se demonstrar também a plausibilidade do direito invocado.
Analisando os argumentos trazidos pelo recorrente, vislumbro, neste exame prefacial, a relevante fundamentação a ensejar a concessão da tutela de urgência pleiteada.
Com efeito, não se pode negar que a regra vigente em nosso ordenamento jurídico é a impenhorabilidade dos bens públicos, tanto como conseqüência do estabelecido no art. 100 do Código Civil – que prevê a sua inalienabilidade – como pela leitura do disposto no art. 100 da Constituição Federal – que exclui a possibilidade de penhora ao estabelecer procedimento especial de execução contra a Fazenda Pública. Contudo, antes de se aplicar tais regramentos de forma absoluta, mostra-se necessário atentar para as suas finalidades, impedindo-se, com isso, utilização equivocada e, até mesmo, injusta.
Destaco, como fim último da impenhorabilidade dos bens públicos, a necessidade de preservação do interesse público, evitando-se a sua utilização em proveito de um particular. Nas palavras do jurista Celso Antônio Bandeira de Mello, *os bens públicos não podem ser praceados para que o credor neles se sacie.*
É de se ressaltar, todavia, que esta não é a hipótese do caso em apreço. Primeiramente, não se está tratando de penhora de verba pública para satisfazer um interesse privado. O que se pleiteia, *in casu*, é o seqüestro de numerário destinado a gastos com publicidade – logo, sem maior relevância – para que seja aplicado em benefício da própria coletividade, regularizando-se o abastecimento e distribuição gratuita de medicação aos portadores de Mal de Parkinson. Pode-se, assim, afirmar, que, mitigando-se, neste caso, a regra da impenhorabilidade dos bens públicos – com autorização do seqüestro dos valores referidos – estar-se-á permitindo que o próprio interesse público seja efetivamente atendido e respeitado.
Penso, portanto, que, no caso sob julgamento, não se trata de resolver a questão recorrendo-se, apenas, à incidência da norma que eventualmente regule a espécie. A matéria envolve um potencial conflito de princípios jurídicos: o princípio de que o cidadão tem direito à vida e, por conseqüência, aos remédios indispensáveis ao controle da moléstia que possui e que o Estado está obrigado a fornecer e, de outro lado, o princípio da impenhorabilidade dos bens públicos, que busca atender ao interesse maior de não se criar obstáculos desnecessários ao regular desenvolvimento da ação estatal, ou seja, ao interesse público do funcionamento normal do Estado.
Trata-se de conflito de princípios, e não de regras. Em tal situação, como ensinou ROBERT ALEXY, enquanto o conflito de norma se resolve pelo princípio da subsunção – a norma de maior hierarquia revoga a de menor – , no conflito de princípios busca-se uma *optimização,* ou seja, busca-se, através do princípio da razoabilidade, uma aplicação dos princípios vigentes, de modo a atender de maneira proporcional e adequada o bem jurídico tutelado.
No caso em apreço, temos que averbar que o que se pretende bloquear é imprescindível à aquisição dos remédios de que necessita considerável parcela da população paraibana e indispensável – ressalte-se – para garantir-lhes a vida, o bem maior garantido na Constituição Federal.
De outro lado, o que se pretende seqüestrar são verbas destinadas à publicidade da Administração Pública, o que revela que, muito embora se trate de verbas públicas, não estão destinadas a uma finalidade pública mais relevante, posto que se configura como uma atividade menor, qual seja, publicidade governamental.
Considero, assim, que o seqüestro de tais verbas para aquisição dos remédios, o que se faz extraordinariamente – apenas porque o Estado foi recalcitrante em descumprir a ordem judicial – busca atender bem jurídico mais importante na hipótese, a vida dos cidadãos

paraibanos. A impenhorabilidade de bens públicos, portanto, é mitigada diante da necessidade de proteção ao direito maior, que é o direito à vida.
Outrossim, destaco que, diante do reiterado desrespeito às ordens judiciais já proferidas ao longo do processo, apresenta-se o seqüestro como única medida capaz de garantir a efetividade da prestação jurisdicional, já que não mais competirá ao agravado a escolha de seu cumprimento, nem caberá novas discussões acerca da regularização concreta da situação. Com o seqüestro do numerário, haverá sua aplicação imediata para a aquisição e fornecimento dos medicamentos faltosos. Frise-se, ainda, que tal medida excepcional está autorizada pelo §5º do art. 461 do Código de Processo Civil, na medida em que este dispositivo legal previu – de forma não-exauriente – uma série de medidas coercitivas com o fim de viabilizar o cumprimento das tutelas específicas e da tutela pelo equivalente, previstas nos arts. 461 e 461-A daquele diploma legal, deixando ao magistrado a escolha daquela que considerar mais adequada para a assegurar o cumprimento da tutela concedida.
Em recentes julgados, apreciando matéria semelhante, o col. STJ vem se manifestando no sentido de entender possível o bloqueio de valores em contas públicas, consoante se verifica das ementas a seguir transcritas:

> "PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CUSTEIO DE MEDICAMENTO. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. BLOQUEIO DE VALORES EM CONTAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE. ART. 461, § 5º, DO CPC.
>
> I - A Constituição Federal excepcionou da exigência do precatório os créditos de natureza alimentícia, entre os quais incluem-se aqueles relacionados com a garantia da manutenção da vida, como os decorrentes do fornecimento de medicamentos pelo Estado.
> II - É lícito ao magistrado determinar o bloqueio de valores em contas públicas para garantir o custeio de tratamento médico indispensável, como meio de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à saúde. Nessas situações, a norma contida no art. 461, § 5º, do Código de Processo Civil deve ser interpretada de acordo com esses princípios e normas constitucionais, sendo permitido, inclusive, a mitigação da impenhorabilidade dos bens públicos.
> III - Agravo regimental a que se nega provimento.
> (AgRg no Ag 645.746/RS, Rel. MIN. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 02.08.2005, DJ 05.09.2005 p. 362)"
>
> "ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CUSTEIO DE TRATAMENTO MÉDICO**.** BLOQUEIO DE VALORES EM CONTAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.
> 1. É permitido ao julgador, à vista das circunstâncias do caso apreciado, buscar o modo mais adequado para tornar efetiva a tutela almejada, tendo em vista o fim da norma e a ausência de previsão legal de todas as hipóteses fáticas.
> 2. Este Sodalício, em diversas oportunidades, já se manifestou no sentido de reconhecer a licitude do bloqueio de valores em contas públicas com o fito de assegurar o custeio de tratamento médico indispensável, como meio de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana, sem que se configure ofensa ao art. 461 e seus incisos, do CPC.
> 3. Recurso especial provido.
> (REsp 807118 / RS ; RECURSO ESPECIAL 2006/0002933-0 Relator: MIN. JOSÉ DELGADO (1105) T1 - PRIMEIRA TURMA Data do julgamento: 21/02/2006; DJ 13.03.2006 p. 228)"

> **“**ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUSTEIO DE TRATAMENTO MÉDICO**.** MOLÉSTIA GRAVE. BLOQUEIO DE VALORES EM CONTAS PÚBLICAS**.** POSSIBILIDADE. ART. 461, CAPUT E § 5º DO CPC.
> 1. Além de prever a possibilidade de concessão da tutela específica e da tutela pelo equivalente, o CPC armou o julgador com uma série de medidas coercitivas, chamadas na lei de "medidas necessárias", que têm como escopo o de viabilizar o quanto possível o cumprimento daquelas tutelas.
> 2. As medidas previstas no § 5º do art. 461 do CPC foram antecedidas da expressão "tais como", o que denota o caráter não-exauriente da enumeração. Assim, o legislador deixou ao prudente arbítrio do magistrado a escolha das medidas que melhor se harmonizem às peculiaridades de cada caso concreto.
> **3.** Precedente da 2ª Turma: "É lícito ao magistrado determinar o bloqueio de valores em contas públicas para garantir o custeio de tratamento médico indispensável, como meio de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à saúde. Nessas situações, a norma contida no art. 461, § 5º, do Código de Processo Civil deve ser interpretada de acordo com esses princípios e normas constitucionais, sendo permitido, inclusive, a mitigação da impenhorabilidade dos bens públicos" (REsp 656.838/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU de 20.06.2005).
> 4. Não há que se falar, dessa feita, em falta de previsão legal da medida coercitiva de bloqueio em conta do Estado.
> 5. Agravo regimental improvido.
> (AgRg no Ag 723281 / RS ; AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO/ 2005/0194797-0 Ministro CASTRO MEIRA (1125) T2 - SEGUNDA TURMA Data do julgamento: 07/02/2006 DJ 20.02.2006 p. 306)”

Com essas considerações, defiro o pedido de efeito suspensivo ativo conforme requerido.[353]

---

[353] Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Agravo de Instrumento (Turma) nº 67336/PB (2006.05.00.008842-4). Desembargador Federal Francisco Wildo. Data da decisão: 24.03.06.

ANEXO 3

Ementas de acórdãos do Supremo Tribunal Federal.

Fornecimento de medicamentos pela via judicial, em demandas individuais.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS.
- "O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. (....). O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, (....), dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. (AGRG. no Recurso Extraordinário nº 271.286/RS, rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ 24.11.2000). [354]

AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DEFERIMENTO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. FORNECIMENTO DE REMÉDIO PARA TRATAMENTO DE AIDS. PREVISÃO CONSTITUCIONAL. LEGITIMIDADE. MULTA DIÁRIA. POSSIBILIDADE.
- Presentes os requisitos legais à concessão da antecipação de tutela pleiteada, deve ser mantida a decisão guerreada. É atribuição do Estado o fornecimento de remédio indispensável para o tratamento de moléstia grave, sendo que o pedido de antecipação de tutela para que a União o forneça a quem dela estiver acometido encontra respaldo na previsão do art. 196 da Constituição Federal.
- A teor do art. 196 da Constituição Federal, de 1988, a saúde é um direito de todos e um

---

[354] Tribunal Regional Federal – 4ª Região. 3ª Turma. AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO – 127906. Processo: 200304010045340 UF: RS Rel. Juiz LUIZ CARLOS DE CASTRO LUGON. Diário da Justiça da União de 26.11.2003, p. 587.

dever do Estado.
- A aplicação de multa diária pelo descumprimento de obrigação é previsão expressa do § 4º do art. 461 do CPC, sendo que a fixação do montante é um critério eminentemente subjetivo, que deve levar em consideração a particularidade de cada caso. [355]

ANEXO 4

Ementas de acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Controle judicial de políticas públicas.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Fornecimento de tratamento especializado aos autistas - Alegada ausência de interesse processual e ilegitimidade do Ministério Público - Inocorrência - Art. 5º CF - Norma constitucional de proteção à saúde pública - Alegada ingerência do Poder Judiciário no Poder Executivo - Inocorrência - Controle jurisdicional dos atos discricionários - Garantia de direito à saúde pública - Aplicação de multa diária por descumprimento - Objetivo de compelir o administrador a implementar as políticas públicas - Recursos não providos.[356]

TUTELA – Antecipação para o fornecimento de medicamento importado, sem registro no país – Indeferimento – O Judiciário somente pode obrigar a Administração a desenvolver políticas públicas, no caso implementada pelo SUS, que tem programa de saúde mental, no qual fornece medicamentos da Dose Certa – A CF, no art. 196, apenas garante o acesso universal e igualitária às ações e serviços de saúde, sem que possa ser obrigada a custear a importação de medicamento sem registro no país (Lei 6360/76, arts. 12 e 28) – Liminar cassada – Requisitos do art. 273 do CPC ausentes – Recurso provido. [357]

APELAÇÃO CÍVEL - Ação para compelir o Estado a fornecer medicamentos aos autores, aidéticos, que entendem insuficientes os recebidos no coquetel de medicamentos da rede pública, sob alegação de que já não mais surtem o efeito desejado - Medicamentos importados que não podem, entretanto, ser consumidos no Brasil sem o prévio registro e autorização do Ministério da Saúde (Lei 6360/76, arts. 12 e 18) - Estado, ademais, que está obrigado a desenvolver políticas públicas na área da saúde, sem gerar direito subjetivo pública de ação para o fornecimento, a cada um, de determinado medicamento ou tratamento - Apenas é possível ação coletiva para obrigá-lo a desenvolver políticas públicas, previstas na CF (RT 737/20) - Providências que demandariam verbas orçamentárias, sem as aquisições pudessem dispensar a licitação (CF, art. 37, XXI) - Ação improcedente - Recursos providos (oficial e

---

[355] Tribunal Regional Federal – 4ª Região. 4ª Turma. AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO – 158119. Processo: 200304010338689 UF: SC. Rel. JUIZ EDGARD A LIPPMANN JUNIOR. Diário da Justiça da União de 26.11.2003, p. 633.

[356] Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº 278.801-5/8 - São Paulo - 3ª Câmara de Direito Público - Relator: Magalhães Coelho - 26.04.05 - V.U.

[357] Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 401.821-5/9-00 – Batatais – 2ª Câmara de Direito Público - Relator: Urbano Ruiz – 29.03.05 – V.U.

voluntário). [358]

ANEXO 5

Ementas de acórdãos do Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

Responsabilidade solidária dos entes políticos no fornecimento de medicamentos.

ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ASSISTÊNCIA À SAÚDE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES POLÍTICOS. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO FEDERAL. - Agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto em face da decisão que determinou o custeio da cirurgia a que necessita ser submetida a autora, ora agravada, incluindo-se as despesas com cuidados pós-operatórios, passagens aéreas, traslado, hospedagem e alimentação para a paciente e sua acompanhante. - Os Entes Federativos, como integrantes do Sistema Único de Saúde, possuem responsabilidade solidária pelo fornecimento gratuito de medicamentos a todos os que necessitem, cabendo-lhes cooperar técnica e financeiramente entre si, no que diz respeito à prestação de serviços de atendimento à saúde de sua população, a teor do disposto no art. 30, da Constituição Federal. - Portanto, não merece ser afastada a responsabilidade da União pelo custeio das despesas relacionadas à cirurgia da agravada. -Agravo interno prejudicado. - Agravo de instrumento improvido.[359]

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - CHAMAMENTO DA UNIÃO FEDERAL NO FEITO - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - MAL DE ALZHEIMER - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS VÁRIAS ESFERAS INSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO - PRECEDENTES DO EG. STF - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. I - O art. 23, inciso II, da Carta Magna, consagra a competência comum da UNIÃO, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios no cuidado com a saúde e assistência pública, bem como na proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência. II - O eg. STF reconhece a solidariedade das diversas esferas institucionais do Poder Público no que se refere à prestação de saúde. Precedente colacionado. III - Agravo provido, para deferir o chamamento da UNIÃO FEDERAL no feito originário e, conseqüentemente, para manter seu processamento perante a Justiça Federal.[360]

---

[358] Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº 174.264-5/8 - São Paulo - 10ª Câmara de Direito Público - Relator: Urbano Ruiz - 17.05.05 - V.M.

[359] Tribunal Regional Federal da 2ª Região. AGRAVO DE INSTRUMENTO – 102739. Processo: 2002.02.01.040104-4/RJ. 7. Turma. ESP. Data Decisão: 16/08/2006 Documento: TRF200156235. DJU DATA:19/09/2006, p. 217.

[360] Tribunal Regional Federal da 2ª Região. AGRAVO DE INSTRUMENTO – 142978. Processo: 2005.02.01.013645-3 UF : RJ Orgão Julgador: SEXTA TURMA ESP. Data Decisão: 30/08/2006. DJU 21/09/2006, p. 223.

PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. ART. 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RESPONSABILIDADE LINEAR DO ESTADO (GÊNERO). JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IRREVERSIBILIDADE DO PROVIMENTO. PONDERAÇÃO DE INTERESSES. MEDICAMENTOS NECESSÁRIOS PARA ASSEGURAR A MANUTENÇÃO DA PRÓPRIA VIDA DO AGRAVADO. AGRAVO DESPROVIDO. - Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, alvejando decisão que, nos autos de ação de rito ordinário, deferiu provimento antecipatório vindicado. - A hipótese é de demanda ajuizada em face da União Federal, objetivando, em síntese, que a mesma seja condenada ao fornecimento dos medicamentos ANDROCUR e ZOLADEX, indispensáveis ao tratamento médico do ora agravado, em razão do diagnóstico de Câncer de próstata. - No que concerne ao pedido para que o Estado e o Município do Rio de Janeiro sejam citados para integrar a lide no pólo passivo, como o referido pleito não foi objeto de análise pelo magistrado de primeiro grau, eventual apreciação deste ponto por parte do Colegiado poderia configurar indevida supressão de instância. - No que tange ao fornecimento de medicamentos vindicado, compete ressaltar que o art. 196 da Constituição Federal declara que "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação". - Segundo entendimento firmado pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, "o Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios" (cf. RE nº 195.192/RS. 2ª Turma. Rel. Min. MARCO AURÉLIO. DJ de 22/02/2000). - Ainda que, na espécie, esteja presente o perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, na ponderação entre os interesses em conflito, tendo em vista as peculiaridades do caso em apreço, deve prevalecer o interesse do Agravado, notadamente pela circunstância de o aludido medicamento ser necessário para assegurar a manutenção de sua vida. - Ademais, sem embargo dos fundamentos esposados ao longo das razões recursais, o douto magistrado de primeiro grau, enquanto presidente do processo, e por estar mais próximo da realidade versada nos autos, detém melhores condições para avaliar a presença, ou não, dos requisitos autorizadores da antecipação de tutela. Em outros termos, a concessão de medidas liminares ou de índole antecipatória deve, em princípio, ser deixada ao prudente arbítrio do juiz, não cabendo a esta Corte, por isso mesmo, se imiscuir em tal seara, salvo em hipóteses excepcionais, que se revelarem muito peculiares (cf. AG n.º 64.865, Segunda Turma, Rel. Des. Fed. SÉRGIO FELTRIN, DJ de 23.10.2001 e AG n.º 42.486, Segunda Turma, Rel. Des. Fed. CASTRO AGUIAR, DJ de 19.6.2001). - Desta forma, e vislumbrando-se a possibilidade de ocorrência de danos graves à saúde do Agravado, acaso não lhe seja assegurado o recebimento dos medicamentos necessários à manutenção de sua própria vida, revela-se prudente a manutenção do decisum hostilizado. - Agravo desprovido.[361]

---

[361] Tribunal Regional Federal da 2ª Região. AGRAVO DE INSTRUMENTO – 142940. Processo: 2005.02.01.013598-9 UF : RJ Órgão Julgador: QUINTA TURMA ESP. Data Decisão: 22.03.2006. DJU DATA:31.03.2006, p. 232.

ANEXO 6

Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Utilização da Ação Civil Pública no controle das políticas de saúde.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ADOLESCENTE. INTERNAÇÃO HOSPITALAR. COMPETÊNCIA DO ESTADO. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO.
Tem legitimidade o Ministério Público para propor ação civil pública para resguardar direito individual indisponível do adolescente, de obter internação hospitalar. A responsabilidade pelo fornecimento desse serviço de saúde é solidária entre a União, Estado e Município, conforme arts. 196 e seguintes da CF, sendo o Estado parte legítima para figurar no pólo passivo da ação, e independe de previsão orçamentária. Precedentes. Sentença confirmada em reexame necessário. Apelação desprovida.
(...)

VOTO
Des. José S. Trindade (Relator) –
(...)
A matéria em apreço está superada, sendo que, conforme entendimento pacífico deste Tribunal, a responsabilidade pelo fornecimento dos serviços de saúde como os ora em exame é solidária entre a União, Estado e Município.

Com efeito, o dever do Estado e dos Municípios fornecerem serviços de saúde tem sua origem na Constituição Federal, tendo sido objeto de regulamentação na legislação infraconstitucional.
Os arts. 196 e seguintes da Constituição Federal, dispõem que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Tais ações e serviços públicos de saúde devem ser desenvolvidos de forma integrada, mas regionalizada e descentralizada (art. 198, I, CF), através de um sistema único (art. 198) do qual fazem parte a União, os Estados e os Municípios (§ 1.º do art. 198).

Por isso, a responsabilidade pelo oferecimento de internação hospitalar a pacientes necessitados, mormente existindo o risco de vida demonstrado na presente ação, é solidária entre a União, os Estados e os Municípios.
No caso concreto, não há que se falar em ilegitimidade passiva do apelante para o fornecimento de internação hospitalar do autor, porque à evidência que acordos e convênios não tem o condão de retirar a responsabilidade solidária entre a União, os Estados e os Municípios prevista constitucionalmente.

(...)

Por fim, aduz o recorrente que os arts. 5.º e 196 da CF não asseguram a destinação de recursos públicos a uma situação individualizada, e que a execução dos serviços de saúde, por importar em despesa de verbas públicas, deve estar rigorosamente adstrita aos ditames da lei orçamentária.

Olvida o apelante que, no caso, vige o princípio constitucional maior, pois fundamental, da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III), vige a garantia fundamental de apreciação pelo Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito (art. 5.º, XXXV), e, prevalece o dever do Estado de assegurar à criança e ao adolescente, *com absoluta prioridade*, o direito à vida, à saúde... (art. 227, *caput*).

O art. 4.º do Estatuto da Criança e do Adolescente repete a mesma garantia prevista no art. 227, ao dispor que é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, etc., à criança e ao adolescente.

Mais específico ainda é o art. 11 do ECA, ao assegurar à criança e ao adolescente, através do Sistema Único de Saúde, o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde. E no seu § 2.º, dispõe que incumbe ao Poder Público fornecer gratuitamente àqueles que necessitarem os medicamentos, próteses e *outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação*.

Ao comentar precitado dispositivo, MARIA CECÍLIA DE SOUZA MINAYO, na obra "Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado – comentários jurídicos e sociais", 2.ª edição, Malheiros Editores, pág. 53, diz:

'Por fim, o art. 11 refere-se ao direito constitucional de qualquer brasileiro de ser tratado dentro dos serviços de saúde e de acordo com sua necessidade, independemente do fato de ter contribuído ou não para a Previdência Social.'.

E por fim, quanto à aduzida ausência de previsão orçamentária para atender a pretensão, também conforme remansoso entendimento deste Tribunal, tratando-se de serviço de saúde essencial à própria sobrevivência do autor, sua prestação independe de previsão orçamentária.

Com efeito, a saúde é um direito social (art. 6.º da CF) que figura constitucionalmente entre os direitos e garantias fundamentais.

E o conjunto de normas constitucionais que regulam a matéria faz nascer o direito reclamado na inicial pelo autor, através de norma auto-aplicável – porque se trata de uma garantia constitucional – devendo o Estado cumpri-la independentemente de previsão orçamentária específica. [362]

ANEXO 7

Acórdão do Superior Tribunal de Justiça.

Solidariedade da União, Estado e Municípios no cumprimento das determinações constitucionais atinentes ao direito à saúde.

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AO ART. 535, II, DO CPC. INEXISTÊNCIA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PARA PESSOA CARENTE. LEGITIMIDADE DA UNIÃO, DO ESTADO E DO MUNICÍPIO PARA FIGURAREM NO PÓLO PASSIVO DA DEMANDA.

1. Inexiste ofensa ao art. 535, II, do CPC, quando as questões levadas ao conhecimento do Órgão Julgador foram por ele apreciadas.

2. Recurso no qual se discute a legitimidade passiva da União para figurar em feito cuja pretensão é o fornecimento de medicamentos imprescindíveis à manutenção de pessoa carente, portadora de atrofia cerebral gravíssima (ausência de atividade cerebral, coordenação motora e fala).

3. A Carta Magna de 1988 erige a saúde como um direito de todos e dever do Estado (art. 196). Daí, a seguinte conclusão: é obrigação do Estado, no sentido genérico (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação necessária para a cura de suas mazelas, em especial, as mais graves.

4. Sendo o SUS composto pela União, Estados e Municípios, impõe-se a solidariedade dos três entes federativos no pólo passivo da demanda.

5. Recurso especial desprovido.

STJ – 1.Turma. REsp 507205 / PR ; RECURSO ESPECIAL 2003/0009776-3. Rel. Min. JOSÉ DELGADO. Data do julgamento 07/10/2003. DJ 17.11.2003, p. 213.

---

[362] Apelação e Reexame Necessário Nº 70009928144, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator:

ANEXO 8

Decisão monocrática no Superior Tribunal de Justiça.

Suspensão de liminar que impunha à União a obrigatoriedade de pagamento de transplante no valor de U$$ 275.000,00 nos Estados Unidos da América

DECISÃO. Em Mandado de Segurança impetrado contra o Secretário de Atenção à Saúde do Ministério da Saúde e Chefe da Agência do Instituto Nacional do Seguro Social em Umuaram/PR, NLV pugnou a liberação dos recursos necessários à efetivação de transplante de intestino nos Estados Unidos da América, através do Hospital Clarian Health Partners, situado na cidade de Indianápolis, Indiana, ao argumento de que no Brasil somente é realizado esse tipo de transplante em caráter experimental, com 100% de óbito.

O Juiz Federal de Umuaram/PR concedeu o pedido liminar, determinando que a autoridade impetrada, com sede em Brasília, efetuasse, no prazo de cinco dias, a transferência do valor de US$ 275.000,00 (duzentos e setenta e cinco mil dólares americanos) para a conta do hospital indicado, sob pena de responsabilidade administrativa e criminal e aplicação de multa diária, no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais); determinando ainda o pagamento das despesas relativas ao período pós-operatório, bem como as passagens de retorno da impetrante e de seus pais ao Brasil.

Após, reconhecendo a sua incompetência, encaminhou os autos à Seção Judiciária do Distrito Federal.

Ratificada a decisão concessiva da liminar pelo Juiz Federal Substituto da 21ª Vara , foi providenciado pedido de Suspensão pela União no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, sem sucesso.

Daí o ajuizamento deste novo pedido de Suspensão de Segurança.

Destaca a União que a norma insculpida na Constituição da República, em seu art. 196, que assegura o direito à saúde, não se refere a situações individualizadas, mas sim à efetivação de políticas públicas que visem à população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário.

O transplante, segundo afirma, pode ser realizado seguramente no Brasil, e não em caráter experimental como alega a impetrante, e a custo sensivelmente inferior ao do procedimento realizado no exterior, cerca de R$ 150.000,00 (cento e cinqüenta mil reais).

Finaliza destacando que *"a decisão em comento malfere a escorreita atuação da Administração Pública, ao passo em que determina o pagamento imediato de US$ 275.000,00, bem como multa diária em caso de descumprimento e outras sanções pessoais de*

José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 28/10/2004.

ordem civil e criminal, revelando-se legítima a suspensão dos seus efeitos até o julgamento definitivo da ação, evitando-se, com isso, seja consumada a lesão à ordem e à saúde públicas. "

Decido.

Compete à Administração Pública, através da aplicação de critérios médico-científicos, fixar e autorizar os tratamentos e remédios que devem ser fornecidos à população no País, sempre com vistas a garantir a segurança, a eficácia terapêutica e a qualidade necessárias.

Tal atividade envolve uma gama de procedimentos técnicos e de caráter oficial, inerentes à política nacional de saúde e realizados por diversos órgãos governamentais, objetivando restringir a possibilidade de riscos graves aos pacientes e, sempre que viável, uma maior racionalização entre o custo e o beneficio dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários.

Pelo que, consigno que a decisão liminar reclamada efetivamente afronta a ordem administrativa, na medida em que interfere em matéria de política nacional de saúde, de seara exclusiva da Administração Pública.

Por outro lado, também tenho por configurada a potencialidade lesiva à própria saúde pública.

A quantia extremamente vultosa necessária para a realização da operação da impetrante no exterior, US$ 275.000,00 (duzentos e setenta e cinco mil dólares americanos), poderia beneficiar um sem-número de pacientes também necessitados de tratamento, já que, conforme assegura a União, o Sistema Único de Saúde oferece condições seguras para a realização da cirurgia da impetrante, com equipes médicas e instalações hospitalares adequadas, haja vista encontrar-se o Brasil em posição de destaque mundial no tocante aos procedimentos de transplantes de órgãos.

Assim, considerando presentes os requisitos autorizadores da medida extrema, defiro o pedido para suspender os efeitos da decisão liminar concedida no Mandado de Segurança n.º 2005.34.00.001173-9, em trâmite na 21ª Vara Federal do Distrito Federal. [363]

---

[363] Superior Tribunal de Justiça. Suspensão de Segurança nº 1467-DF/STJ, Ministro Edson Vidigal. Data da decisão: 03.02.05.

ANEXO 9

Decisão monocrática no Superior Tribunal de Justiça.

Suspensão de liminar que condenou a União ao pagamento de transplante de células do cordão umbilical, no valor de U$$ 218.833,00, nos Estados Unidos da América

DECISÃO. Vistos, etc. Diagnosticado como portador de 'linfoma de hodgkin', há mais de um ano em tratamento no Hospital do Câncer em São Paulo/SP, submetido, sem sucesso, em fevereiro/03, a 'transplante autólogo de medula óssea', esgotados todos os recursos disponíveis no Brasil, Leandro de Araújo Guedes teve indicação de transplante de células do cordão umbilical a ser realizado em centro de referência mundial, no MD ANDERSON CANCER CENTER, localizado nos Estados Unidos da América, Houston, Estado do Texas, pelo que ajuizou ação ordinária com vistas a que a União custeasse o transplante, orçado em trezentos mil dólares.

Deferida a antecipação da tutela e determinado o imediato depósito do equivalente a U$218.833,00 na conta indicada na inicial "(Registro de paciente 557169, Uni. Of. Texas M.D. ANDERSON CANCER CENTER, BANK ONE, TEXAS, N.A., endereço 910, Travis, Houston, Texas, Código da cidade: 770025860, conta-corrente 1586838979)", pelo Juízo Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Pará, agravou a União, com fixação astreintes de R$50.000,00 (cinqüenta mil reais) diários em caso de descumprimento ou retardamento da liminar.

No TRF/1ª/Região foi a antecipação da tutela confirmada em parte pela Quinta Turma, que

de vulnerar o regime constitucional do orçamento público (CF, art. 167, V).
Destaca que a norma insculpida na CF, art. 196, que assegura o direito à saúde, não se refere a situações individualizadas, mas sim à efetivação de políticas públicas que visem à população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário. Realça o efeito multiplicador da decisão, altamente lesivo à saúde, à ordem administrativa e à economia pública, capaz de provocar colapso irreversível da rede pública de saúde, com risco de inviabilizar o Sistema Único de Saúde.
Decido.
Compete à Administração Pública, através da aplicação de critérios médico-científicos, fixar e autorizar os tratamentos e remédios que devem ser fornecidos à população no País, sempre com vistas a garantir a segurança, a eficácia terapêutica e a qualidade necessária.
Tal atividade envolve uma gama de procedimentos técnicos, de caráter oficial, inerentes à política nacional de saúde e realizados por diversos órgãos governamentais, objetivando restringir a possibilidade de riscos graves aos pacientes e, sempre que viável, uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários.
A meu sentir a decisão antecipatória reclamada efetivamente afronta a ordem pública administrativa, na medida em que interfere em matéria de política nacional de saúde, de seara exclusiva da Administração Pública.
Tenho também por configurada a potencialidade lesiva à própria saúde pública e presente o feito multiplicador, mormente porque aqui já aportaram algumas ações iguais, circunstância que pode acarretar irreversível lesão ao Erário.
A quantia extremamente vultosa necessária para a realização do transplante do autor da ação no exterior, US$300.000,00 (trezentos mil dólares), poderia beneficiar um sem-número de pacientes também necessitados de tratamento, já que, conforme assegura a União, além de o Sistema Único de Saúde oferecer condições seguras para a realização do transplante, com equipes médicas e instalações hospitalares adequadas, haja vista encontrar-se o Brasil em posição de destaque mundial no tocante aos procedimentos de transplantes de órgãos, a Lei 8.080/90, restringe a utilização de serviços de saúde conveniados e contratados ao território nacional (arts. 1º e 23).
Assim, presentes os requisitos autorizadores da medida extrema, defiro o pedido para suspender os efeitos da decisão proferida no Agravo de Instrumento n.º 2004.01.00.004219-5/PA, em trâmite no TRF/1ª/Região.
Expeça-se comunicação para o Egrégio TRF da 1ª Região e para o Juízo Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Pará.[364]

---

[364] Superior Tribunal de Justiça. Suspensão de Liminar e de Sentença nº 90 - PA (2005/0016231-1). Min. Edson Vidigal. Data da decisão: 11.02.05.

Livros Grátis

(http://www.livrosgratis.com.br)

Milhares de Livros para Download:

Baixar livros de Administração
Baixar livros de Agronomia
Baixar livros de Arquitetura
Baixar livros de Artes
Baixar livros de Astronomia
Baixar livros de Biologia Geral
Baixar livros de Ciência da Computação
Baixar livros de Ciência da Informação
Baixar livros de Ciência Política
Baixar livros de Ciências da Saúde
Baixar livros de Comunicação
Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE
Baixar livros de Defesa civil
Baixar livros de Direito
Baixar livros de Direitos humanos
Baixar livros de Economia
Baixar livros de Economia Doméstica
Baixar livros de Educação
Baixar livros de Educação - Trânsito
Baixar livros de Educação Física
Baixar livros de Engenharia Aeroespacial
Baixar livros de Farmácia
Baixar livros de Filosofia
Baixar livros de Física
Baixar livros de Geociências
Baixar livros de Geografia
Baixar livros de História
Baixar livros de Línguas

Baixar livros de Literatura
Baixar livros de Literatura de Cordel
Baixar livros de Literatura Infantil
Baixar livros de Matemática
Baixar livros de Medicina
Baixar livros de Medicina Veterinária
Baixar livros de Meio Ambiente
Baixar livros de Meteorologia
Baixar Monografias e TCC
Baixar livros Multidisciplinar
Baixar livros de Música
Baixar livros de Psicologia
Baixar livros de Química
Baixar livros de Saúde Coletiva
Baixar livros de Serviço Social
Baixar livros de Sociologia
Baixar livros de Teologia
Baixar livros de Trabalho
Baixar livros de Turismo