

UNIVERSIDADE GAMA FILHO

NIDIA CALDAS FARIAS

**“POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE:
PERSPECTIVAS DAS DECISÕES JUDICIAIS”.**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

**ÁREA DE CONCENTRAÇÃO:
DIREITO, ESTADO E CIDADANIA**

RIO DE JANEIRO

2008

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

“Políticas Públicas de Saúde: perspectivas das decisões judiciais”

NIDIA CALDAS FARIAS

Rio de Janeiro
2008

“Políticas Públicas de Saúde: perspectivas das decisões judiciais”

NIDIA CALDAS FARIAS

(Dissertação apresentada no curso de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Gama Filho – Mestrado em Direito, Estado e Cidadania).

Professor Orientador: Ricardo Lobo
Torres

Rio de Janeiro

2008

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, tão presente em minha vida, por todas as bênçãos concedidas e pela manifestação diária de seu amor por mim.

Agradeço aos meus pais, Lócio e Moema, por enriquecerem a minha vida, pela simplicidade e aprendizado que sempre generosamente me ofereceram.

Agradeço pelo apoio recebido dos amigos, em especial da amiga Giovanna Porchéra, cujas palavras me inspiraram durante todo o processo de pesquisa e reflexão do qual resultou o presente estudo.

Agradeço aos Professores Mauro Dias e José Ribas, integrantes da banca de qualificação, pelos elogios e observações, em especial estas últimas pela contribuição ao texto do presente trabalho.

Agradeço à amiga e revisora de todo o texto, Christina Carvalho, pela dedicação, paciência e eficiência na execução de tarefa tão árdua.

Agradeço, por fim, ao meu orientador Professor Ricardo Lobo Torres cujo brilhantismo e capacidade, há muito publicamente reconhecidos, constituíram-no como guia seguro e preciso no desenvolvimento da pesquisa e elaboração do texto que resultaram na presente dissertação.

EPÍGRAFE

“Estabelecer a justiça nas relações de indivíduo a indivíduo, proteger a paz pública e a sociedade, garantir a liberdade, defender o fraco, limitar o prepotente, criar o sereno condicionalismo da moralidade, (...) fins, para além do formalismo processual, se propõem os tribunais”.

(Inauguração do Tribunal de Bragança, discurso).

RESUMO

A dissertação “Políticas Públicas de Saúde: Perspectivas das decisões judiciais” tem por objetivo demonstrar que a atividade jurisdicional no controle de políticas públicas de saúde é perfeitamente compatível com a Constituição Federal brasileira, sobretudo, com os princípios da separação de poderes, da reserva do possível, da igualdade e do mínimo existencial. O tema relativo ao controle judicial de políticas públicas de saúde envolve não apenas a limitação do poder, assunto de grande importância no direito constitucional, como principalmente, os limites de atuação do Poder Judiciário diante das leis orçamentárias anuais, na realização concreta de despesas públicas em consonância com o planejamento previsto na lei do plano plurianual e na lei de diretrizes orçamentárias, no duplo viés da falta de realização de políticas previstas e na realização ilícita dessas políticas. O problema central consiste em definir em que medida este controle judicial é compatível com a democracia no Brasil. A proposta foi sistematizar o controle de políticas públicas no estudo do direito à saúde, demonstrando o conteúdo e significado deste direito, o regime jurídico no qual se insere e os deveres do Estado. Desenvolveu-se a idéia de que políticas seriam elementos do sistema jurídico cuja invocação como padrão de decidir os conflitos é perfeitamente admissível. O patrimônio formado pelos direitos fundamentais formataria um paradigma de intervenções judiciais necessárias no âmbito das políticas públicas, exatamente quando essas duas categorias não estivessem em sintonia. A partir do modelo democrático, admite-se que o Judiciário deva intervir e possa assumir uma certa posição de protagonista, essencial, nessa concepção, em um cenário no qual os direitos fundamentais constituam um elemento de limitação da própria soberania popular. A idéia de atos de governo, atos políticos, discricionariedade administrativa e tantas outras concepções construídas a partir de modelos teóricos inconsistentes e superados, com o objetivo (velado ou declarado) de evitar um compartilhamento de poder com o Judiciário, restam afastadas quando no centro das discussões reside o direito à saúde. Valendo-se da supremacia do direito fundamental à saúde, de ordem constitucional, afirma-se que as políticas públicas são meios necessários para a efetivação do direito fundamental à saúde, uma vez que pouco vale o mero reconhecimento formal desse direito se ele não vem acompanhado de instrumentos para efetivá-lo. Como consequência, verifica-se, a partir da força normativa da Constituição, bem como da aplicação imediata das normas constitucionais, que se pode falar em um direito constitucional à efetivação da Constituição. E é em nome desse direito à efetividade do direito fundamental à saúde que se propõe o controle judicial de políticas públicas de saúde. Não se buscou ao longo do trabalho a conclusão de que aos tribunais cabe eleger os meios de ação política e os objetivos que se pretendem alcançar, mas sobretudo permitir que, nas disputas a respeito, a base para análise do conflito desloque-se do campo puramente político, fundado na preocupação eleitoral, e passe para o campo jurídico, tendo em vista a observância dos direitos e deveres consagrados no âmbito legal e constitucional. Essa possibilidade é claramente desejável quando uma política acaba por conflitar-se com o direito fundamental à saúde.

ABSTRACT

The dissertation "Health Public Policy: Perspectives of judicial decisions" aims to demonstrate that the activity in court towards the control of public health policies is perfectly compatible with the Brazilian Federal Constitution, especially with the principles of separation of powers, the reserve of possible, equality and the existential minimum. The theme of the judicial control of public health policies involves not only the limitation of power, a subject of great importance in the constitutional law, but principally the limits of performance of the Judiciary before the budgetary annual laws, in the practical implementation of public expenses in harmony with the projection predicted in the law of the multi-year plan and in the law of budgetary directives, in the double slant of the lack of realization of predicted politics and in the illicit realization of this politics. The central problem consists in defining in which measure this judicial control is compatible with the democracy in Brazil. The proposal was to build a system of public policies in the study of the right to the health, demonstrating the content and meaning of this right, the legal system in which it is inserted and the duties of the State. The developed idea was that policies would be elements of the legal system whose invocation as standard to decide the conflict is perfectly possible. The inheritance formed by the fundamental rights would format a paradigm of judicial necessary interventions in the context of public policies, exactly when those two categories were not in line. From the democratic model, it is accepted that the Judiciary should interfere and can assume a certain position to play, essentially, in this conception, in a scenario in which the fundamental rights constitute an element of limitation of the very popular sovereignty. The idea of acts of government, political acts, administrative discretionary and so many other conceptions built from overcome and inconsistent theoretical models with the purpose (veiled or declared) to avoid sharing power with the Judiciary, remain repelled when the right to the health is at the centre of discussions. Considering the supremacy of the fundamental right to health, which stands in constitutional level, it is possible to state that public policies are necessary for the effectiveness of the fundamental right to the health, since the mere formal recognition of that right is not enough if it does not come together with instruments to bring it into effect. Consequently, it appears, from the normative strength of the Constitution, as well as of the immediate application of the constitutional standards, that it is possible to discuss a constitutional right to the effectiveness of the Constitution. And it is on behalf of that right to the effectiveness of the fundamental right to health that the judicial control of public health policies is proposed. This essay does not intend to determine that the choice of the means of political actions and goals to be reached lies over the court. It especially allows that, in those controversies, the basis for analysis of the conflict moves from the purely political field, based on the electoral concerns, to the legal field, considering the rights and obligations enshrined in the legal and constitutional framework. This possibility is clearly desirable when a policy ultimately disagrees to the fundamental right to the health.

SUMÁRIO

| | | |
|------------|---|------------|
| I | INTRODUÇÃO | 16 |
| II | DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE | 19 |
| 2.1 | A Gênese do Direito à Saúde | 19 |
| 2.2 | O Significado do Direito à Saúde | 22 |
| 2.3 | Direito à Saúde e Cidadania | 26 |
| 2.4 | O Regime Jurídico do Direito à Saúde | 31 |
| III | DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE | 39 |
| 3.1 | Conceito de Políticas Públicas | 39 |
| 3.2 | Políticas Públicas de Saúde no Brasil | 46 |
| 3.3 | O Sistema Único de Saúde - SUS | 49 |
| 3.4 | A Discricionariedade na Formulação e Execução de Políticas Públicas | 55 |
| IV | A FUNÇÃO REALIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL | 67 |
| 4.1 | O Controle Judicial das Políticas Públicas e o Princípio da Separação de Poderes | 67 |
| 4.2 | A Legitimidade do Juiz para o Controle de Políticas Públicas | 86 |
| 4.3 | O Controle Judicial de Políticas Públicas e Reserva do Possível | 92 |
| 4.4 | O princípio da igualdade e o acesso à saúde | 103 |
| 4.5 | O Controle Judicial e a Garantia de Proteção ao Mínimo Existencial | 111 |
| V | CONCLUSÃO | 130 |
| VI | REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 134 |
| VII | JURISPRUDÊNCIA | 143 |

CAPITULO I – INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a situação do controle pelo Poder Judiciário das políticas públicas de saúde. Em vista disso, busca-se chamar a atenção para a necessidade de maior efetivação no cumprimento da prestação positiva à saúde, tendo em vista que este é o principal direito fundamental social encontrado na Lei Maior brasileira, diretamente ligado ao princípio maior que rege todo o ordenamento jurídico pátrio: o princípio da dignidade da pessoa humana – razão pela qual tal direito merece tratamento especial.

Para que se possa compreender o conteúdo do direito à saúde, é imperioso que se empreenda uma análise da gênese do direito à saúde, por meio de sua evolução histórica, seu significado e núcleo central de seu conceito, bem como o regime jurídico no qual se insere. Essa análise será feita no Capítulo 1.

A evolução histórica do direito à saúde teve como consequência a sua universalização, caracterizada pela conscientização mundial sobre a sua proteção e a efetivação, para que se possa alcançar o verdadeiro significado da cidadania.

O Capítulo 2 é voltado ao estudo das políticas públicas, sobretudo, das políticas públicas de saúde, cuja tarefa consiste em organizar as funções públicas governamentais para a promoção, proteção e recuperação da saúde dos indivíduos e da coletividade.

Após realizado o estudo de como se organizam as políticas públicas, seus problemas e complexidades, outro assunto a ser abordado se refere à discricionariedade na formulação e execução de políticas públicas.

O campo das políticas públicas é, historicamente, o ambiente da discricionariedade administrativa. Conforme restará demonstrado ao longo do presente trabalho, o modelo de elaboração de políticas públicas, na maioria dos casos, passa ao largo das reais expectativas das populações e, portanto, é natural que, ao final, essas políticas cheguem a destoar, de modo significativo, das demandas populares.

Assim, restará demonstrado que não se pode mais imaginar a velha teoria da discricionariedade como a tese fechada da oportunidade e da conveniência do administrador, de modo especial quando as definições de políticas públicas afetam direitos fundamentais dos administrados, como a vida, a integridade, entre outros.

A partir disso, pode-se passar à última parte deste estudo, centrado na análise das objeções e dos parâmetros impostos ao controle judicial das políticas públicas de saúde, cotejado que deve ser com os princípios de índole constitucional.

No Capítulo 3, são destacadas algumas questões referentes aos limites e as possibilidades dentro dos quais o direito à saúde é exigível, ou seja, eficaz e assegurado, ainda que pelo recurso à via judicial. Em vista disso, o capítulo será dedicado à discussão das objeções e dos parâmetros mínimos à eficácia jurídica e social do direito à saúde.

Em seguida, opta-se por relacionar a possibilidade de controle judicial das políticas públicas de saúde com os princípios constitucionais aplicáveis.

Nesse contexto, no decorrer do trabalho, se fez menção aos conflitos judiciais envolvendo o não-cumprimento de prestações positivas, em cotejo com os princípios constitucionais em questão.

Por fim, o ponto de inflexão do presente trabalho reside em demonstrar a importância da efetividade do direito à saúde, o que evitaria a preponderância do posicionamento que nega a possibilidade de controle de políticas públicas,

baseando-se nos falsos argumentos ligados às teses da reserva do possível, limitada pela questão orçamentária, dentre outros.

CAPITULO II – DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

II.1 - A gênese do direito à saúde

A noção de que a saúde constitui um direito humano e fundamental, passível de proteção e tutela pelo Estado, é resultado de uma longa evolução na concepção não apenas do direito, mas da própria idéia do que seja a saúde, em si mesma considerada. Muito embora o objeto do presente trabalho não seja o estudo cronológico desses conceitos, convém analisar as suas referências históricas, a fim de permitir uma compreensão mais abrangente do que hoje se define como direito à saúde e, sobretudo, do conteúdo desse direito.

Nesse sentido, a doutrina especializada sobre tema indica que a primeira noção de saúde apareceu ligada a uma explicação mágica da realidade, em que os povos primitivos viam o doente como “vítima de demônios e espíritos malignos, mobilizados talvez por um inimigo”, nas palavras de Moacyr Scliar.¹ Essa concepção seria questionada na antiguidade grega, sobretudo com os estudos de Hipócrates, cujas observações empíricas não se limitaram apenas ao paciente, estendendo-se ao ambiente onde vivia. A partir dessa idéia, introduziu-se a discussão acerca dos fatores ambientais ligados à doença e defendeu-se o que hoje poderia ser chamado de um “conceito ecológico” de saúde-enfermidade, enfatizando-se a multiplicidade de causas na gênese das doenças.² Os rituais deram lugar ao uso de ervas e métodos naturais. Platão ainda acrescentaria a noção de equilíbrio interno entre a

¹ SCLIAR, Moacyr. **Do mágico ao social: a trajetória da saúde pública**. Porto Alegre: L&PM, 1987, p. 10.

² *Ibid.* p. 17.

alma e o corpo, depois ampliada para afirmar o equilíbrio do homem com a organização social e com a natureza, compreendendo-se aí a concepção de saúde.³

A passagem para a Idade Média, todavia, consolidou um sério retrocesso na área sanitária, um período de surtos epidêmicos em razão de conflitos militares, miséria, promiscuidade e falta de higiene nos burgos. Na época, as práticas médicas desenvolvidas ficaram à margem da cristandade dominante. A doença voltou a ser vista como castigo divino, resumindo-se aos cuidados sanitários e à preocupação de afastar o doente do convívio social, para evitar o contágio e a visão da própria doença.⁴

O período Renascentista, exatamente pela progressiva restauração do conhecimento clássico grego-romano, seria, na área da saúde um período polarizado entre as duas tradições anteriores, opondo-se ao misticismo medieval e às práticas esotéricas, e afirmando o progresso das ciências, estimulando descobertas sobre o corpo humano e o pensamento científico. Sueli Dallari e Deisy Ventura salientam que o atual conceito de saúde pública teria raízes nesse período, quando, também, se firmaram as primeiras políticas concretas de saúde.⁵

Com a consolidação do Estado Liberal burguês, a partir do final do século XVIII e durante o século XIX, a assistência pública, envolvendo a assistência social e médica, deixou de depender da “solidariedade da vizinhança” para incluir a proteção à saúde entre o feixe de atividades tipicamente estatais, inclusive com status legal-constitucional.⁶ A Revolução Industrial acarretou um grande movimento de urbanização, com a migração da população do campo para as cidades que, pela proximidade espacial e absoluta falta de higiene, permitiram a rápida proliferação de doenças entre operários, patrões e familiares. Tais fatos foram decisivos à reivindicação por melhores condições sanitárias, dada a necessidade de resguardo à saúde dos operários e de seus respectivos entes. Como o Poder Público nada

³DALLARI, Sueli Gandolfi; VENTURA, Deisy de Freitas Lima. Reflexões sobre a saúde pública na era do livre comércio. In SCHWARZT, Germano (Org.). **A saúde sob os cuidados do direito**. Passo Fundo: UPF, 2003, p. 29 e SCLIAR, *op. cit.*, p. 17.

⁴DALLARI, Sueli Gandolfi. Uma nova disciplina: o direito sanitário. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 22, n. 4, p. 327-334, ago, 1988.

⁵ *Op. cit.* p. 29.

⁶ *Ibid.* p. 32-33.

mais era do que instrumento do empresariado, mostrou-se relativamente simples a transferência dessas reivindicações, assumindo o Estado a função de garante da saúde pública.⁷ Nesse sentido, destaca Schwartz que “o capitalismo, por mais paradoxal que pareça, faz nascer uma visão social da saúde”.⁸

No século XX, a proteção sanitária seria finalmente tratada como saber social e política de governo. Desde a II Guerra Mundial, essa noção foi ampliada, estabelecendo-se a responsabilização do Estado pela saúde da população.⁹ Instituíram-se os sistemas de previdência social e, posteriormente, de seguridade social, a abarcar os subsistemas de assistência, previdência e saúde públicas¹⁰ - tal como se encontra previsto pela Constituição brasileira. O seguro social trouxe assistência médica à população, enquanto direito adquirido por meio do trabalho e que permitiu a disponibilidade de mão-de-obra sadia.

A criação da Organização das Nações Unidas – ONU e a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH incentivaram a criação de órgãos especiais dedicados à garantia de alguns direitos humanos essenciais. Entre outras entidades, criou-se a Organização Mundial de Saúde – OMS, no preâmbulo de cuja Constituição consta que a saúde é o “completo bem-estar físico, mental e social”. Essa noção superou a idéia de saúde como mera inexistência de doenças, destacando a importância entre o equilíbrio do homem interna e externamente. O conceito de saúde proposto pela OMS teria um núcleo básico, correspondente à idéia de ausência de doença, atribuído ao que se poderia compreender como completo bem-estar físico, mental e social.

Sueli Dallari e Deisy Ventura assinalam, todavia, que o final do século XX seria marcado por um recuo estatal em favor da responsabilidade individual pela saúde, ainda que pela atuação de grupos e associações. O Estado atuaria apenas subsidiariamente na prestação de cuidados à saúde das pessoas. Já as políticas públicas não seriam mais estabelecidas em função de dados epidemiológicos, mas

⁷ *Ibid.* p. 327-334; e PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. O direito à saúde em um contexto autopoietico. In: SCHWARZT, Germano (Org.). **A saúde sob os cuidados do direito**. Passo Fundo: UPF, 2003, p. 97-99.

⁸ *Ibid.* p. 113.

⁹ *Ibid.* p. 327-334.

¹⁰ *Ibid.* p. 34-35.

se conformariam a análises econômicas de custo-benefício – o que, “por vezes, acaba implicando a ausência de prevenção, elemento historicamente essencial ao conceito de saúde pública”.¹¹

Após a investigação do contexto histórico no qual se insere o direito à saúde, da sua origem, assim como da evolução de sua concepção, convém tecer algumas considerações no próximo item acerca do conteúdo do direito à saúde.

II.2 - O significado do direito à saúde

Feitas as considerações a respeito da evolução das diferentes concepções de “saúde” e dos modos pelos quais foi esta tratada pela sociedade ao longo dos tempos, passa-se agora à análise dos elementos que são incluídos no conteúdo do direito à saúde. Pretende-se, aqui, detalhar o objeto desse direito fundamental para que, em momento ulterior, se viabilize uma melhor compreensão da gama de ações e prestações materiais que podem ser inferidas do dever de proteção à saúde.

Qualquer estudo acerca do direito à saúde, por mais superficial que seja, é bastante para afirmar a complexidade e a diversidade de ações e prestações que compõem o conteúdo desse direito fundamental. Nesse sentido, a doutrina parece convergir quanto aos aspectos curativo, preventivo e promocional da saúde, interpretando os textos jurídicos dentro desse enquadramento. Assim é que André Schwartz¹², por exemplo, entende que a Constituição de 1988, ao aduzir à “recuperação”, estaria conectada ao que se convencionou chamar de saúde curativa; as expressões “redução do risco de doença” e “proteção”, por seu turno, teriam relação com a saúde preventiva; enquanto, finalmente, o termo “promoção” estaria ligado à busca da qualidade de vida.

¹¹ *Ibid.* p. 35.

¹² SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 27.

Para José Luiz Morais, o núcleo central do conceito de saúde estaria na idéia de qualidade de vida que, para além de uma percepção holística, apropria-se dos conteúdos próprios às teorias política e jurídica contemporâneas, para ver a saúde como um dos elementos da cidadania, como um direito à promoção da vida das pessoas. Seria, então, um direito de cidadania, que projeta a pretensão difusa e legítima de não apenas curar e evitar a doença, mas de ter uma vida saudável, expressando uma aspiração de todas as sociedades como direito a um conjunto de benefícios que fazem parte da vida urbana.¹³

O conceito proposto pela Organização Mundial de Saúde – OMS, por sua vez, alargou a noção de saúde, por superar o enfoque estritamente negativo da “ausência de enfermidades” e propor o aspecto positivo da “obtenção do estado de completo bem-estar físico, mental e social”. Com isso, retomou-se à idéia de qualidade de vida: “uma saúde efetivamente palpável, e não mais tão-somente preventiva”.¹⁴

Hoje equipara-se o conceito de vida digna à vida saudável, aproximando os conceitos de qualidade de vida e dignidade da pessoa humana: o completo bem-estar físico, mental e social densifica o princípio da dignidade da pessoa humana, pois não se imagina que condições de vida insalubres e, de modo geral, inadequadas, sejam aceitas como conteúdo de uma vida com dignidade. Esse entendimento respalda a afirmação da judicialização da saúde, inclusive, quanto às prestações originárias e ao menos naquilo que pertence à proteção da dimensão de dignidade humana que integra o conteúdo do direito à saúde.

A noção de qualidade de vida é certamente pluridimensional, por envolver um aspecto individual, qual seja, o desejo não apenas de simples sobrevivência, mas daquilo que torna a vida boa – saúde, amor, sucesso, conforto, alegrias, enfim, felicidade; bem como, já sob viés coletivo, por não se reduzir à prosperidade econômica (nível de vida e de desenvolvimento), comportando bens políticos (liberdade, igualdade, segurança), bens culturais (educação, informação, liberdade

¹³MORAIS, José Luiz Bolzan de. O direito da saúde! In: SCHWARZT, Germano (Org.). **A saúde sob os cuidados do direito**. Passo Fundo: UPF, 2003, p. 23-24.

¹⁴*Ibid.* p. 34-35, 39.

de criação), recursos demográficos (taxas de natalidade convenientes, saúde da população globalmente considerada, pouca mortalidade).

Para Anne Fagot essa noção de qualidade de vida geraria importantes conseqüências no plano sanitário, em termos de decisões individuais e de políticas públicas, demandando a opção entre diferentes critérios e teorias da justiça.¹⁵ E continua a referida autora, entendendo que as escolhas trágicas e os dilemas sempre acompanharam a prática médica, mesmo depois da codificação e padronização de condutas; a morte crescente de pessoas em hospitais, instituições de internamento ou asilos, porém, cada vez mais se estaria fazendo da gestão da morte uma questão menos privada – justificando que seja incluída entre as políticas sanitárias. Além disso, o objetivo médico de “salvar vidas” teria alcançado limites em que parece perder sentido, seja pela desproporcionalidade do investimento de uma série de recursos médicos sofisticados no prolongamento de uma vida de qualidade medíocre, seja porque a escassez dos recursos tecnológicos disponíveis pode obrigar à escolha do beneficiário. Assim, “as maiores possibilidades técnicas, o caráter mais freqüentemente coletivo da tomada de decisões, a necessidade de controlar os custos da saúde, forçam a tornar esses dilemas públicos e não mais se contentar com soluções intuitivas”.¹⁶

Ao analisar as proposições filosóficas, Anne Fagot concorda com a posição de John Rawls, segundo a qual o justo prevalece sobre o bem, preferindo-se organizações sociais que tendam a corrigir permanentemente as desigualdades naturais, para restabelecer a igualdade de oportunidades e a liberdade de cada um. Se as doenças são tipicamente injustiças naturais, então injusto seria negar tratamento médico a quem foi atingido pela falta de sorte. Sem chegar aos extremismos da aplicação dessa idéia – que redundariam na utilização indiscriminada de recursos de saúde – em termos gerais o princípio da igualdade deve suplantar o princípio da eficácia, ou seja, o justo deve prevalecer sobre o “bem maior”. “Isso iria ao encontro da ética profissional que prescreve ao médico dedicar

¹⁵FAGOT – LARGEAULT, Anne. Reflexões sobre a noção de qualidade de vida. **Revista de Direito Sanitário**, v. 2, jul. 2001, p. 82-107.

¹⁶*Ibid.* p. 84-86.

seu tempo e sua atenção igualmente aos doentes que ele pode tratar e àqueles por quem ele nada pode fazer”.¹⁷

Essas idéias redirecionam a questão do direito à saúde ao desiderato de busca da justiça e igualdade material. Não descuidam, entretanto, do bom-senso na tomada de decisões, admitindo a multidimensionalidade do conceito de qualidade de vida, individual e coletivamente considerado, e, em função disso, de uma eventual limitação das prestações materiais a serem providas.

Mostra-se oportuna a advertência de Rolando Gialdiano¹⁸, ao recordar o compromisso de realização progressiva dos direitos econômicos, sociais e culturais, prevista pelo Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a indicar que a concretização desses direitos não obedece a lógica do “tudo ou nada”, mas que devem ser maximizados dentro dos limites da dignidade da pessoa humana e das condições de desenvolvimento do próprio Estado.

Dentro dessa perspectiva, Rolando Gialdino traz elementos que materializam o conteúdo do direito à saúde. O primeiro deles é a disponibilidade, atinente à suficiência dos estabelecimentos, bens e serviços de saúde, centros de atenção e programas prestados pelo Estado. O segundo é a acessibilidade, no sentido de não-discriminação, a ser assegurada em termos de acessibilidade física (localização geográfica), acessibilidade econômica (universalidade do atendimento) e acessibilidade à informação (direitos à informação e ao sigilo dos dados pessoais em matéria de saúde). Terceiro elemento, a aceitabilidade impõe o respeito à ética médica e às condições culturais e particularidades de cada indivíduo; ao passo que o quarto, a qualidade, compreende o direito de toda pessoa a gozar dos benefícios do progresso científico (equipe médica capacitada, medicamentos, equipamentos hospitalares, etc.).¹⁹

Em resumo, o direito à saúde deve abarcar a fruição de toda a gama de facilidades, bens, serviços e condições, necessários para que a pessoa alcance e

¹⁷ *Ibid.* p. 93.

¹⁸ GIALDIANO, Rolando E. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. **Investiaciones**, n.3, Buenos Aires, 2001, p. 493-537.

¹⁹ *Ibid.* p. 505-509

mantenha o mais alto nível possível de saúde, compreendendo dois elementos: “o direito à conservação do “capital saúde” herdado, por um lado, e o direito de acesso aos serviços de saúde adequados em caso de dano a esse capital, por outro”.²⁰

A concretização dessas diferentes ações, entretanto, conduz à discussão da concepção de cidadania, redução de desigualdades e os direitos sociais. Por isso, introduz-se, a seguir, a temática concernente à busca da cidadania através da implementação de direitos sociais.

II.3 - Direito à Saúde e Cidadania

Após breve estudo sobre a gênese do direito fundamental à saúde e de seu conteúdo, e antes de tratar especificamente do seu regime jurídico no Brasil, faz-se necessário analisar a verdadeira concepção de cidadania, cuja evolução se dá nos mesmos moldes da maturação dos direitos fundamentais. Somente assim se poderá afirmar que o direito à saúde, principal direito social, detém eficácia plena, e que não se pode falar em cidadania sem a universalização dos direitos individuais, sociais e políticos.

A conceituação de cidadania de T. H. Marshall²¹, apesar de apresentada ao público na década de 50, é a mais elaborada dentre as encontradas na literatura disponível sobre o assunto. Marshall foi o primeiro a estabelecer uma distinção sociológica entre as três dimensões básicas do conceito de cidadania, cujas conseqüências podem ser apreciadas até os dias de hoje: a dimensão civil, a dimensão política e a dimensão social. Tais dimensões são necessariamente dependentes, sendo impossível alcançar a cidadania plena sem que os direitos acima referidos sejam realizados.

A dimensão civil da cidadania compreende os direitos fundamentais à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade perante a lei, que se desdobram na garantia

²⁰ *Ibid.* p. 505.

²¹ MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967, p. 114.

de ir e vir, de escolher o trabalho, de manifestar o pensamento, de organizar-se, de ter respeitada a inviolabilidade do lar e da correspondência, de não ser preso a não ser pela autoridade competente e de acordo com as leis, de não ser condenado sem processo legal regular. São direitos cuja garantia se baseia na existência de uma justiça independente, eficiente, barata e acessível a todos. Garantem as relações civilizadas entre as pessoas e a própria existência da sociedade civil surgida com o desenvolvimento do capitalismo. Seu conteúdo é a liberdade individual.

A dimensão política da cidadania se refere à participação do cidadão no governo da sociedade. Seu exercício é limitado a uma parcela da população e consiste na capacidade de fazer demonstrações políticas, de organizar partidos, de votar, de ser votado. Portanto, direitos políticos não estão limitados apenas ao direito de voto. Pode haver direitos civis sem direitos políticos; contudo, o contrário não é viável. Sem os direitos civis, principalmente os de liberdade de opinião e de organização, os direitos políticos, sobretudo o de voto, podem existir formalmente, mas ficam esvaziados de conteúdo e servem antes para justificar governos do que para representar cidadãos. Os direitos políticos têm como instituições principais os partidos e o parlamento, livre e representativo. Essas instituições conferem legitimidade à organização política da sociedade. Sua essência é a idéia de auto-governo.

Por fim, há a dimensão social da cidadania, que garante a participação na riqueza coletiva. Os direitos sociais incluem o direito à saúde, à educação, ao trabalho, ao salário justo, à aposentadoria. A garantia de sua vigência depende da existência de eficiente máquina administrativa do Poder Executivo. Em tese, os direitos sociais podem existir sem os direitos civis e, certamente, sem os direitos políticos. Podem mesmo ser utilizados em substituição aos direitos políticos. Mas, na ausência de direitos civis e políticos, o conteúdo e o alcance dos direitos sociais tendem a ser arbitrários. Esses direitos permitem às sociedades politicamente organizadas reduzir os excessos de desigualdade produzidos pelo capitalismo e garantir um mínimo de bem-estar para todos. A idéia central em que se baseiam é a da justiça social.

No Brasil, surgiram primeiramente os direitos políticos, seguidos dos direitos civis; finalmente, depois de 1930, vieram os direitos sociais. Esta ordem difere do paradigma de Marshall, acarretando à cidadania brasileira características peculiares.

Traçando um paralelo entre o modelo de cidadania apresentado por Marshall e a história da cidadania brasileira, elucida Regina Sampaio²²:

Enquanto na Inglaterra e em outros países europeus a cidadania foi conquistada primeiramente através das garantias civis, depois dos direitos políticos e posteriormente dos direitos sociais, no Brasil a conquista de tais direitos teve uma seqüência diferente. Tanto os direitos civis quanto os políticos não mantiveram continuidade ao longo do tempo. A sociedade brasileira conviveu durante três séculos com o escravagismo e teve a sua política baseada na troca de favores, que herdou, como consequência, uma população analfabeta, uma sociedade escravocrata e uma economia monocultora e latifundiária. Os direitos civis e os direitos políticos foram condicionados às mais diversas satisfações de caráter pessoal de alguns poucos membros de elite dominante.

Além de apresentar ordenamento distinto quanto aos direitos de primeira dimensão (civil e político), esses direitos não tiveram estabilidade ao longo do tempo histórico, oscilando entre períodos autoritários e democráticos. O modelo de cidadania plena de Marshall requer estabilidade democrática contínua e instituições que possam garantir a vigência dos direitos civis, políticos e sociais. Estas são respectivamente os Tribunais de Justiça, as instituições relacionadas ao Poder Legislativo (Congresso, Assembléias e Câmaras) e as ações do Poder Executivo na realização de programas sociais.

Quanto aos direitos sociais, dentre eles o direito à saúde, última dimensão a integrar a cidadania, estes dependem de instituições do Poder Executivo para que sejam implementados e realizados projetos destinados a prestarem benefícios sociais previstos em lei. Os direitos sociais visam mitigar as enormes desigualdades sociais provocadas pela estratificação decorrente das diferenças entre os cidadãos no mercado de trabalho, diferenças estas que dificultam a realização da igualdade de todos perante a lei, da liberdade e da democracia.

²² SAMPAIO, Regina Célia. Cidadania e direitos sociais no Brasil. **Caderno Científico do Mestrado e Doutorado em Direito**. Rio de Janeiro: Universidade Gama Filho, v. 5, n.2, nov/1997, p. 93-99.

Assim, enquanto o mercado produz desigualdades, os direitos sociais procuram conceder uma igualdade mínima ou básica entre os cidadãos. Contudo, no Brasil, os fins dos direitos sociais afastaram-se da proposição de Marshall a esse respeito. Em lugar de atuarem em favor da igualdade, acirram a desigualdade, pois enfatizam o paternalismo e o clientelismo estatais, bem como outras formas arcaicas e não-democráticas de dominação.

Os direitos sociais surgiram na tentativa de mitigar as desigualdades sociais, assumindo o Estado a responsabilidade de promover o mínimo necessário à sobrevivência dos indivíduos no mundo civilizado. Porém, no Brasil, esse providencialismo estatal surgiu em um momento histórico em que os direitos políticos e civis estavam enfraquecidos, levando as conquistas sociais a se tornarem uma política de favores ou de protecionismo. Isso fazia com que tanto o Estado quanto as elites se beneficiassem da concessão desses dispositivos da lei como meio de obterem o retorno político desejado, expresso sob a forma de voto. Era a institucionalização do chamado paternalismo estatal.

Com o passar dos anos, esse paternalismo dominou o cenário político do País, estendendo-se até os dias atuais, limitando, de fato, não apenas a evolução da democracia e da cidadania, como o real exercício dos direitos civis, políticos e sociais. Isso contribuiu para dificultar a aquisição da cidadania plena.

Uma consequência importante é a excessiva valorização do Poder Executivo. No Brasil, os direitos sociais foram implantados em períodos ditatoriais, em que o Poder Legislativo estava fechado ou era apenas decorativo, criando para a população uma imagem da centralidade do Poder Executivo. Essa orientação para o Executivo reforça a tradição portuguesa do patrimonialismo, distribuidor de empregos e favores. A ação política nessa visão é orientada, sobretudo, para a negociação direta com o governo, sem passar pela mediação da representação. A contrapartida da valorização do Poder Executivo é a desvalorização do Legislativo e de seus titulares, os deputados e senadores.

Ressalte-se que, além das complicações trazidas pela inversão dos direitos, o cenário internacional também traz complicações para a construção da cidadania no

Brasil. Dentre as mais importantes, está o fenômeno da globalização, que provocou, e continua provocar, mudanças importantes nas relações entre Estado, sociedade e nação, que eram o centro da noção e da prática da cidadania ocidental. O foco das mudanças está localizado em dois pontos: a redução do papel central do Estado como fonte de direitos e arena de participação, e o deslocamento da nação como principal fonte de identidade coletiva. Assim, os direitos políticos, civis e sociais são afetados; os civis e políticos devido à interferência de organismos internacionais de controle e os sociais devido à exigência de se reduzir o déficit fiscal, diminuindo assim os benefícios obtidos através do estado de bem-estar social.

Portanto, diante dessas mudanças, o Brasil, não obstante venha buscando lentamente a prática de cidadania gerada no Ocidente, vê-se diante de um cenário internacional que desafia essa prática. Para lidar com tamanhos desafios e assegurar o avanço da cidadania, não seria sensato reduzir o papel do Estado de maneira radical, mas poderiam ser aperfeiçoados mecanismos institucionais de representação, modificando-se alguns aspectos, tais como: ênfase na organização da sociedade; reforço na organização da sociedade para dar embasamento social ao político, a fim de democratizar o poder; organização da sociedade contra o Estado clientelista, corporativo, colonizado; colaboração entre Estado e sociedade através de organizações não-governamentais que desenvolvam atividades de interesse público; formas alternativas de envolvimento da população na formulação de políticas públicas, sobretudo no que tange ao orçamento e às obras públicas, como a criação de associação de moradores, etc; e, principalmente, a diminuição das desigualdades sociais.

Saliente-se, por fim, que o Estado deve ocupar esse papel principal na regulamentação das condições de vida e na garantia de um padrão básico de segurança e bem-estar; sua função consistirá na definição de regras pelas quais o direito à saúde é assegurado, o que difere em cada Estado. Por isso, a análise da cidadania inferida da norma constitucional que consagra o direito à saúde e suas implicações introduz a temática concernente ao regime jurídico do direito fundamental à saúde, nos lindes do ordenamento constitucional brasileiro vigente. As diferentes posições subjetivas que têm origem nesse direito social, assim como a

forma por meio da qual é disciplinado e efetivado, incluem-se nessa reflexão a ser feita no item subsequente.

II.4 - O regime jurídico do direito à saúde

A partir do plano normativo internacional, pode-se afirmar a saúde como um dos direitos humanos previsto expressamente na Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas – DUDH/ONU, de 1948, e explicitado pelo Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – PIDESC -, de 1966. Ainda que não estivesse positivado, entretanto, o direito à saúde certamente poderia ser depreendido da tutela jurídica dos direitos à vida e à integridade física e corporal, enquanto direito fundamental implícito.

No plano do direito constitucional estrangeiro, merece especial referência a Constituição italiana, de primeiro de janeiro de 1948, apontada pela doutrina como primeira Lei Fundamental a explicitar o direito à saúde enquanto direito fundamental e de interesse da coletividade, atrelado à proteção da pessoa humana. Com efeito, o artigo 32 desse diploma constitucional estabelece que:

A República tutela a saúde como direito fundamental do indivíduo e interesse da coletividade, e garante tratamentos gratuitos aos indigentes. Ninguém pode ser obrigado a um determinado tratamento sanitário, salvo por disposição de lei. A lei não pode, em hipótese alguma, violar os limites impostos pelo respeito à pessoa humana.²³

No direito constitucional brasileiro, o direito social à saúde é previsto no artigo 6, *caput*, e, de forma mais detalhada, nos artigos 196 e seguintes da Constituição Federal de 1988, como direito fundamental. Nas palavras Ingo Sarlet²⁴, a fundamentalidade formal do direito à saúde resulta:

(a) da superior hierarquia axiológica-normativa de que goza, enquanto norma constitucional; (b) da previsão entre os limites materiais e formais à reforma constitucional; e (c) da aplicabilidade imediata e vinculatividade

²³ *Op.Cit.* p. 45.

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 10, jan. 2002, p. 8-9.

imposta aos Poderes Públicos pela norma contida no artigo 5, § 1, do texto constitucional.

Já a fundamentalidade material “encontra-se na relevância da saúde como bem jurídico tutelado pela norma constitucional, diretamente relacionado a outros direitos fundamentais e valores constitucionais, como o direito à vida e a dignidade da pessoa humana”.

Outrossim, o texto constitucional abriga não apenas o direito, mas também um dever fundamental, conforme prescreve o *caput* do artigo 196: “a saúde é direito de todos e dever do Estado”. Trata-se, pois, de um dever fundamental.

Para o jurista luso, José Casalta Nabais²⁵, os deveres fundamentais teriam dois fundamentos precípuos. O primeiro deles, uma razão de ser lógica, qual seja, os deveres fundamentais seriam expressão da soberania estatal, “mas de um estado assente na primazia da pessoa humana”, de modo que Estado e soberania tenham exatamente por base a dignidade da pessoa humana. O segundo fundamento jurídico dos deveres fundamentais estaria na constituição, a impedir que sejam reconhecidos, pelo menos com a força normativa própria da fundamentalidade material e formal, quando não estejam expressamente estabelecidos pelo texto constitucional. Tal circunstância, no entanto, não afasta a possibilidade de imposição de deveres pelo legislador ordinário, hipótese em que serão tidos como deveres legais e, portanto não-fundamentais, na medida em que prevalecente a idéia de tipicidade ou “lista fechada” dos deveres fundamentais.

A responsabilização da comunidade pela efetivação dos direitos sociais, e não mais somente do Estado, suposta na concepção de deveres fundamentais, é sugerida por Canotilho, sustentando que, nos dias atuais, há um deslocamento das discussões do campo dos direitos para o terreno dos deveres fundamentais, dada “a necessidade de se ultrapassar a euforia do individualismo de direitos fundamentais e de se radicar uma comunidade de responsabilidade de cidadãos e entes públicos perante os problemas ecológicos e ambientais”. A denominada *shared responsibility*, ou seja, a responsabilidade de todas as forças sociais, “aponta

²⁵NABAIS, José Casalta. Algumas considerações sobre a solidariedade e a cidadania. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, n. 75, 1999, p. 145-174.

precisamente para a descoberta de critérios de delimitação desta responsabilidade que não ponham em causa, apesar de tudo, a dimensão subjectiva dos direitos”, segundo ele.²⁶

Em realidade, análise dos deveres contidos no direito à saúde aponta para a problemática da delimitação das diferentes e possíveis dimensões reconhecidas a esse direito, pois delas é que decorrerão os correspectivos deveres.

Como argumenta Ingo Sarlet, o direito à saúde é direito social que apresenta, simultaneamente, uma dupla dimensão defensiva e prestacional. Enquanto direito de defesa, o direito à saúde determina o dever de respeito, num sentido eminentemente negativo, ou seja, não afetar a saúde de alguém, mas, sim, preservá-la. Na dimensão prestacional, imputa o dever, em especial ao Estado, de executar medidas reais e concretas no sentido de fomento e efetivação da saúde da população, circunstância que, neste último caso, torna o indivíduo, ou a própria coletividade, credores de um direito subjetivo a determinada prestação, normativa ou material.²⁷

As dimensões defensivas e prestacional, ademais, guardam pertinência com os aspectos individual e coletivo da saúde, conforme expõe Sueli Dallari²⁸, que conecta o primeiro à idéia de preservação da liberdade individual, enquanto o aspecto coletivo estaria ligado à promoção da igualdade real. Como direito individual, o direito à saúde privilegiaria o valor liberdade, garantindo ao indivíduo a liberdade de escolha do tipo de relação que terá com o meio ambiente, a cidade onde vive, as próprias condições de trabalho, o tipo de vida que pretende para si. Também abrangeria a liberdade de opção do recurso médico-sanitário a ser procurado e do tipo de tratamento a se submeter; e, em sentido oposto, mas complementar, significaria que o profissional médico tem liberdade de escolha da terapêutica que considere mais adequada ao tratamento do doente.

²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito ao ambiente como direito subjectivo. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2004.

²⁷ *Op.Cit.* p. 5.

²⁸ DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. **Revista de saúde pública**. São Paulo, v. 22, n. 1, 1988, p. 57-63.

No que concerne ao aspecto coletivo ou social do direito à saúde, Sueli Dallari reconhece a prevalência do valor igualdade, justificando a imposição de limitações a comportamentos humanos, com intuito de preservação da saúde de todos os que vivem em sociedade, pois a ninguém é permitido induzir outrem a adoecer, nem tampouco impedir que alcance o próprio bem-estar. Exemplos de ações estatais interventivas, em nome da saúde pública, são as campanhas de vacinação compulsória, assim como a visita domiciliar obrigatória dos agentes de vigilância sanitária, medida que integra as campanhas de combate ao mosquito transmissor da dengue – caso em que claramente se relativiza a garantia fundamental à inviolabilidade de domicílio, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

No que respeita à dimensão prestacional do direito à saúde, registre-se, ademais, que o artigo 6 da Constituição Federal compreende direitos prestacionais e derivados, cuja diferença está na necessidade de regulação infraconstitucional, sempre exigida pelos últimos como pressuposto ao exercício do direito. Nada obstante genericamente atribuir-se aos direitos sociais o caráter de direitos prestacionais derivados, afirma Clemerson Cleve que a própria Constituição assegura eficácia originária em casos como o direito à saúde, pelo menos nas extensões mais evidentes desse direito, o que não significa que tais direitos originários não encontrem limites: “ninguém pode pretender ir além daquilo que se encaixa como possível”.²⁹ Além disso, pode-se afirmar que a configuração do Sistema Único de Saúde – SUS -, cujas linhas gerais estão traçadas pelas próprias normas constitucionais de competência e em atenção ao princípio federativo, também permitiria identificar imediatamente algumas obrigações estipuladas para cada um dos entes da federação. Saliente-se, ainda, que a jurisprudência vem aceitando, sem grandes dificuldades e até a despeito de disposição legislativa em sentido diverso, a postulação direta de prestações individuais, e mesmo coletivas, com fundamento no direito constitucional à saúde (por meio de ordens de fornecimento de medicamentos, reserva de vagas em Unidades de Tratamento Intensivo, realização de determinados procedimentos).

²⁹CLEVE, Clemerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Boletim Científico, Escola Superior do Ministério Público da União**, v. 2, n.8, jul/set 2003, p. 151-161.

Na maioria dos casos, entretanto, o direito à saúde depende da organização prévia de procedimentos e estruturas, o mais das vezes públicos, para que possa ser efetivado. A avalanche de ações judiciais buscando prestações materiais de saúde provavelmente se justifica muito mais pelas deficiências do sistema hoje vigente, do que propriamente tem por objetivo a realização originária do direito à saúde – até porque ao indivíduo interessa é a manutenção da própria saúde, ou o acesso aos meios para obtê-la e preservá-la, e não o fundamento constitucional ou legal da ação proposta.

Assim, pode-se dizer que para a concretização dos direitos fundamentais é necessário uma normação intrinsecamente densificadora, de formas de organização e de regulamentação procedimentais apropriadas, havendo mútua relação entre os direitos e a organização e o procedimento.

Em apoio à questão, Canotilho distingue os direitos à proteção jurídica, por intermédio do Estado, e os direitos de defesa, contra o Estado, demonstrando que em ambas hipóteses há uma dimensão prestacional a ser necessariamente efetivada pelo ente estatal. Os direitos à proteção jurídica asseguram ao titular a possibilidade de exigir do Estado que resguarde o titular ante agressões de outros cidadãos, ou seja, demandam que o Estado conforme a ordem jurídica, a fim de evitar a violação do direito fundamental de um indivíduo por outros particulares. Já os direitos de defesa traduzem exigências a que o próprio Estado se abstenha de intervenções coativas na esfera jurídica dos particulares, de modo que a pretensão do titular do direito seja uma omissão por parte dos Poderes Públicos. Nas duas situações, há a imposição de deveres ao Estado: nos direitos à proteção jurídica, o dever de criar mecanismos de proteção dos indivíduos; nos direitos de defesa, o dever de não agredir a esfera jurídica dos particulares. Destarte, os direitos à proteção social assemelham-se, em termos estruturais, aos direitos a prestações, não podendo ser realizados eficazmente sem a intervenção do Estado. A característica peculiar é que tais prestações fáticas, necessárias à efetivação da dimensão protetiva dos direitos fundamentais, podem ser fornecidas apenas e tão-somente pelo Estado, pois é o Estado que pode criar tribunais, nomear juízes, definir processos, fazer executar decisões, etc. Do mesmo modo, tal dimensão prestacional também não está ausente nos direitos de defesa, porquanto o dever de abstenção

do Estado não o dispensa de criar órgãos, contratar agentes, elaborar procedimentos e processos para o cidadão, a fim de assegurar um espaço de autodeterminação individual, perante os próprios Poderes Públicos.³⁰

Ainda no que tange ao dever de prestação do direito à saúde, cumpre salientar que o direito à saúde se dirige também aos particulares, de modo que o dever de efetivá-lo não compete exclusivamente ao Estado. Sem adentrar no exame mais aprofundado dessa temática, refira-se, entretanto, que a doutrina vem convergindo para a afirmação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, embora ainda ausente uniformidade quanto à forma de incidência dessas normas constitucionais, se diretamente e de modo originário, ou se apenas mediante interposição legislativa conformadora.³¹

Nesse sentido, a Corte Constitucional Italiana afirma a existência de um direito originário à saúde, eficaz mesmo perante terceiros, ressalvando que derivada seria apenas a tutela pública da saúde, e não o reconhecimento do direito, ocorrido em função da fruição pelos indivíduos, direta e anterior à organização social. A Corte Constitucional teria destacado o caráter de direito primário da saúde, operante inclusive nas relações privadas. “A saúde forma objeto de um direito subjetivo acionável perante qualquer um (...), de modo direto, e não “derivado” ou “reflexo”, perante os poderes públicos, senão que é a tutela publicística que é reflexa”.³²

Como esclarece Vieira de Andrade³³, a eficácia externa dos direitos fundamentais foi inicialmente pensada como eficácia horizontal, por fundamentar uma obrigação geral de respeito a esses direitos no âmbito das relações entre indivíduos. Desse modo, seria oposta à relação tradicionalmente identificada nos

³⁰ *Op.Cit.* p. 76-77.

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição concretizada**: construindo pontes entre o público e o privado. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000, especialmente p. 139 et seq. O constitucionalista recorda, ademais, que a eficácia dos direitos fundamentais sociais nas relações entre particulares não é tema estranho ao constitucionalismo brasileiro, visto que a grande maioria dos direitos sociais dos trabalhadores corresponde a posições jusfundamentais outorgadas a um particular frente a outro.

³² Tradução livre do original italiano: “La salute forma oggetto di un diritto soggettivo azionabile verso chiunque (...), in modo diretto, e non “derivato” o “riflessa”. *Apud* CORSO, 1981, p. 768-770.

³³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2001.

direitos fundamentais de contraposição do indivíduo ao Estado, cogitando-se de uma eficácia horizontal, e não apenas vertical. Ao mesmo tempo, se considerado que a relação jusfundamental seria estabelecida exatamente entre o indivíduo e o Estado, a eficácia externa corresponderia à eficácia perante terceiros. Mais recentemente, essa irradiação objetiva dos direitos fundamentais estaria cedendo lugar à compreensão de que estes vinculam todos os Poderes Públicos aos preceitos constitucionais.

Em vista disso, a norma inserta no artigo 196 da Constituição Federal, conquanto precipuamente afeta ao Estado, certamente não elide o dever de respeito e por vezes de promoção a cargo dos demais indivíduos e da sociedade, admitindo-se uma eficácia horizontal do direito à saúde.

Pode-se admitir, ainda, o reconhecimento de uma dimensão defensiva, a coibir que um indivíduo interfira ou inflija danos à saúde de outrem, a quem se titulam posições subjetivas originárias para, até mesmo judicialmente, impedir ou pretender o ressarcimento pela ocorrência de dano. De forma correspectiva, ao particular que se encontre na posição de destinatário do direito à saúde, admite-se a imposição de um dever geral de respeito, muito embora, dada a incidência do princípio da legalidade (CF, art. 5, II), pareça improvável a possibilidade de reconhecimento de posições jurídico-subjetivas, que outorguem ao titular do direito fundamental à saúde a pretensão de exigir de outro particular o fornecimento de prestações materiais, ante a ausência de legislação conformadora.

Em vista disso, é possível reconhecer efeitos do direito à saúde tanto nas relações de direito público, como naquelas de direito privado. O direito fundamental à saúde alcança a proteção do indivíduo, pela garantia de condições de vida, de meio ambiente e de trabalho que não comprometam esse bem essencial, bem como pela existência de estruturas públicas voltadas à prestação de cuidados adequados à manutenção e à recuperação do estado de bem-estar pessoal.

Os valores de preservação da vida humana, a garantia de níveis progressivamente mais altos de saúde, a salvaguarda do patrimônio genético próprio, a proteção da integridade física, mental e emocional, entre outros,

conduzem a atuação dos particulares e dos Poderes Públicos na efetivação do direito à saúde. Com efeito, impõem a abstenção de comportamentos lesivos à saúde, no mais amplo sentido, assim como a promoção e a consecução de medidas tendentes a efetivar esse direito fundamental social, inclusive mediante prestações materiais específicas.

Analisado, neste capítulo, o conteúdo do direito à saúde, assim como as repercussões decorrentes do regime jurídico-constitucional desse direito fundamental, resta tecer algumas ponderações no próximo capítulo acerca do modo por que se organizam as políticas públicas, especificamente, as políticas públicas de saúde, como premissa a que, no capítulo final deste trabalho, possa ingressar-se no exame do controle judicial de políticas públicas, com ênfase exatamente no direito à saúde. O próximo capítulo, portanto, enfocará as políticas públicas, sobretudo as políticas públicas de saúde, sua forma de organização e problemas, procurando-se fixar as principais notas caracterizadoras e, em vista disso, tornar mais precisa a análise da possibilidade do controle judicial pertinente.

CAPÍTULO III – DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

III.1 - O Conceito de Políticas Públicas

Costuma-se explicar a expressão “políticas públicas” como o cumprimento das funções requeridas para a manutenção de um determinado sistema político e econômico. Os modelos de políticas econômicas teriam duas funções: a de acumulação, compreendida como a manutenção das condições que proporcionam a acumulação de capital, e a função legitimatória que compreende a manutenção da paz social e o apoio ao regime político.³⁴

Política pública, assim, pode ser considerada como o resultado de uma atividade de autoridade regularmente investida de poder público e de legitimidade governamental, ou como um conjunto de práticas e normas que emanam de um ou de vários atores públicos.³⁵ Ao mesmo tempo, pode ser uma decisão política, um programa de ação, os métodos e meios apropriados ou uma mobilização de atores e de instituições para a consecução de objetivos mais ou menos definidos.³⁶ Do ponto de vista da sociologia e da ciência política, pode-se afirmar que a política pública, enquanto atividade do poder público, apresenta algumas características principais:

³⁴HALL, Peter A. La lógica institucional de la economía política comparada. **Hacienda Pública Española**. Madrid, n. 126, mar 1993, p. 259-278.

³⁵MENY, Yves; THOENIG, Jean-Claude. **Las políticas públicas**. Traducción de Francisco Morata. Barcelona: Ariel, 1992, p. 89. Os autores lembram que o termo *política* é utilizado com vários significados, especialmente nos países latinos, onde pode designar a luta pelo poder, a concorrência entre partidos, grupos de interesses e categorias sociais, entre outros. Os ingleses usam o termo *policy*, como o marco orientador para uma ação, programa ou uma perspectiva de atividade. Logo, quando se diz que um governo tem uma política econômica ou elege um campo específico de atuação para realizar determinado programa de intervenções, diz-se que é uma política pública.

³⁶*Ibid.* p. 266.

conteúdo, programa, orientação normativa, fator de coerção e competência social. O conteúdo resulta de um processo de ação e trabalho para produção de resultados ou produtos; o programa pode ser definido como um marco geral, em torno do qual realizam-se os atos ou atividades para a efetivação dos objetivos; por orientação normativa pode-se compreender a expressão das finalidades e preferências que serão assumidas por quem decide, de forma voluntária ou impelido por determinadas circunstâncias; como fator de coerção, pode-se entender que o agente governamental que define a política pública tem legitimidade de autoridade legal e exerce uma coerção apoiada no monopólio da força, para impor a atividade sobre a vontade dos particulares; a competência social implica um âmbito de aplicação das atividades públicas, representadas, entre outras, pelos atos ou disposições envolvidos, os interesses e os comportamentos das coletividades as quais se destinam.³⁷

O termo *política*, também é polissêmico, por permitir uma multiplicidade de significados, podendo ser usado, ainda, para designar a política governamental acerca de uma área enquanto conjunto de regras que tratam de determinada problemática (como a política energética), ou conjunto de programas e objetivos de um governo em campo definido (as pautas que irão determinar as políticas públicas no campo energético nos próximos anos), ou como resultado final, ou produto, ou, ainda, como um processo, uma seqüência de fatos e decisões que representam um avanço ou modificação da realidade.³⁸ Uma outra concepção de política pública é a

³⁷ *Apud.* MENY, Yves; THOENIG, Jean-Claude. *Op. cit.*, p. 90-91. Tais características teóricas, todavia, afirmam os autores, podem apresentar pelo menos duas dificuldades práticas, caso não se recorra a conceitos jurídicos: a definição do que sejam alguns termos, e os limites e a especificidade das políticas públicas. Uma expressão como “autoridade pública” não suscita dúvidas quando se trata de uma autoridade legitimada pelo ordenamento, que exerce funções de governo sobre administrados e territórios definidos. Mas, quando se trata de órgãos, instituições, “estatutos” do poder público, tem-se verdadeira “zona cinzenta”, que não é claramente pública, nem privada. Os autores sugerem que “autoridade pública” deve ser entendida como o organismo que administra um bem coletivo, desde que este disponha de um procedimento específico de opções, que possua uma autoridade própria e que atue por meio de um aparato organizado. Quanto à especificidade e aos limites das políticas públicas, lembram que, se política pública é aquilo que as autoridades decidem fazer ou não fazer, pode ser fácil saber o que fazem, mas a dificuldade está em definir o que se negam a fazer. Além disso, um termo como *program*, nos Estados Unidos, pode reunir, sob um só título, os objetivos, recursos e produtos ligados a um ministério ou ao tratamento de um problema, enquanto que, na maioria dos países europeus, não existe um conceito jurídico administrativo e orçamentário para programa. Logo, política pública pode ser considerada uma abstração, com identidade e conteúdo a serem reconstruídos por agregação sucessiva, a partir de elementos empíricos, em cada orçamento ou organograma.

³⁸ SUBIRATS, Joan. **Análisis de políticas públicas y eficacia de la administración**. Madrid: Ministério para las Administraciones Públicas, 1994, p. 19.

de “(...) conjunto de processos que culmina com a escolha racional e coletiva de prioridades, para a definição dos interesses públicos reconhecidos pelo Direito”.³⁹. A política é ampla e se caracteriza como o processo de escolha dos meios para se atingir os objetivos de uma administração, envolvendo a participação de agentes públicos e privados, ainda que esteja materializada através de um plano de ações, que tem a lei como instrumento normativo.

Para Dworkin, as políticas estão comprometidas com a busca por alcançar alguns objetivos de interesse da comunidade, não havendo, contudo, um aprofundamento quanto ao que vem a ser uma política.

Por políticas, Dworkin entende⁴⁰:

Aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral, uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deva ser protegido contra mudanças adversas).

O conceito de política adotado por Dworkin, portanto, está estruturado em função de dois elementos centrais: a existência de uma entidade capaz de produzir tais padrões, isto é, a comunidade política, e a identificação dos objetivos e a fixação de meios com o fim de alcançá-los. Tal conceito pressupõe a existência de uma autoridade não apenas capaz de identificar os objetivos sociais, como também de estabelecer os meios para que tais objetivos sejam efetivamente realizados.

Assim, de início, para que uma política pública possa ser considerada pública e, portanto, corroborar a conceituação de Dworkin, deve-se atribuir sua elaboração ao Estado.

Para a compreensão do processo de elaboração de uma política pública pelo Estado é necessário entender que toda política envolve sujeitos, instituições e recursos, o que significa dizer que sua formulação demandará negociação, com a explicitação de objetivos de todas as partes e dos recursos a serem distribuídos na

³⁹BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 252.

⁴⁰DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 37.

construção da política proposta (recursos humanos, físicos, financeiros e outros). Um bom processo de negociação será o fator decisivo na formulação de uma política e no encaminhamento de sua operacionalização/implementação.

O processo de negociação de uma política pode envolver um número maior ou menor de sujeitos, instituições e recursos, o que variará conforme o regime de governo e a política proposta. Um regime de governo democrático contará com uma participação mais ampla de atores sociais, podendo qualquer indivíduo se manifestar. Um regime ditatorial implementa seus próprios projetos e as decisões são tomadas pela tecnocracia, em consulta com poucos interlocutores privilegiados e a expressão da opinião pública é estritamente controlada.

O processo de formulação de uma política não é simples ou rápido, ao contrário, explicita conflitos e interesses sofrendo reformulações constantes, a cada etapa da política, exigindo novas negociações. Em um processo completo de tomada de decisão, como aquele que envolve a elaboração e a promulgação de uma lei e, portanto, todos os poderes constituídos, podemos distinguir as seguintes fases: 1. Surgimento de um problema que inquieta a sociedade ou o governo; 2. Inclusão da questão na agenda de governo para resolução; 3. Formulação da política em questão; 4. Implementação da política; 5. Seguimento, avaliação e correção de rumos.

As primeiras três fases da política (do surgimento do problema à formulação da política propriamente dita) são de intensa politização e onde são expostos os mais diversos interesses para fazer avançar ou bloquear uma proposta. Quando a política pública começa a ser implementada, da fase 4 em diante, uma outra ordem de conflitos surge e novas negociações entram em curso, provocando, na maior parte das vezes, reformulações na proposta original.

Algumas arenas de negociação são mais evidentes no processo de formulação de uma política. A primeira arena a se destacar é o Congresso Nacional (Senado e Câmara dos Deputados) e as demais instâncias legislativas, como as Assembléias Legislativas nos estados e as Câmaras dos Vereadores nos municípios. A arena legislativa é onde chegam as demandas sociais e onde se

discute e negocia o encaminhamento das mesmas. Quando uma demanda chega no legislativo ela já passou por alguns outros fóruns de discussão (no âmbito do próprio governo, nas associações de moradores, organizações não-governamentais, partidos políticos, sindicatos, associações de profissionais e outros) e se mostrou como de relevância política e pública para ser discutida nesse contexto. A demanda poderá ter como finalização a proposta de uma lei ou mesmo emenda constitucional e se constituirá como uma peça da política pública, se aprovada. Um exemplo concreto desse movimento foi a demanda social pela reforma sanitária nos anos 80 e o uso, pelos constituintes, do Relatório da Oitava Conferência Nacional de Saúde como ponto de partida para a discussão do capítulo da saúde na Constituição Federal. No legislativo existe uma série de regras que determinam a participação dos seus representantes (regras eleitorais e regimento interno de participação e apresentação de projetos) e estes sofrem influência e pressão da sociedade e do governo no processo de negociação dos projetos. A maior ou menor influência dos grupos de pressão no processo de formulação de uma política é o que determinará o produto final do processo. Por esse motivo, a transparência de informações e o acompanhamento sistemático das negociações no legislativo é uma prática salutar no processo democrático, pois é a única forma de reconhecer o que os políticos (“representantes do povo”) fazem com o poder a eles atribuído e que encaminhamentos são dados em cada setor.

Outra arena de negociação da política é o Executivo. No caso da saúde, atuam mais diretamente o Ministério da Saúde, as Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde, através de seus representantes - o Ministro, os secretários de saúde e os técnicos. O Executivo e o Legislativo se relacionam na definição dos projetos, seja com a apresentação de uma demanda específica para o Legislativo, solicitando sua apreciação (por exemplo: o Executivo demonstrou a necessidade de maior aporte de recursos para a saúde num momento específico da política de saúde e conseguiu aprovar, no ano de 1996, a CPMF como um recurso a mais para a saúde. Essa lei demandou um amplo processo de negociação que extrapolou o setor da saúde. Ou ainda as medidas provisórias apresentadas pelo Executivo - Presidência da República - submetendo ao Poder legislativo sua apreciação), seja com a incorporação no Executivo do que foi aprovado pelo Legislativo (por exemplo: com a operacionalização da política SUS, proposta na CF de 1988 e Lei Orgânica de

1990, a partir das Normas Operacionais da Saúde e outros instrumentos do âmbito executivo). Assim, o Executivo apresentará novas demandas a partir de suas questões interinas e buscará aplicar na prática o que foi definido na lei e para isso terá que também trilhar um amplo processo de negociação interno com os diversos setores e sujeitos que compõem sua estrutura, ou que se relacionam com ela.

Nesse sentido, ao olharmos para a realidade da política de saúde no Brasil é preciso considerarmos ainda mais algumas arenas de negociação de grande relevância, como os Conselhos de Saúde e as Conferências de Saúde, que exercem papel fundamental na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde; e as Comissões Intergestores Bipartite e Tripartite, que atuam na coordenação do processo de elaboração da política de saúde nos três níveis de governo, em especial na operacionalização da diretriz constitucional de descentralização do sistema. Nesse contexto, o processo de descentralização da política de saúde cada vez mais responsabiliza estados e municípios no processo de formulação da política explicitando atribuições e competências a serem desenvolvidas. Em contrapartida, estados e municípios têm participado ativamente do processo de construção da política intervindo nas deliberações do governo federal (como a participação na discussão das Normas Operacionais) e construindo agendas locais coerentes com as especificidades de cada realidade. Também os Conselhos de saúde têm exercido papel fundamental no controle das políticas propostas e buscado a interação na construção de novas diretrizes para a política.

Sobretudo esse processo ainda há muito que avançar, a diversidade e complexidade dos problemas vividos em todo o país demandam políticas igualmente complexas e capazes de atender as especificidades regionais, estados e municípios ainda encontram obstáculos no processo de descentralização e o governo federal ainda assume um papel excessivamente centralizador no processo decisório, vide a quantidade de portarias que são editadas regularmente na atualidade.

Quando falamos de processo de formulação da política de saúde devemos considerar ao menos essas arenas, sabendo que ainda existem um conjunto de arenas e grupos não discriminados aqui, mas que também atuam no processo decisório da saúde como o Ministério Público, o Tribunal de Contas, e outros, além

dos diversos grupos de interesse que estão agregados ao setor saúde – o setor privado, as associações profissionais, as associações de prestadores de serviços, os partidos políticos, as organizações não-governamentais, as associações de moradores e tantos outros.

Verifica-se, assim, que a elaboração de políticas públicas para atender às necessidades dos administrados, desde os primórdios do modelo administrativo, sempre se realizou, na grande maioria dos países, a partir da definição dos governantes, impostas aos governados sem que estes pudessem fazer opções. A sociedade só tem alguma participação nessas atividades através de seus representantes, nos sistemas democráticos, ou nenhuma, nas ditaduras que ainda se mantêm no mundo. Os parlamentos, em boa parte dos Estados, na aprovação dos programas de governo, não atuam conforme as expectativas que suas bases expressam, no que se refere às prioridades dos investimentos públicos. Isso gera uma falta de confiança e um desalento nos administrados e, em muitos países, eles permanecem alienados em relação a questões importantes para sua qualidade de vida, como a variação dos investimentos em áreas prioritárias como saúde, educação ou transportes.

A modernidade assistiu um agravamento das disparidades entre as expectativas populares e a aplicação dos recursos públicos, especialmente nos países em desenvolvimento, motivado pelo aumento considerável das populações, seu empobrecimento cada vez maior e ampliação das demandas por prestações públicas. O desencanto dessas populações é evidente, como demonstram levantamentos realizados em vários países, especialmente na América Latina, onde somente 17,8% das pessoas acham que os pobres conseguem fazer valer seus direitos diante da lei, enquanto os ricos sempre, ou quase sempre, teriam sucesso naquela tarefa.⁴¹

⁴¹ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). A democracia na América Latina. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). Edição em português. Novembro/2004, p. 46. Disponível em www.undp.org. Acesso em: 13. jul. 2007. Nessa pesquisa, os dados revelam que somente 23,1 % dos indígenas e 30,8% dos imigrantes conseguem fazer valer seus direitos diante da lei, enquanto, para as mulheres, a porcentagem sobe para 76%.

A partir dessas premissas que envolvem o conceito de políticas públicas, passa-se, especificamente, à análise das políticas públicas de saúde no Brasil.

III.2 - Políticas Públicas de Saúde no Brasil

Como já se disse, as políticas públicas podem ser definidas como conjunto de disposições, medidas e procedimentos que traduzem a orientação política do Estado e regulam as atividades governamentais relacionadas às tarefas de interesse público. Variam de acordo com o grau de diversificação da economia e da sociedade, com a natureza do regime político e com o nível de atuação e participação dos diferentes atores sociais.

As políticas públicas em saúde pública integram o campo de ação social do Estado orientado para a melhoria das condições de saúde da população e dos ambientes natural, social e do trabalho. Sua tarefa específica em relação às outras políticas públicas da área social consiste em organizar as funções públicas governamentais para a promoção, proteção e recuperação da saúde dos indivíduos e da coletividade.

No Brasil, as políticas públicas de saúde orientam-se desde 1988, conforme Constituição Federal atual, pelos princípios de universalidade e equidade no acesso às ações e serviços e pelas diretrizes de descentralização da gestão, de integralidade do atendimento e de participação da comunidade, na organização de um sistema único de saúde no território nacional.

A Constituição da República Federativa do Brasil, ao adotar o modelo de seguridade social para assegurar os direitos relativos à previdência, saúde e assistência social, determina que a saúde é direito de todos e dever do Estado. Dessa forma, a política de saúde se insere no contexto da política de Seguridade Social.

A seguridade social brasileira, como uma política formulada no contexto de redemocratização do Estado na década de 80 e apresentada institucionalmente na Assembléia Nacional Constituinte de 1987/88, veio responder às demandas de reestruturação da política social no Brasil. O modelo político da seguridade social veio, neste contexto, contrapor-se à política de “seguro social” e à política “assistencialista”, compondo junto com outras políticas sociais de Estado um modelo de proteção social no Brasil até então inexistente.

A política de seguridade social consistiu numa proposta de articulação e integração de três setores da área social: a saúde, a previdência e a assistência social, visando a composição de um modelo de proteção social universal e democrático. A seguridade social veio compor um novo ideário social a partir de 1988, que determinou a formulação de uma estrutura de proteção social abrangente (universalidade da cobertura e do atendimento), justa (uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais), equânime (equidade na forma de participação do custeio) e democrática (caráter democrático e descentralizado na gestão administrativa), onde caberia ao Estado a provisão e o dever de atenção.

De outra forma, a proposta da Seguridade Social inovou também no plano da discussão econômica e política relativa à configuração do setor social, ao propor a diversificação das bases de financiamento, a descentralização da gestão administrativa e a integração da sociedade civil na condução das políticas públicas.

A política social definida na Constituição de 1988 revelou, neste contexto, uma retomada do compromisso do Estado com a democracia, não só pela definição do modelo de proteção da seguridade social, mas ainda pelas políticas inovadoras definidas nos demais capítulos da Constituição. No capítulo II - Dos Direitos Sociais - são listados todos os direitos sociais garantidos nesta Constituição, a saber: o direito à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados, aos direitos à livre associação profissional ou sindical, ao direito de greve e outros mais.

Com as mudanças introduzidas a partir do texto constitucional e da Lei Orgânica da Saúde (Leis n.8080/90 e n.8142/90⁴²), as decisões em matéria de saúde pública passaram a envolver novos e múltiplos atores, impondo mudanças significativas no desenho e formulação da política de saúde, com importantes inovações institucionais em termos da estrutura e dinâmica do processo decisório.

A nova concepção do sistema de saúde, descentralizado e administrado democraticamente, com a participação da sociedade organizada, afetou as relações de poder político e a distribuição de responsabilidades entre o Estado, a sociedade e os distintos níveis de governo – nacional, estadual e municipal, onde os gestores da saúde assumem papel fundamental para concretizar os princípios e diretrizes da reforma sanitária brasileira.

Nesta perspectiva foram instituídos os Conselhos de Saúde em cada esfera de governo, a Comissão Intergestores Tripartite na direção nacional do Sistema Único de Saúde e as Comissões Bipartites na direção estadual, além do fortalecimento dos órgãos colegiados nacionais de representação política dos gestores das ações e serviços – o CONASS (Conselho Nacional de Secretários de Estado de Saúde) e o CONASEMS (Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde).

Pode-se dizer, portanto, que os gestores públicos e a sociedade contam com vários canais para o estabelecimento de um novo pacto social para a melhoria da saúde da população brasileira.

Dentre os grandes desafios que o debate político no campo da saúde vem delineando para os gestores públicos e a sociedade brasileira nos próximos anos, pode-se destacar: o desafio de garantir a coexistência de diferentes soluções institucionais na organização descentralizada do Sistema Único de Saúde que possam contemplar a heterogeneidade de problemas regionais e a diversidade cultural do país, sem colocar em risco a unidade doutrinária e operacional do

⁴² BRASIL. Lei n.8080 de 19 de setembro de 1990. Disponível em : www.planalto.gov.br. Acesso em: 23 ago 2007. BRASIL. Lei n.8142 de 28 de dezembro de 1990. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em : 23 ago 2007.

sistema nacional de saúde necessária para assegurar a efetivação dos princípios constitucionais; o desafio de encontrar o equilíbrio ótimo entre regulação, responsabilidade e autonomia na gestão compartilhada do sistema pelas três unidades político administrativas do Estado Brasileiro (União, estados e municípios), no contexto de novas relações intergovernamentais e de recomposição do pacto federativo inaugurado pela Constituição de 1988; o desafio de estabilizar o financiamento setorial e interferir no processo de alocação dos recursos do orçamento público para a saúde, com vistas à equidade.

Visando contribuir para a superação destes desafios e para o desenvolvimento da capacidade de formulação de decisões nos diferentes espaços institucionais de implementação da política de saúde e de produção de conhecimento em matéria de saúde pública, foi criado o Sistema Único de Saúde, do qual se tratará no item subsequente.

III.3 - O Sistema Único de Saúde - SUS

Antes do Sistema Único de Saúde, o Ministério da Saúde, com o apoio dos estados e municípios, desenvolvia quase que exclusivamente, e sem qualquer tipo de discriminação com relação à população beneficiária, ações de promoção da saúde e prevenção das doenças. E na área da assistência à saúde, o Ministério da Saúde atuava por meio de alguns poucos hospitais especializados, nas áreas de psiquiatria e tuberculose, além da ação da Fundação de Serviços Especiais de Saúde Pública (FSESP) em algumas regiões específicas (com destaque para o Norte e Nordeste). Essa ação era prestada à parcela da população definida como indigente e que não tinha nenhum direito garantido. A grande atuação do poder público na área da assistência médica dava-se através do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS).

Nos anos 70, com a criação do Sistema Nacional da Previdência e Assistência Social (SINPAS) ocorreu uma reestruturação da política interna do Ministério da Previdência e o INPS foi subdividido, passando a existir um órgão

específico para as funções da assistência à saúde no âmbito da previdência, o INAMPS. A assistência à saúde, prestada inicialmente pelos Institutos de Aposentadorias (IAPS), depois pelo INPS e na última fase pelo INAMPS, estava restrita a uma parcela da população que contribuía com parte do seu salário na garantia desse direito. Assim, a saúde não era um bem público e um direito do cidadão, mas um bem privado conquistado pelo mérito do trabalhador, só era cidadão o trabalhador formal, ou seja, aquele que possuía uma carteira de trabalho ou, a partir da década de 70, aquele que contribuía individualmente para a previdência, como as empregadas domésticas, os trabalhadores rurais e os autônomos.

A proposta de construção de um Sistema Único de Saúde, universal, integral e igualitário visou romper com essa lógica de proteção social baseada no mérito e reconhecer a importância da saúde como um bem público e universal, independente de contribuição, etnia, sexo, classe social ou qualquer outro tipo de discriminação.

Todo o processo de construção da proposta Sistema Único de Saúde começou a partir do movimento da reforma sanitária, que teve início em meados da década de 70, contando com a mobilização de vários segmentos sociais, como: os profissionais de saúde, acadêmicos, lideranças sindicais e populares, partidos políticos e outros. Foram várias as políticas definidas para o setor da saúde antes do Sistema Único de Saúde possibilitando, inclusive e, sobretudo, avançar no projeto de reforma. Apenas para citar algumas das políticas implementadas destacamos duas de grande relevância em todo o processo: as Ações Integradas de Saúde (AIS), desenvolvidas no período 1981-1984, e o Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde (SUDS), vigente no período 1987-1989. Outro marco importante no período anterior ao Sistema Único de Saúde e decisivo no projeto de construção da política foi a realização da VIII Conferência Nacional de Saúde, em 1986, afirmando os princípios do novo projeto e servindo de subsídios na discussão da Assembléia Nacional Constituinte (1987/88), fórum de negociação e decisão da nova Carta Constitucional Brasileira (Constituição Federal de 1988).

Assim, o Sistema Único de Saúde, criado pela Lei n 6.229/75⁴³, é resultado das propostas de “Reforma Sanitária” defendidas por movimentos sociais e apresentadas durante a Assembléia Nacional Constituinte de 1987/1988 em demonstração da inadequação do sistema de saúde então vigente. Apesar do êxito que representou para a época, já mostrava sinais de inoperância e ineficiência, motivando a busca por serviços de saúde de melhor qualidade e gerenciamento organizado. As ações de promoção da saúde e prevenção de doenças eram desenvolvidas quase que exclusivamente pelo Ministério da Saúde. A assistência médico-hospitalar, como já se disse, era prestada pelo Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social – INAMPS, autarquia vinculada ao Ministério da Previdência e Assistência Social. Entretanto, o sistema não era universal, pois alcançava somente os trabalhadores da economia formal, segurados do Instituto Nacional de Previdência Social – INPS – e dependentes, enquanto o restante da população tinha um acesso bastante limitado à assistência à saúde.

Diante dessa realidade, pode-se compreender a grande evolução representada pela criação do Sistema Único de Saúde – SUS – entre as políticas sociais instituídas pela Constituição Federal de 1988, cuja regulação infraconstitucional encontra-se na Lei 8.080⁴⁴, de 19 de setembro de 1990, e na Lei 8.142, de 28 de dezembro de 1990.

A política de saúde definida na Carta Constitucional de 1988 e regulamentada na Lei Orgânica da Saúde – Lei n 8080/1990 avançou na configuração de uma noção ampliada de saúde considerando como fatores determinantes e condicionantes da saúde, 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.

Assim, buscando dar conta da complexidade e especificidade desse amplo campo de ação governamental, definiram-se como objetivos do Sistema Único de Saúde (SUS) três grandes eixos de atuação (Lei n 8080/90, art.5): I – a identificação

⁴³ BRASIL. Lei n.6.229 de 17 de julho de 1975. Disponível em : www.planalto.gov.br. Acesso em : 23 ago 2007.

⁴⁴ BRASIL. Lei n.8.080 de 19 de setembro de 1990. Ementa. Disponível em : www.planalto.gov.br. Acesso em : 23 ago 2007

e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde; II – a formulação de política de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social, a redução de riscos de doenças e de outros agravos, bem como estabelecer condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para sua promoção, proteção e recuperação; III – a assistência às pessoas por intermédio das ações assistenciais e das atividades preventivas.

Dessa forma, o campo de atuação do SUS reúne ações mais voltadas ao cuidado da saúde, ações de proteção e intervenção no meio ambiente e ações em conjunto com outros setores, externos ao setor saúde mas que contribuem direta ou indiretamente na promoção da saúde, como por exemplo meio ambiente, educação, urbanismo e outros.

Na Lei Orgânica de Saúde as funções específicas do SUS foram detalhadas, quais sejam: executar ações de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica; controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico; fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos e colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Ainda na Lei Orgânica de Saúde está prevista a criação de Comissões Intersetoriais de âmbito nacional, subordinadas ao Conselho Nacional de Saúde, com o objetivo de articular políticas e programas de interesse para a saúde, abrangendo, em especial, as seguintes atividades: alimentação e nutrição, saneamento e meio ambiente, vigilância sanitária e farmacoepidemiologia, recursos humanos, ciência e tecnologia e saúde do trabalhador (ver capítulo III – Da

organização, da direção e da gestão). Além de Comissões permanentes de integração entre os serviços de saúde e as instituições de ensino profissional e superior.

Sobre essas últimas determinações da Lei Orgânica da Saúde ainda é preciso avançar muito, já que a capacidade de articulação do setor saúde com as demais políticas de Estado é frágil e as Comissões nunca se efetivaram na prática. O SUS como uma política pública em construção precisa investir numa maior integração das políticas setoriais, seja no âmbito nacional, seja nos estados e municípios.

O SUS tenta ser, assim, um sistema público e nacional, baseado no princípio da universalidade, a indicar que a assistência à saúde deve atender a toda população. Tem como princípios organizativos a descentralização, com comando único em cada esfera governamental; a integralidade do atendimento e a participação da comunidade.⁴⁵ A Lei 8.080/90 dispôs sobre as condições, a organização das ações e o funcionamento dos serviços de saúde, tendentes à realização da promoção, proteção e recuperação da saúde. Esse diploma normativo prescreve normas sobre organização, direção e gestão do SUS, competências e atribuições de cada uma das três esferas federativas, funcionamento e participação complementar dos serviços privados de assistência à saúde, política de recursos humanos a ser adotada pelo SUS, recursos financeiros, incluindo a respectiva gestão, planejamento e orçamento desses.

Não obstante constituído como sistema público, o SUS compreende as redes pública e privada de saúde, esta última utilizada por meio de contratação ou convênio firmado com o Poder Público. Ambas formam uma rede regional, para adequação às particularidades locais; e hierárquica, ou seja, que deve estrita observância ao conjunto de princípios que regem o sistema (integralidade, igualdade e participação da comunidade).

⁴⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Para entender a gestão do SUS**. Brasília: CONASS, 2003, p. 14 e 24.

Característica importante do SUS, outrossim, é a gestão democrática das questões de saúde. A Lei 8.142/90⁴⁶ impõe, entre outros, normas sobre a participação da comunidade na gestão do SUS, com base nas quais podem ser criados a Conferência de Saúde e o Conselho de Saúde, instâncias colegiadas existentes em cada um dos níveis federal, estadual e municipal, atuando como catalizadores da participação e gestão democrática do sistema. As Conferências de Saúde são órgãos colegiados, de caráter consultivo, por meio dos quais se realiza o controle social do SUS, com avaliação da situação da saúde e proposição de diretrizes para a política de saúde no correlato nível federativo.

Os Conselhos de Saúde são compostos por representantes do governo (gestores), prestadores de serviço, trabalhadores da saúde e usuários, sendo a estes assegurada participação paritária relativamente ao conjunto dos demais segmentos. As competências legais básicas dos Conselhos de Saúde estão definidas pelo artigo 1, § 2, da Lei 8.142/90, abarcando a área de planejamento e controle, cujo tema principal é o financiamento do sistema; e a área de articulação com a sociedade, a partir da qual são desenvolvidas ações sanitárias visando à participação dos cidadãos no sistema. Há, ainda, a previsão legal de competências executivas, por cujo exercício os Conselhos de Saúde participam na cadeia decisória da administração do SUS, como instância deliberativa.⁴⁷

No que se refere aos princípios do SUS, a hierarquização, implica que o acesso aos serviços de saúde deve ocorrer a partir dos níveis mais simples até os mais complexos, mediante análise do caso concreto e excetuadas as situações de urgência. O atendimento integral, por sua vez, determina que as ações e serviços de saúde devem ser considerados como um todo, a atuar de modo harmônico e contínuo. Trata-se da articulação, integração, simultaneidade das ações e dos serviços, preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do Sistema de Saúde.

⁴⁶ BRASIL. Lei n.8.142 de 28 de dezembro de 1990. Ementa. Disponível em : www.planalto.gov.br. Acesso em : 23 ago 2007

⁴⁷CARVALHO, Mariana Siqueira de. A saúde como direito social fundamental na Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito Sanitário**, v.4, n.2, jul 2003, p. 15-31.

A constituição ainda admite a participação do setor privado no SUS, dentro dos limites do que seja indispensável, preferindo as entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos – como também consta do artigo 25 da Lei 8.080/90. O sistema privado de saúde possui caráter complementar ao público, de forma que ninguém pode ser compelido a contratar nem a filiar-se a sistema autônomo de saúde, sob pena de flagrante inconstitucionalidade do ato que assim o determine.

O reconhecimento desses avanços, tais como, a descentralização de ações e serviços de saúde em níveis estadual e municipal; a estruturação dos Conselhos de Saúde nas três esferas federativas, com isso viabilizando a interlocução com a sociedade, inclusive em termos de controle sobre o sistema; o fortalecimento da rede pública de saúde, com extensão na cobertura dos serviços; ênfase na atenção básica e familiar, como acesso preferencial ao sistema; e definição de fontes estáveis de financiamento público, sobretudo a partir dos patamares mínimos definidos pela Emenda Constitucional n 29/2002⁴⁸, não elide as críticas formuladas ao SUS, muitas vezes severas, pela doutrina e pela opinião pública, sendo notórias as dificuldades de prestação eficiente e adequada dos serviços de saúde.

A partir da definição do que seja uma política pública e, em especial, da compreensão do ambiente no qual se desenvolvem as políticas públicas de saúde no Brasil, convém analisar, por ser relevante à conclusão que se pretende chegar ao final do presente trabalho, a existência ou não de discricionariedade na formulação e execução de políticas públicas, do que se passará a tratar no item subsequente.

III.4 – A discricionariedade na Formulação e Execução de Políticas Públicas

A definição de políticas públicas, como se pode observar, decorre da elaboração dos planos de governo em todas as áreas da Administração, sob responsabilidade do Executivo, que acaba por ceder apenas em alguns setores,

⁴⁸BRASIL. *Op.cit.* p. 37-38.

conforme o nível de pressão dos atores sociais, e do Legislativo, responsável por algumas mudanças provocadas, igualmente, pela interferência de grupos de pressão, e boa parte fruto de negociações políticas, não raro, distanciadas das verdadeiras expectativas das populações.

Como já se disse, o modelo de elaboração de políticas públicas, na maioria dos casos, passa ao largo das reais expectativas das populações e, portanto, é natural que, ao final, essas políticas cheguem a destoar, de modo significativo, das demandas populares. Os poderes Executivo e Legislativo, até pela realidade política da grande maioria dos países – independentemente do regime de governo – são comandados, quase sempre, pelas mesmas forças políticas que vencem as eleições, e dominam as decisões, praticamente durante todo o período de mandato, ficando, para as oposições algumas poucas concessões, em regra, as que não têm grande repercussão no ambiente dos maiores problemas que a sociedade enfrenta.

O campo das políticas públicas é, historicamente, o ambiente da discricionariedade administrativa. A não ser em alguns poucos registros na História, como, por exemplo, nas assembleias dos cantões suíços, não se teve outras notáveis experiências de participação nas decisões políticas, e pouco se ouviu falar, em outras épocas, tanto quanto agora, da excessiva liberdade de que o Executivo dispõe para definir os investimentos públicos, ainda, que nas democracias, isso dependa da aprovação do Parlamento. As possibilidades de escolha atribuídas ao Executivo neste momento são amplas, e pequeno é o número de situações nas quais os investimentos públicos têm finalidade vinculada, como, por exemplo, no caso brasileiro, a educação e a saúde. E além da abertura, por ocasião das decisões sobre as áreas de investimentos, o Executivo ainda pode se beneficiar das limitações impostas à sindicalização de determinados atos pelo Judiciário. Assim, ainda que se diga que a lei é o limite da discricionariedade, porque estabelece as condutas e o administrador apenas deve escolher entre as alternativas colocadas pela norma⁴⁹, não é verdadeiro que essa vinculação das alternativas legais seja balizadora das atitudes da Administração, no sentido de que esta faça, sempre, a escolha da melhor alternativa à disposição.

⁴⁹SCOCA, Franco Gaetano. La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva. **Rivista trimestrale di diritto pubblico**. Roma, n. 4, p. 1.045 – 1072, 2000.

Desta forma, é preciso retomar a Constituição dirigente⁵⁰, enquanto instrumento balizador da atividade pública, de modo a estabelecer critérios que reduzam as decisões distantes das reais necessidades dos administrados ao mínimo possível. Ou seja, um marco definidor de critérios hábeis a proporcionar escolhas adequadas pelo administrador, tanto nos atos vinculados quanto naqueles discricionários. Não se pode falar em superação do dirigismo constitucional em uma realidade como a do Brasil. A falta de efetividade dos direitos sociais no país, enquanto os direitos políticos, ganham status de universalidade – basta observar os números do alistamento eleitoral no país e o moderno sistema de urnas eletrônicas a que todos têm acesso, exemplo para outros países, quando se registram casos de trabalho escravo, altos índices de mortalidade infantil, milhares de pessoas vivendo nas ruas, sem direito à moradia e à integridade, entre outros, demonstra o desajuste das políticas públicas adotadas pelos sucessivos governos. O quadro não pode prescindir do envolvimento de nenhum dos atores sociais, especialmente do Judiciário, no exercício de suas funções de aplicar o ordenamento jurídico, conforme os ideais do dirigismo constitucional.

O constitucionalismo dirigente, portanto, está vivo no conteúdo da Constituição, em seu sistema de garantias, o mais amplo já tido no país, e que funciona como um convite ao Judiciário, para uma atuação mais vigorosa na arbitragem de conflitos antes reservada aos papéis do Legislativo e do Executivo.⁵¹ Canotilho afirma que, mesmo os chamados atos políticos, devem estar vinculados ao respeito dos direitos fundamentais, e, de modo especial, quando um “(...) ato político é, na realidade, um ato administrativo diretamente violador de direitos fundamentais”.⁵² Hoje, portanto, quando a litigiosidade ganhou parâmetros de infinitude e o Judiciário defronta-se com a discussão de valores como os de

⁵⁰ Veja-se, a respeito da relatividade da teoria da “constituição dirigente”, a exposição de Canotilho, quando justifica a expressão “a constituição dirigente morreu”, refere-se às mudanças representadas pelas promessas da Carta Portuguesa de 1976 – a qual “(...) reivindicava textualmente a dimensão emancipatória das grandes récitas” – que propunha a “(...) transição para o socialismo e para uma sociedade sem classes” através de “(...) uma aliança entre o Movimento das Forças Armadas e os partidos e organizações democráticos”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Estado adjetivado e a teoria da Constituição. **Interesse Público**. Porto Alegre, n.17, jan-fev, 2003, p. 13-24.

⁵¹ COSTA, Flávio Dino de Castro. A função realizadora do poder Judiciário e as políticas públicas no Brasil. **Interesse Público**. Porto Alegre, n. 28, nov-dez, 2004, p.64-90.

⁵² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1.414.

propriedade e da função social, da propriedade e dos direitos ambientais, dos consumidores, dos menos favorecidos, entre outros, o papel desse Poder não pode continuar igual ao que este desempenhava no século XIX. Até porque, as últimas décadas do século XX demonstraram, claramente, a solidez do neoliberalismo em vários países do mundo, com os processos de privatização que passaram ao poder privado milhões de dólares em bens públicos, experiência também vivida pelo Brasil, nos anos de 1990, cujas conseqüências são: empobrecimento cada vez maior das populações; aumento da demanda de prestações públicas e, em função disso, a ampliação da necessidade da presença estatal em serviços básicos, principalmente para os mais pobres.⁵³

A realidade que os juízes vivenciam, diuturnamente, não permite que eles possam isolar-se no neutralismo formal da legislação, sem avaliar o conteúdo de certas decisões da Administração que se incluem entre as quais cabe ao Executivo escolher a solução mais adequada. Não há possibilidade de se imaginar a velha teoria da discricionariedade como a tese fechada da oportunidade e da conveniência do administrador, de modo especial quando as definições de políticas públicas afetam direitos fundamentais dos administrados, como a vida, a integridade, entre outros. As decisões dos juízes de primeira instância, nesse sentido, têm aumentado consideravelmente nos últimos anos e, nos tribunais a jurisprudência vem se encaminhando, de modo visível, para essa direção.⁵⁴

⁵³Na América Latina, o número de pobres saltou de 200,2 milhões para 221,4 milhões, dos quais 93,4 milhões são indigentes, ainda que o percentual de pobreza houvesse reduzido no mesmo período, de 48,3 para 44% (Organização das Nações Unidas – ONU) Panorama social de América Latina 2004. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal) Cap. I p. 5. Disponível em www.cepal.org. Acesso em : 15 set 2007.

⁵⁴Nesse sentido, decisão do TRF 4 Região determinou liminarmente, em Ação Civil Pública, a “(...) execução de obra relativa à duplicação de rodovia federal, ante a responsabilidade civil do Estado sobre mortes e mutilações decorrentes de acidentes de trânsito havidos na rodovia de sua competência” . Al 20040404010145703 – SC. 4 Turma. Rel. Juiz Edgard A. Lippmann Junior. J. Datada de 23 de junho de 2004. **Diário de Justiça** 4 ago 2004. Em outra decisão, o mesmo tribunal considerou adequado o caminho da Ação Civil Pública para obrigar a União Federal a “(...) realizar estudos técnicos, nas rodovias federais, para sinalização adequada aos preceitos do Código Brasileiro de Trânsito”. No acórdão, o juiz relator afirma: “I. A intervenção do Judiciário em questões administrativas é cabível apenas nas áreas alheias à margem de discricionariedade do administrador, aquele legitimado ao juízo de oportunidade e conveniência quanto à atuação da Administração, em que se consideram os recursos disponíveis, normalmente escassos, e as inúmeras necessidades. Tais áreas de intervenção admissível são, justamente, as da competência vinculada, em que a conduta da Administração é ditada pelo ordenamento jurídico e pelas normas, regras ou princípios, que o compõem. II. Considerando que a segurança e a saúde dos administrados e usuários de rodovias, bem como a integridade do patrimônio público que representam, são valores jurídicos tutelados pelo ordenamento, é de se concluir que os atos tendentes a fragilizá-los ou vulnerá-los violam o sistema e extrapolam a discricionariedade. Assim, promover a devida e correta realização de estudos técnicos nas

Os próprios tribunais têm adotado, cada vez mais, uma postura pouco passiva diante da execução de políticas públicas. O administrador público, portanto, só pode escolher suas prioridades de forma discricionária depois de cumprir com o básico, pois, enquanto não o fizer, vedada se mostra a destinação de recursos para finalidades outras, cuja natureza foge à urgência das necessidades fundamentais dos administrados.⁵⁵

Hoje não se admite mais, no mundo pós-guerra, a postura conservacionista que subtrai à sociedade, destinatária primeira e última do ato administrativo, o direito de opinar quanto à oportunidade e à conveniência da implementação das políticas públicas.

A esse respeito é irretocável a lição de Odete Medauar⁵⁶ que, apesar de longa, por sua excelência merece ser transcrita:

Aos poucos, o caráter totalmente livre invocado na idéia originária de discricionariedade vai se atenuando. No Conselho de Estado Francês, no início deste século, se fixa primeiro a exigência de observância da competência; em momento posterior impõe-se o cumprimento de regras de forma. Em seguida, desenvolveu-se entendimento de que o poder discricionário vinculava-se à realização do interesse público. Na França buscou-se traduzir em fórmula jurídica a obrigação de atender ao fim, criando-se a figura do vício do ato administrativo por desvio de poder; admitiu-se a apreciação jurisdicional da conformidade ao fim. Como pondera Caio Tácito⁵⁷, 'a teoria do desvio de poder teve o mérito de focalizar a noção de interesse público como centro de legalidade do ato administrativo'.

rodovias federais para a devida adequação dos preceitos do CTB à sinalização, sem sendo determinadas pelo Judiciário, são medidas que buscam corrigir desvio de conduta vinculada esperada da Administração". AC 20017103000508-2 – RS 4 Turma Rel. Juiz Waldemar Capeletti, datada de 28 de agosto de 2003, **Diário de Justiça** 10 set. 2003.

⁵⁵ ROSA, Alexandre de Moraes da. Sentença em Ação Civil Pública. Autos n. 038.03.008229-0. Disponível em: www.tj.sc.gov.br. Acesso em 17 set 2007. A ação do Ministério Público contra o Município de Joinville reclamava a inversão de prioridades com a desapropriação de área particular, no valor de 1,75 milhões de reais, para construção de estádio de futebol, em detrimento do atendimento a 2.948 crianças para as quais não havia vagas nas escolas. O juiz condenou liminarmente o Município a abrir as vagas necessárias no período de 45 dias, sob pena de multa mensal no valor de um salário-mínimo por vaga não preenchida, revertendo os valores ao Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente. A liminar do juiz de primeiro grau foi cassada pelo TJ-SC, mas antes da sentença de mérito, o Município e o Ministério Público assinaram um Termo de Ajustamento de Conduta, prevendo a construção dos centros educacionais reclamados, no prazo de quatro anos. O juiz homologou o acordo e o processo foi arquivado.

⁵⁶ MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2 ed. Rev., atual., ampl. São Paulo: RT, 2003, p. 195-201.

⁵⁷ TACITO, Caio. **Direito administrativo**, Saraiva: Rio de Janeiro, 1975, p 61 *Apud* MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2 ed. Rev., atual., ampl. São Paulo: RT, 2003.

Também se elaborou a exigência de nexos entre o ato e seus antecedentes ou circunstâncias de fato, situando-se no motivo um vínculo a mais no exercício do poder discricionário.

A partir da segunda metade do século XX, com a dinâmica intervencionista, ampliaram-se as atribuições administrativas; um número crescente de decisões passou a afetar com mais amplitude direitos e interesses dos indivíduos. Ficava a impressão de que aumentara o campo de atuação livre, que, para a população em geral, aparece como desprovida de qualquer vínculo ou controle. E emergiu o questionamento da concepção clássica. Um dos aspectos salientados diz respeito ao enfoque do poder discricionário centrado no ato administrativo, ou seja, o poder discricionário se resolve no ato administrativo, portanto é próprio do ato; as valorações da autoridade administrativa, quanto à conveniência, oportunidade e interesse público, realizam-se de modo pontual; como essa valoração é insuscetível de impugnação, inexistente meio de aferição dessa valoração ou meio de conhecer como se realizou. E isso não é resultado satisfatório em termos de concepção, inclusive porque acentua a separação entre Administração e administrados; é a crítica formulada por Satta.⁵⁸

Outros aspectos vêm à tona no questionamento da concepção clássica de discricionariedade. A realidade atual retrata a existência de inúmeros centros públicos titulares de poderes e a ampliação de direitos dos indivíduos, o que, em síntese, leva à heterogeneidade dos interesses e à pressão de indivíduos e grupos sobre a Administração para atendimento de suas reivindicações. Também se registram progressiva tecnicização no tratamento dos assuntos a cargo da Administração e a crescente adoção de práticas consensuais, conciliatórias, e não somente decisões unilaterais imperativas. O conjunto desses fatores acarreta a mudança da natureza pura da discricionariedade. Prega-se então a necessidade de 'nova disciplina para que se torne objetiva, imparcial, controlável'.⁵⁹

Sobretudo na doutrina italiana, por influência de Giannini, a discricionariedade tende a ser considerada como ponderação comparativa de interesses⁶⁰. 'O exercício do poder administrativo para a satisfação do interesse público comporta, se não quer arbitrário, de um lado, a identificação do quadro completo dos interesses, públicos ou privados, que estão em conexão com a atribuição da autoridade; de outro, a representação completa e exata dos fatos em relação aos quais o poder é exercido. A liberdade-vínculo que se chama discricionariedade consiste no poder-dever de representar fiel e completamente todos os fatos e de levar em conta todos os interesses envolvidos; ter em conta não é só considerar, mas atribuir a cada um o justo peso'.⁶¹

Um novo tratamento para o tema acarretaria a atenção, não tanto para o ato discricionário, como exercício do poder, mas para o processo formativo da decisão ou para o conhecimento dos mecanismos decisórios. Daí resultaria a preocupação com regras organizacionais e instrumentos pelos quais se realizaria o conhecimento e consideração dos diversos interesses; e, ainda,

⁵⁸Nota da autora: **Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato Democratico**. Pádua, 1969, p. 148.

⁵⁹Ottaviano. Appunti in tema di amministrazione e cittadino nello Stato democratico. In GIANNINI, Massimo Severo. **Diritto amministrativo**. Milano, 1988. v.2, p. 400. Bem poderá Azzariti que, além do controle jurisdicional (posterior), devem ocupar a atenção da doutrina a análise e o controle não jurisdicional da discricionariedade, que se possam realizar no interior do aparelhamento administrativo competente para evitar o ato discricionário e depois executá-lo *Op. cit.* p 119. (nota da autora)

⁶⁰*Ibid*, p. 487. (nota da autora)

⁶¹NIGRO. L'azione dei pubblici poteri. Lineamenti generali. In: Amato e Barbera (Org.). **Manuale di diritto pubblico**, 1986, p. 722. (nota da autora)

a preocupação com os meios de assegurar informação ao público, o acesso da população às decisões da Administração.

A discricionariedade vista como liberdade-vínculo e a preocupação com os mecanismos decisoriais corresponde à idéia de que o processo eleitoral ou a nomeação para um cargo de confiança na alta cúpula do Executivo não configuram cheque em branco ou passaporte para o absoluto, que dotariam os administradores de poderes incondicionados. A democracia não se exaure na eleição, na existência de vários partidos políticos e no funcionamento do legislativo; deve transpor o limiar da Administração e aí vigorar.

Um dos aspectos referentes à democratização da Administração, que representa vínculo à discricionariedade, encontra-se na motivação dos atos administrativos. [...] Em julho de 1979 editou-se, na França, norma que obriga a motivar os atos administrativos individuais, invertendo-se, desse modo, o preceito antes vigente. Por sugestão do mediatour e sob a inspiração do ordenamento inglês, belga, holandês⁶² e dos ordenamentos então dotados de lei de procedimento (como a Alemanha) que obrigavam a motivar grande parte dos atos, modificou-se tradição francesa secular, criando para o administrado o direito de conhecer os motivos de uma decisão. Nesta orientação se alinha a Constituição do Estado de São Paulo, de 5 de outubro de 1989, que, no art. 4, determina a observância, nos procedimentos administrativos, qualquer que seja o objeto, da exigência de despacho ou decisão motivados.

Na doutrina pátria, Araújo Cintra⁶³, na obra *Motivo e motivação do ato administrativo*, bem pondera caber à motivação o 'coadjuvar o controle de legalidade do ato administrativo [...]. Porém, não se reduz a isso sua importância [...]; assume relevância peculiar e inconfundível quando se refere aos elementos discricionários do ato administrativo. Relevante se afigura a motivação do ato administrativo para ensejar o controle dos critérios adotados pelo administrador na opção por uma ou outra das alternativas que lhe permite a lei. Não apenas o controle jurisdicional, mas o controle em sua acepção mais ampla, incluído o político, em seu sentido restrito, e o da opinião pública, dado que o povo é o maior interessado no correto andamento da atividade administrativa'.

Nessa linha coloca-se a tendência à ampliação do controle jurisdicional a aspectos que roçam a conveniência e oportunidade dos atos administrativos. A jurisprudência francesa e alemã fornecem exemplos significativos.[...]

A tendência à ampliação do controle sobre o poder discricionário ocorre também no ordenamento alemão; na aplicação do princípio da proporcionalidade, o juiz alemão realiza três controles: a) se a medida tomada pela autoridade administrativa é suscetível de alcançar o objetivo pretendido (princípio da adequação); b) se a medida é necessária, isto é, se nenhuma medida menos grave permitiria obter o resultado (princípio da necessidade); c) se a medida for adequada e necessária, verifica se há ou não severidade exagerada em relação ao fim pretendido, isto é, se há desproporção entre o meio e o fim (princípio da proporcionalidade em sentido estrito).⁶⁴

⁶²HOLLEAUX. *Lês nouvelles lois françaises sur l'information du public*. **Revue Internationale des Sciences Administratives**. n.3. p.191-206, Bruxelas, 1981, que menciona a tradição secular quebrada por essa lei e por outras, editadas na mesma época, e a progressiva formação de novos modos de pensamento em relação à administração e novos comportamentos (p. 204 - nota da autora)

⁶³CINTRA, Araújo. **Motivo e motivação do ato administrativo**. p.197-198.

⁶⁴SEDLER. *L'évolution du droit administratif em République Fédérale d'Allemagne, l'état de droit*. **Revue de Droit Public**, set-out, 1984, p. 5, segundo o qual em muitos casos o juiz considera que o ato

As considerações acima assinalam o caminho da discricionariedade até 1990, ano em que foi escrita a 1 edição deste livro. Ao longo da década de 90 do século XX e no início do século XXI, confirmaram-se as tendências supra assinaladas, reforçando-se os parâmetros ao exercício do poder discricionário.

Assinala-se o florescimento, no período, de leis de processo administrativo, que trazem limitação à discricionariedade, por exemplo: Itália, Portugal, Brasil. Atente-se para a ampliação do número de decisões para as quais se exige motivação, seja por força de leis de processo administrativo, como ocorre no Brasil, na Lei 9.784, de 29/01/1999, art. 50 – processo administrativo federal, seja por força de outros textos normativos. Meoli refere-se a três pontos de ‘fuga do poder discricionário: a contratualização da atividade administrativa, a tendência mais ampla a utilizar módulos de tipo privado e tecnicização dos problemas, que torna as escolhas sempre mais vinculadas a parâmetros e a conhecimentos que são técnicos⁶⁵. Di Gaspare⁶⁶ menciona a diluição da dicotomia legalidade-mérito e a afirmação de uma discricionariedade referida à atividade, mais que ao ato, em linha semelhante à defendida por Giannini.

Ampliou-se ainda mais o campo de controle jurisdicional sobre atuações administrativas, como ressalta D’Alberti: ‘houve reforço do controle jurisdicional sobre a Administração; isso ocorreu na França, Itália, Inglaterra e Estados Unidos; a atenção se desloca da idéia de apoio às prerrogativas da Administração para a idéia de defesa das liberdades e dos direitos dos administrados⁶⁷. No Brasil também se registra este alargamento.

Conclui-se, assim, da lição da mestre paulista que, a par do estreitamento imposto ao poder discricionário da Administração, no que tange, especificamente, à implementação de políticas públicas que tenham sido erigidas pela Constituição Federal à categoria de direitos fundamentais, o atuar do ente público deve abandonar o conceito clássico que lhe permitia eleger entre muitas a solução que lhe parecesse mais adequada e adotar a postura imposta pela moderna hermenêutica administrativista, de um dever agir, que se origina na exigibilidade que

administrativo aplica a lei e então pode ser controlado integralmente em todos os seus elementos de fato e de direito.

⁶⁵Discussão à respeito da obra *La convergenza tra pubblico e privato nell’amministrazione italiana*. **Riv. Trim. Dir. Pub.** n.2. p.523,1993. (nota da autora)

⁶⁶DI GASPARE. **Il potere nel diritto pubblico**. Pádua, 1992. p. 418, 422. Os estudos sobre discricionariedade prosseguiram após 1990. V. p. ex.: Maria Sylvia Zanella Di Pietro. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 1991; Diogo de Figueiredo Moreira Neto. **Legitimidade e discricionariedade**. 3 ed. 1998; Domingo Juan Sesin. *Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica*. Buenos Aires, 1994; Miguel Sanchez Morón. **Discrecionalidad y control judicial**. Madrid, 1994; Franco Bassi. *Note sulle discrezionalità amministrativa. Lê trasformazioni del diritto amministrativo*. In: Sandro Amoroso (Org.). Milano, 1995. p. 49-56; Franco Gaetano Scaca. *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*. **Riv. Trim. Dir. Pub.** n.4.p.1.045-1.072, 2000. Ampliou-se a literatura sobre motivação; v. p. ex: José Carlos Vieira de Andrade. **O dever de fundamentação expressa de actos administrativos**. Coimbra, 1991; Florivaldo Dutra de Araújo. **Motivação e controle do ato administrativo**. Belo Horizonte, 1992; Marcos Fernando Pablo. *La motivación Del acto administrativo*. Madrid, 1993. (nota da autora)

⁶⁷Gli studi di diritto amministrativo: continuità e cesure tra primo e secondo novecento, **Riv. Trm. Dir.** pub. n.4 p.1.318, 2001. (nota da autora)

emerge automaticamente, no dizer de Rodolfo de Camargo Mancuso, do haver assegurado a Lei Maior a possibilidade de cobrança pelo indivíduo de determinada conduta da autoridade competente.

Comentando a questão da não subsunção da implementação das políticas públicas ao poder discricionário da Administração, Rodolfo de Camargo Mancuso⁶⁸ cita exemplo que parece encomendado para o presente trabalho:

Constatada a carência de médicos no serviço de saúde local, caberá à autoridade avaliar o número de vagas a serem disponibilizadas para o devido recrutamento desses profissionais; todavia, aí não se trata de opção meramente discricionária, e menos ainda de uma simples obrigação de meio, descompromissada de um resultado realmente satisfatório, porque a Constituição Federal considera a saúde pública 'um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas públicas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação', nem outra coisa se colhe da leitura da chamada Lei Orgânica da Saúde (Lei 8.080, de 19/09/90, arts. 2 e 3).

Ainda no tocante à discricionariedade da Administração, relativamente à implementação das políticas públicas, cita, o mesmo autor, o seguinte acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

A CF, em seu artigo 227, define como prioridade absoluta as questões de interesse da criança e do adolescente; assim, não pode o Estado-membro, alegando insuficiência orçamentária, desobrigar-se da implantação de programa de internação e semiliberdade para adolescentes infratores, podendo o Ministério Público ajuizar ação civil pública para que a Administração Estadual cumpra tal previsão legal, não se tratando, na hipótese, de afronta ao poder discricionário do administrador público, mas de exigir-lhe a observância de mandamento constitucional. (Ap. 596.017, 7 Câmara, relator des. Sérgio Gischkow Pereira, julgamento em 12/03/97, v.u. RT 743/132)⁶⁹

Como se vê, este é o entendimento que tem norteado a doutrina nacional, como as decisões de nossos tribunais.

⁶⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo; MILARÉ, Edis (Coord). **Ação Civil Pública** – Lei 7.347/1985 – 15 anos. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2002, p. 775.

⁶⁹ *Op. cit.* p. 771-772.

Comentando a discricionariedade do ato administrativo e a legitimidade do pedido de implementação, através do ajuizamento de Ação Civil Pública, de políticas públicas que concretizem direitos fundamentais esclarece Hugo Nigro Mazzilli⁷⁰ que:

Por esse e pelos demais fundamentos, exemplificativamente, não se pode afastar do exame do Judiciário o pedido em ação civil pública que vise a compelir o administrador a dar vagas a crianças nas escolas ou a investir no ensino, a assegurar condições condignas e suficientes para o cumprimento das penas pelos sentenciados, a propiciar atendimento adequado nos postos de saúde, a assegurar condições de saneamento básico ou segurança pública no Município ou no Estado, etc.

Mas decidir sobre políticas públicas e, o que seja ou não factível nos limites do orçamento do Executivo, implica conhecer detalhes técnicos que não são comuns à prática dos magistrados.

Tais atitudes são vistas como judicialização da política, ou ativismo judicial, dado que, se uma parcela da população não dispõe de mecanismos de defesa de seus direitos de outro modo que não a ação judicial proposta pelo Ministério Público ou por associações credenciadas a isto, não resta outra alternativa ao magistrado que a de acolher o pedido e determinar a correção da situação de extrema gravidade, urgência e injustiça, conforme o caso, através da realização de obras e serviços necessários à efetivação da decisão.

Mais do que simples instrumentos mecânicos de aplicação do Direito, portanto, os magistrados, nesse processo, devem ter uma atuação criativa, encontrando, no próprio ordenamento, as soluções capazes de promover a estabilidade social mediante o atendimento das necessidades básicas das populações. E não necessariamente isso deve ocorrer mediante longos processos judiciais, mas, principalmente, pela intermediação que os julgadores podem desenvolver no sentido, sempre, de compor as partes, para que, ao final possam os administrados receber, efetivamente, as prestações a que têm direito. Nesse sentido, a atividade judicial exige do magistrado, em maior ou menor grau, um papel criador, de modo a atribuir a relevância devida a um ou outro fato determinado, encontrando as soluções para as lacunas e antinomias, na composição do que se

⁷⁰MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 17.ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 125.

convencionou chamar de “casos difíceis”, e também esclarecendo o significado de conceitos jurídicos indeterminados.⁷¹

O Judiciário, no caso de controle das políticas públicas, deve ser visto como uma das funções da soberania do Estado em ação, quando atua no suprimento da ausência do legislador ou da Administração. Na esteira do raciocínio de Alexy⁷², pode-se afirmar que, quando um juiz ou um tribunal age em defesa de falhas, tanto do Executivo, quanto do Legislativo, não está atuando contra a população, mas em nome dela, contra seus representantes políticos, demonstrando que o processo político falhou, do ponto de vista dos critérios “jurídicos-humanos” e “jurídico-fundamentais”, exigindo dos cidadãos a aprovação dos argumentos do tribunal, quando aceitam a argumentação “jurídico-constitucional racional”⁷³. Completa o autor, afirmando que, quando há a estabilização de um processo de reflexão entre a coletividade, legislador e tribunal constitucional de forma duradoura, “(...) pode-se falar em institucionalização que deu certo dos direitos do homem no Estado constitucional democrático. Direitos fundamentais e democracia estão então reconciliados”.⁷⁴

Aspecto relevante desta análise, cuja consideração se mostra premente, diz respeito à questionável legitimidade democrática do Judiciário para proferir essas decisões revestidas de forte natureza política, que será objeto de estudo no próximo capítulo. Pode-se entender que a defesa da Constituição encontra limites na vontade das majorias, renovada a cada eleição, quando são definidos os rumos conferidos às políticas sociais. Por outro lado, não se pode negligenciar da característica, inerente às Constituições modernas, de funcionarem como remédio contra majorias, onde o texto constitucional é um limite ao poder das correntes socialmente

⁷¹A propósito, veja-se COSTA, Flávio Dino de Castro. *Op. cit.* p. 64-90. O autor cita pesquisa do Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo (Idesp), de 2000, na qual 73,1 % dos juízes ouvidos manifestaram-se no sentido de que “(...) o juiz tem um papel social a cumprir, e a busca da justiça social justifica decisões que violem contratos”. Na mesma pesquisa, 52,9 % dos magistrados declararam que apenas ocasionalmente adotam decisões mais “(...) baseadas em suas visões políticas do que na leitura rigorosa da lei”, enquanto 21,5% afirmaram nunca tomar decisões com base em suas visões políticas, e apenas 4,2% disseram seguir essa orientação sempre.

⁷²ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático. Tradução de Luís Afonso Heck. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 217, jul-set, 1999, p. 55-66.

⁷³*Ibid.* p. 55-66.

⁷⁴*Idem.*

majoritárias que, por circunstâncias eventuais, poderiam acabar esmagando grupos minoritários, desprovidos de representação democrática.

No entanto, deve-se entender que as políticas públicas não integram terreno vedado à fiscalização do Judiciário, podendo ser avaliadas pelos juízes, desde que estes adotem técnicas jurídicas capazes de tornar essa avaliação viável, dando legitimidade e consistência ao controle da administração.

Assim, a partir das premissas até aqui analisadas, pode-se passar à última parte deste estudo, centrado na análise das objeções e dos parâmetros impostos ao controle judicial das políticas públicas de saúde, cotejado que deve ser com os princípios de índole constitucional. Eis o tema proposto no último capítulo do presente trabalho.

CAPITULO IV – A FUNÇÃO REALIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL

A idéia de justiciabilidade do direito à saúde aponta diretamente para o reconhecimento de posições jurídico-subjetivas em favor de quem titule esse direito, seja no sentido de exigir respeito e não-interferência (pretensão defensiva), seja no que concerne a demandas por proteção e fornecimento de bens (pretensões de caráter prestacional). Cuida-se, portanto, da investigação acerca dos limites e das possibilidades dentro dos quais o direito à saúde é exigível, ou seja, eficaz e assegurado, ainda que pelo recurso à via judicial. Em vista disso, o presente capítulo será dedicado à discussão das objeções e dos parâmetros mínimos à eficácia jurídica e social dos direitos fundamentais sociais a prestações materiais, com especial enfoque na problemática ao direito à saúde.

O presente capítulo, assim, tem por objeto avaliar a eficácia jurídica dos direitos fundamentais sociais a prestações e, sobremaneira, do direito à saúde. Para tanto, considerando as premissas anteriormente desenvolvidas, se passará à análise dos princípios constitucionais que envolvem a possibilidade de controle judicial de políticas públicas de saúde.

IV.1 - Controle Judicial das Políticas Públicas e o Princípio da Separação de Poderes

Uma questão que obrigatoriamente é posta quando se debate acerca da função do Judiciário no controle das atividades típicas dos demais poderes do

Estado é: até onde isso não se torna inconstitucional, por violar a independência dos Poderes?

Somente é possível enfrentar esse problema analisando o mito consistente “na atribuição a Montesquieu de um modelo teórico reconduzível à teoria dos três poderes rigorosamente separados”, como expõe Canotilho⁷⁵.

O princípio da separação dos Poderes encontra-se positivado no art. 2º da Constituição Federal ao prever que são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Nos estreitos limites deste trabalho, não cabe tecer a evolução histórica do princípio em comento, mas deve-se lembrar com Gough⁷⁶ que a

Invenção da doutrina da separação dos Poderes foi freqüentemente atribuída a Montesquieu, e vários críticos acentuaram a originalidade e independência de sua contribuição, neste aspecto, à ciência política. Já em 1836, contudo, um escritor alemão, Carl Ernest Jarcke, descobriu em Locke o criador da separação e equilíbrio de poderes e, considerando esta como uma descrição absurda e impossível da constituição inglesa, estigmatizou-o como o criador da falsa teoria do estado inglês.

Independentemente de reconhecermos em Montesquieu ou Locke o primeiro estudo sistemático a impor a separação de poderes como forma de controle do arbítrio do detentor de poder, não de se atualizar aos tempos de hoje o alcance e o conteúdo do princípio.

O princípio da separação dos Poderes, desde a clássica teorização de Montesquieu, traz ínsita a busca de racionalização do Estado, pela limitação e organização do poder estatal e submissão do próprio Estado ao Direito.

Foi no Estado Liberal de Direito do século XVIII que o princípio da separação dos Poderes do Estado desenvolveu-se como mecanismo de garantia da liberdade individual pela racionalização do funcionamento do aparelho estatal. O cerne da

⁷⁵ *Op.Cit.* p. 108.

⁷⁶ GOUGH, J. W. A separação dos poderes e soberania. *In*: QUIRINO. **Pensamento político clássico**: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu e Rosseau. São Paulo: T.A Queiroz, 1992, p.183.

teoria de Montesquieu estava na crença de que a liberdade individual somente ficaria assegurada se o poder não estivesse concentrado, pois pressupunha uma inevitável tendência de abuso por quem o detivesse. Propôs, então, mediante especialização orgânica e funcional, a divisão jurídica dos diferentes Poderes do Estado, assim submetidos ao direito, acreditando que desse equilíbrio e neutralização recíproca resultaria, em última análise, a proteção da liberdade individual.

Já no Estado Democrático e Social de Direito, a divisão dos Poderes se tornou o processo de distribuição e integração racionalizadas das várias funções e órgãos do Estado, com vista à eficiência da atuação estatal e, simultaneamente, à salvaguarda dos direitos fundamentais. A progressiva diluição das fronteiras entre as funções executiva e legislativa permitiu que o Executivo passasse a legislar, por iniciativa própria ou delegada, e que os atos legislativos pudessem perder em generalidade e abstração, fruto de uma legislação de efeitos concretos, direcionada ao atendimento de situações e necessidades específicas. Finalmente, o reforço da separação, independência e relevância da função judicial, especialmente pela admissão do controle de constitucionalidade das leis e atos administrativos, colaborou para o surgimento da jurisdição constitucional e, em alguns sistemas, dos Tribunais constitucionais.

Assim, a discussão acerca da separação dos Poderes é sempre cercada de uma espécie de dogmatismo, ou seja, a partir de verdades absolutas, que não comportam contrariedade, contestação ou limitação. O tratamento do tema, usando o raciocínio de Dallari⁷⁷, é feito com uma espécie de fundamentalismo religioso, mais retórico do que objetivo e, mais do que isso, apenas sob alguns aspectos, sem forma sistemática. E o objetivo fundamental da teoria da separação de Poderes criada por Montesquieu, que poderia ser entendida como da especificação das funções de cada Poder, é justamente evitar o absolutismo, ou o exercício do poder público sem limitações, o que resultaria em tirania.

⁷⁷DALLARI, Adilson Abreu. Controle compartilhado da administração da Justiça. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em: 17 set 2007.

A teoria foi entendida como espécie de mito, no qual estariam as três esferas de poder rigorosamente separadas, quando isso não corresponde à verdade. Canotilho⁷⁸ ensina, a respeito, tomando o raciocínio de Eisenmann, que, na construção de Montesquieu, era reconhecido ao poder Executivo o direito de interferir no Legislativo por conta do direito de veto, concedido ao rei, enquanto que o Parlamento exercia fiscalização sobre a Administração e, ainda, o Legislativo interferia no Judiciário no que se referia ao julgamento dos nobres pela Câmara dos Pares, à concessão de anistias e a processos políticos apreciados pela Câmara Alta, sob acusação da Câmara Baixa. Logo, mais do que separação, tratava-se de combinação de poderes, dado que os juízes representavam a voz das palavras da lei, enquanto os poderes Executivo e Legislativo distribuíam-se entre o rei, a Câmara alta e Câmara Baixa, tendo, como problema efetivo a combinação destas três potências.

Outrossim, o passado histórico do princípio da tripartição dos poderes vincula-o de modo estreito, à tutela da liberdade, não sendo, de qualquer modo, obrigatória, a necessidade de que, para o alcance desse objetivo, deva haver uma separação rígida entre os poderes estatais, uma tese que, deve ser relegada ao campo dos mitos.⁷⁹ E o mito da separação de poderes tem demonstrado, especialmente, no que se refere às relações que se desenvolvem entre o Legislativo e o Executivo, seja nos sistemas parlamentaristas, seja no presidencialismo. O que se percebe é que, na maior parte dos casos, o governo e as maiorias parlamentares são a expressão de um mesmo partido ou coalizão de partidos. Logo, destaca-se a ausência de verdadeira autonomia do Legislativo diante do Poder Executivo, pois a maioria das leis aprovadas é de iniciativa do Governo. Enquanto isso, este mesmo governo costuma dispor de um grande poder regulamentar e de planejamento, tanto autorizado pela Constituição, quanto atribuído pela legislação ordinária.⁸⁰

Além disso, a Administração vem avançando, cada vez mais, em importância, por suas tarefas no seio do Estado e da sociedade. A Administração não é mais, assim, apenas um conjunto de órgãos, serviços e funcionários à disposição da

⁷⁸ *Op.Cit.* p. 110-111.

⁷⁹ *Op.Cit.* p. 64-90

⁸⁰ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. **El control de las administraciones públicas y sus problemas**. Madrid: Instituto de Espana/Epasa Calpe, 1991, p. 164.

vontade do Governo. Como afirma Sánchez Morón⁸¹, tantas modificações e independência profissional fazem da Administração uma espécie de “quarto poder”. Isso implica dizer que a Administração representa as funções de gestão e execução dos serviços públicos, enquanto as tarefas de direção política estariam acometidas ao Governo, auxiliado pelo Parlamento.

A respeito dessa nova concepção da separação de poderes, as palavras de Mariana Filchtiner Figueiredo⁸²:

Hoje se entende que o princípio da separação dos Poderes comportaria dois aspectos complementares. Uma primeira dimensão negativa, no sentido de divisão, controle e limite, que apõe medida jurídica e desconcentração ao poder estatal, para garantia e proteção da esfera jurídico-subjetiva dos indivíduos. Como leciona Canotilho, pela 'criação de uma estrutura constitucional com funções, competências e legitimação de órgãos, claramente fixada, obtém-se um controle recíproco do poder (checks and balances) e uma organização jurídica de limites dos órgãos do poder'. A segunda dimensão, de seu turno, tem caráter positivo e se refere à 'constitucionalização, ordenação e organização do poder do Estado tendente a decisões funcionalmente eficazes e materialmente justas', em que passa a significar a responsabilidade pelo exercício de um poder, explica o jurista.

Isso quer dizer que já não se pode falar de independência entre os poderes, o que parece indicar no presente estudo que a função do Judiciário aparece, agora, ainda mais do que antes, dotada de grande significação para o cidadão, o qual não pode esperar formas de controle da Administração capazes de garantir a efetivação de seus direitos fundamentais sob responsabilidade do poder Executivo. Mais do que nunca, deve o juiz, diante desse quadro, adotar critérios firmes e razoáveis, que possam servir de verdadeiros guias da ação administrativa e de parâmetro de interpretação das normas, com o objetivo de controlar a atividade do poder Executivo e de modo a assegurar a prestação pública correspondente aos direitos fundamentais dos administrados, especialmente nos casos em que a administração atua com ineficiência em relação ao atendimento das prioridades sociais, como as áreas de saúde, educação, as quais apresentam deficiências.

⁸¹ *Ibid.* p. 31-32.

⁸² *Op.Cit.* p.251 *Apud* FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 144.

Ademais, deve-se pensar, ainda, nas insuficiências e defeitos da lei, já que vai longe a crença na onipotência do legislador, como diz Bachof⁸³, ao explicar porque a Lei Fundamental alemã deu aos juízes o poder de serem seus guardiães, o que se explicaria pela concepção da Constituição da existência e vigência de uma ordem de valores morais anteriores ao Direito, ou seja, uma volta à idéia do Direito como prévio à lei. Esta concepção, ainda que não possa ser provada por evidências materiais, manifesta-se pela força vinculante dos valores da Justiça, nos quais se incluem a personalidade do homem, como autonomia do ser, e a proibição da arbitrariedade. Logo, se a lei é defeituosa, se a Administração deixa de cumprir com seu papel de promover a dignidade de seus tutelados, conforme o interesse geral e os objetivos de sua existência, cometendo atos que desatendem os princípios básicos orientadores da atividade pública, nada mais resta senão o Judiciário promover uma correção da atuação administrativa, determinando a realização das ações corretas para suprir as falhas do poder Executivo. Nada há na conduta de irregular, ou ilegal, mas apenas a conformação dos princípios do Estado de Direito, de uma separação interdependente entre os poderes.

Assim, a função judicial passa por uma profunda reformulação, já que, na concepção tradicional da separação dos poderes, o Poder Judiciário somente tinha plenitude nas relações privadas. Isto se dava porque o espaço público deveria ser ocupado apenas pelos eleitos pela população com liberdade absoluta, e agora o Judiciário precisa rever essa postura e passar a intervir mais ativamente no espaço público.

Nessa proposta de revisão do papel do Judiciário, convém trazer à baila as ponderações de Lênio Streck⁸⁴ apontando a nova ordem jurídica inaugurada pela Constituição de 1988:

Inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder ser suprimidas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito. Ou isto, ou tais mecanismos legais/ constitucionais podem ser expungidos do Texto Magno.

⁸³BACHOF, Otto. **Jueces y Constitución**. Traducción de Rodrigo Bercovitz Rodriguez-Cano. Madrid: Civitas, 1985, p. 45-47.

⁸⁴STRECK, Lênio Luiz. **As constituições sociais e a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental**. 1988-1998, uma década de Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.p. 323.

Por sua vez, Krell⁸⁵ afirma peremptoriamente que:

Parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da separação dos poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços sociais básicos do Estado Social, visto que os Poderes Legislativos e Executivo no Brasil se mostram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.

Cappelletti⁸⁶, por fim, já lecionava a necessidade de um Judiciário distinto do tradicional, afirmando o mestre de Florença com precisão:

Mas a dura realidade da história moderna logo demonstrou que os tribunais – tanto que confrontados pelas duas formas acima mencionadas de gigantismo estatal, o legislativo e o administrativo – não podem fugir de uma inflexível alternativa. Eles devem de fato escolher uma das duas possibilidades seguintes: (a) permanecer fiéis, com pertinácia, à concepção tradicional, tipicamente do século XIX, dos limites da função jurisdicional, ou (b) elevar-se ao nível dos outros poderes, tornar-se enfim o terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador.

Pode-se, tranqüilamente, extrair dos trechos retrocitados uma preocupação comum, ou seja, a de que haja um novo perfil da atuação do Poder Judiciário, permitindo a efetivação dos direitos fundamentais. Frise-se que tal proposta não se enquadra como um mero juízo subjetivo, mas como uma realidade que vem a cada dia demonstrando a sua aceitação e importância na materialização da Constituição.

Uma postura mais ativa do Judiciário implica possíveis zonas de tensões com as demais funções do Poder. Não se defende, todavia, uma supremacia de qualquer uma das funções, mas supremacia da Constituição, o que vale dizer que o Judiciário não é mero carimbador de decisões políticas das demais funções.

Eventual colisão de funções não é argumento válido para refutar o aprimoramento da função judicial em prol da melhor aplicação possível da Constituição, posto que existem, em todas as constituições, critérios prévios para a definição de soluções na hipótese de choques entre as funções, como, por exemplo, o controle de constitucionalidade.

⁸⁵KRELL, Andréas. **Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais**: a Constituição concretizada construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p.29.

⁸⁶CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 47.

Outro aspecto relevante que obriga a releitura da separação das funções é a adoção de um novo papel dos princípios constitucionais.

A esse respeito pontificou com precisão Daniel Sarmento⁸⁷:

As constituições são compostas por princípios e regras jurídicas. Uma Constituição que só contivesse princípios não emprestaria a segurança jurídica e previsibilidade necessárias ao ordenamento, mas uma Constituição, fundada exclusivamente em regras, não possuiria a plasticidade necessária à acomodação dos conflitos que eclodem na sociedade.

Ora, os princípios provocam irrefutavelmente uma postura distinta do juiz, uma vez que a densificação da norma constitucional pode ocorrer diretamente por meio do juiz.

A dignidade da pessoa humana passa a não ser apenas um mero discurso, mas uma norma da qual se possa extrair efetividade para impedir ações públicas ou particulares contrárias, mesmo que não exista uma lei explicitando o conteúdo do princípio.

O dogma da completude do sistema jurídico por meio do legislador está sepultado. Hoje somente é possível falar na completude do sistema a partir de uma Constituição principiológica que requer um novo papel dos intérpretes, especialmente dos juízes. A simplória operação silogística não tem aplicação exclusiva. Estamos em um novo momento do direito, em que o alcance da solução mais adequada depende de uma fundamentação complexa, envolvendo inúmeras variáveis.

Tal postura hermenêutica é conseqüência do reconhecimento de uma relação dialética entre a Constituição e a sociedade. Como pontificou Ney Barros Bello filho⁸⁸:

⁸⁷SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000, p. 195.

⁸⁸BELLO FILHO, Ney Barros. **Sistema constitucional aberto**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 23.

A Constituição compõe-se de texto e de realidade. Há um binômio do qual não pode fugir o intérprete. O espaço constitucional compõe-se de dois planos: o texto e a realidade. Isso implica dizer que a concepção que isola o fenômeno constitucional em apenas um dos campos – o texto ou a realidade – são visões redutoras de um espaço complexo.

É preciso, portanto, conciliar o texto constitucional com uma prática constitucional adequada. Tal missão somente pode ser cumprida se o Poder judiciário não pensar mais no dogma do princípio liberal da legalidade, mas no princípio da constitucionalidade dos atos.

O legislador não é o único responsável por viabilizar a Constituição. O juiz tem a missão constitucional de impedir ações ou omissões contrárias ao texto, sem que com essa atitude esteja violando a Constituição. O juiz não é mais simples boca da lei, mas intérprete constitucional qualificado⁸⁹, que vai permitir que a Constituição não soçobre numa realidade instável como a que vivemos. Tal postura é ínsita à nova leitura da separação dos poderes, adequada ao nosso tempo de globalização e falta de paradigmas. Não podemos pensar a separação dos poderes com os fundamentos de uma sociedade que não mais existe, ao contrário, devemos construir um princípio que possa ter aplicação em nossos dias.

Para cumprimento desse mister, é indispensável vislumbrar, no princípio da separação de funções, não um fim em si mesmo, mas um meio para a efetivação da Constituição, devendo o Judiciário, portanto, nesse novo momento, atuar diretamente na preservação da supremacia da Constituição.

Por outro lado, é de se trazer à baila uma outra face do Princípio da Separação de funções bem exposto por Brenda⁹⁰, ao pontificar que

la división de poderes también significa que no es legítimo privar a ninguno de los poderes públicos de las competencias requeridas para el cumplimiento de sus tareas constitucionales. Todos los poderes deben ser

⁸⁹Não podemos olvidar que qualquer cidadão é um legítimo intérprete da Constituição, só que somente os juízes o fazem com força coercitiva. Sobre esse assunto ver a precisa lição de HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição – contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. 13.

⁹⁰BRENDA, Ernesto. El estado social de derecho. In: HESSE, Konrad (Org.). **Manual de derecho constitucional**. Barcelona:Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2001, p. 504. “A divisão de poderes significa também que não é legítimo privar nenhum dos poderes políticos das competências necessárias para o cumprimento de suas tarefas constitucionais. Todos os poderes devem ser capazes de funcionar e ter autonomia suficiente para satisfazer as suas responsabilidades” (Tradução livre).

capaces de funcionamiento y bastarse para satisfacer sus responsabilidades.

Devemos lembrar, ainda, o que Paulo Bonavides⁹¹ já lecionava com propriedade:

Tocante ao princípio da separação dos Poderes, enquanto inspirado pela doutrina da limitação do poder do Estado, é uma coisa; já inspirado pela teoria dos direitos fundamentais torna-se outra, ou seja, algo distinto, ali exhibe rigidez e protege abstratamente o conceito de liberdade desenvolvido pela relação direta indivíduo-Estado; aqui ostenta flexibilidade e protege de maneira concreta a liberdade, supostamente institucionalizada na pluralidade dos laços e das relações sociais [...]. Na equação dos poderes que se repartem como órgãos da soberania do Estado nas condições impostas pelas variações conceituais derivadas da nova teoria axiológica dos direitos fundamentais, resta apontar esse fenômeno da transferência e transformação política: a tendência do Poder judiciário para subir de autoridade e prestígio; enquanto o Poder Legislativo se apresenta em declínio de força e competência.

A jurisprudência brasileira vem crescendo neste sentido, tendo os tribunais dos Estados, mais do que sempre, determinado a obrigatoriedade das administrações públicas de cumprir com suas finalidades constitucionais. Exemplo disso é a decisão da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, na qual a Corte reconhece que a Administração estadual deve realizar, com absoluta prioridade, conforme exige o Estatuto da Criança e do Adolescente, o tratamento médico-cirúrgico de seis mil crianças submetidas a condições irregulares e ineficientes em hospital infantil do Estado. No acórdão que se discutiu a legitimidade do Ministério Público para a defesa do direito de um menor a não ser colocado em fila de espera para atendimento de saúde, o relator, ministro Luiz Fux, ressaltou 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 o instituiu”. Isso significa afirmar, como fez o ministro, que, diante dessas circunstâncias, está afastada a alegação de “(...) ingerência entre os poderes, (...)” uma vez que o Judiciário, “(...) alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional”.

⁹¹BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 586.

A seguir, transcreve-se os principais trechos da referida decisão⁹²:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL À ABSOLUTA PRIORIDADE NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMA CONSTITUCIONAL REPRODUZIDA NOS ARTS. 7 E 11 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMAS DEFINIDORAS DE DIREITOS NÃO PRAGMÁTICAS. EXIGIBILIDADE EM JUÍZO. INTERESSE TRANSINDIVIDUAL ATINENTE ÀS CRIANÇAS SITUADAS NESSA FAIXA ETÁRIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CABIMENTO E PROCEDÊNCIA. [...].

2. O direito constitucional à absoluta prioridade na efetivação do direito à saúde da criança e do adolescente é consagrado em norma constitucional reproduzida nos art. 7 e 11 do Estatuto da Criança e do Adolescente. [...] 4. Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso que cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. **Prometendo o Estado o direito à saúde, cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade política e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi no sentido da erradicação da miséria que assola o país.** O direito à saúde da criança e do adolescente é consagrado em regra com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, in casu, o Estado. 5. Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo da criança. [...]. 6. **A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do Judiciário na esfera da Administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea.** 7. Um país cujo preâmbulo constitucional promete a redução das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar o direito à saúde das crianças a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais. [...] 12. O direito do menor à absoluta prioridade na garantia de sua saúde, insta o Estado a desincumbir-se do mesmo através de sua rede própria. **Deveras, colocar um menor na fila de espera e atender a outros, é o mesmo que tentar legalizar a mais violenta afronta ao princípio da isonomia, pilar não só da sociedade democrática anunciada pela Carta Magna, mercê de ferir de morte a cláusula de defesa da dignidade humana** (grifos acrescentados).

Ainda neste sentido, a decisão proferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n 45/DF, onde impugnava-se o veto do Presidente da República ao § 2 do art. 55 da Lei n 10.707/03⁹³ (Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO). Segundo a parte autora, a supressão do citado dispositivo inviabilizou o

⁹²BRASIL. RESP. 577.836/SC – 1 TURMA – julgamento em 21 de out de 2004. **Diário de Justiça** 28 fev 2005, p. 200.

⁹³BRASIL. Lei n.10.777 de 24 de novembro de 2003. Disponível em : www.planalto.gov.br. Acesso em : 23 ago 2007.

cumprimento do preceito fundamental veiculado pela emenda constitucional n. 29/2000.

Posteriormente, contudo, foi editada a Lei 10.777/03, restaurando, em linhas gerais, na LDO, a regra vetada, razão pela qual restou prejudicado o julgamento da ADPF, o que foi reconhecido em decisão monocrática.

Todavia, isso não impediu que o Relator enfrentasse a questão da intervenção judicial para concretização de políticas públicas, em face da omissão estatal inconstitucional, afirmando a sua possibilidade, ainda que em caráter excepcional.

O tema traz à tona a questão dos limites da jurisdição perante os outros poderes do Estado na tarefa de efetivação dos chamados direitos sociais prestacionais.

Para melhor análise da questão, passa-se a transcrever a decisão proferida na ADPF – ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL n 45/DF:

EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBITRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO 'MÍNIMO EXISTENCIAL'. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO) DECISÃO: Trata-se de argüição de descumprimento de preceito fundamental promovida contra veto, que, emanado do Senhor Presidente da República, incidiu sobre o § 2º do art. 55 (posteriormente renumerado para art. 59), de proposição legislativa que se converteu na Lei nº 10.707/2003 (LDO), destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004. O dispositivo vetado possui o seguinte conteúdo material: "§ 2º Para efeito do inciso II do caput deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da

Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza". O autor da presente ação constitucional sustenta que o veto presidencial importou em desrespeito a preceito fundamental decorrente da EC 29/2000, que foi promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde. Requisitei, ao Senhor Presidente da República, informações que por ele foram prestadas a fls. 93/144. Vale referir que o Senhor Presidente da República, logo após o veto parcial ora questionado nesta sede processual, veio a remeter, ao Congresso Nacional, projeto de lei, que, transformado na Lei nº 10.777/2003, restaurou, em sua integralidade, o § 2º do art. 59 da Lei nº 10.707/2003 (LDO), dele fazendo constar a mesma norma sobre a qual incidira o veto executivo. Em virtude da mencionada iniciativa presidencial, que deu causa à instauração do concernente processo legislativo, sobreveio a edição da já referida Lei nº 10.777, de 24/11/2003, cujo art. 1º - modificando a própria Lei de Diretrizes Orçamentárias (Lei nº 10.707/2003) - supriu a omissão motivadora do ajuizamento da presente ação constitucional. Com o advento da mencionada Lei nº 10.777/2003, a Lei de Diretrizes Orçamentárias, editada para reger a elaboração da lei orçamentária de 2004, passou a ter, no ponto concernente à questionada omissão normativa, o seguinte conteúdo material:

'Art. 1º O art. 59 da lei nº 10.707, de 30 de julho de 2003, passa a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos:

'Art.59[...] § 3º Para os efeitos do inciso II do caput deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza

§ 4º A demonstração da observância do limite mínimo previsto no § 3º deste artigo dar-se-á no encerramento do exercício financeiro de 2004.' (NR).'
(grifei)

Cabe registrar, por necessário, que a regra legal resultante da edição da Lei nº 10.777/2003, ora em pleno vigor, reproduz, essencialmente, em seu conteúdo, o preceito, que, constante do § 2º do art. 59 da Lei nº 10.707/2003 (LDO), veio a ser vetado pelo Senhor Presidente da República (fls. 23v.).

Impende assinalar que a regra legal em questão - que culminou por colmatar a própria omissão normativa alegadamente descumpridora de preceito fundamental - entrou em vigor em 2003, para orientar, ainda em tempo oportuno, a elaboração da lei orçamentária anual pertinente ao exercício financeiro de 2004. Conclui-se, desse modo, que o objetivo perseguido na presente sede processual foi inteiramente alcançado com a edição da Lei nº 10.777, de 24/11/2003, promulgada com a finalidade específica de conferir efetividade à EC 29/2000, concebida para garantir, em bases adequadas - e sempre em benefício da população deste País - recursos financeiros mínimos a serem necessariamente aplicados nas ações e serviços públicos de saúde. Não obstante a superveniência desse fato juridicamente relevante, capaz de fazer instaurar situação de prejudicialidade da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República.

Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e

culturais - que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional:

'DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO.- O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um facere (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação.

- Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse non facere ou non praestare, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. [...]

- A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental."

(RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

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

Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte - que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política "não pode converter-se em promessa constitucional inseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado' (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à 'reserva do possível' (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, 'The Cost of Rights', 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos,

sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - 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.

Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. Daí a correta ponderação de ANA PAULA DE BARCELLOS ('A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais', p. 245-246, 2002, Renovar): Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição.

A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.' (grifei)

Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da 'reserva do possível', ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.

Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.

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.

É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.

Extremamente pertinentes, a tal propósito, as observações de ANDREAS JOACHIM KRELL ('Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha', p. 22-23, 2002, Fabris): 'A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado 'livre espaço de conformação' [...]. Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos.

Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional.

No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais. A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis; normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes [...]

Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social.

A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como conseqüência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. [...] Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais." (grifei)

Todas as considerações que venho de fazer justificam-se, plenamente, quanto à sua pertinência, em face da própria natureza constitucional da controvérsia jurídica ora suscitada nesta sede processual, consistente na impugnação a ato emanado do Senhor Presidente da República, de que poderia resultar grave comprometimento, na área da saúde pública, da execução de política governamental decorrente de decisão vinculante do Congresso Nacional, consubstanciada na Emenda Constitucional nº 29/2000.

Ocorre, no entanto, como precedentemente já enfatizado no início desta decisão, que se registrou, na espécie, situação configuradora de prejudicialidade da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental.[...] Sendo assim, tendo em consideração as razões expostas, julgo prejudicada a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da perda superveniente de seu objeto.

Difícil não concordar com a possibilidade de interferência excepcional do Poder Judiciário na formulação e implementação de políticas públicas. Dizendo melhor, não é recomendável negar categoricamente essa possibilidade.

Os direitos consagrados na Constituição não podem se constituir em mera retórica. Da mesma forma, não se pode falar em ampla liberdade dos mandatários, mas sim em submissão à lei e, em especial, à Lei Maior. Todavia, sobremaneira difícil é a tarefa de saber exatamente quando deverá se dar essa intervenção e como ela será feita, de modo que não se torne ingerência despropositada.

Assim, a essa visão garantista⁹⁴ do controle, pelo poder Judiciário, sobre os atos da Administração deve impor uma certa cautela para não transformar a

⁹⁴Sobre a teoria garantista, as palavras de Maria Goretti Dal Bosco."O Estado de Direito, enquanto ordenamento jurídico garantista, implica a reavaliação do princípio da legalidade, para superar a pluralidade de fontes que se verifica no modelo positivista, elevando-se a Constituição a centro orientador das ações do Estado e irradiador das garantias dos direitos fundamentais. Nesse sentido, Ferrajoli afirma que uma Constituição não é instrumento de representação da vontade comum de um povo, mas serve para garantir os direitos de todos, inclusive frente à vontade popular, se for o caso. Não cabe à Constituição a tarefa de expressar uma homogeneidade cultural, identidade coletiva ou coesão social, mas, ao contrário, a de garantir através daqueles direitos, a convivência pacífica entre os sujeitos e interesses diversos e virtualmente em conflito. Isso significa que as decisões que possam restringir direitos fundamentais, ainda que tomadas com base na vontade da maioria, devem ser repelidas pelo ordenamento. A realidade dos ordenamentos jurídicos, todavia, expressa a emergência de algumas medidas da administração pública, que buscam resolver situações imediatas e estruturais, em regra ligadas aos desajustes econômicos que resultam de políticas públicas planejadas e implementadas de forma ineficiente. A correção que o enfoque garantista pode proporcionar ao ordenamento jurídico parece ser a redução da defasagem entre a existência de normas de tendências garantistas previstas nos ordenamentos e a realização de práticas antigarantistas, as quais, por sua grande incidência, têm comprometido, até mesmo, a legitimidade dos governantes. Logo, a legitimidade garantista será a que promover a "(...) adequação da produção normativa e da ação administrativa aos valores plasmados nas cartas de direitos fundamentais". Assim, o Estado não pode ser apenas instituição capaz de oferecer um aparato burocrático à sociedade, mas deve ser o instrumento para promover o respeito e a multiplicação das instituições políticas e o Estado de Direito, em busca da formação de uma base sólida, preparada para assegurar a equidade e construir políticas sociais voltadas à ampliação da cidadania social. Nesse sentido é que se pode colocar a proposta do Garantismo Jurídico, voltado à limitação do poder estatal, impondo-lhe uma atuação compatível com a moral política e eficiente do ponto de vista da gestão dos interesses coletivos, em benefício da implementação dos direitos fundamentais, por meio de políticas públicas comprometidas com as necessidades básicas que promovem a dignidade humana. FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del estado de derecho*. *Apud*: CARBONELL, Miguel *et al.* **Neconstitucionalismo (s)**. Traducción de Pilar Allegue. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 13-29.

administração pública no “governo dos juízes”⁹⁵, especialmente quando se fala em atingir a seara da discricionariedade administrativa, a qual, não se resume à faculdade de definir por uma ou outra solução, pelo administrador, mas de seguir os ditames legais no sentido de adotar aquela que melhor atenda ao interesse público.

O controle judicial da ação administrativa, portanto, proporcionando a satisfação do direito violado pela ineficiência, imoralidade ou omissão do poder público, é também direito fundamental do cidadão, de acesso eficaz aos mecanismos judiciais quando houver lesão ou ameaça aos seus direitos, como prevê a Constituição brasileira (art. 5, XXXV).⁹⁶

Ademais, deve-se recordar que o acesso à prestação jurisdicional deve ser eficiente, sob pena de se perpetuar a violação aos direitos do cidadão pela Administração e também pelo Judiciário, pois os processos cujos prazos são dilatados ilimitadamente equivalem à denegação de justiça ao administrado.

Nesse aspecto, ganham importância ainda mais significativa os procedimentos cautelares a que o juiz pode recorrer para efetivar um direito violado, a tempo de que este proporcione ao seu titular, a prestação de que ele necessita, enquanto seu processo encontra-se em tramitação no Judiciário. Nesse sentido, a jurisprudência dos tribunais tem sido numerosa, determinando providências cautelares às Administrações de Estados e Municípios para atender necessidades vitais como prioridade para transplantes, fornecimento de medicamentos de alto custo e transportes a deficientes, entre outros.

Neste sentido, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

[...] o 'Judiciário não é órgão capacitado para promover a escolha de paciente em situação mais grave, o qual deve ter preferência na lista de

⁹⁵SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Op.cit.* p. 37. O autor afirma que os poderes dos juízes, por não terem legitimação democrática do Governo, que é responsável diante do Parlamento e dos administrados, e nem contarem com os meios técnicos e profissionais da Administração, devem ser exercidos com “suma cautela” quando se trata de avaliar decisões discricionárias. Daí porque é necessário que o Judiciário tenha as condições necessárias para que os juízes possam reservar-se tempo para estudar e amadurecer os assuntos da Administração, o que é extremamente dificultado pela multiplicação de processos sob a responsabilidade dos juízes.

⁹⁶O texto do art. 5, XXXV, da Constituição prevê: “(...) a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

espera pelo órgão do qual necessita, em detrimento aos demais pacientes', e havendo risco de morte o paciente [...] se enquadra nas situações de 'urgência máxima', antecipação de tutela deferida para que o agravante seja incluída no rol dos casos de urgência máxima' (CPC, art. 527, III).
TJRS - AI 70012715108 – 1 CÂMARA CÍVEL – REL. DES. IRINEU MARIANI – JULGADO EM 24/08/2005.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁹⁷ é corrente nesse mesmo caminho em relação a questões de saúde. Assim, a Corte já afirmou:

Com todo respeito aos que entendem que as normas constitucionais são de natureza meramente programáticas e de proteção do interesse geral, não conferindo aos seus beneficiários o direito de exigir o atendimento de assistência e proteção vitais à saúde, a exemplo do fornecimento de medicamentos, sem os quais os que deles necessitam fatalmente hão de perecer. Felizmente, este egrégio Tribunal e em momento oportuno, atento à realidade dos fatos, passou a dar interpretação menos restritiva ao texto constitucional.(STJ. ROMS. 13.452/MG. REL. MIN. GARCIA VIEIRA.Diário de Justiça 7 out. 2002)

Não se pode esquecer, entretanto, de que o princípio da separação dos poderes deve ser compatibilizado com o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional.⁹⁸ Mas essa compatibilização somente pode ser realizada desde que haja uma ponderação com base no ideal de legitimidade do poder, e a legitimação material do poder político do Estado, na atualidade, está estreitamente vinculada ao alargamento dos sistemas de controle e não a recusa ou estreitamento. Ademais, como observa Alvarez Rico⁹⁹, devem ser aplicados à administração todos os controles possíveis, no sentido de atingir a eficiência. Logo, isso inclui todos os tipos de controles, sejam eles internos, como o hierárquico, representado pela autotutela do poder público e a garantia dos recursos administrativos aos cidadãos, o financeiro e contábil, que se refere à gestão patrimonial, e, ainda, aquele organizativo específico, que se relaciona à criação e reorganização dos entes e órgãos públicos, metodologias de trabalho, procedimento e regime de pessoal; ou os externos,

⁹⁷Está consolidada na Jurisprudência do STJ, inclusive contra a Fazenda Pública, a antecipação da tutela em casos de fornecimento de prestações na área de saúde pública. Vejam-se as seguintes decisões: RESP 699.495/RS. Rel. Min. Luiz Fux. 1 Turma. Julgamento em 26 ago de 2005. **Diário de Justiça** de 05 set 2005, p.265; AGRGRESP 189.108/SP. Rel. Min. Gilson Dipp. **Diário de Justiça** de 2 abr.2001. RESP 490.228/RS. Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca. **Diário de Justiça** 31 mai 2004. AGRGRESP 440.686/RS. Rel. Min. Felix Fischer. **Diário de Justiça** de 16 dez 2002. AGRESP 554.776/SP. Rel. Min. Paulo Medina. Diário de Justiça 6 out 2003; AGRGRESP 189.108/SP. Rel. Min. Gilson Dipp. **Diário de Justiça** 2 abr.2001. AGRGAG 334.301/SP. Rel. Min. Fernando Gonçalves. **Diário de Justiça** 5 fev.2001.

⁹⁸MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: dialética, 1999, p. 11.

⁹⁹ALVAREZ RICO, Manuel. **Principios constitucionales de organización de las administraciones públicas**. 2 ed. Madrid: Dykinson, 1997, p.182 e ss.

representados pelo Parlamento, o Judiciário, e outros, realizados por instituições independentes, como os tribunais de contas; e os controles de caráter social, que são realizados por entidades organizadas, tais sejam os partidos políticos, sindicatos, ou pelas populações, através da manifestação de suas opiniões.

Fixadas essas premissas sobre a separação dos poderes e a possibilidade do controle judicial de políticas públicas, convém analisar no próximo item as questões relativas à legitimidade do juiz para exame seu exame.

IV.2 - A Legitimidade do Juiz para o Controle de Políticas Públicas

Não é tarefa fácil discutir a legitimidade do juiz para exercer o controle de políticas públicas. Como afirma Cláudio Pereira Neto¹⁰⁰:

Tem sido bastante discutida, como se sabe, a relação entre democracia e constitucionalismo. A possibilidade o Judiciário substituir na produção de normatividade, o Legislativo e o Executivo, legitimados pelo voto popular, exige, efetivamente, uma justificação complexa.

Para bem cumprir esse mister, deve-se inicialmente analisar a vinculação do juiz à lei. Tal questão está condicionada ao modo pelo qual se entende o direito.

Numa concepção positivista, haverá uma plena identificação do direito com a lei. Tal concepção foi bem sintetizada por Geovany Cardoso Jevaux¹⁰¹, ao ponderar que:

O primado da lei leva ao legalismo. O sistema 'pleno' ou 'fechado' implica a ausência de lacunas, por um lado e, por outro, o sistema como método da ciência jurídica, que fornece os conceitos de procedimento construtivo e da subsunção. A interpretação torna-se mera leitura da norma escrita e a separação de interpretação e criação do direito, ao mesmo tempo em que justifica o ponto precedente, inibe qualquer criatividade do intérprete. Este aliás, recolhe-se à insignificância de mero aplicador de uma norma já interpretada pelo legislador.

¹⁰⁰SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Teoria da Constituição, democracia e igualdade**: teoria da Constituição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 1.

¹⁰¹JEVEAUX, Geovany Cardoso. **A simbologia da imparcialidade do juiz**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 61.

Note-se que nessa concepção positivista, a legitimação da decisão judicial é a lei. Como leciona Hassamer¹⁰²:

Em regra, a norma codificada é capaz de legitimar materialmente a decisão jurídica, sem que a fundamentação da decisão tenha, obrigatoriamente, de fazer referência a princípios de decisão, que, por sua vez, são o fundamento da norma codificada.

Constata-se, facilmente, que a legitimidade do juiz derivaria da identificação da lei adequada ao caso concreto; ao ir para além da lei, o juiz entraria em seara que não lhe pertence, violando a separação dos poderes e decidindo, portanto, sem legitimidade.

Essa concepção do direito não pode ser existente em nossos dias, mas antes de demonstrar a nova concepção seria interessante trazer à discussão tradições dentro da ortodoxia do positivismo, como na clássica passagem de Hassamer¹⁰³:

Nestes programas informais, estão incluídas importantes áreas da actividade decisória dos juízes, como, por exemplo, a apreciação de provas em todos os tipos de processos ou a fixação da pena no direito penal. Ninguém poderá deduzir, completamente, das instruções descritas de decisão contidas na lei, na dogmática e na jurisprudência que o depoimento de uma certa testemunha apenas seja em parte credível ou que seja justo inflingir uma pena de prisão de, exactamente, um ano e três meses para determinado delito penal.

Ora, o Código Penal prevê para o homicídio simples uma pena que varia de seis a vinte anos. Apesar de todas as regras para a dosimetria da pena, é inegável que não há como alguém, em abstrato, sempre prever com precisão a pena exata que será aplicada ao réu, pois inúmeras circunstâncias serão consideradas na visão do julgador.

Imaginemos então uma norma que tivesse o seguinte conteúdo: “A pena poderá ainda ser atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista em lei”.¹⁰⁴ Ora, nessa hipótese, o legislador

¹⁰²HASSAMER, Winfried; KAUFMMAN, Arthur (Org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 287.

¹⁰³*Idem*.

¹⁰⁴Essa é exactamente a redação do art. 66 do Código Penal.

confere ao juiz o poder de criar atenuante inominada e não há como questionar a legitimidade do juiz para reconhecer essa atenuante.

Verifica-se, então, que o juiz tem poderes para completar o ordenamento jurídico ou interpretar de modo a viabilizar a justiça, mesmo que para tanto precise ir além do legislador.

Corroborando tal argumentação, devemos lembrar que a Constituição confere ao supremo Tribunal Federal a sua guarda e que, no Brasil, qualquer juiz, pelo controle difuso de constitucionalidade, deve, independentemente de alegação da parte, fazer prevalecer a Constituição. Ocorre que essa Constituição é recheada de princípios e conceitos jurídicos indeterminados, que precisam do juiz para materializar as normas constitucionais. Logo, é impossível continuarmos com o dogma do positivismo e da completude da legislação.

Claro que existe legitimidade do juiz para atuar além da lei, mas tal situação depende de fundamentação adequada. Nesse diapasão, Aury Lopes Júnior¹⁰⁵ afirma com propriedade que:

A legitimidade democrática do juiz deriva do caráter democrático da Constituição, e não da vontade da maioria. O juiz tem uma nova posição dentro do Estado de Direito e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, e seu fundamento é unicamente a intangibilidade dos direitos fundamentais. É uma legitimidade democrática, fundada na garantia dos direitos fundamentais e baseada na democracia substancial.

Frise-se que, quando se reconhece legitimidade do juiz para atuar além da lei, isso não significa que o juiz está acima dela. Colocar o juiz acima do legislador é repetir o erro que se critica (superioridade do Legislativo), apenas mudando o conteúdo subjetivo do erro. Zagrebelsky¹⁰⁶ atinge o ponto central da questão ao pontificar:

¹⁰⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 73.

¹⁰⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. Madrid: Editorial Trota, 1995, p. 153. “Podemos, portanto, corrigir a afirmação com que começamos essa epígrafe. Hoje, certamente, os juízes têm uma grande responsabilidade na vida do direito, desconhecida dos ordenamentos do Estado legislativo. Mas os juízes não são os senhores do direito no mesmo sentido que foram os legisladores no século passado. São mais precisamente os garantidores da completude estrutural do direito no Estado constitucional, quer dizer, os garantidores da necessária e dúctil coexistência entre lei, direito e justiça. E mais, podemos afirmar como conclusão que entre o estado constitucional e qualquer senhor do direito há

Podemos, portanto, corrigir la afirmación com que comenzamos esta epígrafe. Hoy, ciertamente, los jueces tienen una gran responsabilidad em la vida Del derecho desconocida em los ordenamientos del Estado de derecho legislativo. Pero los jueces no son los señores del derecho em el mismo sentido em que lo era el legislador em el pasado siglo. Son más exactamente los garantes de la complejidad estructural del derecho em el Estado constitucional, es decir, los garantes de la necesaria y dúctil coexistência entre ley, derechos y justicia. Es más, podríamos afirmar como conclusión que entre Estado constitucional y cualquier señor Del derecho hay una radical incompatibilidad. El derecho no es um objeto propiedad de uno, sino que debe ser objeto Del cuidado de todos.

Não se quer uma nova ditadura, agora, de juízes¹⁰⁷, pelo contrário, o que se pretende é a prevalência dos direitos humanos e, para tanto, não se concebe o Juiz Pilatos, ou seja, o que não pretende assumir sua importantíssima missão na nova ordem constitucional.

Ademais, para utilizar uma expressão tão cara à doutrina norte-americana, os juízes são um poder contramajoritário¹⁰⁸ para resistir, como lembra John Elster¹⁰⁹, comparando a Odisséia de Homero aos cantos das sereias.

A regra da maioria não pode ser absoluta¹¹⁰ sob pena de superarmos a ditadura de um tirano e criarmos a ditadura da maioria (mil tiranos).¹¹¹ Afirmar,

uma radical incompatibilidade. O direito não é um objeto de propriedade de alguém, mas deve ser objeto do cuidado de todos” – Tradução nossa.

¹⁰⁷Gustavo Binetbojm esclarece que: “É louvável o esforço das teorias contemporâneas sobre democracia e direitos fundamentais no sentido de balizamento de um âmbito próprio de atuação da jurisdição constitucional, que a torne compatível com o sistema de separação e harmonia entre os poderes. Mais do que meros corretivos liberais do princípio majoritário, os direitos fundamentais se afirmam, hodiernamente, como condições estruturantes da própria democracia; devem eles, por isso, ficar à margem das disputas políticas, sob a proteção de um órgão independente e capaz de subordinar os demais poderes à autoridade moral e intelectual de suas decisões”. BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

¹⁰⁸Gustavo Binetbojm argumenta com precisão que: “A jurisdição constitucional é, portanto, uma instância de poder contramajoritário, no sentido de que sua função é mesmo de anular determinados atos votados e aprovados, majoritariamente, por representantes eleitos. Nada obstante, entende-se, hodiernamente, que os princípios e direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados, são, em verdade, condições estruturantes e essenciais ao bom funcionamento do próprio regime democrático; assim, quando a justiça constitucional anula leis ofensivas a tais princípios ou direitos, sua intervenção se dá a favor, e não contra a democracia. Esta a fonte maior de legitimidade da jurisdição constitucional”. Idem.

¹⁰⁹Ver: VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição e sua reserva de justiça**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 19.

¹¹⁰Como afirma Celso Campilongo: “Assumir o critério majoritário como um instrumento inequivocamente democrático, sem o exame aprofundado de suas diversas facetas, pode conduzir a erros graves. Enfocando exclusivamente a partir de suas características lógico-formais ou jurídico-positivas, o critério majoritário reveste-se de uma suposta neutralidade dogmática. Entretanto, quando essa técnica de articulação do consenso é dissecada não apenas em sua validade legal, mas também como ferramenta de legitimidade e

portanto, o caráter contramajoritário de um poder em nada significa retirar a sua legitimidade, pois, repita-se, a legitimidade dos juízes decorre da própria Constituição e da fundamentação de suas decisões.

Referente à questão, Thomas Fleiner¹¹²:

A democracia não deve ser compreendida somente pela maioria étnica. O Estado utiliza a roupagem constitucional e democrática para dissimular a discriminação humilhante da maioria.

A democracia não deve ser compreendida como forma estatal de dominação da maioria, pois esta não pode ter sempre razão. Os direitos humanos, por exemplo, nunca devem ser sacrificados em favor dos interesses da maioria.

Ademais, devemos lembrar com José Adercio Leite¹¹³ que:

A concepção de democracia, como se defende neste artigo, não se reduz a meros procedimentos de seleção de dirigentes, nem a identidade necessária entre vontade da maioria ou da opinião pública com a vontade de todos. A vitória eleitoral não importa a escravidão silenciosa dos derrotados, nem a apuração momentânea e circunstancial de uma opinião pública, sem apoio em reflexões e debates suficientemente informados, reveladora apenas de emoção ou de slogans de propagandas políticas bem sucedidas.

Há muito já foi dito que a eleição não corresponde a um cheque em branco e que, portanto, a atuação parlamentar deve respeito à Constituição, devendo o magistrado ter sensibilidade para permitir que a Constituição seja respeitada pelas forças políticas.

Ainda, é de se lembrar as ponderações de David Diniz¹¹⁴ ao destacar que:

legitimação dos arranjos sociais, o discurso jurídico sobre a regra da maioria ganha consistência". CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e democracia**. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 44.

¹¹¹Ana Paula de Barcellos relata: "A história é pródiga em exemplos de maiorias totalitárias, sendo os dois mais recentes e famosos a Assembléia Jacobina do período do terror, na Revolução Francesa, e as maiorias nazistas e fascistas. A democracia exige mais do que apenas a aplicação da regra majoritária. É preciso que, juntamente com ela, sejam respeitados os direitos fundamentais de todos os indivíduos, façam eles parte da maioria ou não". BARCELLOS, Ana Paula de. Educação, constituição, democracia e recursos públicos. **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, 2003, p. 43-50.

¹¹²FLEINER, Thomas. **O que são direitos humanos?** São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 53.

¹¹³SAMPAIO, José Adercio Leite. **A Constituição e o pluralismo na encruzilhada**. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte: Del Rey, v. 2, jul-dez 2003, p. 79-133.

¹¹⁴DANTAS, David Diniz. **Interpretação constitucional pós-positivismo**. São Paulo: WVC, 2004, p. 233.

Centrando-se o foco nos direitos fundamentais, o papel do juiz – tomando-se por referência o estado constitucional – é de garantidor da intangibilidade dos direitos individuais do cidadão e não de protetor dos interesses da maioria. Como observa Pawlowski, o juiz que assegura autonomia privada ao cidadão é essencial ao Estado de Direito na medida em que garante que o princípio democrático não terminará em ditadura da maioria.

É claro que tal missão, o controle da política pelo direito, não é fácil. Klaus Stern¹¹⁵ já advertia em uma palestra:

Como a minha pátria, o País no qual tenho a honra de proferir essa palestra viveu tempos de ditadura. Nós, brasileiros e alemães, sabemos, portanto, que, na história, sempre foi mais difícil submeter o Poder ao Direito do que o Direito ao Poder. Se criarmos agora Estados Democráticos de Direitos, temos um elevado bem a preservar.

A atuação do juiz deve ser na efetivação das normas constitucionais, especialmente dos direitos fundamentais, mesmo que isso implique desagradar maiorias ocasionais. Claro que se deve ter todo o cuidado nessa missão, pois, como alertou Germana Moraes¹¹⁶:

Grande, enorme, imensa, gigantesca é a responsabilidade do juiz constitucional – ao atribuir corpo e alma aos princípios, ao dar vida à Constituição: cabe a ele libertar os princípios de sua sina escorpiônica – de sua tendência autodestrutiva, que ameaça a prática de injustiça em nome da justiça que eles (os princípios) pretendem realizar. Cabe ao juiz constitucional estar atento para que, em nome dos princípios constitucionais, mais injustiças não sejam perpetradas. Cabe também a ele, o juiz constitucional, escapar da armadilha do escorpião e de ser ele próprio também um. Lembrando a famosa fábula, quando era transportado nas costas pelo sapo, na travessia de caudaloso rio, o lacraio pica o batráquio, provocando o naufrágio dos dois. É preciso cuidar para que não soçobrem juntos juiz e princípios constitucionais.

Pretende-se uma postura mais ativa do Poder Judiciário, visando preservar a Constituição de políticas públicas indevidas¹¹⁷ ou de sua falta.

¹¹⁵STERN, Klaus. O juiz e a aplicação do direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). **Direito Constitucional**: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 515

¹¹⁶MORAES, Germana de Oliveira. O juiz constitucional no Brasil. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 2, jul-dez, 2003, p. 537-541.

¹¹⁷Como afirma Paulo Costa: “O controle jurisdicional-constitucional da administração pública no Estado Social de Direito não pode ser simplesmente uma investigação do cumprimento de formalidades extrínsecas da lei, senão, e principalmente, um controle substancial da não-violação e da implantação, pela administração, dos grandes vetores constitucionais”. COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 212.

Cabe, por fim, deixar consignado que a decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello no julgamento da ADPF n.45, já mencionada no item anterior do presente trabalho, vaticina o efetivo controle judicial de políticas públicas de saúde.

Após essa fundamentação geral a favor da legitimidade do controle judicial de políticas públicas, deve-se, para melhor análise do tema proposto no presente trabalho, tecer alguns comentários acerca do orçamento público e a escassez dos recursos financeiros, tendo em vista que a decisão judicial cujo objeto seja a determinação de implementação de políticas públicas, necessariamente, acarretará conseqüências no orçamento do ente federativo responsável.

IV.3 - O Controle Judicial de Políticas Públicas e Reserva do Possível

Visto os argumentos que levam à inexorável conclusão da viabilidade da intervenção judicial, é necessário fazer uma análise em separado das limitações orçamentárias e da teoria da reserva do possível, apontada como relevante óbice para a atuação do Poder Judiciário em face de omissões do Poder Público.

É argumento reiterado na discussão sobre a implementação de políticas públicas por meio do Poder Judiciário a reserva do possível.

A teoria da reserva do possível tem origem, sobretudo, nas formulações de dois juristas alemães, propostas no início dos anos 1970 e depois acolhidas pela jurisprudência constitucional daquele país. Ensina Canotilho¹¹⁸ que Haberle concebeu a “reserva de caixas financeiras” para exprimir a idéia de que os direitos sociais a prestações materiais estariam sob reserva das capacidades financeiras do Estado, se e na medida em que consistem em direitos a prestações financiadas pelos cofres públicos. De outra banda, reforçou-se essa noção de que os direitos subjetivos públicos somente seriam assegurados no âmbito do possível e do

¹¹⁸CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Metodologia ‘fuzzy’ e ‘camaleões normativos’ na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais. *In*: **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2004, p. 108.

adequado. Informa Krell¹¹⁹ que, a partir daí, a reserva do possível (Der Vorbehalt des Möglichen) passou a significar que os direitos sociais a prestações materiais dependem da efetiva disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado – disponibilidade essa que estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público. Para o Tribunal Constitucional Federal germânico, complementa o jurista, os direitos a prestações positivas “estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo de maneira racional, pode esperar da sociedade” – donde se nota, desde logo, a incidência dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade como diretrizes na definição das prestações que devem constituir o direito fundamental social.

Na lição de Sarlet¹²⁰, trata-se da efetiva disponibilidade do objeto dos direitos sociais a prestações materiais, perquirindo-se “se o destinatário da norma se encontra em condições de dispor da prestação reclamada (isto é, de prestar o que a norma lhe impõe seja prestado), encontrando-se, portanto, na dependência da real existência dos meios para cumprir com sua obrigação”. Ainda conforme o jurista, a reserva do possível, abrangeria pelo menos duas dimensões principais, quais sejam: uma dimensão fática, atrelada à noção de limitação dos recursos materiais, normalmente equiparados pela doutrina aos recursos financeiros que o Estado pode dispender; e uma dimensão jurídica, concernente à capacidade jurídica ou ao poder de disposição de que deve titular o destinatário das obrigações impostas pelos direitos fundamentais sociais a prestações materiais, no sentido de possuir competência suficiente para decidir sobre a alocação dos recursos existentes.

Ana Paula de Barcellos¹²¹ sintetiza a reserva do possível numa visão fática ao ponderar que:

A expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas. No que importa ao estudo aqui empreendido, a reserva do possível significa que, além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado – e em última

¹¹⁹KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 52.

¹²⁰SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5 ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 288-289.

¹²¹BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 236.

análise da sociedade, já que é esta que o sustenta -, é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos.

No aspecto jurídico, é alegada a necessidade de prévia dotação orçamentária como limite ao cumprimento imediato de decisão judicial relativa a políticas públicas. Mas há de se ressaltar que alegações genéricas de falta de recursos não podem passar de meras alegações.

É claro que a Constituição não é só norma e de nada adiantaria a norma constitucional ou o juiz decidir sem que houvesse elementos fáticos para o cumprimento da decisão. Todavia, antes de reconhecer singelamente a falta ou escassez de recursos, é preciso investigar, no caso concreto, essa escassez e os motivos que levaram a ela.

O conceito de escassez provém da Economia e refere-se à noção de finitude dos meios disponíveis, o que, in casu, corresponde à finitude real e concreta dos recursos financeiros existentes.

Nas palavras de Gustavo Amaral¹²², recursos escassos têm a seguinte definição:

Escassos são todos os recursos finitos, já que, em tese, será possível ocorrer uma situação onde seja necessário realizar opção disjuntiva entre atender a um reclamo ou outro, embora também teoricamente ambos devam ser atendidos, pois o recurso não é suficiente para o atendimento de todos.

Sustenta, então, o referido autor, que as pretensões a prestações positivas fundamentadas em direitos humanos (e fundamentais, acrescente-se) não encontram correlação necessária em deveres estatais, sendo exigências despidas da necessária relação de implicação recíproca entre direito e dever.¹²³

Justifica referindo que, no caso da saúde, as estatísticas mostram uma progressão geométrica dos gastos, reflexo do sucesso das políticas de combate à

¹²²AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 130, nota 277.

¹²³*Ibid.* p. 113-115.

mortalidade infantil, “que traz mais pessoas para a idade adulta, onde sofrerão doenças cujo tratamento é mais sofisticado e caro”.¹²⁴ Isso gera um descompasso entre necessidades e possibilidades, pois se os direitos fundamentais devem valer para todos e se as necessidades humanas são infinitas, os recursos para o atendimento das demandas daí decorrentes são ontologicamente finitos, limitados no que pertine à arrecadação (garantias dos contribuintes, proibição de confisco) e às despesas (gastos com as despesas do aparelho estatal, gastos com a tutela de outros direitos, sociais ou não, e gastos com a implementação de outras prestações em saúde).¹²⁵ Conclui-se, pois, pela impossibilidade de reconhecer-se um direito absoluto à saúde, “ao menos sem que se fundamente o critério de opção na colisão desse ‘direito’ com normas constitucionais como a isonomia, a impessoalidade e a motivação, que demandam a adoção de critérios claros e sindicáveis na alocação de recursos escassos”¹²⁶ - assertiva que pode ser estendida para os demais direitos sociais a prestações materiais.

A escassez dos recursos financeiros demonstra que os direitos fundamentais possuem, todos, uma dimensão econômica comum, atrelada aos custos exigidos para que sejam concretizados.

Os direitos têm “custos de oportunidade”, pois os recursos consumidos na realização de alguns direitos obviamente se tornam indisponíveis para realizar outros bens, inclusive outros direitos.¹²⁷

A efetivação dos direitos, portanto, é dependente do contexto que os engloba, quer porque o modo como são interpretados e aplicados altera-se com as circunstâncias, os avanços e os recuos do conhecimento; quer por estarem enraizados num dos terrenos mais movediços da política, que é o processo orçamentário anual, cuja decisão se dá por meio de compromissos *ad hoc*.

¹²⁴ *Ibid.* p. 34-35.

¹²⁵ *Ibid.* p.108-110. Sobre a escassez dos recursos em saúde, consultar FAGOT-LARGEAULT, Anne. *Op.Cit.* p. 82-07.

¹²⁶ *Ibid.* p.38.

¹²⁷ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes.** New York: W. W. Norton, 2000, p. 223-224.

Diante disso, Holmes e Sunstein consideram mais realística a definição dos direitos (fundamentais) como poderes individuais, derivados da condição do indivíduo enquanto membro de uma comunidade política e correspondentes a investimentos seletivos de recursos escassos, elaborados para a solução de problemas e objetivos comuns.¹²⁸ Seria mera retórica descrevê-los como invioláveis, peremptórios e conclusivos, pois “nada que custe dinheiro pode ser um absoluto”. Direitos são pretensões relativas, não absolutas, o que não significa que as decisões sobre as políticas públicas de cumprimento dos direitos fundamentais devam ser tomadas por contadores, mas tão-somente que as autoridades públicas e os próprios cidadãos devem ter em conta os custos orçamentários.¹²⁹

Na verdade, o estudo dos juristas norte-americanos salienta o fato de que todos os direitos fundamentais, e não apenas os direitos sociais a prestações materiais, demandam recursos e despesas públicas, de modo a superar-se a concepção que atribuía relevância econômica aos welfare rights e a negava aos clássicos direitos de liberdade, porque requeriam apenas uma atuação estatal negativa. Conforme assinalam, essa tese não é somente imprecisa, mas também encoraja a fantasia de que os tribunais podem impor as próprias soluções, com ou sem que os Poderes Legislativo e Executivo as suportem financeiramente.¹³⁰ A reserva do possível e a contenção decorrente da natural escassez de recursos financeiros e orçamentários restringem, destarte, a efetividade de todos os direitos fundamentais, não apenas dos direitos sociais a prestações materiais.

Desse modo, o estudo de Holmes e Sunstein demonstra que, sendo inerente a todos os direitos fundamentais a imprescindibilidade das despesas financeiro-orçamentárias, carece de sentido a distinção entre direitos “com” e “sem” custos, assim como a eventual equiparação dessa idéia à classificação dos direitos em positivos e negativos e, ainda, a delimitação das objeções resultantes da escassez financeira apenas aos direitos sociais a prestações materiais. Se todos os direitos têm custos e, por isso, acarretam gastos públicos, todos os direitos estão submetidos à reserva do possível. Além disso, a reserva do possível não constitui

¹²⁸ *Ibid.* p.122-123.

¹²⁹ “Nothing that costs money can be na absolute. (...) Rights are relative, not absolute claims”. *Ibid.* p.97-98.

¹³⁰ *Ibid.* p.122.

critério de discriminação nem tampouco de fundamentalidade, como se fosse aplicável somente aos direitos sociais a prestações materiais e para retirar-lhes o caráter de fundamentalidade, ao passo que, porque não incidente sobre os direitos de defesa, assegurar-lhes-ia a fundamentalidade constitucional.

Tal entendimento é falacioso e confunde conceitos e conseqüências jurídicas, não podendo ser aceito a partir dos pressupostos aqui acolhidos. A multifuncionalidade dos direitos fundamentais, que podem gerar diferentes posições jurídico-subjetivas passíveis de efetivação (pretensões à defesa, proteção e prestação material); a fundamentalidade formal e material, que em nada se relaciona à idéia de custos, mas que decorre da expressa consagração constitucional, quer pela previsão de mecanismos especiais e reforçados de proteção, quer pela relevância axiológica, para a comunidade que os consagra, dos bens jurídicos tutelados por esses direitos, e, finalmente, a indivisibilidade e interdependência de todos os direitos fundamentais, reflexo das normas internacionais de direitos humanos; são razões o bastante para afastar o raciocínio equivocado e admitir, entre outros, que a reserva do possível pode ser objetada à generalidade dos direitos fundamentais enquanto limitação decorrente da inerente escassez de recursos econômicos, financeiros e orçamentários.

Como lembra Novais¹³¹, a reserva do possível deve vigor como um mandado de otimização dos direitos fundamentais: o condicionamento material faz dos direitos sociais, sempre, direitos “sob reserva do possível”, a impor ao Estado não uma garantia absoluta de inviolabilidade e de tutela da autodeterminação individual, mas, antes, o dever jusfundamental de, “tanto quanto possível”, promover as condições ótimas de efetivação da prestação estatal em questão e preservar os níveis de realização já atingidos.

A reserva do financeiramente possível pode ser assim interpretada como objeção à efetividade dos direitos fundamentais, especialmente dos direitos sociais a prestações materiais, consistente no respeito às decisões orçamentárias

¹³¹NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes de República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra, 2004.

estabelecidas pelo legislador democrático, na ponderação concreta entre a escassez dos recursos financeiros disponíveis e o dever de otimizar.

Como propugna Vieira de Andrade¹³², essa escolha na afetação dos recursos públicos, diversa da mera repartição de receitas segundo o princípio da igualdade, fundamenta a insindicabilidade judicial das opções legislativas, uma vez que o princípio democrático, por outorgar ao legislador as tarefas de conformação dos direitos e de alocação dos recursos públicos, opera como limite (imaneente) aos direitos sociais; assim como o princípio da separação dos Poderes pois, definidas constitucionalmente as competências e funções políticas, não cabe ao Judiciário intervir em seara reservada ao legislador ordinário, que atua por imposição e delegação constitucional. A exarcebação de um tal controle, adverte o constitucionalista, pode levar a um Estado Judicial.

À insindicabilidade judicial das decisões orçamentárias devem corresponder a transparência e o controle dos recursos públicos – no caso, aplicados à efetivação dos direitos sociais. Comparato¹³³ sustenta a necessidade de discriminação das verbas vinculadas à realização dos direitos sociais a prestações materiais, tornando passível de controle o dever constitucional de efetivação de tais direitos. Entende que o Poder Executivo não teria liberdade para optar entre fazer ou não fazer a previsão dessas despesas orçamentárias, nem de liberar ou deixar de liberar os recursos públicos a tanto destinados, já que se está diante do atendimento a uma imposição constitucionalmente estabelecida e, por isso, do exercício de atividade administrativa vinculada.

Tal entendimento arrima-se na Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n 101/2000), cujo artigo 8, § 2, exclui a possibilidade de limitação das despesas públicas que consistam em obrigações constitucionais e legais do ente estatal.

¹³² *Op.cit.*

¹³³ COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, culturais e sociais. *In*: CUNHA, Sérgio Sérvulo da; GRAU, Eros Roberto. (Org.). **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 256-257.

Uma vez que os direitos resultam de escolhas estratégicas sobre qual a melhor forma de aplicar os recursos públicos, esclarecem Holmes e Sunstein o seguinte¹³⁴:

Há boas razões democráticas para que as decisões sobre quais direitos proteger, e em que grau, devam ser feitas do modo mais aberto possível, por uma população informada tanto quanto possível, para quem os agentes políticos, incluindo os juizes, devem endereçar as suas razões e justificativas.

Trazendo a questão para o direito à saúde, a legislação brasileira prevê a necessidade de elaboração do denominado “Plano de Saúde” – Lei n 8.080/90, artigo 36, *caput*¹³⁵ – base nas proposições adotadas pelas Conferências de Saúde e mediante participação dos Conselhos de Saúde. O plano de saúde compatibiliza “as necessidades da política de saúde com a disponibilidade de recursos, ou seja, não se trata de elaborar um manifesto amplo sobre o que deveriam ser os serviços de atendimento à saúde, mas sim de definir estratégias e prioridades na reserva do possível”, alerta Weichert¹³⁶.

No caso do direito à saúde, portanto, a definição das políticas públicas em atenção às limitações decorrentes da reserva do possível têm um foro de decisão bastante diversificado e contam com a participação direta de representantes da população por meio das Conferências de Saúde – fato que impõe maior cuidado à intervenção judicial nesses casos.

A reserva do financeiramente possível, outrossim, traz conseqüências quanto à decisão concreta sobre o tratamento de saúde exigível. Partindo de decisão da Corte Constitucional italiana, num caso em que se contrapunham a liberdade do paciente na escolha do tratamento médico e a obrigação estatal de oferta da

¹³⁴Tradução livre do original em inglês: “Because rights result from strategic choices about how best to deploy public resources, there are good democratic reasons why decisions about which rights to protect, and to what degree, should be made in as open a manner as possible by a citizenry as informed as possible, to whom political officials, including judges, must address their reasonings and justifications”. *Op.cit.* p.227.

¹³⁵Lei n 8,080/90, de 19 de setembro de 1990 - art. 36: “O processo de planejamento e orçamento do Sistema Único de Saúde – SUS será ascendente, do nível local até o federal, ouvidos seus órgãos deliberativos, compatibilizando-se as necessidades da política de saúde com a disponibilidade de recursos em planos de saúde dos Municípios, dos Estados, do Distrito Federal e da União”.

¹³⁶WEICHERT, Marlon Alberto. **Saúde e federação na Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 175.

prestação escolhida, Mathieu¹³⁷ defende que a ausência de liberdade do paciente frente às escolhas terapêuticas é dupla. De uma parte, o direito à saúde não acarreta direito ao financiamento de um tratamento livremente escolhido, se este último não decorrer de indicação médica específica, como decidiu a Corte ao asseverar que, havendo disponibilidade de tratamento adequado mais econômico, não pode o indivíduo pretender que sua escolha pessoal prevaleça sobre a opção menos custosa. A ausência de liberdade liga-se ao caráter limitado dos recursos disponíveis. De outra parte, não se reconhece irrestritamente a liberdade de escolha do doente quando postulada uma prestação estatal, visto que, em nome das exigências de saúde pública e em atenção ao princípio da dignidade humana, o Estado tem o direito (e o dever) de proteger, não somente o conjunto da população, mas o próprio doente contra si mesmo, interditando, se for o caso, o acesso do paciente a certas terapias – *verbi gratia*, tratamentos cuja eficácia não foi comprovada, medicamentos não aprovados pelos órgãos de vigilância sanitária, terapias experimentais, etc.

Nas palavras da Corte Constitucional Italiana¹³⁸:

A pretensão segundo a qual o Estado deveria ser obrigado a fornecer gratuitamente outras prestações médicas cuja eficácia é hipotética não seria razoável. Não se pode fazer repercutir sobre o serviço sanitário nacional as consequências das livres escolhas individuais concernentes ao tratamento médico preferido.

A referência indica um caminho não percorrido pelo legislador brasileiro, pelo menos ainda não totalmente, na compatibilização entre os recursos financeiros disponíveis e a necessidade de efetivação do direito à saúde a população, individual ou coletivamente. Trata-se do amplo estabelecimento de protocolos de terapêutica e conduta médica, acessíveis a todo o indivíduo que tencione obter, diretamente do Poder Público, a prestação material decorrente da tutela do direito à saúde – e, por conseguinte, igualmente acessíveis ao juiz que esteja frente a alguma pretensão de

¹³⁷MARTHIEU, Bertrand. La protection dudroit à la santé par lê juge constitutionnel. A propôs et à partir de la décicion de la Cour constitutionnelle italienne n 185 du 20 mai 1998. Cahiers du conseil Constitutionnel, n.6,1998.Disponível em: www.conseilconstitutionnel.fr/cahiers/ccc6/mathieu.htm. Acesso em 20 set. 2007.

¹³⁸Tradução livre do original francês: “la prétention selon laquelle l’Etat devrait être tenu de fournir gratuitement d’autres prestations médicales dont l’efficacité est hypothétique ne serait pás raisonnable. On ne peut faire retomber sur lê service sanitaire national lês conséquences des libres choix individuels concernant le traitement thérapeutique préféré”.

prestação de medicamentos ou tratamento médico. Na verdade, a criação e o desenvolvimento de protocolos servem de diretriz para todos os envolvidos e durante todo o processo: o doente informa-se sobre quais prestações pode dispor, a Administração fica ciente dos objetos (remédios e tratamentos) que pode ser exigida a alcançar, e o magistrado, diante do caso concreto, tem condições de averiguar em quais obrigações pode condenar o ente público responsável.

Sobre a questão dos protocolos, adverte Mariana Filchtiner Figueiredo¹³⁹:

Além do financeiramente possível, o estabelecimento de protocolos formaliza publicamente a compatibilização com o 'faticamente possível', isto é, com a escassez dos próprios recursos de saúde – médicos especializados, hospitais, centros de atendimento especial, remédios raros. Junto a essa medida, a criação e o acesso a centros de informação, inclusive pelos magistrados, asseguraria certeza e correção às ordens judiciais de encaminhamento de pacientes, evitando impasses no atendimento e, em última análise, na realização adequada do direito à saúde. A 'Central de Leitos' é um dos primeiros exemplos disso, que evita internações sem que haja leitos vagos – situação bastante comum nos Centros ou Unidades de Tratamento Intensivo – CTI/UTI. Mantida a situação atual, contudo, ainda resta ao médico responsável pelo funcionamento da entidade hospitalar escolher qual dos internados dará lugar ao paciente que possuir decisão judicial a si favorável, o que atenta contra todo o sistema de assistência médica já estabelecido (filas, critérios médicos de encaminhamento a CTIs/UTIs, princípios de ética médica); ou optar pela não-internação do paciente favorecido pela decisão judicial e sujeitar-se, entre outros, à responsabilização penal por descumprimento de ordem judicial'.

Analisados os questionamentos de um modo global, encontramos o conflito entre a regra do orçamento público e a materialização dos direitos fundamentais. Deve prevalecer o direito fundamental à prestação de políticas públicas, seja para a inclusão no plano plurianual, seja para determinar a realização de uma despesa sem previsão na lei orçamentária anual.

Não se pretende, com essa postura, menosprezar a importância do orçamento e do direito financeiro, todavia, há que se verificar até que ponto os empecilhos formais podem impedir a materialização da essência da Constituição. Cabe lembrar que a prévia previsão da despesa no orçamento não é um fim em si mesmo e que as normas constitucionais devem ser interpretadas em prol da máxima efetividade dos direitos fundamentais.

¹³⁹ *Op.cit.* p. 142.

Nesse sentido, as decisões reiteradas do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO EM FACE DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO, VISANDO COMPELI-LO A ADOTAR PROVIDÊNCIAS ADMINISTRATIVAS NO ÂMBITO DA SAÚDE, E COM VISTAS AO FUNCIONAMENTO DO HOSPITAL ROCHA FARIA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A PROPOSITURA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DISPENSADA PELO LEGISLADOR À SAÚDE PÚBLICA, ESTABELECENDO POLÍTICAS SOCIAIS QUE GARANTAM O ACESSO UNIVERSAL E IGUALITÁRIO ÀS AÇÕES E SERVIÇOS PARA SUA PROMOÇÃO. CONSTATAÇÃO PELOS ÓRGÃOS E ENTIDADES ENCARREGADOS DE FISCALIZAR A PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS NA ÁREA DE SAÚDE DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO DE IRREGULARIDADES. CONDENAÇÃO DO ENTE FEDERATIVO.

[...] Registre-se, por oportuno, que é a própria Constituição Federal, também conhecida como Constituição Programa, Constituição Princípio, exatamente por essa razão, estabelece uma série de princípios que devem ser observados pelo 'Estado', aqui considerado por seus três entes da federação, estabelecendo como diretriz, a necessidade de **previsão orçamentária** para que tudo seja feito nos moldes constitucionais definidos pelo legislador constituinte.

Salta aos olhos, portanto, que a necessidade de previsão orçamentária, isto é, a necessidade de dotação orçamentária destinada ao atendimento das exigências constitucionais relativas à saúde pública é determinação constitucional, cuja falta de dotação suficiente a esse atendimento importa em verdadeira questão de **falta contra a Constituição**, ou seja, atentado contra as normas, diretrizes e princípios contidos na Lei Maior, que sujeitam o 'infrator' às sanções existentes que para serem aplicadas convenientemente, de acordo com o princípio da reserva legal, dependem do princípio constitucional da legalidade, com os recursos da ampla defesa e contraditório, ambos corolários do princípio constitucional do direito de ação. [...] Com essas considerações aqui tecidas resta claro o dever de o Município ora apelado, guardadas as devidas dotações orçamentárias, promover as medidas necessárias ao retorno do Hospital Rocha Faria às normais condições de funcionamento e atendimento daqueles que ali demandam em busca da prestação médico-hospitalar, cumprindo, assim, as determinações que emanam da Constituição Federal [...] (grifos acrescentados) (TJRJ Apelação Cível 2005.001.14219, Rel. Des. Antônio José Azevedo Pinto, julgamento em 07 dez.2005.)

Ora, verifica-se a mudança de paradigma de simplesmente atender a reserva do possível para a aplicação dos recursos disponíveis ao máximo, ou seja, efetivamente deve-se procurar transformar em realidade as conquistas formais dos direitos fundamentais.

É claro que deverá haver um controle contínuo da efetivação dessa despesa, bem como um acompanhamento pelo Poder Judiciário do correto cumprimento das normas constitucionais, além da necessária participação do Tribunal de Contas no

controle de políticas públicas. Todavia, as dificuldades inerentes à materialização não são suficientes para obstaculizar o direito fundamental.

Enfim, a reserva do possível é um argumento que deve ser analisado e sopesado na hora da decisão judicial. Não para impedir a fixação da responsabilidade estatal, mas para que seja construída uma forma de viabilização de uma Constituição compromissada com a dignidade da pessoa humana e com os direitos fundamentais.

O tema em questão traz a lume o problema do princípio da igualdade e, em função deste, do acesso às prestações materiais decorrentes do direito à saúde, de forma que passa-se ao debate do assunto no próximo item.

IV.4 - O princípio da igualdade e o acesso à saúde

O princípio da reserva do possível se desdobra no problema do princípio da igualdade e, em função deste, do acesso às prestações materiais decorrentes do direito à saúde.

Muito embora o raciocínio a ser desenvolvido tome por premissa o exame da relação entre princípio da igualdade e direitos fundamentais sociais, o foco de discussão ficará centrado nas repercussões do princípio da igualdade sobre o acesso ao direito à saúde por meio de decisões judiciais.

A premissa inicial da análise concerne à compreensão da relação entre princípio da igualdade e direitos fundamentais sociais – tidos estes em sentido amplo a abranger as liberdades sociais e os direitos sociais a prestações materiais. nota-se, desde logo, que o Estado Social de Direito põe à mostra a insuficiência do paradigma da igualdade como generalidade da lei, refletindo a exigência de

“tratamento igual daquilo que é igual e tratamento desigual daquilo que é desigual”, na expressão de Novais¹⁴⁰.

A igualdade meramente jurídica é substituída pela busca de igualdade fática, ou seja, da igualdade de oportunidades e da disponibilização das condições materiais que, pelo menos, atenuem as desigualdades de partida. Para atingir esse desiderato, tornam-se admissíveis leis discriminatórias, com introdução de fatores de compensação ou equalização que, por meio de tratamentos privilegiados, procuram superar as desvantagens fáticas e assegurar a igualdade de oportunidades a todas as pessoas.

Assim, o princípio da igualdade não determina o mesmo tratamento ou benefício a todos, mas assegura apenas que, no processo de formação da vontade política e na concessão de benefícios ou imposição de sacrifícios por parte do Estado, os indivíduos sejam tratados com igual preocupação e respeito. O princípio da igualdade não lhe garante (ao indivíduo) o mesmo tratamento, mas antes um tratamento como igual, na referência de Dworkin.¹⁴¹

Em última análise, essa garantia decorre da ligação próxima entre os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. “É porque todos têm igual dignidade que devem ser tratados como iguais”, destaca o jurista luso¹⁴².

Tais noções já evidenciam a relação marcante entre o princípio da igualdade e direitos sociais, qual seja, a idéia de que os direitos sociais dirigem-se à equalização das diferenças fáticas entre os indivíduos.

Como explica Corso, os direitos sociais são historicamente direitos de indivíduos que, em termos sociais ou existenciais encontram-se numa situação de desvantagem em relação à generalidade dos cidadãos. A universalidade desses direitos não significa que devam ser assegurados de “igual” forma a todas as pessoas. “Se em abstrato os direitos sociais correspondem a posições que

¹⁴⁰ *Op. Cit.*

¹⁴¹ *Ibid.* p. 109.

¹⁴² *Ibid.* p. 110.

potencialmente qualquer um pode ocupar (não apenas o pobre, mas o rico que se torna pobre, não apenas o deficiente físico, mas o sadio que se torna inválido)”, em termos concretos, argumenta o jurista, “os direitos sociais vêm reconhecidos como direitos dos cidadãos desiguais: direitos cuja satisfação vem requerida em função da igualdade (Gleichheit), ou melhor, da equalização (Angleichung)”.¹⁴³

Os direitos sociais assinalam, sobretudo, um patamar de proteção a se atingido. Neles a universalidade torna-se a meta a ser atingida no ponto de chegada, isto é, com o resultado da efetivação desses direitos. Por isso não há se falar de igualdade como equiparação, reputada um critério injusto porque oblitera a desigualdade real que existe entre as pessoas. A igualdade deve comportar diversificações, na medida em que é necessário discriminar entre desigualdades diversas; dever-se-á tratar de modo desigual o que é diferente e, assim, podem ser titulares de direitos econômicos, sociais e culturais somente aquelas pessoas que precisem de ajuda, não quem dela prescindam. Igualdade como diferenciação e universalidade no ponto de chegada são os caracteres que distinguem os direitos sociais.

Paces-Barba¹⁴⁴ traz a lume o problema do tratamento diferenciado dos sujeitos no que respeita à titularidade dos direitos fundamentais sociais. Considerando-se que nos direitos sociais a igualdade é compreendida exatamente como diferenciação, e a universalidade é o objetivo a ser atingido, a posteriori, por meio das prestações sociais oferecidas, a titularidade dos direitos sociais (a prestações materiais) deve circunscrever-se aos indivíduos que careçam de ajuda, não se dirigindo às pessoas que dispensem um tal auxílio. Por isso sustenta a diversidade das ações protetivas do Estado, a partir de um nível mínimo de garantia de segurança, paz e participação na formação da vontade estatal, por meio, então, dos direitos individuais, civis e políticos; até atingir um nível máximo de satisfação das necessidades, por intermédio, a sua vez, dos direitos econômicos, sociais e culturais. Na primeira hipótese, serão titulares dos direitos todos os indivíduos, enquanto, no caso dos direitos sociais, serão tituladas somente as pessoas com

¹⁴³CORSO, Guido. **I diritti sociali nella Costituzione italiana**. Revista Trimestrale di Diritto Pubblico, n. 3, 1981, p. 781.

¹⁴⁴PECES-BARBA MARTINEZ, Gregório. **Diritti sociali: origini e concetto**. Sociologia Del Diritto, v.28, n.1, 2000, p. 33-50.

necessidade. Para ele, a generalização da assistência sanitária distancia-se da finalidade dos direitos sociais se elástica, em termos semelhantes, a quem já é auto-suficiente e àquelas pessoas que não possuam as mesmas condições. Mais do que razões econômico-fiscais, esse é um problema de justiça. A defesa do Estado social depende de não se admitir a contraditória postulação de generalização desses direitos, sintetiza o autor.

A falência do Estado-providência, aliás, põe em xeque o paradigma da intervenção estatal, refere Vieira de Andrade¹⁴⁵. Não se pode aceitar o equívoco de atrelar os direitos sociais à igualdade, assim como os ideais de justiça social à construção de uma sociedade igualitária. A fraternidade, oriunda da tríade francesa, implica uma nova concepção dos direitos sociais, em que não se atribuam a todos os cidadãos indistintamente, mas sim àqueles todos que deles necessitem e na medida dessa necessidade, uma vez que a abstração e a universalidade não se adaptam às distinções fáticas existentes dentro do próprio de beneficiários dos direitos sociais. Os direitos sociais a prestações tendem a constituir discriminações positivas e, por esse motivo, cada vez menos se mostram como direitos universais de igualdade.

Como salientam Holmes e Sunstein¹⁴⁶, a relação entre o princípio da igualdade e direitos sociais está na igualação das “condições iniciais de liberdade”, ou seja, na garantia de igualdade de oportunidades que capacitem os indivíduos a superar as condições sociais, econômicas e culturais que os separam. Não corresponde à noção de paternalismo, porquanto as prestações materiais de auxílio devem ser conferidas somente aos necessitados e na medida dessas carências, permitindo e incentivando que o indivíduo, já munido de similares condições de partida, empenhe-se no desenvolvimento de si próprio. No lugar da eliminação da assistência governamental, os recursos públicos devem ser canalizados ao intuito de estimular e subsidiar os esforços privados – por exemplo, pela provisão de créditos para negócios, incentivos financeiros para quem empregue e treine trabalhadores de baixa qualificação, treinamento para o trabalho -, tratando os beneficiários dos direitos sociais como potenciais produtores, e não como casos de caridade. No caso

¹⁴⁵ *Op.Cit.* p. 64-65.

¹⁴⁶ *Op.Cit.* p. 213-214

do direito à educação, exemplificam, à prestação de escolas, livros e professores corresponde, por parte dos estudantes, a obrigação de estudarem. Esse é o cerne da idéia de igualdade de oportunidades, ou de garantia de oportunidades minimamente decentes para todos, que valoriza os indivíduos que recebem e utilizam os benefícios oferecidos. Nesse senso, “direitos de propriedade” e direitos sociais representam esforços para integrar cidadãos, diferentemente situados, a uma vida social comum. Ao envolverem transferências de recursos, cuidados médicos, comida, moradia, trabalho, treinamento profissional, ou algumas combinações disso, os direitos sociais constituem uma forma, entre muitas, de fazer os indivíduos partícipes de um projeto nacional compartilhado.¹⁴⁷

A tese encontra defensores do Brasil. Ricardo Lobo Torres¹⁴⁸, por exemplo, defende que “a igualdade de chances ou de oportunidades, que é igualdade na liberdade, informa a idéia de mínimo existencial, que visa a garantir as condições iniciais da liberdade”. E arremata: “pela igualdade de chances garantem-se as condições mínimas para o florescimento da igualdade social, que pode se compaginar até com uma certa desigualdade final provocada pelo esforço de cada um”.

Já Menelick de Carvalho Netto¹⁴⁹ aponta para o simultâneo caráter inclusivo e exclusivo dos direitos fundamentais, pois, se por um lado promovem a inclusão social, por outro e ao mesmo tempo, produzem exclusões fundamentais. “A qualquer afirmação de direitos corresponde uma delimitação, ou seja, corresponde ao fechamento do corpo daqueles titulados a esses direitos”, ou “à demarcação do campo inicialmente invisível dos excluídos de tais direitos”.

Aplicada ao direito à saúde, a concepção de igualdade como diferenciação e universalidade como objetivo no ponto de chegada, a mencionada garantia de igualdade de chances e oportunidades aos indivíduos, tem aplicação na definição do

¹⁴⁷ *Ibid.* p. 198.

¹⁴⁸ TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *In: Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 37.

¹⁴⁹ CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.) *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 145.

acesso às ações e aos serviços de saúde, notadamente quanto aos aspectos de universalidade e integralidade.

As considerações a respeito do acesso às prestações em saúde, outrossim, remetem para campo ainda mais árduo e retomam a discussão pertinente aos critérios de regência das decisões alocativas, ante a escassez de recursos médicos e financeiros. De modo mais preciso, versam sobre a natureza das prestações oferecidas, cogitando dos limites à integralidade do tratamento de saúde fornecido.

Nessa linha, cumpre afastar, de imediato, eventuais interpretações “absolutistas” do direito à saúde que acabam levando a resultados contrários à efetivação mais plena do direito. De forma semelhante, o otimismo normativo deve ceder lugar a uma posição de maior prudência que, sem propalar a garantia irrestrita de todas as possíveis dimensões de todos os direitos simultaneamente, intenta de fato maximizá-los num contexto constitucionalmente sistemático e socialmente adequado à realidade fática brasileira.

A necessidade de se apontarem parâmetros à integralidade das prestações em saúde acompanha a prática médica, seja pela escolha de quem atender ou a quem direcionar os parcos recursos terapêuticos disponíveis, seja pelo processo de crescente publicização da gestão da morte, em que à estratégia do “mais é melhor” (mais recursos de saúde para aumentar anos de vida), contrapõe-se o debate da qualidade de vida assim obtida. Além disso, pesquisas demonstram que a decisão a respeito do que é melhor ou pior para a própria saúde varia de paciente para paciente.

O critério teórico de resolução desses dilemas proposto do John Rawls em sua teoria da justiça assevera a prevalência do justo sobre o bem, justificando a opção por organizações sociais direcionadas à permanente correção das desigualdades naturais, entre as quais a doença, com o fim de restabelecer a igualdade de oportunidades e a liberdade de cada pessoa. Em termos individuais, a concepção da justiça como equidade determina que todo o doente seja tratado como ser autônomo e capaz de decidir sobre si mesmo, a menos que a própria doença já o impeça de assim proceder. Em termos de políticas públicas de saúde, a

preponderância do justo impõe que não se fará o bem das pessoas apesar delas, e que as grandes decisões serão submetidas ao controle democrático.¹⁵⁰

Segundo o raciocínio de Rawls, Anne Fagot – Largeault argumenta que, numa sociedade democrática, dentro da qual convivem pessoas com filosofias e sensibilidades diferentes, “as soluções procedimentais são aquelas que prevalecem se for necessário definir uma regra que se imponha a todos”, num contexto em que a comunicação representa o menor denominador ético comum entre os indivíduos. Segundo a autora, a publicização das decisões em saúde deve passar por essa discussão, compreendida menos no sentido de busca de um consenso, nem sempre viável em termos coletivos, e mais propriamente como abertura suficiente para aceitar a validade de posições não coincidentes. A própria ética médica estaria impregnada de noções oriundas de ambos os referenciais filosóficos; a vigência concomitante de preceitos teleológicos (“primeiro não prejudicar, depois fazer de tudo para que a saúde do doente melhore, enfim contribuir para a melhoria da saúde pública) e preceitos deontológicos (“respeito da vida privada, não discriminação”) revelam esse fato.¹⁵¹

Sem adentrar no exame dos critérios utilizados pela bioética para a solução dos conflitos na área de saúde, sobretudo no que tange à alocação dos recursos financeiros e sanitários, a menção ao tema provoca algumas considerações. À evidência, desde logo demonstra que as “escolhas trágicas”, assim como eventuais restrições ao direito à saúde não constituem ponto de investigação e debate exclusivo às ciências jurídicas, mas, de modo diverso, permeiam outras realidades. Em função disso, pode-se intuir que o diálogo entre esses dois ramos do conhecimento certamente aportará novas perspectivas para a análise da efetividade do direito à saúde, individual e coletivamente, somando esforços e experiências, com o fito de concretização de melhores condições de saúde para todos.

Por outro lado, ao tratar de princípios como autonomia individual e justiça, esta num sentido de equidade na distribuição dos recursos de saúde, a bioética

¹⁵⁰ *Op.Cit.* p. 96.

¹⁵¹ *Ibid.* p. 100-101. Sobre os princípios de Bioética e a forma como solucionam essas questões na área da saúde, consultar KIPPER; CLOTET, 1998, p. 37-51; PESSINI, BARCHIFONTAINE, 1998, p. 81-85 e GOLDIM, no site www.bioetica.ufrgs.br

aproxima-se do sistema jurídico e com este dialoga, demonstrando o elo comum na discussão da eficácia do direito à saúde pelo prisma da garantia de autonomia individual e da justa distribuição de recursos, financeiros e sanitários. Além disso, tal abertura material também se faz no campo das decisões alocativas, chamando a atenção para a necessidade de se construírem critérios diferentes e apropriados, quer se esteja frente a uma decisão individual, ligada à “microética”, quer se esteja diante de uma decisão coletiva, então atrelada à “macroética”. Em termos de justiciabilidade do direito à saúde, esse referencial teórico comum amplia o espectro de instrumentos postos à disposição do crivo judicial, na busca por decisões mais justas.

Com isso, recuperam-se as considerações antes formuladas acerca das objeções impostas pela reserva do possível ao acesso às ações e aos serviços de saúde, inclusive no que concerne à integralidade do atendimento. Num contexto em que disparidade social se reflete também pela pretensão a prestações materiais em saúde, os questionamentos provindos da bioética abrem o leque à disposição do julgador, autorizando que justifique a exclusão de certa prestação material requerida e, assim, relativize a integralidade de atendimento sempre que outros valores, bens e princípios prevaleçam na hipótese concreta, mormente se constitucionais. Asseguram que o magistrado, pela preponderância dos valores da “macroética”, possa priorizar in concreto situações que consolidem políticas públicas de justiça social, em detrimento daquelas que, na realidade dos fatos, possam significar privilégios. Em consonância às posições defendidas neste trabalho, corrobora-se a existência de uma presunção *juris tantum* em favor da integralidade do atendimento em saúde, a indicar que, diante das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso, que abrangem tanto o responsável pelo fornecimento das prestações materiais em saúde quanto o indivíduo postulante, possa o magistrado indeferir o tratamento, parcial ou totalmente, em favor da prevalência de outros direitos, bens, valores e princípios que se mostrarem, no juízo de ponderação, carentes de tutela judicial protetiva. A justiça do sistema de saúde depende do cotejo das políticas públicas e das ações sanitárias à macroética que, como tal, conforma a atuação de todos os operadores, em termos de consecução de medidas, bem como pela decisão dos casos levados ao acerto via judicial. A desconsideração dessas circunstâncias acarreta não

apenas a quebra de unidade e coerência do sistema, mas tinge de parcialidade as decisões (administrativas, legislativas e judiciais) assim tomadas.

Presentes as considerações acerca das objeções passíveis de oposição ao controle de políticas públicas e, em especial, das políticas públicas de saúde, cumpre adentrar no exame de um dos instrumentos jurídicos que vem sendo referido como solução para superação de tais restrições, em doutrina e jurisprudência. Com esse sentido, será abordada a garantia do mínimo existencial no próximo item.

IV.5 - A Garantia de Proteção ao Mínimo Existencial

A garantia de proteção ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais reporta-se à concepção de um limite último de interpretação, que atue como parâmetro definidor da extensão do conteúdo dos direitos fundamentais, delimitando-lhes, internamente, o âmbito de garantia efetivo. O conteúdo ou núcleo essencial incide, pois, como fronteira final na conformação objetiva positivo-jurisprudencial dos bens jurídicos em conflito, resume Márcio Iório Aranha.¹⁵²

Esse entendimento refere-se à interpretação conferida pela doutrina alemã ao artigo 19.2 da Lei Fundamental de Bonn, cujo texto dispõe: “em nenhum caso um direito fundamental pode ser afetado em seu conteúdo essencial”. A cláusula de proteção do conteúdo essencial consubstancia o “limite dos limites” à restrição de direitos fundamentais, assinala Martínez-Pujalte.¹⁵³ Muito embora a Constituição brasileira não contenha dispositivo semelhante, a garantia de salvaguarda do conteúdo essencial é reiteradamente apontada pela doutrina estrangeira – sobretudo alemã, portuguesa e espanhola, em cujos textos constitucionais espelhou-se o constituinte brasileiro de 1986/1987 – como parâmetro mínimo de garantia dos direitos fundamentais, motivo pelo que, não obstante referida ausência

¹⁵²ARANHA, Márcio Iório. Conteúdo essencial das cláusulas pétreas. **Notícia do Direito Brasileiro**, Brasília, n. 7, p. 389-402, 2000, p. 396.

¹⁵³MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 20.

de positivação, cumpre analisar e perquirir a possibilidade de inferir-se tal cláusula do direito constitucional vigente, ainda que de maneira implícita.

Não tendo sido consagrada explicitamente pela Constituição da República, a garantia de salvaguarda do mínimo existencial, ou mínimo vital¹⁵⁴, é delimitada conceitualmente pela doutrina, ora como dado pré-constitucional, ora como direito fundamental decorrente do Estado Social e da proteção à vida, à integridade física e corporal, à dignidade da pessoa humana e a um série de direitos fundamentais.

Segundo Ricardo Lobo Torres¹⁵⁵: “um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas”.

Refere o jurista que o mínimo existencial é um dado pré-constitucional e, portanto, não outorgado pela ordem jurídica, mas condicionante desta, enquanto direito público subjetivo inerente à pessoa humana, com validade erga omnes; além disso, estende-se para além dos direitos catalogados no artigo 5 da Constituição Federal, sendo dotado de historicidade, isto é, de elasticidade suficiente para conformar-se ao contexto social.

Além de derivar da noção de dignidade da pessoa humana, o mínimo existencial também se fundamenta no princípio da liberdade; em princípios constitucionais como a igualdade, o devido processo legal e a livre iniciativa; nos direitos humanos; e nas imunidades e privilégios do cidadão. É delineado em termos qualitativos, como proteção daquilo que seja necessário à manutenção das mínimas condições de vida condigna, enquanto condições iniciais da liberdade, isto é, da garantia de pressupostos fáticos que permitam ao indivíduo agir com autonomia. Abrange qualquer direito, no que represente de essencial e inalienável, bem como compreende outras noções, entre as quais a idéia de felicidade do homem.

¹⁵⁴As expressões não são aqui tomadas como sinônimas. Na verdade, “mínimo vital” compreenderia apenas as prestações materiais necessárias à subsistência, enquanto a expressão “mínimo existencial” tem um sentido mais abrangente, envolvendo todas as prestações necessárias a uma vida com dignidade, que não se resume, portanto, à “sobrevida”.

¹⁵⁵TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional da era dos direitos. In TORRES, Ricardo Lobo (Org.) **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 262-263.

Para Robert Alexy, a idéia de mínimo existencial reporta-se ao princípio da igualdade de fato, cuja aplicação torna viável uma ponderação nacionalmente controlável dos valores em jogo, conforme as circunstâncias espaço, temporais vigentes. Nesse sentido, introduz a noção de um mínimo existencial relativo, passível de se adequar, mesmo enquanto pretensão posta em juízo, às condições vigentes em dada comunidade. “Tomar em consideração aquilo que o legislador garante em cada caso significaria renunciar a uma pauta jurídico-constitucional para aquilo que o legislador tem de garantir”. Essa pauta jurídico-constitucional que orienta racionalmente o processo de definição daquilo que integre o mínimo existencial é obtida, segundo argumenta, pela ponderação do direito fundamental com o princípio da igualdade de fato, que exige oriente-se o aplicador em consonância ao nível de vida efetivamente existente – o que já não aconteceria se o parâmetro tomado fosse o princípio da dignidade da pessoa humana. “Por isso, a máxima da igualdade, que inclui a igualdade de fato pode fundamentar, em casos referidos ao mínimo vital, direitos concretos definitivos à criação da igualdade de fato”.¹⁵⁶

Para Ana Paula de Barcellos¹⁵⁷, o mínimo existencial constitui uma “subcategoria” dos direitos fundamentais, ao passo que Ingo Sarlet o tem por direito fundamental¹⁵⁸, formado por uma seleção de direitos fundamentais a prestações que, pela essencialidade à garantia de condições materiais mínimas (educação, saúde, alimentação, informação) possibilitam o real exercício dos direitos individuais e políticos. Para a autora, a idéia de mínimo existencial representa a tentativa de superação das dificuldades teóricas e técnico-jurídica relacionadas à realização dos direitos sociais.¹⁵⁹

¹⁵⁶ Tradução livre do espanhol: “Por ello la máxima de la igualdad, que incluye la igualdad de hecho puede fundamentar, en casos referidos al mínimo vital, derechos concretos definitivos a la creación de la igualdad de hecho”. ALEXY, 1997, p. 414.

¹⁵⁷ *Op.Cit.* p. 45.

¹⁵⁸ *Op.Cit.* p. 325. Essa idéia também aparece na jurisprudência de outros países, como se verá nas referências colacionadas ao longo deste estudo.

¹⁵⁹ “A noção de mínimo existencial (...) procura representar um subconjunto dentro dos direitos sociais, econômicos e culturais menor – minimizando o problema dos custos – e mais preciso – procurando superar a imprecisão dos princípios. E, mais importante, que seja efetivamente exigível do Estado”. Cfe. BARCELLOS, op. cit., p. 23.

O acolhimento dessa idéia, contudo, não pode elidir a fundamentalidade material e formal de que gozam os direitos sociais a prestações materiais no ordenamento constitucional pátrio. A Constituição Federal de 1988 não faz distinção entre os direitos fundamentais, não apenas prevendo, sob o mesmo Título II, direitos e garantias individuais, direitos políticos e direitos sociais; como conferindo um mesmo regime jurídico a todos esses direitos fundamentais, inclusive quanto ao mandato de aplicabilidade imediata contido no artigo 5, § 1, do texto constitucional. As dificuldades atribuídas à exigibilidade dos direitos sociais, destarte, não se referem propriamente à eficácia jurídica, mas à menor densidade normativa dos preceitos que os consagram, por vezes carentes de interposição legislativa conformadora e do posterior – e pouco aplicado pelo Supremo Tribunal Federal – controle das omissões inconstitucionais. Presentes tais ressalvas, a concepção de mínimo existencial pode ser reconduzida ao intento de superação prática das dificuldades de concretização dos direitos sociais a prestações materiais.

Com casos da jurisprudência estrangeira, em que a matéria tem sido discutida com maior freqüência, tais idéias podem ser melhor apreendidas. Novais traz uma série de referências a acórdãos do Tribunal Constitucional de Portugal nos quais, com respaldo no princípio da dignidade da pessoa humana, foi reconhecido um direito fundamental às prestações necessárias para uma existência digna. Refere que primeiramente foram acolhidas as dimensões subjetiva e negativa desse direito, nos caso da atualização de pensões por acidente de trabalho e da impenhorabilidade de prestações sociais na parte excedente ao rendimento mínimo de subsistência, “enquanto um direito a não ser privado do que se considera essencial à conservação de um rendimento indispensável a uma existência minimamente condigna”.

Destaca Novais que, posteriormente, o Tribunal Constitucional também passou a conceber uma dimensão objetiva do princípio da dignidade da pessoa humana, “associado ao direito à segurança social, enquanto proibição de o Estado revogar, sem substituição, as normas jusfundamentais que prevêm a atribuição de prestações, pecuniárias ou em espécie, destinadas a assegurar os pressupostos materiais mínimos de uma existência condigna”, donde a dedução de “uma

obrigação, juridicamente exigível, de manutenção objectiva das prestações materiais destinadas a assegurar a existência condigna”.

No âmbito do direito francês, Mathieu resume a posição da jurisprudência em matéria constitucional, que tem utilizado o princípio da dignidade da pessoa humana para fundar a distinção de direitos de natureza social, entre os quais o direito a um mínimo de existência, que decorreria da proteção do homem, na sua essência ou existência.

Não se pode deixar morrer um homem de frio, de fome ou de doença e reconhecer, ao mesmo tempo, sua igual pertença à humanidade. A proteção da dignidade do homem pode assim encarnar-se num direito subjetivo, qual seja, o de obter os meios próprios para assegurar sua existência ou todos os meios a sua sobrevivência.¹⁶⁰

Na jurisprudência alemã, a concepção de mínimo existencial foi construída a partir dos princípios da dignidade da pessoa humana e do Estado Social, como afirmação do direito a prestações materiais básicas sem as quais o indivíduo não pode gozar de autonomia e liberdade, nem tampouco de quaisquer outros direitos. Afirma a jurisprudência tedesca, com base na lição de Dreier¹⁶¹, que “do princípio da dignidade humana, em conjugação com o princípio do Estado social decorre uma pretensão a prestações que garantam a existência”, sendo de incluir na garantia do mínimo de existência “as prestações sociais suficientes”, nos termos da legislação sobre auxílio social. Assim, “o Estado está obrigado a garantir ao cidadão desprovido de meios, através de prestações sociais” os “pressupostos mínimos” para “uma existência humanamente digna” (BVerfGE, 82, 60 (85))”. Em outros termos, o mínimo existencial refere-se a uma série de prestações sociais capazes de assegurar os pressupostos a uma existência humanamente digna, e não apenas um mínimo vital, ou o suficiente à sobrevivência pessoal. Dentre estas, certamente estão incluídas prestações mínimas em saúde.

¹⁶⁰Tradução livre do original francês: “On ne peut laisser mourir un homme de froid, de faim ou de maladie et reconnaître à la fois son égale appartenance à l’humanité. La protection de la dignité de l’homme peut alors s’incarner dans un droit subjectif, celui d’obtenir des moyens propres à assurer son existence ou tout du moins sa survie”. Cfe. MATHIEU, 1998.

¹⁶¹HORST DREIER. Grundgesetz Kommentar, Band I Mohr Siebeck: Tubingen, 1996, p. 62 e 125-126. A citação é feita no Acórdão 509/02, do Tribunal Constitucional Português, referente ao proc n 768/02, Plenário, Relator: Conselheiro Luís Nunes de Almeida, apud NOVAIS, 2004, p. 89-90.

Na verdade, os alemães teriam identificado duas dimensões distintas do mínimo existencial: de um lado, o direito de não ser privado do que se considera essencial à conservação de um rendimento indispensável a uma existência minimamente digna; e, de outro, o direito a exigir do Estado as prestações que traduzam esse mínimo. O primeiro sentido corresponde à dimensão defensiva do mínimo existencial, que coíbe ingerências sobre o status material e a qualidade de vida já alcançados pelo indivíduo; enquanto que do segundo sentido, afere-se a dimensão prestacional do mínimo de existência, passível de suscitar, para o indivíduo, o direito de exigir prestações materiais concretas.

Tal desenvolvimento teórico resulta na orientação de que a avaliação do mínimo existencial deve sopesar as necessidades biológicas das pessoas caso a caso, respaldando, com isso, a aplicação de um critério qualitativo no estabelecimento do conteúdo das prestações mínimas e explicando, assim, a variação dos montantes ou prestações concretamente deferidos.

Trazendo a questão para a seara nacional, não se pode deixar de fazer referência à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF n 45. Solicitara-se o controle concentrado da constitucionalidade do veto presidencial aposto ao dispositivo legal que regulamentava as dotações orçamentárias mínimas para a área da saúde, em cumprimento às normas da Emenda Constitucional n 29/2000. Conquanto o preceito impugnado tenha sido posteriormente substituído por outro, restando então regulada legislativamente a norma constitucional, o STF não se furtou em posicionar-se sobre a questão. Asseverou a impossibilidade de omissão estatal quanto à garantia de “condições materiais mínimas de existência” digna, cuja violação autoriza “a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado”.¹⁶²

Postas essas premissas pertinentes à noção de mínimo existencial, pode-se tratar do exame da relação entre os direitos fundamentais sociais a prestações

¹⁶²A decisão, relatada pelo Ministro Celso de Mello, encontra-se publicada no informativo 345 do Supremo Tribunal Federal, bem como no Diário de Justiça da União (DJU), de 4 de maio de 2004.

materiais e o mínimo existencial, para, a partir disso, delinear quais seriam pelo menos algumas das obrigações mínimas no que concerne à efetivação do direito à saúde, ou parâmetros mínimos, passíveis de exigibilidade judicial.

A relação entre os direitos sociais a prestações materiais e mínimo existencial dá origem, basicamente, a duas posições doutrinárias. A primeira delas, cujo expoente é Ricardo Lobo Torres, pode ser sintetizada na idéia de que a jusfundamentalidade dos direitos sociais estaria assegurada tão-somente no que tange ao mínimo existencial, ainda que esse mínimo possa ser maximizado em países mais pobres que o Brasil. Em outros termos, significa que apenas as prestações sociais abrangidas, e assim transformadas num direito ao mínimo existencial, seriam tocadas pela fundamentalidade constitucional, sendo passíveis de aplicabilidade imediata e exigibilidade judicial originária; contrario sensu, todas as demais prestações materiais, mesmo se decorrentes de direitos sociais, não constituiriam direito fundamental. O mínimo existencial, numa condição defensiva, vedaria a incidência de tributos sobre os direitos sociais mínimos dos indivíduos, fixando o limite da capacidade contributiva e consistindo, pois, em verdadeira imunidade tributária. Já numa dimensão prestacional, justificaria a entrega, pelo Estado, de prestações materiais às pessoas mais pobres – vislumbrando-se, aqui, uma limitação à idéia de universalidade, visto que apenas os necessitados fariam jus a tais auxílios. Por conseqüência, a efetivação de um máximo em direitos sociais passaria a ser obtida pelo exercício da cidadania reivindicatória e da prática orçamentária, segundo as regras do jogo democrático. Esse entendimento, conforme argumenta Ricardo Lobo Torres, abriria caminho para a superação da tese do primado dos direitos a prestações sobre os direitos de liberdade, responsável pela inviabilização do Estado Social de Direito; assim como o desfazimento da confusão entre direitos fundamentais e direitos sociais, que não tem permitido a efetividade destes últimos nem sequer numa dimensão mínima.¹⁶³

Em apertada síntese, Ricardo Lobo Torres qualifica o mínimo existencial como direito fundamental, cujo alicerce estaria na garantia das condições iniciais da liberdade. A transformação dos direitos sociais em mínimo existencial significaria a

¹⁶³ *Op.Cit.* p. 1-2.

metamorfose dos “direitos de igualdade”, em “direitos de liberdade, com a vantagem de que a liberdade caracteriza-se simultaneamente como valor e dado existencial, o que não é comum aos bens constitucionalmente resguardados por direitos sociais. Como o homem não pode ser privado do mínimo necessário à conservação da própria vida e das condições iniciais de liberdade, o mínimo existencial – e as prestações sociais nele convertidas – estariam assim, assegurados. “O fundamento do direito ao mínimo existencial”, sublinha o jurista, “está nas condições para o exercício da liberdade, que alguns autores incluem na liberdade para (freedom to), por oposição à liberdade de (freedom from)”, isto é, “na liberdade real, por contraste com a formal, ou na liberdade positiva, para diferenciá-la da negativa”.

Essa tese acolhe as concepções vigentes nos ordenamentos constitucionais alemão e português, no que concerne à carência de fundamentalidade dos direitos sociais, ou pelo menos à fundamentalidade mitigada de que se revestiriam, já que não tutelados, de forma plena e rica de instrumentos jurídicos, como os direitos individuais e políticos. Nesses países, são objeto de proteção jusfundamental ampla apenas os direitos de liberdade, razão para que as prestações sociais mínimas sejam reconduzidas a essa categoria, a fim de que possam ser resguardadas, deixando a efetivação máxima dos direitos sociais para o legislador ordinário, em esfera alheia à tutela jusfundamental. Essa concepção restrita possibilitaria a transposição das dificuldades de implementação dos direitos sociais que, pela ausência de regulação legal, insuficiente organização dos serviços, carência de recursos humanos e orçamentários, por uma série de motivos, enfim, acabam não realizados nem mesmo nos níveis mais essenciais.

Tal posição, entretanto, parece não se coadunar à fundamentalidade que o ordenamento constitucional brasileiro reconhece aos direitos sociais, o que se depreende, entre outros, das normas insertas nas cláusulas gerais dos §§ 1 e 2 do artigo 5 do Texto Maior. Como argumenta Ingo Sarlet¹⁶⁴, ao comparar a ordem constitucional brasileira com as similares alemã e portuguesa, deve-se frisar que a Constituição de 1988 não fez nenhuma ressalva quanto à fundamentalidade dos direitos sociais, nem tampouco à subsistência de um regime jurídico próprio,

¹⁶⁴ *Op.Cit.* p. 131.

consagrando-os sob o mesmo Título II, dos “Direitos e Garantias Fundamentais”, e outorgando-lhes os mesmos instrumentos jurídicos previstos para a tutela, inclusive judicial, dos direitos individuais e políticos. Não fosse isso suficiente, pode-se sustentar que os direitos sociais – e talvez até com maior razão – são também reconduzíveis à idéia de dignidade da pessoa humana à semelhança de todos os demais direitos fundamentais. Ademais, num contexto em que se estende a fundamentalidade constitucional a outros direitos – direitos reconhecidos em instrumentos internacionais firmados pelo Brasil, direitos implícitos, direitos decorrentes dos princípios e do regime constitucional-, segundo a letra do artigo 5, § 2, da Constituição da República, foge à lógica retirar o mesmo caráter jusfundamental a direitos explicitamente positivados e previstos sob a expressão “Direitos e Garantias Fundamentais”, como são os direitos sociais.

De gizar, portanto, que os direitos sociais representam, assim como os outros direitos fundamentais, o ideário de justiça e solidariedade, liberdade e igualdade reais, detendo a mesma hierarquia axiológico-fundamental conferida à totalidade dos direitos fundamentais. Numa perspectiva formal, as normas de direitos sociais gozam de aplicabilidade imediata e de supremacia normativa, sendo resguardadas pelo mesmo procedimento dificultado e pelas mesmas garantias de intangibilidade estabelecidas para quaisquer emendas constitucionais – como decorre, notadamente, da interpretação conjugada do artigo 5, § 1 e do artigo 60, § 4 da Constituição Federal. A inadmissão da fundamentalidade dos direitos sociais prestacionais não condiz, enfim, com uma interpretação sistemática do texto constitucional vigente que, conquanto possa ser alvo de críticas, representa a superação de um período histórico de restrição aos direitos fundamentais.

Saliente-se que mínimo existencial não é mínimo de subsistência. Na medida em que estritamente atado à noção de dignidade da pessoa humana, enquanto esta, pela interpretação sistemática da Constituição brasileira, pressupõe a preservação de uma série de valores e bens, o mínimo existencial há de refletir o escopo de realização do ser humano. Sem cair em excessos, devem ser asseguradas condições de alimento, saúde, educação, moradia, segurança, lazer, informação, que, mesmo em termos mínimos, permitam a fruição de uma vida digna, com liberdade e autonomia individual. “Os direitos sociais não têm a finalidade de dar ao

brasileiro apenas o mínimo. (...) Aponta a Constituição, portanto, para a idéia de máximo, mas de máximo possível (o problema da possibilidade)”, em que a reserva do possível opere como imposição de “cuidado, prudência e responsabilidade no campo da atividade judicial”, segundo Clemerson Cleve¹⁶⁵.

O mínimo existencial constitui, portanto, um *quid* a ser imposto sobre o direito fundamental, tanto no sentido de coibir vulnerações pelo Estado ou por terceiros, quanto, numa acepção prestacional, por respaldar a pretensão às condições mínimas de vida digna. Neste aspecto pode ser afirmado como direito fundamental originário, passível de imediata reclamação perante o Poder Judiciário, independentemente da elaboração de procedimentos prévios e da organização dos serviços públicos que o especifiquem.

Para Marcelo Leonardo Tavares¹⁶⁶:

As prestações relativas à garantia de dignidade da pessoa humana no conceito do mínimo existencial teriam a natureza de direitos fundamentais originários, ou seja, direitos subjetivos a prestações estatais deduzidas diretamente das normas constitucionais consagradoras.

Na determinação do conteúdo que densifica o mínimo existencial, todavia, não deve o Judiciário ir além do que exige a estipulação de um conteúdo mínimo ou essencial, sob pena de injustificadamente invadir a seara de competência legislativa. Tais prestações mínimas devem ser estabelecidas em função de uma análise in concreto que, à semelhança da definição do conteúdo essencial dos direitos, leve em conta o tipo de sociedade e as exigências e expectativas referentes ao direito em jogo, uma vez que o conteúdo de um direito não é algo fixo nem alheio à comunidade em que se radica.

Algumas referências feitas ao longo deste estudo, indicam uma tendencial convergência para o entendimento acerca da existência de um padrão mínimo de prestações materiais na área de saúde, decorrentes diretamente da consagração

¹⁶⁵ *Op.Cit.* p. 151-161.

¹⁶⁶ TAVARES, Marcelo Leonardo. “Direito à saúde (STF): comentário. In MELLO, Celso D. Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo. Arquivos de Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, v. 3. *apud* CIETTO, Luiz. Proteção dos direitos humanos e o direito à saúde. **Revista Jurídica**, Campinas, v. 18, n.2, p. 118-168, 2002, p. 160-163.

constitucional do direito fundamental à saúde e, nessa condição, passíveis de exigibilidade judicial como pretensão subjetiva originária. Mesmo em países nos quais os direitos sociais obedecem a um regime constitucional diferenciado e têm questionada a respectiva fundamentalidade, doutrina e jurisprudência vêm reconhecendo o direito originário a prestações materiais mínimas – ou, para o que ora interessa, prestações mínimas em saúde.

Corroborando a afirmação de um direito ao mínimo existencial, e a despeito da natureza de valor constitucional de que se revestem os direitos sociais, registra Mathieu que o Conselho Constitucional francês admite a tutela de prestações mínimas em saúde, dando prevalência ao princípio da dignidade da pessoa humana na solução de hipóteses concretas. Ilustra a assertiva como o exemplo da assistência médica em casos vitais e de urgência, mesmo para pacientes estrangeiros: “os cuidados de urgência e vitais estão ligados à dignidade da pessoa. Ora, não se pode renunciar à própria dignidade”. Haveria então uma coerência própria ao conjunto da jurisprudência do Conselho Constitucional Francês, “segundo a qual, quando o direito à saúde se identifica com a proteção da dignidade da pessoa, o paciente está no direito de obter as medidas positivas que permitam a proteção dessa exigência”.¹⁶⁷

Voltando a mira para o direito brasileiro, a jurisprudência brasileira tem asseverado a existência de um direito subjetivo originário a prestações materiais em saúde, notadamente quanto ao fornecimento de medicamentos pelo SUS.

Em decisão paradigmática, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República. Eis os termos do acórdão proferido:

E M E N T A: PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.O DIREITO

¹⁶⁷Tradução livre do original francês: “Lês soins d’urgence et vitaux sont liés à la dignité de la personne. Oro n ne peut renoncer à as dignité”. Cfe. MATHIEU, 1998.

À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA.

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

- O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa 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.

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

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

DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES.

- O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.

Relatório: Trata-se de recurso de agravo tempestivamente interposto pelo Município de Porto Alegre contra decisão, que, por mim proferida, está assim ementada:

'AIDS/HIV. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES. LEGISLAÇÃO COMPATÍVEL COM A TUTELA CONSTITUCIONAL DA SAÚDE (CF, ART. 196). PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

- A legislação que assegura, às pessoas carentes e portadoras do vírus HIV, a distribuição gratuita de medicamentos destinados ao tratamento da AIDS qualifica-se como ato concretizador do dever constitucional que impõe ao Poder Público a obrigação de garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde. Precedentes (STF).

- 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 omissão, em censurável comportamento inconstitucional.

O direito público subjetivo à saúde traduz bem jurídico constitucionalmente

tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público (federal, estadual ou municipal), a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas que visem a garantir a plena consecução dos objetivos proclamados no art. 196 da Constituição da República.'

(RE 271.286-RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

A decisão ora agravada - que não conheceu do recurso extraordinário deduzido pela parte agravante - manteve o acórdão emanado do Tribunal de Justiça local, que, apoiando-se no art. 196 da Constituição da República, reconheceu incumbir, ao ora recorrente, solidariamente com o Estado do Rio Grande do Sul, a obrigação de ambos fornecerem, gratuitamente, medicamentos necessários ao tratamento da AIDS, nos casos que envolvessem pacientes destituídos de recursos financeiros e que fossem portadores do vírus HIV (fls. 560/568).

A parte ora agravante, ao insurgir-se contra o ato decisório em causa, sustenta - no ponto que se mostra relevante ao exame do presente recurso - que a decisão merece ser reformada, notadamente em face dos fundamentos a seguir expostos (fls. 572/573):

'[...] Ao condenar o Município de Porto Alegre ao fornecimento de medicamentos aos doentes de AIDS, violou o acórdão recorrido o art. 167, I, da Constituição Federal, que veda o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual.

Estabeleceu o acórdão recorrido que a inexistência de regulamentação municipal para custeio da distribuição dos medicamentos excepcionais não impede sua responsabilização. Ora, determina a Constituição Federal que são de iniciativa do Poder Executivo as leis que estabelecem os orçamentos anuais e é nessa lei que deverá ser previsto o orçamento da seguridade social, consoante o inciso III, do § 5º do art. 165 da Constituição de 1988.

Assim, quando decide o acórdão com base na Lei 9.313/96, que estabelece que as despesas para aquisição de medicamentos para a AIDS serão financiadas com recursos da Seguridade Social da União, Estados e Municípios, deixou de considerar que a própria lei no seu art. 2º remete sua eficácia à norma regulamentar, pois se assim não fosse, estaria a norma federal violando o artigo 165, inciso III e § 5º, inciso III, da CF de 1988.'

Aduz, o ora agravante, ainda, que a decisão agravada, ao deixar de observar "a repartição de competência para operacionalização dos serviços de saúde, como forma de gestão financeira dos recursos, afronta o princípio federativo da separação dos poderes, bem como o artigo 198 e seu parágrafo único, da Constituição Federal, que responsabiliza as três esferas federativas pelo financiamento, ações e serviços de saúde" (fls. 574).

Por não me convencer das razões expostas pela parte ora agravante, submeto, ao julgamento desta Colenda Turma, o presente recurso de agravo.

É o relatório.

Voto: Entendo, consideradas as próprias razões constantes do ato decisório por mim proferido, que se revela inacolhível a pretensão recursal ora deduzida pela parte agravante.

Tenho por inquestionável a legitimidade jurídico-constitucional da decisão em causa, especialmente porque - fundada no art. 196 da Constituição da República - reconheceu incumbir, ao Município de Porto Alegre, solidariamente com o Estado do Rio Grande do Sul, a obrigação de ambos fornecerem, gratuitamente, medicamentos necessários ao tratamento da

AIDS, nos casos que envolverem pacientes destituídos de recursos financeiros e que sejam portadores do vírus HIV.

Sustenta-se, na presente sede recursal, que a decisão ora agravada - ao manter o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul - teria desrespeitado a norma inscrita no art. 167, I, da Constituição Federal.

Não procede esse argumento, pois a mera alegação de desrespeito ao preceito constitucional mencionado não basta, só por si, para legitimar o acesso à via recursal extraordinária, pois, acaso configurada a suposta transgressão da ordem constitucional, esta importaria, quando muito, sob tal perspectiva, em situação caracterizadora de conflito indireto com o texto da Carta Política, insuficiente para justificar a utilização do apelo extremo (RTJ 105/704 - RTJ 127/758 - RTJ 132/455).

Com efeito, basta examinar-se o acórdão ora recorrido, para confirmar-se a procedência de tal asserção (fls. 371):

'Por derradeiro, a licitação não se faz necessária para a aquisição dos medicamentos, pois ela é dispensada nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada a urgência do atendimento de situação que possa causar prejuízo ou comprometer a segurança das pessoas. Também com estes argumentos afastam-se as assertivas de inexistência de previsão orçamentária.'

Nem se diga, de outro lado, que a decisão ora questionada - notadamente quanto à alegada ofensa aos arts. 2º e 198, parágrafo único, ambos da Constituição Federal - estaria em desconformidade com a jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal no exame desse específico aspecto da questão.

Cabe referir, neste ponto, que tais argumentos, deduzidos e ora renovados pela parte agravante, já foram repelidos em sucessivas decisões proferidas por eminentes Juízes desta Colenda Turma, no julgamento de outras causas idênticas à que emerge do processo em análise (Ag 232.469-Rs, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - Ag 236.644-RS, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA - Ag 238.328-RS (AgRg), Rel. Min. MARCO AURÉLIO - RE 273.042-RS, Rel. Min. MARCO AURÉLIO).

No que concerne ao fundo da controvérsia, cabe acentuar que se revela inacolhível a postulação recursal ora deduzida pelo Município de Porto Alegre/RS, especialmente em face do mandamento constitucional inscrito no art. 196 da Constituição da República, que assim dispõe:

'Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.' (grifei)

Na realidade, o cumprimento do dever político-constitucional consagrado no art. 196 da Lei Fundamental do Estado, consistente na obrigação de assegurar, a todos, a proteção à saúde, representa fator, que, associado a um imperativo de solidariedade social, impõe-se ao Poder Público, qualquer que seja a dimensão institucional em que este atue no plano de nossa organização federativa.

A impostergabilidade da efetivação desse dever constitucional desautoriza o acolhimento do pleito recursal ora deduzido na presente causa.

Tal como pude enfatizar, em decisão por mim proferida no exercício da

Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet 1.246-SC), 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 que têm acesso, por força de legislação local, ao programa de distribuição gratuita de medicamentos, instituído em favor de pessoas carentes.

Na realidade, o reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, deu efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196), representando, 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.

Cumpra não perder de perspectiva que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República. 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 caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro (JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, "Comentários à Constituição de 1988", vol. VIII/4332-4334, item n. 181, 1993, Forense Universitária) - não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

Nesse contexto, incide, sobre o Poder Público, a gravíssima obrigação de tornar efetivas as prestações de saúde, incumbendo-lhe promover, em favor das pessoas e das comunidades, medidas - preventivas e de recuperação -, que, fundadas em políticas públicas idôneas, tenham por finalidade viabilizar e dar concreção ao que prescreve, em seu art. 196, a Constituição da República.

O sentido de fundamentalidade do direito à saúde - que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas - impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional.

Vê-se, desse modo, que, mais do que a simples positivação dos direitos sociais - que traduz estágio necessário ao processo de sua afirmação constitucional e que atua como pressuposto indispensável à sua eficácia jurídica (JOSÉ AFONSO DA SILVA, "Poder Constituinte e Poder Popular",

p. 199, itens ns. 20/21, 2000, Malheiros) -, recai, sobre o Estado, inafastável vínculo institucional consistente em conferir real efetividade a tais prerrogativas básicas, em ordem a permitir, às pessoas, nos casos de injustificável inadimplemento da obrigação estatal, que tenham elas acesso a um sistema organizado de garantias instrumentalmente vinculado à realização, por parte das entidades governamentais, da tarefa que lhes impôs a própria Constituição.

Não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito - como o direito à saúde - se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional.

Cumpra assinalar, finalmente, que 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, anormalmente, 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.

Todas essas considerações - que ressaltam o caráter incensurável da decisão emanada do Tribunal local - levam-me a repelir, por inacolhível, a pretensão recursal deduzida pelo Município de Porto Alegre, especialmente se se considerar a relevantíssima circunstância de que o acórdão ora questionado ajusta-se à orientação jurisprudencial firmada, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, no exame da matéria (RE 236.200-RS, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA - RE 247.900-RS, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - RE 264.269-RS, Rel. Min. MOREIRA ALVES - RE 267.612-RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.):

'ADMINISTRATIVO. ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. DOENTE PORTADORA DO VÍRUS HIV, CARENTE DE RECURSOS INDISPENSÁVEIS À AQUISIÇÃO DOS MEDICAMENTOS DE QUE NECESSITA PARA SEU TRATAMENTO. OBRIGAÇÃO IMPOSTA PELO ACÓRDÃO AO ESTADO. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 5º, I, E 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Decisão que teve por fundamento central dispositivo de lei (art. 1º da Lei 9.908/93) por meio da qual o próprio Estado do Rio Grande do Sul, regulamentando a norma do art. 196 da Constituição Federal, vinculou-se a um programa de distribuição de medicamentos a pessoas carentes, não havendo, por isso, que se falar em ofensa aos dispositivos constitucionais apontados.

Recurso não conhecido.'

(RE 242.859-RS, Rel. Min. ILMAR GALVÃO - grifei)

'PACIENTE COM HIV/AIDS. PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196). PRECEDENTES (STF).

- 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 que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar.

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

- A legislação editada pelo Estado do Rio Grande do Sul (consubstanciada nas Leis nºs 9.908/93, 9.828/93 e 10.529/95), ao instituir programa 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. Precedentes do STF.'

(RE 232.335-RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO - grifei)

'AIDS/HIV. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES. LEGISLAÇÃO COMPATÍVEL COM A TUTELA CONSTITUCIONAL DA SAÚDE (CF, ART. 196). PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

- A legislação que assegura, às pessoas carentes e portadoras do vírus HIV, a distribuição gratuita de medicamentos destinados ao tratamento da AIDS qualifica-se como ato concretizador do dever constitucional que impõe ao Poder Público a obrigação de garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde. Precedentes (STF).

- 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 omissão, em censurável comportamento inconstitucional.

O direito público subjetivo à saúde traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público (federal, estadual ou municipal), a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas que visem a garantir a plena consecução dos objetivos proclamados no art. 196 da Constituição da República.'

(RE 273.834-RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Sendo assim, pelas razões expostas, e considerando, ainda, os precedentes mencionados, nego provimento ao presente recurso de agravo, mantendo, em conseqüência, a decisão por mim proferida a fls. 560/568. É o meu voto.

Os medicamentos, porque intrinsecamente ligados à manutenção da saúde da população, constituem importante elemento das políticas estatais de saúde, transcendendo a natureza civil para alcançarem a caracterização de coisa pública. Nesse sentido, possuem relevância não meramente econômica, mas também social, justificando o controle do Estado sobre as políticas de acesso a medicamentos, especialmente quanto a distribuição, fiscalização e preço. Tal concepção guarda pertinência com uma interpretação conjugada das normas constantes do artigo 1,

inciso III; artigo 3, inciso IV, e artigo 197, todos da Constituição Federal, segundo a qual o direito à saúde, por ser forma de preservar a dignidade humana, constitui um direito social diferente dos demais, pois detém a qualidade de relevância pública.

A justiciabilidade do direito à saúde, está longe de encontrar uma solução aprioristicamente definitiva. Pode-se afirmar, contudo, a existência de um dever de maximizar as possibilidades de reconhecimento de um direito subjetivo originário, e portanto passível de exigibilidade imediata em juízo, relativo às prestações materiais de saúde pública. A lógica do “tudo ou nada” não deve presidir a orientação a ser adotada, sendo de assumir, com certeza e prudência, a admissão de um direito subjetivo em saúde, para alcançar posições jurídicas que excedam o mínimo existencial, podendo ser presumido como direito *prima facie*, sujeito sempre, no entanto, à ponderação concreta dos valores em jogo, tese propugnada por Ingo Sarlet. Nesse juízo, ademais da contraposição com outros direitos, princípios, bens e valores constitucionais, não de ser sopesadas variáveis como, *verbi gratia*, as condições de desenvolvimento do Estado brasileiro; as demais políticas públicas sociais e sanitárias implementadas pelo Estado; a preferência por ações preventivas e promocionais em saúde, sem predominância das ações curativas; a comprovação da necessidade da prestação reclamada e, nesse senso, o acompanhamento da fruição da tutela pelo beneficiário (mediante prova de que a cirurgia foi realizada, ou de que os remédios foram retirados no órgão de saúde competente, sob pena de multa, por exemplo); a comprovação mais estrita da eficácia do tratamento postulado em juízo, seja pela recondução da pretensão deduzida a protocolos públicos de saúde (em que enumerados remédios, posologia, terapêutica), seja pela exigência de contraposição a laudos médicos oficiais, seja ainda pela vedação a tratamentos experimentais ou não corroborados cientificamente; a existência de interesses econômicos e mercadológicos subjacentes à prescrição de certo medicamento ou tratamento, entre tantas.

Com razão Abramovich e Courtis¹⁶⁸ sustentam que, apesar da complexa estrutura que os informa, não existe direito econômico, social ou cultural que não

¹⁶⁸ ABRAMOVICH, Víctor Ernesto. Estratégias de litígio em direitos econômicos, sociais e culturais. PROPOSTA: **Revista Trimestral de Debate FASE**, v. 31, n. 92, p. 28-38, mar./maio de 2002. e COURTIS, Christian. Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales e culturales: estándares

apresente ao menos alguma característica ou faceta que permita sua exigibilidade judicial em caso de violação. Por isso, pode-se reconhecer, senão uma obrigação, pelo menos uma presunção em favor de uma interpretação progressiva acerca da justiciabilidade do direito à saúde, buscando alargar as hipóteses em que admitida a exigibilidade judicial desse direito fundamental social, originária ou derivada da legislação integradora. Não fossem pelos argumentos mencionados, lembre-se que a interpretação conferida às normas contidas nos §§ 1 e 2 do artigo 5 da Constituição Federal suportam uma tal orientação, sobretudo quanto ao dever de maximização da aplicabilidade de todos os direitos fundamentais – e também do direito à saúde, portanto.

CAPITULO V – CONCLUSÃO

A mutação da formulação do Estado de Direito, ora em curso, desencontra-se daquela existente, onde o Poder Judiciário destinava-se à solução da conflitividade privada, ocorrente entre particulares, com exclusão e imunidade do Estado e seus agentes. Ao contrário, a abrangência do Estado de Direito que se prenuncia é o de inserção deste cada vez mais no universo do crivo da solução de conflitos.

Mais do que apenas resolver conflitos já eclodidos, prefigura-se para a função jurisdicional o papel de proteção de interesses e direitos subjetivos de cidadania, nas dimensões individual ou coletiva, retirando-o da posição de inércia, de ação mediante provocação pelos interessados em cada caso concreto, para ação mais agressiva, inclusive já se desenhando novo papel para o Ministério Público, ampliando a legitimação para agir de entidades sejam estatais, seja da sociedade civil organizada, para buscar no Judiciário a tutela afirmada no ordenamento.

Cada vez mais o Judiciário aprofunda sua ação como árbitro entre os Poderes, com o surgimento de espaço próprio para sua ação na e perante a res publica, de sorte que, de certa forma, também é sem dúvida partícipe do processo de governo em sentido amplo, na exata medida em que determina ou veda ações concretas.

Sem dúvida que esta nova configuração que se inicia muda por completo o sistema tradicional, remetendo decisões políticas para o Judiciário, o que judicializa a política e impõe reformulação profunda no sistema, seja estrutural, seja operacionalmente, inclusive pela relegitimação política deste terceiro poder do

Estado, o que não é dependente, necessariamente, aos mecanismos eleitorais, os quais igualmente estão postos em questão hoje em dia, e esta relegitimação passa pela requalificação teórica e política de seus membros, pela transparência de seus processos decisórios a nível político e pela reconceituação da sua eficiência a partir de outros parâmetros, o que, por seu turno, significa alterações no universo operacional, com simplificação de procedimentos, encurtamento do tempo necessário para pronunciamentos definitivos, e, mais, pela incorporação de elementos cada vez maiores e mais substanciais dos dados metajurídicos à hermenêutica, cada vez mais complexa e sofisticada.

A apreciação da temática do controle judicial de políticas públicas de saúde teve como mais nítido objetivo analisar tema tão prolífero, que seria deveras pretensioso e leviano apontá-lo como esgotado e não mais sujeito a exames por parte dos autores. Muito pelo contrário, a presente produção procurou trazer à tona, dentre as várias questões debatidas, a principal delas, muito discutida atualmente e de grande relevância jurídica: a investigação acerca dos limites e das possibilidades dentro dos quais o direito à saúde é exigível, ou seja, eficaz e assegurado, ainda que pelo recurso à via judicial.

Primeiramente, constatou-se, através da evolução histórica do direito à saúde que diversos elementos são incluídos no conteúdo do direito à saúde. Nesse sentido, a doutrina parece convergir quanto aos aspectos curativo, preventivo e promocional da saúde. Pretendeu-se, ao longo do trabalho, detalhar o objeto desse direito fundamental para que, em momento ulterior, fosse possível uma melhor compreensão da gama de ações e prestações materiais que podem ser inferidas do dever de proteção à saúde.

O direito à saúde, bem como a responsabilidade governamental pela saúde pública, são explicitamente reconhecidos em vários documentos internacionais. O direito à saúde aparece na Declaração Universal dos Direitos Humanos, além de vários documentos de organizações regionais de direitos humanos.

O fato de o direito à saúde estar codificado em substancial número de tratados e Constituições nacionais permite concluir que os Estados em geral

reconhecem suas responsabilidades concernentes à saúde de suas populações. Isto quer dizer que os Estados reconhecem internacional e constitucionalmente o direito à saúde. O problema do direito à saúde não está na falta de normatização, mas na fraca implementação internacional e nacional das metas para alcançá-lo.

No âmbito nacional, constatou-se que o Brasil adotou o sistema misto de saúde, ou seja, um sistema público, através do SUS, e uma assistência à saúde livre à iniciativa privada, permitida pela CRFB/88, desde que fiscalizada pelos órgãos governamentais.

A princípio, a implantação do SUS teve como objetivo garantir a universalização dos serviços médicos a toda a população. Entretanto, na prática, o que se verificou foi a degradação dos serviços públicos de saúde, principalmente dos hospitais, que passaram a atender de forma precária à camada pobre da população, sem condições para adquirir planos privados de saúde.

Logo após, foram abordadas algumas questões importantes, diretamente ligadas às políticas públicas de saúde, como a definição de políticas públicas, a organização das políticas públicas de saúde no Brasil e a discricionariedade na formulação e execução de políticas públicas. Tais assuntos, propositadamente escolhidos, estão ligados à questão maior, relativa ao controle judicial de políticas públicas de saúde.

É inegável no Direito pátrio a existência de forte embasamento doutrinário que defende a tese de que as políticas públicas não são sindicáveis e as vincula ao dogma da separação de poderes, à falta de legitimidade do juiz, à discricionariedade da formulação e execução de políticas públicas, bem como à reserva do possível, juntamente com a noção de escassez de recursos em face da observância da lei orçamentária e do aumento populacional, dentre outros argumentos aqui expostos, que, se aceitos, inviabilizariam o cumprimento das obrigações de natureza positiva por parte do Estado.

No entanto, após confrontar a tese do mínimo existencial, da dignidade da pessoa humana e da igualdade de tratamento, chegou-se ao entendimento de que o

direito à saúde é acionável e demanda séria e responsável observância, pois a CRFB/88, ao assinalar especificamente os objetivos do Estado, dentre eles os que valem como base das prestações positivas, teve por escopo efetivar na prática a dignidade da pessoa humana.

Por todo o exposto, cabe enfim afirmar que o presente estudo constituiu apenas despreziosa contribuição ao aprofundamento em tema tão rico, fértil e proveitoso, utilizando-se, para tal, o constante auxílio de renomados estudiosos no que se refere a critérios jurídicos e filosóficos que embasam os direitos sociais.

CAPÍTULO X – REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Víctor Ernesto. Estratégias de litígio em direitos econômicos, sociais e culturais. PROPOSTA: **Revista Trimestral de Debate FASE**, v. 31, n. 92, p. 28-38, mar./maio de 2002.

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático. Tradução de Luís Afonso Heck. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 217, jul-set, p.55-66, 1999.

ALVAREZ RICO, Manuel. **Principios constitucionales de organización de las administraciones públicas**. 2 ed. Madrid: Dykinson, 1997.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2001.

ARANHA, Márcio Iório. Conteúdo essencial das cláusulas pétreas. **Notícia do Direito Brasileiro**, Brasília, n. 7, p. 389-402, 2000, p. 396.

BACHOF, Otto. **Jueces y Constitución**. Traducción de Rodrigo Bercovitz Rodriguez-Cano. Madrid: Civitas, 1985.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____, Ana Paula de. Educação, constituição, democracia e recursos públicos. **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, 2003, p. 43-50.

BELLO FILHO, Ney Barros. **Sistema constitucional aberto**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. **Conselho Nacional de Secretários de Saúde**. Para entender a gestão do SUS. Brasília: CONASS, 2003, p. 14 e 24.

BRENDA, Ernesto. El estado social de derecho. *In*: HESSE, Konrad (Org.). **Manual de derecho constitucional**. Barcelona: Marcial Pons Ediciones jurídicas y Sociales, 2001. p. 504.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e democracia**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. Metodologia 'fuzzy' e 'camaleões normativos' na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais. *In*: **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2004, p. 108.

_____. O direito ao ambiente como direito subjectivo. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2004.

_____. O estado adjetivado e a teoria da constituição. **Interesse Público**. Porto Alegre, n.17, jan-fev, 2003, p. 13-24.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Fabris, 1999.

CARVALHO, Mariana Siqueira de. A saúde como direito social fundamental na Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito Sanitário**, v.4, n.2, jul 2003, p. 15-31.

_____. NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.) **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 145.

CIETTO, Luiz. Proteção dos direitos humanos e o direito à saúde. **Revista Jurídica**, Campinas, v. 18, n.2, p. 118-168, 2002, p. 160-163.

CLEVE, Clemerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Boletim Científico, Escola Superior do Ministério Público da União**, v. 2, n.8, jul/set 2003, p. 151-161.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Saraiva, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, culturais e sociais. In: CUNHA, Sérgio Sérvulo da; GRAU, Eros Roberto. (Org.). **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 256-257

CORSO, Guido. **I diritti sociali nella Costituzione italiana**. Revista Trimestrale di Diritto Pubblico, n. 3, 1981, p. 755-784.

COSTA, Flávio Dino de Castro. A função realizadora do poder Judiciário e as políticas públicas no Brasil. **Interesse Público**. Porto Alegre, n. 28, nov-dez, 2004, p.64-90.

COURTIS, Christian. Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales e culturales: estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales. Disponível em: www.pnud.org.ve/archivo/documentos/data/300/332o.htm. Acesso em 14 de ago de 2007.

DALLARI, Adilson Abreu. Controle compartilhado da administração da Justiça. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em: 17 set 2007.

_____, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. Revista de Saúde Pública. São Paulo: v. 22, n.1, 1988, p. 57-63. Disponível em www.scielosp.org. Acesso em: 09 abr 2007.

_____. Uma nova disciplina: o direito sanitário. Revista de Saúde Pública, São Paulo: v. 22, n.4, ago, 1988, p.327-334. Disponível em www.scielosp.org. Acesso em: 09 abr 2007.

_____; VENTURA, Deisy de Freitas Lima. Reflexões sobre a saúde pública na era do livre comércio. *In*: SCHWARZT, Germano (Org.). **A saúde sob os cuidados do direito**. Passo Fundo: UPF, 2003, p.29 e *In*: SCLIAR, Moacyr. **Do mágico ao social**: a trajetória da saúde pública. Porto Alegre: L&PM, 1987, p.17.

DANTAS, David Diniz. **Interpretação constitucional pós-positivismo**. São Paulo: WVC, 2004, p. 233.

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

FAGOT – LARGEAULT, Anne. Reflexões sobre a noção de qualidade de vida. **Revista de Direito Sanitário**, v. 2, n.2, jul. 2001, p. 82-107.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho. *Apud*: CARBONELL, Miguel *et al.* **Neoconstitucionalismo (s)**. Tradución de Pilar Allegue. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 13-29.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

FLEINER, Thomas. **O que são direitos humanos?** São Paulo: Max Limonad, 2003.

GIALDIANO, Rolando E. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. **Investiaciones**. Buenos Aires: n.3, 2001, p. 493-537.

GIANNINI, Massimo Severo. **Diritto amministrativo**. Milano, 1988. v.2, p. 400.

GOUGH, J. W. A separação dos poderes e soberania. *In*: QUIRINO. **Pensamento político clássico**: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu e Rosseau. São Paulo: T.A Queiroz, 1992, p.183.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição – contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, reimpressão 2002.

HALL, Peter A. La lógica institucional de la economía política comparada. **Hacienda Pública Española**. Madrid: n. 126, mar 1993.

HOLLEAUX. Lês nouvelles lois françaises sur l'information du public. **Revue Internationale des Sciences Administratives**. Bruxelas: n.3, 1988, p.191-206.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights**: why liberty depends on taxes. New York: W. W. Norton, 2000, p. 223-224.

HASSAMER, Winfried; KAUFMMAN, Arthur (Org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

JEVEAUX, Geovany Cardoso. **A simbologia da imparcialidade do juiz**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

KRELL, Andréas. **Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais**: a constituição concretizada construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Fabris, 2002.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo; MILARÉ, Edis (Coord). **Ação Civil Pública – Lei 7.347/1985 – 15 anos**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2002.

MARTHIEU, Bertrand. La protection du droit à la santé par le juge constitutionnel. A propôs et à partir de la décision de la Cour constitutionnelle italienne n 185 du 20 mai 1998. Cahiers du conseil Constitutionnel, n. 6, 1998. Disponível em: www.conseilconstitutionnel.fr/cahiers/ccc6/mathieu.htm. Acesso em 20 set. 2007.

MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 20.

MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status** Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 17.ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004,

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2 ed. Rev., atual., ampl. São Paulo: RT, 2003.

MENY, Yves; THOENIG, Jean-Claude. **Las políticas públicas**. Tradución de Francisco Morata. Barcelona: Ariel, 1992.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: dialética, 1999.

_____. O juiz constitucional no Brasil. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 2, jul-dez, 2003, p. 537-541.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. O direito da saúde! *In*: SCHWARZT, Germano (Org.). **A saúde sob os cuidados do direito**. Passo Fundo: UPF, 2003, p. 23-24.

NABAIS, José Casalta. Algumas considerações sobre a solidariedade e a cidadania. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra: n. 75, 1999, p. 145-174.

NIGRO. Lázione dei pubblici poteri. Lineamenti generali. *In*: Amato e Barbera (Org.). **Manuale di diritto pubblico**, 1986, p. 722

NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes de República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra, 2004.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). A democracia na América Latina. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). Edição em português. Novembro/2004, p. 46. Disponível em www.undp.org. Acesso em: 10 out. 2007.

_____. Panorama social de América Latina 2004. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal) Cap. I p. 5. Disponível em www.cepal.org. Acesso em : 15 set 2007.

PECES-BARBA MARTINEZ, Gregório. **Diritti sociali: origini e concetto**. Sociologia Del Diritto, v.28, n.1, 2000, p. 33-50.

PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. O direito à saúde em um contexto autopoietico. *In*: SCHWARZT, Germano (Org.). **A saúde sob os cuidados do direito**. Passo Fundo: UPF, 2003, p. 97-99.

ROSA, Alexandre de Moraes da. Sentença em Ação Civil Pública. Autos n. 038.03.008229-0, Trude – Comarca de Joinville – SC 12.05.2003 Vara da Infância da Juventude. Disponível em: www.tj.sc.gov.br. Acesso em 17 set 2007.

SAMPAIO, Regina Célia. Cidadania e direitos sociais no Brasil. **Caderno Científico do Mestrado e Doutorado em Direito**. Rio de Janeiro: Universidade Gama Filho, v. 5, n.2, nov/1997, p. 93-99.

_____, José Adercio Leite. A Constituição e o pluralismo na encruzilhada. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, v. 2, jul-dez 2003, p. 79-133.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. **El control de las administraciones públicas y sus problemas**. Madrid: Instituto de Espana/Epasa Calpe, 1991.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5 ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador: n. 10, jan. 2002, p. 8-9. Disponível em www.direitopublico.com.br. Acesso em 04 ago 2007.

_____(Org.). Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

SCHWARZT, Germano (Org.) **A saúde sob os cuidados do direito**. Passo Fundo: UPF, 2003.

_____, Germano André Doederlein. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCLIAR, Moacyr. **Do mágico ao social: a trajetória da saúde pública**. Porto Alegre: L&PM, 1987.

SCOCA, Franco Gaetano. La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva. **Rivista trimestrale di diritto pubblico**. Roma, n. 4, p. 1.045 – 1072, 2000.

SENDER. L'évolution du droit administratif em Republique Fédérale d' Alemagne, l'état de droit. **Revue de Droit Public**, set-out, 1984, p. 5

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Teoria da Constituição, democracia e igualdade: teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

STERN, Klaus. O juiz e a aplicação do direito. *In*: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). **Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 515.

STRECK, Lênio Luiz. **As constituições sociais e a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental: 1988-1998, uma década de Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

SUBIRATS, Joan. **Análisis de políticas públicas y eficacia de la administración**. Madrid: Ministério para las Administraciones Públicas, 1994.

TACITO, Caio. Direito Administrativo, Saraiva, 1975, p 61 *Apud* MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2 ed. Rev., atual., ampl. São Paulo: RT, 2003

TAVARES, Marcelo Leonardo. "Direito à saúde (STF): comentário. *In* MELLO, Celso D. Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo. **Arquivos de Direitos Humanos**. Rio de

Janeiro: Renovar, 2001, v. 3. *Apud* CIETTO, Luiz. Proteção dos direitos humanos e o direito à saúde. **Revista Jurídica**, Campinas, v. 18, n.2, p. 118-168, 2002, p. 160-163.

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional da era dos direitos. *In* TORRES, Ricardo Lobo (Org.) **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 262-263.

_____. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, p.37.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição e sua reserva de justiça**. São Paulo: Malheiros, 1999.

WEICHERT, Marlon Alberto. **Saúde e federação na Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

OTTAVIANO. Appunti in tema di amministrazione e cittadino nello Stato democratico. *In* GIANNINI, Massimo Severo. **Diritto amministrativo**. Milano, 1988. v.2, p. 400.

CAPÍTULO XI - JURISPRUDÊNCIA

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina 4.Turma. Agravo de Instrumento n.20040404010145703, de Tubarão Florianópolis, 23 de junho de 2004. Relator: Juiz Edgard A Lippmann Junior. **Diário de Justiça** 4 ago 2004.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ação Cautelar n. 20017103000508-2 , 4.Turma. Relator: Juiz Waldemar Capeletti, de 28 de agosto de 2003, **Diário de Justiça** 10 set. 2003.

Recurso Especial n. 577.836/SC – 1 TURMA – julgamento em 21/10/2004 – **Diário de Justiça**, 28 fev 2005, p. 200.

Recurso Especial n. 699.495/RS. Rel. Min. Luiz Fux. 1 Turma. Julgamento em 26 ago de 2005. Diário de Justiça de 05 set 2005, p.265; AGRGRESP 189.108/SP. Rel. Min. Gilson Dipp. **Diário de Justiça** de 2 abr.2001.

Recurso Especial n. 490.228/RS. Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca. **Diário de Justiça** 31 mai 2004.

Agravo Regimental em Recurso Especial n. 440.686/RS. Rel. Min. Felix Fischer. **Diário de Justiça** de 16 dez 2002.

Agravo Regimental em Recurso Especial n. 554.776/SP. Rel. Min. Paulo Medina. **Diário de Justiça** 6 out 2003 .

Agravo Regimental em Recurso Especial n. 189.108/SP. Rel. Min. Gilson Dipp. **Diário de Justiça** 2 abr.2001.

AGRGAG n. 334.301/SP. Rel. Min. Fernando Gonçalves. **Diário de Justiça** 5 fev.2001.

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](#)