

ALESSANDRO DANTAS COUTINHO

**EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE PELO PODER
JUDICIÁRIO**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para obtenção do grau de mestre em Direito.
Orientador: Profº Dr. Geovany Cardoso Jevaux

VITÓRIA

2007

ALESSANDRO DANTAS COUTINHO

EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE PELO PODER JUDICIÁRIO

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para obtenção do grau de mestre em Direito.

Aprovada em _____ de _____ de 2008.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof^o Dr. **Geovany Cardoso Jevaux**
Faculdade de Direito de Vitória
Orientador

Prof^o Dr. _____
Faculdade de Direito de Vitória

Prof^o Dr. _____
Faculdade de Direito de Vitória

Dedico este trabalho aos meus amados pais, que além das funções paternas, são meus únicos verdadeiros amigos.

AGRADECIMENTOS

À Deus pela minha vida e pela oportunidade de ter cursado este mestrado e por ter me dado conforto nos momentos difíceis que passei no final do ano de 2007.

Ao meu orientador Geovany Cardoso Jevaux que me iluminava nas horas de incertezas e com vigor me cobrava nas horas de enfraquecimento. Obrigado! A Banca de pré-qualificação foi fundamental para eu poder perceber o quanto estava errado e muito me motivou para rumar à confecção de uma dissertação que possa, pelo menos, contribuir ao mínimo para a evolução deste tema tão importante.

Aos membros da banca que aceitaram o convite para participar de minha defesa, enriquecendo meu trabalho e contribuindo imensamente com o meu crescimento.

Aos meus amados pais que sempre me incentivaram nesta caminhada.

A FDV que desde o ano de 1999, quando ingressei como aluno de graduação, sempre depositou confiança em mim e agora me concede a honra e a possibilidade de me tornar mestre por esta respeitável instituição.

Não posso me esquecer de meus amigos e parceiros de escritório, em especial ao meu sócio Anderson Sant'Ana Pedra e Mário Augusto Teixeira Neto, cuja ajuda na separação de material e debates foram imprescindíveis.

Ninguém respeita à Constituição, mas todos acreditam no futuro da nação - Renato Russo.

RESUMO

O objetivo da presente dissertação é identificar a amplitude do comando constitucional que prescreve o direito à saúde. Será analisado se o referido direito é ou não um direito fundamental e quais providências do Estado podem ser legitimamente exigidas da sociedade.

Serão analisadas as posturas que podem ser tomadas pelo Poder Judiciário em nossos dias atuais, uma, mais ativa – substancialista (ativismo judicial), ou apenas a responsável pelo resguardo e garantia da observância dos procedimentos legais e constitucionais – procedimentalista, tentando identificar em que vertente se encontra o Brasil nos dias de hoje.

Ato contínuo ingressar-se-á na análise daquilo que pode ser exigível do Estado, excepcionando a reserva do possível. Aqui será trabalhada a teoria do “mínimo existencial”, sua configuração geral e especialmente em relação à saúde, sendo analisado em cotejo com a limitação de verbas do Estado, uma releitura do princípio da separação dos poderes e a análise de alguns casos concretos, onde se apresentaram, ao final, algumas medidas com objetivo de efetivação judicial do direito à saúde, tais como: aplicação de penalidades pelo descumprimento de decisões judiciais, seqüestros de verbas públicas, alocação judicial de verbas no orçamento, autorização de compensação tributária pela iniciativa privada quando compelida judicialmente a realizar algum tratamento médico.

ABSTRACT

The objective of the present thesis is to identify the amplitude of the constitutional command that prescribes the right to the health. It will be analyzed if the right related are a basic right and which steps of the State can legitimately be demanded from the society.

Will be analyzed the positions that can be taken by the Judiciary in our current days, one, more active – in substance (judicial pro-activity), or only that one responsible for the defense and the guarantee of the observance of the legal and constitutional procedures -, trying to identify in which basis we can find Brazil nowadays.

On the sequence will be entered the analysis of that it can be demandable of the State, excepting the “reserve of the possible one”. Here it will be work with the theory of the " minimum existencial ", its general configuration and especially in relation to the health, being analyzed in correlation with the limitation of the mount of money of the State, a re-reading of the principle of the separation of the State Powers and the analysis of some concrete cases, where will be presented, to the end, some measures with objective of judicial to accomplish the right to the health, such as: application of penalties for the disobey of sentences, apprehension of public mount of money, judicial allocation of mounts of money in the budget, authorization of tax compensation for the private initiative when judicially compelled to carry through some medical treatment.

SUMÁRIO

	RESUMO	06
	ABSTRACT	07
	INTRODUÇÃO	10
1	CONSTITUCIONALISMO E DIREITOS FUNDAMENTAIS	12
1.1	Breves considerações sobre o estado liberal e o advento do estado social.	12
1.2	Direitos fundamentais: conceito, classificação.	16
1.3	Classificação dos direitos fundamentais.	18
1.3.1	Teoria liberal, teoria institucional, teoria axiológica, teoria democrático-funcional e teoria dos direitos fundamentais do estado social.	18
1.3.2	Classificação Geracional.....	20
1.3.3	Classificação quanto ao <i>status</i>	22
1.3.3.1	<i>Status Negativus Libertatis</i>	22
1.3.3.2	<i>Status Positivus Libertatis</i>	23
1.3.3.3	<i>Status Positivus Socialis</i>	24
2	O DIREITO À SAÚDE	27
2.1	O direito à saúde na Constituição de 1988	27
2.2	O conceito de saúde	29
2.3	A situação da saúde no Brasil. Anuário Estatístico de Saúde do ano de 2001	32
2.4	O gasto do Estado com a saúde e a ineficiência do Poder Público na execução dos programas de saúde. Possíveis causas.	39
3	ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, DIREITOS SOCIAIS E PAPEL DO JUDICIÁRIO	42
3.1	Algumas considerações sobre a criação do Estado Democrático de Direito. Uma redefinição do papel do Poder Judiciário.	42
3.2	Posturas procedimentalistas e substancialistas (ativismo judicial) e a posição do Brasil neste quadro.	44
3.3	O custo dos direitos. Breve análise da obra <i>The Cost of Rights</i> de Stephen Homes e Cass R. Sunstein	48

3.4	Reserva do possível vs mínimo existencial: o papel do Poder Judiciário quanto a esta atual questão.	54 58
3.5	A necessidade de uma releitura do princípio da Separação dos Poderes.	62
4	COLISÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE	71
4.1	Regras e princípios. Distinções terminológicas e diferenças	71
4.2	Conflito de Regras e seus meios de resolução.	76
4.3	Colisão de princípios e a técnica da ponderação.....	77
4.4	Da colisão entre direito à saúde e os princípios orçamentários	83
5	QUESTÕES PROCESSUAIS: LEGITIMIDADE, MEIOS DE EFETIVAÇÃO DA TUTELA E ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS.....	92
5.1	Da legitimidade ativa para propor ação com objetivo de efetivação do direito social à saúde	92
5.2	Legitimidade passiva para responder ação com objetivo de efetivar o direito à saúde.....	96
5.3	Medidas que podem ser utilizadas para a efetivação real do direito à saúde por meio do poder judiciário	98
5.3.1	Fixação de multas (<i>astreintes</i>) com o objetivo de compelir o estado a cumprir decisão judicial de fornecer medicamentos ou submeter o indivíduo a tratamento operatório	99
5.3.2	Bloqueio de contas públicas do estado.....	105
5.3.3	A questão da compensação tributária como forma de efetivar decisão judicial.....	109
5.3.4	A contratação de emergência em razão de decisão liminar.....	113
	CONCLUSÃO	119
	REFERÊNCIAS	121

INTRODUÇÃO

Dentre os temas do direito constitucional que estão em voga, destaca-se até que ponto pode o Poder Judiciário, por meio de ato jurisdicional, determinar que o Poder Executivo cumpra os direitos sociais prometidos pela Constituição Federal, especialmente, aqui neste trabalho, a saúde.

Assim, nosso objetivo é traçar o perfil do direito à saúde e trabalhar ao máximo como o mesmo vem sendo efetivado pelo Poder Judiciário, uma vez provocado.

Inicialmente será feito um histórico do Estado liberal e sua mutação para o Estado social, demonstrando como era o papel do Estado nestes regimes, especialmente no campo social.

Logo após serão tecidas algumas considerações sobre a teoria dos direitos fundamentais, mais com o objetivo de sedimentar uma base teórica e identificar as vertentes classificatórias em que se pode alocar o direito à saúde.

Em seguida, é o momento de analisar o perfil do direito à saúde, seu histórico evolutivo, as diversas acepções existentes e a abrangência semântica do direito à saúde em nosso Ordenamento Jurídico.

Ver-se-á que a efetivação do direito à saúde depende de providências por parte do Estado. Providências materiais envolvem gastos. Tendo em vista que os recursos orçamentários são limitados para a efetivação de programas de saúde e as demandas são ilimitadas, chega o momento de discutir a questão de até que ponto o direito à saúde pode ser legitimamente exigido em razão da insuficiência orçamentária. Neste ponto trabalharemos com os custos dos direitos, a escassez e escolhas trágicas, tomando por base estudos dos professores americanos Homes e Sunstein, bem como dos professores pátrios Flávio Galdino e Gustavo Amaral.

Aqui, passa-se a analisar com mais abrangência e profundidade a teoria da reserva do possível, que em síntese se relaciona com a delicada questão da falta ou

insuficiência de recursos para implementação de programas que visem efetivar direitos, especialmente os sociais e, em situações de escassez de recursos, quais as providências que podem ser legitimamente exigidas do Estado.

Frente a este real problema, passa-se a discutir o que pode ser exigido do Estado e o que este deve prover independente da insuficiência de recursos. É hora de trabalharmos com a teoria do mínimo existencial, sua conformação de uma forma geral e no que diz respeito à providências na área de saúde, vez que este mínimo está umbilicalmente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, importante fundamento de nossa República.

Na falta ou insuficiência de recursos orçamentários, para efetivação do mínimo existencial, trabalharemos com a possibilidade de o Poder Judiciário proferir decisões determinando a alocação ou realocação de recursos com o objetivo de efetivar o sacramental direito à saúde. Analisaremos a pragmática de nossos Tribunais quanto a este ponto.

Por fim, é chegado o momento de analisar meios de efetivação judicial do direito à saúde, tais como: a aplicação de penalidades pelo descumprimento de decisões judiciais, seqüestros de verbas públicas, autorização de compensação tributária pela iniciativa privada quando compelida judicialmente a realizar algum tratamento médico.

1 CONSTITUCIONALISMO E DIREITOS FUNDAMENTAIS.

1.1 Breves considerações sobre o estado liberal e o advento do estado social

Fazendo uma rápida lembrança do advento do constitucionalismo tem-se que o mesmo se deu inicialmente em sua faceta liberal, como forma de derrubar o antigo regime absolutista que vigorava na Europa¹. O ponto inaugural de fato se deu com a derrubada do antigo regime francês, com a queda do Rei na Revolução Francesa e a ascensão da burguesia ao poder². Com a vitória desta nova classe social foi elaborada uma carta de direitos³, sendo que ao final determinava-se que toda Constituição deveria prever em seu texto, necessariamente, sob pena de não ser uma Constituição, um rol de direitos fundamentais bem como a separação dos poderes.

Como registra Paulo Bonavides⁴, no momento em que se apodera do controle político da sociedade, a burguesia já não se interessava em manter na prática a universalidade daqueles princípios, como apanágio de todos os homens. Só de

¹ Lembra Ruitemberg Nunes Pereira que a “fase de prevalência do poder executivo começa a decair em face do surgimento das teses liberais. O Estado reconhece as liberdades civis dos indivíduos e passa assim de ente absoluto a mal necessário, que, portanto, deveria afastar-se do cenário dos direitos individuais o máximo possível, exercitando-se minimamente”. (PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **O Princípio do Devido Processo Legal Substantivo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 465).

² André Ramos Tavares nos informa que “foi na França que houve o estopim europeu para a “corrida constitucionalista”, inaugurando-se uma nova etapa na ordem social do velho mundo. A revolução francesa derruba a monarquia e a nobreza, castas dominantes até então, para impor uma Constituição escrita, com a preocupação de assegurar amplamente seus ideais de *libertè, egalitè e fraternitè*”. (TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p.11).

³ Informa Raul Machado Horta que a Declaração de Direitos de 1789 transformou-se no marco culminante do constitucionalismo liberal, bem como no instrumento de ascensão política e econômica da burguesia, a nova classe que se apossava do comando do Estado e da Sociedade e que nessa posição plasmava as novas instituições políticas e jurídicas que iriam assegurar o seu domínio secular. (HORTA, Raul Machado. **Constituição e Direitos Individuais**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 213).

⁴ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 7ª ed. 2ª tiragem, 2004, p. 42..

maneira formal os sustenta, uma vez que no plano de aplicação política eles se conservam, de fato, princípios constitutivos de uma ideologia de classe.

Assim, na época, falava-se em direitos conquistados como: liberdade, propriedade e igualdade. Todavia, se viu muito bem que de fato essa *tríade de direitos* estava voltada apenas para os interesses da nova classe dominante: a burguesia⁵.

Sob o comando da burguesia instaurou-se o Estado Liberal, volvido pela máxima do *laissez faire, laissez passer*, sendo que seu efeito no Direito Constitucional foi o de colocar o Estado em posição de apenas garantir o mínimo necessário, como segurança, por exemplo, e deixar que a iniciativa privada da burguesia orientasse os nortes a serem alcançados nas demais atividades.

Decorrente dessa posição filosófica, temos o Estado *gendarme* de Kant, o Estado *guarda-noturno*, que Lasalle tanto ridiculariza, demissionário de qualquer responsabilidade na promoção do bem comum⁶. Conforme relata Paulo Bonavides⁷ a sociedade na teoria do liberalismo se reduz à chamada poeira atômica de indivíduos.

Relata a história que o excesso de liberalismo culminou em seu próprio fim, pois sob o comando da voraz política econômica da burguesia, a exploração da mão de obra era absurda, não respeitando o mínimo de direito e dignidade das pessoas.

⁵ Manoel Jorge e Sílvia Neto relata que “as premissas forjadas nos domínios da doutrina econômica liberal não se justificaram no plano da vida em sociedade, tanto que a consagração da isonomia de compostura formal, aliada ao absenteísmo que cingiu a frente do Estado, trouxe como consequência, irreprimível, a eclosão de inúmeros movimentos sociais, destacando-se as Revoluções Mexicana de 1910 e a Russa de 1917, que contribuíram decisivamente para o aparecimento do fenômeno denominado de constitucionalismo social, com a nota peculiar da modificação da postura do Estado em face dos indivíduos, já, agora, amparado no princípio da não-neutralidade, e destinado a intervir no domínio econômico em ordem à consecução de sociedade menos desigual”. (SILVIA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 40-41).

⁶ BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao Estado Social**. Malheiros Editores, 8ª ed. 1999, p. 40.

⁷ Idem, p. 40.

Nesse contexto, o Estado revê o seu papel deixando de ser um mero espectador da política econômica da burguesia e passando a ser uma figura ativa na vida pública, intervindo em diversos setores da sociedade, prestando serviços públicos etc.⁸

Os sinais prenunciativos de um novo modelo de Estado começam a surgir nos últimos anos do século XIX. Procurando situar, historicamente, o despontar do Estado social, Juan Alfonso Santamaría Pastor⁹ considera que o desenlace da guerra franco-prussiana (1870-1871) situa a Europa no limiar de um marco histórico totalmente novo, que havia de implicar transformações radicais na própria configuração do Estado, durante muito tempo apenas preocupado com o domínio do político, e que agora parece descobrir agora uma nova vocação. Adverte Vasco Manoel Pascoal Dias Pereira da Silvia¹⁰ que a “questão social” e as “crises cíclicas do capitalismo”, do final do século XIX e início do século XX, vieram colocar novos desafios ao poder político, chamando o Estado a desempenhar novas funções de tipo econômico e social.

Por um lado, pede-se a criação de legislação e de instituições que permitam pôr termo às condições de “miséria operária”, e que assegurem um mínimo de sobrevivência a todos os cidadãos; por outro lado, requer-se a intervenção do Estado na vida econômica, como forma de correção das disfunções do mercado.

Juan Alfonso Santamaría Pastor¹¹ faz a distinção entre três fases do Estado Social:

a) A fase da intervenção estadual na regulação da relação laboral. Nesse primeiro momento, o Estado assume a tarefa de intervir autoritariamente no domínio das relações de trabalho, enfrentando as desastrosas conseqüências que para a classe operária tinham tido a industrialização, a liberdade contratual e o crescimento urbano.

⁸ Conforme nos informa Gustavo Binenbojm, neste momento se verifica uma grande hipertrofia do Poder Executivo e paralelamente, e até como forma de calçar a atuação do Estado, uma inflação legislativa, o que, segundo relata o autor, despontou como um dos motivos que já há algum tempo tem retirado o prestígio da lei, a colocando em crise. (BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 128)

⁹ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. **Fundamentos do Derecho Administrativo**. Volume 1, Ed. 1. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramon Areces, 1990, 158.

¹⁰ PEREIRA DA SILVIA, Vasco Manoel Pascoal Dias. **Em busca do acto administrativo perdido**. Portugal: Almedina, 2003, p. 71

¹¹ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. **Fundamentos do Derecho Administrativo**. Volume 1, Ed. 1. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramon Areces, 1990, 160/161.

Surgem, então, as primeiras leis do trabalho, como as que foram introduzidas por Bismarck (nos anos de 1883 a 1889), que levaram à criação de seguros em caso de doença, ou em caso de acidentes, bem como ao estabelecimento de reformas. Leis similares são igualmente introduzidas, pela mesma altura, no Reino Unido e, posteriormente, nos demais países europeus, assistindo-se uma maior intensificação da legislação laboral e de segurança social, sobretudo no início do século XX.

b) A fase de intervenção generalizada do Estado no funcionamento da economia. Nesta segunda fase, a actuação económica das autoridades públicas atinge uma grande intensidade com a mobilização geral de recursos exigida pela 1ª Guerra Mundial, mas esse fenómeno não desaparece, mais tarde, no período que antecede a 2ª Grande Guerra. O Estado vai, então, chamar a si a orientação e a regulação da actividade económica e financeira, exercendo mesmo tarefas produtivas.

c) A fase do apogeu do Estado social, surgida a partir do final da 2ª Guerra. Em contraposição ao Estado liberal, estrutura limitada cujo fim básico consistia na realização do direito – em termos puramente kantianos --, o Estado social apresenta-se antes como um “aparelho prestador”.

A grande modificação introduzida pelo Estado social está relacionado com o crescimento quantitativo e qualitativo das funções por si desempenhadas. As funções do Estado vão sofrer uma dupla transformação, verificando-se, em simultâneo, o aumento da intensidade das funções tradicionais e o surgimento de novas tarefas nos domínios económicos e sociais¹².

No mesmo ritmo tem-se a lição de Jean Rivero¹³ que lembra que mais decisivo ainda do que a extensão das tarefas tradicionais é a aparição de tarefas inteiramente novas: é todo o desenvolvimento dos serviços económicos e sociais, é também a proliferação de leis e controles em matéria de urbanismo, circulação, protecção do meio-ambiente.

O Estado social faz sua missão de prover ao conjunto da sociedade os sistemas vitais (serviços públicos essenciais) e de prestação (emprego, segurança social, saúde, acesso a bens culturais) que garantem o seu funcionamento e um nível mínimo de bem-estar. O Estado social é, pois, um Estado de prestações.¹⁴

¹² PEREIRA DA SILVIA, Vasco Manoel Pascoal Dias. **Em busca do acto administrativo perdido**. Portugal: Almedina, 2003, p. 73

¹³ RIVERO, Jean. **Droit Administratif**. 13ª. Paris: Ed. Dalloz, 1990, 31.

¹⁴ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. **Fundamentos do Derecho Administrativo**. Volume 1, Ed. 1. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramon Areces, 1990, p.73

1.2 Direitos fundamentais: conceito, classificações.

Antes de nos atermos aos direitos fundamentais é importante fixar o âmbito semântico da expressão “direitos fundamentais”, distinguindo-a de outras expressões que muitas vezes são tomadas por equivalentes.

Peces-Barba¹⁵ adverte que, com frequência, faz-se confusão entre as expressões direitos humanos, direitos naturais, direitos públicos subjetivos, liberdades públicas, direitos morais e direitos fundamentais, confusão que não é devida apenas a escolas filosóficas, mas também a filiação ideológica.

Direitos Humanos é seguramente um dos termos mais usados. Ele é empregado ora em referência *“a una pretensión moral fuerte que debe ser atendida para hacer posible una vida humana digna”*, ora para identificar um sistema de direito positivo¹⁶.

Doutrina Antônio Enrique Pérez Luño¹⁷ que “el problema de las relaciones entre los derechos humanos y los derechos naturales reviste una importancia especial desde el punto de vista de la génesis de los derechos humanos. En efecto, mientras para el pensamiento ius-naturalista la teoría de los derechos surge como una prolongación de la de los derechos naturales, tal conexión es negada por los autores positivistas. Para estos últimos, como se puso de relieve al apuntar las diversas fundamentaciones de los derechos humanos, no existe una implicación ambos términos e incluso para algunos lo que existe es una autentica ruptura”.

Direitos naturais é expressão facilmente associada ao jusnaturalismo e, talvez por isso, em certo desuso. Seu significado está ligado a direitos prévios ao ordenamento positivo, que têm dimensão jurídica e podem ser descobertos racionalmente na natureza humana e que são limites ao direito objetivo e ao poder jurídico.

¹⁵ PECES-BARBA Martínez Gregório. **Curso de derechos fundamentales**: teoría general. Colecion de La universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial Del Estado. Madrid. 1999, p. 21.

¹⁶ *Idem*, p.22

¹⁷ PÉREZ LUÑO, Antônio Enrique. **Derechos Humanos, Estado de derecho y constitución**. Madrid:Editorial Tecnos, 9ª ed., 2005, p.32

Adverte Peces-Barba¹⁸ que “en el origen de la historia de los derechos humanos, éstos aparecían como derechos naturales y en las primeras Declaraciones liberales del siglo XVIII en los modelos americano y francés encontramos consagrada esta expresión como la habitual para los derechos del hombre. Como sinónimo de derechos naturales, algunos textos utilizan la expresión “derechos innatos”, “derechos inalienables””

Direitos públicos subjetivos é expressão cunhada na escola iuspublicista alemã, de cujas obras destaca-se a de Jellinek¹⁹. Esse termo estrema os direitos como limites ao poder, excluído sua aplicação às relações entre particulares e, bem como destaca Peres Luño²⁰, é “*una categoría histórica adaptada al funcionamiento de un determinado tipo de Estado, el liberal, y a unas condiciones materiales que han sido superadas por el desarrollo económico-social de nuestro tiempo*”.

Liberdades públicas é expressão consagrada na doutrina francesa e tem características positivistas, em contraposição à ambigüidade da expressão direitos do homem da declaração de 1789.

Nas palavras de Peces-Barba²¹ a “frente al espíritu, sin fuerza, las libertades públicas expresan un espíritu, una moralidad apoyada por la fuerza del Derecho positivo”

Direitos fundamentais, nas palavras de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martis²², são direitos público-subjetivo de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos

¹⁸ PECES-BARBA Martínez Gregório. **Curso de derechos fundamentales**: teoría general. Colecion de La universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial Del Estado. Madrid. 1999, p. 25.

¹⁹ O autor alemão recupera a teoria clássica dos direitos subjetivos, para, a partir dela, criar a categoria de direitos públicos subjetivos, pela qual se rompem os vínculos entre direitos naturais e direitos humanos, passando estes a serem compreendidos em uma ordem jurídica positiva. Em sua formulação clássica, o autor aponta os quatro *status* de afirmação dos direitos públicos subjetivos: a) *status subiectiones*; b) *status libertatis*; c) *status civitatis*; d) *status activae civitatis*. (TORRES, Silvia Faber. **Direitos Prestacionais, reserva do possível e ponderação**: breves considerações e críticas. (capítulo do livro *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 772)

²⁰ PÉREZ LUÑO, Antônio Enrique. **Derechos Humanos, Estado de derecho y constitución**. Madrid: Editorial Tecnos, 9ª ed., 2005, p.34.

²¹ PECES-BARBA Martínez Gregório. **Curso de derechos fundamentales**: teoría general. Colecion de La universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial Del Estado. Madrid. 1999, p. 29.

²² DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p 54

constitucionais, e, portanto, encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.

Os direitos humanos são normas cujo teor varia ao longo da história, mas tendo sempre um prumo: a dignidade da pessoa humana, valor cuja definição *a priori* não é possível, mas que, em cada momento histórico, para cada comunidade, permite uma dedução racional²³.

Os direitos fundamentais, que são positivados, ainda que por inferência de outros princípios e valores albergados no ordenamento, são normas que, a um só tempo, moldam a estrutura do Estado e asseguram direitos.

A passagem dos direitos do homem, como direitos morais, para o direito positivo não significa, decerto, sua despedida. O contrário é exato, porque a parte essencial dessa passagem é a transformação dos direitos do homem em direitos fundamentais de conteúdo igual. Os direitos do homem não perdem, nessa transformação, validade moral, ganham, porém, adicionalmente uma jurídica-positiva. A espada torna-se afiada.²⁴

1.3 Classificação dos direitos fundamentais.

1.3.1 teoria liberal, teoria institucional, teoria axiológica, teoria democrático-funcional e teoria dos direitos fundamentais do estado social.

A teoria liberal concebe os direitos fundamentais como direitos de liberdade do indivíduo frente ao Estado. Os direitos de liberdade são, assim, normas de distribuição de competências entre o indivíduo (sociedade) e o Estado, delimitando o âmbito em que o indivíduo e suas estruturas sociais próprias são competentes para regular condutas e organização de prestações, ante o âmbito da regulação política

²³ AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p, 98.

²⁴ Idem, p. 99

dominante das condutas organizadas pelo Estado, na forma de ação penal soberana.

Já na teoria institucional dos direitos fundamentais, a liberdade juridicamente indefinida não aparece mais como conteúdo desses direitos. Em seu lugar surge uma liberdade “objetivada”, ordenada e configurada normativa e institucionalmente. A liberdade dos direitos fundamentais não é uma liberdade sem mais, como na teoria liberal, mas uma liberdade orientada a determinados interesses concretamente e a realização do sentido objetivo-institucional da garantia da liberdade.

Para a teoria axiológica dos direitos fundamentais, que parte da teoria da integração de Rudolf Smend, tais direitos fixam valores fundamentais da comunidade, formando um sistema de valores ou de bens, um sistema cultural através do qual os indivíduos alcançam um *status* material. Do mesmo modo que na teoria institucional, os direitos fundamentais têm caráter de normas objetivas e não de pretensões subjetivas. Recebem seu conteúdo objetivo como emanção do fundamento axiológico da comunidade estatal e como expressão de uma decisão axiológica que a comunidade toma para si.

Já para a teoria democrático-funcional dos direitos fundamentais alcançam estes seu sentido e sua principal significação como fatores constitutivos de um livre processo de produção democrática. Os direitos fundamentais não são reconhecidos ao cidadão para que deles disponha livremente, mas em sua qualidade de membro da comunidade e, com isso, haja em conformidade com o interesse público. A liberdade para ser uma liberdade para algo.

A teoria dos direitos fundamentais do estado social pretende superar o choque entre liberdade jurídica e liberdade real. Para ela os direitos fundamentais não têm mais só um caráter delimitador negativo, mas de facilitadores de prestações sociais pelo Estado. Assim, deve o Estado procurar os pressupostos sociais necessários para a realização dos direitos fundamentais e favorecê-los.

1.3.2 Classificação Geracional

Dentre as classificações doutrinárias, tem-se aquela que toma como ponto de partida a evolução histórica dos direitos fundamentais. Trata-se da *classificação geracional*. Por esse método classificatório tem-se os direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira geração.

Para esta classificação, segundo Jairo Schäfer²⁵, três elementos serão essenciais: o primeiro é a relação entre o Estado e o cidadão, o segundo diz respeito à concepção política do Estado e por fim, o terceiro é a espécie de direito considerado, ou seja, se individual, coletivo ou difuso.

Informa o referido autor que os direitos fundamentais *nessa teoria classificatória* diferenciam-se estruturalmente entre si, em virtude do elemento *preponderante* que os compõem. Assim, enquanto os direitos classificados como de primeira geração exigem um não fazer do Estado (direito negativo), a implementação dos direitos de segunda geração está centrada na prestação estatal (direito à prestação)²⁶.

Conforme lembra Pérez Luño²⁷, os direitos fundamentais nascem com a marcada noção individualista sendo a “liberdade individual” elemento essencial do sistema constitucional.

É exatamente por isso que as primeiras concepções formais de direitos tinham por objetivo a proteção do cidadão frente ao Estado absolutista²⁸, uma vez que a liberdade é pressuposto para o exercício de outras faculdades constitucionais, razão pela qual esses direitos, historicamente, caracterizam-se pela forte eficácia

²⁵ SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais**: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 15.

²⁶ Idem, p. 15 e 16.

²⁷ PÉREZ LUÑO, Antônio Enrique. **Derechos Humanos, Estado de derecho y constitución**. Madrid: Editorial Tecnos, 9ª ed., 2005, p.205.

²⁸ Registra Jairo Schafer que o Estado absolutista começa a entrar em declínio especialmente em razão da emergência de uma nova classe social que foi a burguesia, a qual tinha por objetivo primordial seu crescimento econômico. Influenciado por estas circunstâncias é que surgiram os direitos fundamentais de primeira geração, os quais tinham por titular o indivíduo e são oponíveis ao Estado.

negativa²⁹, segundo a qual a pretensão maior do cidadão é a limitação dos poderes do soberano.³⁰

Nesse sentido, podemos concluir que os elementos caracterizadores dos direitos fundamentais de primeira geração podem ser resumidos nos seguintes: 1) o direito chave é a liberdade; 2) tem-se uma relação de exclusão, em que o Estado não pode interferir na situação jurídica do indivíduo; 3) razão pela qual a eficácia vinculativa principal destes direitos fundamentais recai sobre o próprio Estado, 4) a espécie o direito tutelado é do tipo individual³¹ e 5) a concepção política do Estado é a liberal.

Direitos Fundamentais de segunda geração estão relacionados ao surgimento dos direitos sociais. Sabe-se que a primeira Constituição que previu uma extensa lista de direitos sociais foi a do México de 5 de fevereiro de 1917.

Todavia, foi a Constituição de Weimar que trouxe o maior rol de direitos sociais, sendo referência para a produção de diversas outras constituições. O contexto histórico de surgimento desses direitos sociais na Alemanha está ligado ao fim da Primeira Guerra Mundial com a capitulação do império Alemão.

Informam Dimitri Dimoulis e Leonardo Martis que como resultado do processo de industrialização acelerado por Bismarck desde 1871, formou-se na Alemanha uma numerosa classe operária que gradualmente organizou-se em sindicatos e partidos políticos³².

Com o fracasso militar e os graves problemas econômicos e geopolíticos surgidos logo após o término da Primeira Guerra Mundial e decorrentes da imposição do

²⁹ SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais**: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 20.

³⁰ Registre-se, por oportuno que um dos históricos mais importantes desse período, a caracterizar esta nova realidade constitucional foi a edição da *Magna Carta Libertatum* de 1215.

³¹ Direitos individuais, segundo a didática classificação de Zavascki, é aquele em que: a) há perfeita identificação do sujeito, bem como a relação dele com o objeto do seu direito, b) são divisíveis, no sentido de que podem ser satisfeitos ou lesados em forma diferenciada ou individualizada, satisfazendo ou lesando um ou alguns de seus titulares sem afetar os demais. (ZAVASCKI, Teori Albino. **Defesa dos Direitos Coletivos e Defesa Coletiva de Direitos**. In Revista de Ajufe, n. 43, Out/dez 1994, p. 25)

³² DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 33

Tratado de Versalles pelos vencedores que instituiu sanções econômicas, políticas e territoriais muito rigorosas, a instabilidade política estava na ordem do dia. Os alemães não estavam somente com seu orgulho e sentimento de soberania nacional feridos; eles foram, de fato e, pelo menos segundo a ótica dos vencedores com boas razões, aliados da nova ordem econômica mundial firmada por aquele Tratado.³³

A burguesia procurou neutralizar os movimentos revolucionários, negativamente, mediante repressão e positivamente, por meio de projeto de república democrática e social, que foi a República de Weimar, acompanhada de uma Constituição que trouxe em seu bojo um imenso rol de direitos sociais, que a doutrina classificou de direitos de segunda geração.

1.3.3 Classificação quanto ao *status*.

Esta classificação leva em conta se há ou não alguma atividade subvencional por parte do Estado para a efetivação ou manutenção dos direitos fundamentais.

1.3.3.1 *Status Negativus Libertatis*

Silvia Faber Torres doutrina que *status negativus* dos direitos fundamentais imprime-lhes uma característica defensiva do ponto de fazê-los reconhecerem-se como “direitos negativos” ou “direitos de defesa”. Ele significa, essencialmente, o poder de autodeterminação do indivíduo, vale dizer, a liberdade de ação ou de omissão sem qualquer constrangimento por parte do Estado, que teria, nessa dimensão, o dever de abstenção, mantendo-se, pois, afastado da esfera de liberdade individual³⁴.

Adverte a referida autora³⁵ que a característica negativa aqui descrita já havia sido abordada pela teoria de Jellinek, que a denominou fundamentalmente de *status libertatis*: “Ao membro do Estado corresponde, pois, um *status* no qual é senhor, uma esfera livre do Estado, que nega o *imperium*. É o da esfera individual da

³³ Idem, p.33.

³⁴ TORRES, Silvia Faber. **Direitos Prestacionais, reserva do possível e ponderação**: breves considerações e críticas. (capítulo do livro Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Renovar, Rio de Janeiro: 2006, p. 772.

³⁵ Idem, p. 773

liberdade, do *status* negativo, do *status libertatis*, no qual os fins estritamente individuais encontram sua satisfação através do ato livre do indivíduo.”

Conquistas inegáveis das revoluções americanas e francesas, os direitos humanos nelas proclamados retratam bem a ideologia liberal clássica, que os concebe essencialmente como liberdades ou direitos negativos aptos a defender a esfera de autonomia dos cidadãos perante a intervenção do Estado, cujo papel exclusivo era o de garantidor da igualdade de direitos e daquelas liberdades.

Com a desmistificação da igualdade formal preconizada pelo liberalismo, o Estado deixa de ser inimigo dos indivíduos, aparecendo, gradualmente, como a força mais eficaz à instituição de uma igualdade social, capaz de superar os grandes antagonismos na sociedade e de impor, em última análise, o respeito à liberdade individual.

Nesse sentido também é o escólio de José Carlos Vieira de Andrade³⁶, onde adverte que na sociedade dividida e conflitual, os indivíduos, que já nada podem sozinhos, limitados pelos grupos em que participam, ameaçados pelos restantes, têm, também eles, de confiar no Estado e por meio dele procurar reaver a sua liberdade concreta.

1.3.3.2 *Status Positivus Libertatis*

O fato de os direitos humanos exibirem fundamentalmente uma dimensão negativa não quer dizer que apresentem também uma dimensão positiva, conducente ao reconhecimento de “direitos a prestações”:

Ressalta Silvia Faber Torres³⁷ que essa dimensão positiva dos direitos fundamentais se manifesta primordialmente de duas maneiras, a saber: na proteção da esfera de segurança jurídica do indivíduo e, de forma também intensa, na garantia do mínimo existencial.

³⁶ ANDRADE, José Carlos Viera de. **Os direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2ª ed.- Coimbra: Almedina, 2001, p. 75.

³⁷ TORRES, Silvia Faber. **Direitos Prestacionais, reserva do possível e ponderação**: breves considerações e críticas. (capítulo do livro *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Renovar, Rio de Janeiro: 2006, p. 776.

Ricardo Lobo Torres³⁸, em obra de fôlego, quanto à primeira hipótese, adverte que a liberdade enseja uma pretensão à salvaguarda, pelo Estado, do direito à segurança, o *status positivus* obrigará o ente político à criação de serviços com ela relacionados, como, por exemplo, serviços de polícia, das forças armadas, de diplomacia, de um sistema carcerário, e de uma organização judiciária.

A dimensão positiva dos direitos fundamentais, pela qual se conferem ao cidadão direitos a prestações positivas frente ao Estado, manifesta-se, outrossim, no direito às condições mínimas de sobrevivência do ser humano. Por isso, quando as Cartas Constitucionais declaram o direito à vida, consagram não só o direito a não ser morto, mas também o direito de viver, no sentido de dispor de condições de subsistência mínimas.

Ricardo Lobo Torres utilizando a correta expressão de DURIG assevera que, “sem o mínimo existencial (*Existenzminimum*) o homem não vive, vegeta (*Er lebt nicht, er vegetiert*)”. A proteção àquelas condições mínimas de vida em sua vertente positiva é, pois, necessária à garantia da liberdade porquanto “sem um mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as *condições iniciais da liberdade*”.

1.3.3.3 Status Positivus Socialis

Por fim, existe ainda o *status positivus socialis*, constituído pelas prestações positivas do Estado para a garantia de direitos sociais e econômicos, entre os aspectos exibidos pelos direitos fundamentais.

Os direitos sociais assimilam-se aos direitos de liberdade, ou, ao contrário, reservam-se a prestações positivas para salvaguarda da justiça, sendo, conseqüentemente, políticas sociais e econômicas dependentes de intermediação legislativa.

³⁸ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário, volume V: O Orçamento na Constituição**. Renovar, 2 ed. 2000, p. 170.

Segundo Silvia Faber Torres³⁹, a tese de identidade entre os direitos humanos e os direitos de cunho social, ou de indivisibilidade dos direitos humanos, foi largamente adotada a partir da segunda guerra mundial, nas obras de profícuos autores adeptos da social democracia, principalmente alemães. Foi incorporada por J.J. Gomes Canotilho, que desenvolveu a Teoria da Constituição Dirigente, com amplíssima aceitação no Brasil, influenciando diversos doutrinadores nacionais dos direitos humanos.

Os autores que se filiam a essa teoria rechaçam a recondução dos direitos sociais ao campo da política pública, vendo neles uma exeqüibilidade autônoma. Não se trata, portanto, do reconhecimento de um *standart* mínimo da vida, senão que o *status* social do cidadão pressupõe o direito a prestações sócias originárias como saúde, habitação e ensino⁴⁰.

Adverte Gustavo Amaral⁴¹ que o inequívoco déficit de exeqüibilidade dos direitos sociais submete sua otimização à reserva do possível. Eles são apreciados no campo da política social, estabelecida pela maioria no bojo de um processo de ponderação legislativa, tendo em conta a idéia de justiça social.

Hoje, contudo, já se verificam modificações teóricas no discurso do *status positivus socialis*, retornando a doutrina com maior vigor à temática do mínimo existencial. Com efeito, a desconstituição definitiva do socialismo, a crise do Estado do Bem Estar Social e os impasses a que chegou a tese da indivisibilidade dos direitos humanos fizeram esmaecer a asserção do primado dos direitos sociais e sua eficácia independente da intermediação legislativa⁴².

³⁹ TORRES, Silvia Faber. **Direitos Prestacionais, reserva do possível e ponderação**: breves considerações e críticas. (capítulo do livro *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Renovar, Rio de janeiro: 2006, p. 779.

⁴⁰ Idem, p. 780.

⁴¹ AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p,

⁴² TORRES, Silvia Faber. **Direitos Prestacionais, reserva do possível e ponderação**: breves considerações e críticas. (capítulo do livro *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Renovar, Rio de janeiro: 2006, p. 782

Segundo Ricardo Lobo Torres⁴³ a saída para a afirmação dos direitos sociais tem sido, nas últimas décadas: a) *a redução de sua jusfundamentalidade no mínimo existencial, que representa a quantidade mínima de direitos sociais abaixo da qual o homem não tem condições para sobreviver com dignidade;* b) *a otimização da parte que sobreexcede os mínimos sociais na via das políticas públicas, do orçamento e do exercício da cidadania.* O equilíbrio entre os dois aspectos – de liberdade e de justiça – passa pela maximização do mínimo existencial e pela minimização dos direitos sociais em sua extensão, mas não em sua profundidade.

⁴³ TORRES, Ricardo Lobo. **A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial** (direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado/organizador Ingo Wolfgang Sarlet – Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.356.

2 O DIREITO À SAÚDE.

2.1 O direito à saúde na Constituição de 1988.

Enuncia o art. 196 da Carta Magna que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.⁴⁴

Por sua vez o art. 197 prescreve que as ações e serviços de saúde são de “relevância pública”, devendo sua execução ser feita diretamente pelo Poder Público ou através de terceiros.

Por sua vez, o artigo 2º da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, prescreve em seu artigo 2º que “a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”.

Doutrina Ingo Sarlet⁴⁵ que a nossa Constituição vigente, afinada com a evolução constitucional contemporânea e o direito internacional, não só agasalhou a saúde como bem jurídico digno de tutela constitucional, mas foi mais além, consagrando a saúde como direito fundamental, outorgando-lhe, de tal sorte, uma proteção jurídica diferenciada no âmbito da ordem jurídico-constitucional pátria⁴⁶.

44 O artigo 2º da Lei nº 8.080/1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, enuncia que a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

⁴⁵ SARLET, Ingo. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora, 2007, p. 140.

⁴⁶ Adverte o autor que a saúde comunga, na nossa ordem jurídico-constitucional, da dupla fundamentalidade formal e material da qual se revestem os direitos e garantias fundamentais (e que, por esta razão, assim são designados) na nossa ordem constitucional. A fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo e, ao menos na Constituição pátria, desdobra-se em três elementos: a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais (e, portanto, também a saúde) situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, cuidando-se, pois, de norma de superior hierarquia; b) na condição de normas fundamentais insculpidas na Constituição escrita, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado para modificação dos preceitos constitucionais) e materiais (as assim denominadas “cláusulas pétreas”) da reforma constitucional; c) por derradeiro, nos termos do que dispõe o artigo 5º, § 1º, da Constituição, as

Por tudo isso, não há dúvida alguma de que a saúde é um direito humano fundamental, aliás fundamentalíssimo, tão fundamental que mesmo em países nos quais não está previsto expressamente na Constituição, chegou a haver um reconhecimento da saúde como um direito fundamental não escrito (implícito), tal como ocorreu na Alemanha e em outros lugares.

Na verdade, parece elementar que uma ordem jurídica constitucional que protege o direito à vida e assegura o direito à integridade física e corporal, evidentemente, também protege a saúde, já que onde esta não existe e não é assegurada, resta esvaziada a proteção prevista para a vida e integridade física.

O direito à saúde qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos, subsumindo-se à noção dos direitos de segunda geração, cujo adimplemento impõe ao Poder Público a satisfação de um dever de prestação positiva, consistente num *facere*, pois o Estado dele só se desincumbirá criando condições objetivas que propiciem, aos titulares desse mesmo direito, o gozo de seu exercício.

Nesse sentido é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal⁴⁷, o qual em voto do Ministro Celso Mello, ficou assentado que:

“O direito à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar o Poder Público, a quem incumbe formular e implementar políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir aos cidadãos o acesso universal e igualitário à saúde”.

Porém, o que se entende por este sacramental direito de todos e dever do Estado chamado “saúde”?

normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são diretamente aplicáveis e vinculam diretamente as entidades estatais e os particulares. A respeito de cada um destes elementos caracterizadores da assim denominada fundamentalidade formal, notadamente sobre o seu sentido e alcance, ainda teremos oportunidade de nos manifestar. Já no que diz com a fundamentalidade em sentido material, esta encontra-se ligada à relevância do bem jurídico tutelado pela ordem constitucional, o que - dada a inquestionável importância da saúde para a vida (e vida com dignidade) humana - nos parece ser ponto que dispensa maiores comentários. (SARLET, Ingo. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora, 2007, p. 141)

⁴⁷ BRASIL. Supremo tribunal Federal. Agravo no Recurso Extraordinário nº: 271.286-8. Município de Porto Alegre e Diná Rosa Vieira. Relator: Celso de Mello. 12 de set. 2000.

2.2 O conceito de saúde

Relata Mariana Filchtiner Figueiredo⁴⁸ que a literatura especializada indica que a primeira aceção de saúde apareceu estritamente 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 Scliar.

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. Relata a autora que a partir disso, introduziu ele a discussão dos fatores ambientais ligados à doença e defendeu o que hoje poderia ser chamado de um “conceito ecológico” de saúde-enfermidade, enfatizando a multicausalidade da gênese das doenças⁴⁹.

A passagem para a Idade Média, todavia, consolidou um sério retrocesso na área sanitária, um período de pestilências e surtos epidêmicos decorrentes, entre outros, de movimentos populacionais, conflitos militares, miséria, promiscuidade e falta de higiene nos burgos⁵⁰.

O Renascimento, exatamente pela progressiva restauração do conhecimento clássico greco-romano, seria, na área da saúde, um misticismo medieval e as práticas exotéricas reminiscentes ao progresso das ciências, às descobertas sobre o corpo humano, ao pensamento e ao método científico⁵¹.

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.

⁴⁸ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde**: parâmetros para sua eficácia e efetividade. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 77.

⁴⁹ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde**: parâmetros para sua eficácia e efetividade. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 78.

⁵⁰ Idem, p. 78.

⁵¹ Idem, p.78

A Revolução Industrial acarretou um grande movimento de urbanização, com a migração populacional do campo para as cidades e a formação de cinturões ao redor das fábricas que, pela proximidade espacial e absoluta falta de higiene, permitiam a rápida proliferação de doenças entre operários, patrões e familiares⁵².

Tais fatos foram decisivos à reivindicação por melhores condições sanitárias, dada a necessidade de resguardo à saúde dos operários, seja pela manutenção dos níveis de produção nas fábricas, seja pela proteção da saúde dos próprios patrões; assim como pelo atendimento às reclamações dos operários, já organizados em movimentos de luta social, que exigiam o estabelecimento de melhores condições sanitárias para si e respectivos familiares.

Como o Estado nada mais era do que instrumento do empresariado, mostrou-se relativamente simples a transferência dessas reivindicações, assumindo o Estado a função de garante da saúde pública⁵³.

Ainda, Sueli Gandolfi Dallari⁵⁴ nos informa que o conceito de saúde, historicamente, resultou da síntese de duas opiniões. Uma delas, com o apoio de Hipócrates, Paracelso, e Engels, enfatiza a noção de saúde diretamente dependente de variáveis relacionadas com o meio ambiente, o trabalho, a alimentação e a moradia. A outra, apoiada na obra de Descartes, caracteriza a saúde como a ausência de doenças. Registra a autora que as duas Guerras Mundiais e a necessidade de uma nova ordem global trataram de unificar essas duas opiniões.

Não é por outra razão que a Organização Mundial de Saúde define saúde como “o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença ou outros agravos”, conceito o qual nos afiliamos.

⁵² Idem, p.78.

⁵³ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 79.

⁵⁴ DALLARI, Gandolfi Dallari. **Vigilância sanitária, direito e cidadania**. Brasília: Cadernos de Textos Conferência Nacional de Vigilância Sanitária, 2001, p.18.

Para Dallari⁵⁵, o conceito de saúde proposto pela OMS teria um núcleo básico, correspondente a idéia de ausência de doença, e um “*halo nebuloso*”, atribuído ao que poderia se compreender como completo bem-estar físico, mental e social; corresponderia mais a uma “*imagem-horizonte*”, do que propriamente a um conceito fechado, explica Scilar.

Por mais superficial que se possa constituir, qualquer investigação em torno do direito à saúde 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 desse enquadramento⁵⁶.

E mais: a saúde não deve ser vista como bem jurídico tutelado pelo Estado de forma “isolada”. Ao revés, e nisso concordamos com Zanobini quando adverte que a saúde é pressuposto e condição indispensável de toda atividade econômica e especulativa, de todo prazer material e intelectual. O estado de doença não só constitui negação de todos estes bens, como também representa perigo, mais ou menos próximo, para a própria existência do indivíduo e, nos casos mais graves, a causa determinante da morte.

Quanto à importância para a sociedade de uma eficiente política de saúde, explica Zanobini⁵⁷ que:

Para o corpo social a saúde de seus componentes é condição indispensável de sua conservação, da defesa interna e externa, do bem estar geral, de todo progresso material, moral e político. As pessoas doentes representam ônus e perigo contínuo para a sociedade: ônus na medida em que não lhes trazem nenhuma contribuição de trabalho e exigem cuidados e assistência que comprometem meios econômicos e atividades de outras pessoas; perigo, pela possibilidade da propagação da doença a outras pessoas e, em alguns casos, à propagação rápida, de caráter epidêmico.

⁵⁵ DALLARI, Gandolfi Dallari. **Vigilância sanitária, direito e cidadania**. Brasília: Cadernos de Textos Conferência Nacional de Vigilância Sanitária, 2001, p. 80.

⁵⁶ Idem, p. 81.

⁵⁷ ZANOBINI, Guido. **Corso di diritto amministrativo**. vol, V. 1998, p. 60

Em síntese: o direito à saúde qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos, subsumindo-se à noção dos direitos de segunda geração, cujo adimplemento impõe ao Poder Público a satisfação de um dever de prestação positiva, consistente num *facere*, pois o Estado dele só se desincumbirá criando condições objetivas que propiciem, aos titulares desse mesmo direito, o gozo de seu exercício.

Nesta toada é que o Ministro Celso de Mello, no julgamento do Agravo de Instrumento em Mandado de Segurança nº 271.286/RS, onde atuou como relator do processo, lembrou que o dever de concretização de políticas públicas na área em estudo, especialmente a distribuição de medicamentos, desponta como *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.*⁵⁸

2.3 A situação da saúde no Brasil. Anuário Estatístico de Saúde do ano de 2001⁵⁹.

A situação da saúde, no Brasil, passou por inegáveis avanços nos últimos dez anos, após a implantação do Sistema Único de Saúde – SUS. Muitos problemas, que tradicionalmente estiveram na pauta das discussões e prioridades da saúde pública, evoluíram favoravelmente, porém, novos desafios somaram-se aos antigos, exigindo providências para as quais a utilização de dados é essencial. Nesse sentido, o Anuário Estatístico de Saúde do Brasil apresenta um retrato das condições de saúde da população e da forma como o sistema de saúde vem se organizando e respondendo às suas necessidades, nas diversas regiões do país.

⁵⁸ No referido julgamento ainda ficou assentado que “...incide, sobre o Poder Público, a gravíssima obrigação de tornar efetivas as prestações de saúde, incumbindo-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”.

⁵⁹ Este tópico transcreve o relatório do Anuário Estatístico de Saúde no ano de 2001, obtido no site: <http://portal.saude.gov.br/partal/aplicacoes/anuario2001/introd.cfm>. Acesso em 17 de dezembro de 2007.

O atual quadro demográfico brasileiro resulta de vários fatores, como a queda da fecundidade, a redução da mortalidade infantil, o aumento da esperança de vida e o progressivo envelhecimento da população, que geram impactos e novas demandas para o sistema de saúde.

As taxas de fecundidade vêm decrescendo em todas as regiões, desde 1970, atingindo, em 1999, a média de 2,2 filhos por mulher. Os resultados do Censo Demográfico 2000 indicam que a taxa de crescimento populacional no Brasil, em relação a 1991, foi da ordem de 1,6% ao ano. Os dados mostram, ainda, uma redução da razão de sexos à medida que aumenta a idade, evidenciando a tendência de sobremortalidade masculina em todos os grupos etários.

Observa-se uma diferença de quase oito anos em termos de esperança de vida ao nascer, segundo o sexo: 72,6 anos para as mulheres e 64,8 para os homens. Segundo o índice de envelhecimento, a proporção de pessoas de 65 anos e mais, em relação ao total de crianças e jovens com menos de 15 anos, é da ordem de 19,8%, em 2000. Tal indicador aponta diferenças marcantes em todo o país, variando de 9,8%, na Região Norte, para 23,9%, na Sudeste.

Dos aspectos socioeconômicos, os resultados do Produto Interno Bruto – PIB indicam que a economia cresceu apenas 0,8%, em 1999. Com este pequeno incremento da produção, o PIB per capita chegou a R\$ 5.740,00; na distribuição regional da produção, o Sudeste respondeu por mais da metade do PIB.

Quanto ao indicador de razão de renda, os 20% mais ricos da população brasileira apropriaram-se, em 1999, de uma renda 26,2 vezes maior do que a dos 20% mais pobres. As informações sobre a proporção de pobres mostram que mais de 25% da população brasileira pertencem a famílias com renda mensal per capita de até meio salário mínimo (valor, na época, equivalente a R\$ 68,00). As maiores disparidades foram observadas na Região Nordeste, onde essa proporção chegava a mais de 47%.

O analfabetismo diminuiu no Brasil, passando de 20%, em 1991, para 14%, em 2000, com queda em todas as regiões e grupos de idade, mas ainda se mantém

elevado, principalmente, no Norte e no Nordeste, inclusive entre jovens e adultos de 15 a 29 anos. O Censo registrou variações entre 26%, no Nordeste, e 8%, no Sul.

Em 2001, a quase totalidade dos municípios brasileiros (99%) encontrava-se habilitada em uma das duas condições de gestão estabelecidas pela Norma Operacional Básica – NOB/1996, que regula o atual processo de descentralização. Do total de municípios, 89% estavam na condição de Gestão Plena da Atenção Básica e 10% na de Gestão Plena do Sistema. Os conselhos municipais e estaduais de saúde — mecanismos de controle social — também encontram-se nacionalmente implantados, com presença em 99,9% dos municípios e na totalidade das Unidades da Federação.

Entre os programas desenvolvidos, em 2001, destacam-se o Programa de Saúde da Família – PSF, implantado em 66% dos municípios e com maior presença no Nordeste (71%) e Centro-Oeste (81%), e o Programa de Agentes Comunitários de Saúde – PACS, presente em 86% dos municípios, de forma maciça no Norte (94%) e no Nordeste (99%) do país. Ainda em 2001, 91% dos municípios recebiam o Incentivo de Combate às Carências Nutricionais – ICNN para reduzir e controlar a desnutrição infantil e as carências nutricionais específicas, bem como incentivar o aleitamento materno, com maior participação dos municípios do Norte (90%) e do Nordeste (95%).

Em relação ao perfil de mortalidade, observa-se que a situação da população brasileira vem se modificando, com destaque para a queda dos óbitos infantis, a redução relativa das mortes por doenças infecciosas e o aumento daquelas decorrentes de doenças crônico-degenerativas.

Em 1999, foram registrados 938 mil óbitos no Brasil, correspondendo a uma taxa bruta de 6,8 óbitos por mil habitantes.

Com tendência constante de queda, a mortalidade infantil atingiu, em 1999, 31,8 óbitos por mil nascidos vivos, com maior participação do componente neonatal (20,1 por mil). Apesar do declínio em todas as regiões, os valores médios ainda são

elevados, sendo maiores no Nordeste (52,4). As menores taxas encontram-se nos Estados das Regiões Sul e Sudeste.

Entre as causas de morte, as doenças do aparelho circulatório representam a principal causa no país (32%) e em todas as regiões, seguidas pelas causas externas (15%) e neoplasias (15%). Os óbitos por causas externas, em que se destacam os homicídios e os acidentes de transportes, têm registrado crescimento importante, com uma sobremortalidade masculina mais acentuada entre os jovens. Em 1999, ocorreram 116 mil mortes por essas causas no país, ou seja, 71 óbitos por 100 mil habitantes, sendo que as maiores taxas foram registradas nas Regiões Sudeste (87,3) e Centro-Oeste (80,2).

Com relação aos indicadores de morbidade e fatores de risco, destaca-se que, entre as doenças de notificação compulsória, as que apresentaram maior incidência, em 2000, foram a malária, o dengue e a tuberculose. Foram computados 615 mil exames positivos de malária, no país, significando um índice de 3,6 casos por mil habitantes, com presença de área endêmica na Região Norte. A incidência de dengue tem-se mantido alta nos últimos anos, após o recrudescimento da epidemia a partir de 1994. No país foram registrados 239 mil casos, em 2000, e as regiões mais afetadas foram Norte e Nordeste, com taxas de 239 e 254 casos por 100 mil habitantes, respectivamente, enquanto a menor incidência foi verificada na Região Sul (19 casos por 100 mil). A tuberculose registrou 80 mil casos novos, com uma taxa de incidência de 47,7 casos por 100 mil habitantes, sendo a maior taxa na Região Sudeste (53,8) e a menor no Centro-Oeste (30,5).

As principais causas de internação no Sistema Único de Saúde – SUS, em 2001, deveram-se a gravidez, parto e puerpério (24%), doenças do aparelho respiratório (16%) e do aparelho circulatório (10%). A distribuição das causas apresenta diferenças regionais, como as doenças do aparelho circulatório, que têm a maior proporção na Região Sudeste e a menor no Norte, situação que se inverte quando se trata de doenças infecciosas e parasitárias.

Dos 3,2 milhões de nascimentos registrados em 1999, a maior concentração, por idade da mãe, correspondeu à faixa de 20 a 24 anos (31%), sobressaindo também o

alto percentual de mães entre 15 e 19 anos (23%). A maior proporção de mães adolescentes foi observada na Região Norte (30%) e a menor na Sudeste (20%).

Quanto aos recursos físicos em saúde, observa-se que a rede ambulatorial do SUS integrava 61 mil unidades, em 2001, sendo 77% de natureza pública, 23% de natureza privada e apenas 0,5% universitária. O setor público predomina em todo o país, com participação bem acima da média na Região Norte (88%) e inferior no Sul (66%). Já na rede hospitalar, o Brasil contava com 486 mil leitos em hospitais vinculados ao SUS, representando 2,8 por mil habitantes. Do total, 65% estão em hospitais da rede privada, 26% da pública e 9% da universitária. Entre 1996 e 2001, houve redução no número total de leitos – o que vem ocorrendo ininterruptamente ao longo dos anos 90 e mostra coerência com a diretriz de mudança no modelo assistencial.

Quanto aos equipamentos em uso nos estabelecimentos de saúde, em 1999, havia uma distribuição diferenciada. Equipamentos de alta tecnologia, como tomógrafos, têm maior oferta no centro-sul, com 1,3 unidade por 100 mil habitantes na Região Sudeste, contra 0,9 na média do país. No Brasil existem, para cada grupo de 100 mil habitantes, 4,7 equipamentos de hemodiálise, com maior oferta na Região Sudeste (6,1) e menor no Norte, com apenas um equipamento por 100 mil habitantes.

O quadro de recursos humanos mostra que, dos profissionais registrados nos Conselhos, em 2001, os maiores contingentes são os de auxiliares de enfermagem (448 mil) e médicos (328 mil), seguidos, num patamar menor, pelos cirurgiões-dentistas (145 mil) e enfermeiros (90 mil). Evidenciam-se desigualdades regionais, com maior concentração de profissionais no centro-sul do país. O Brasil tem 1,9 médico por mil habitantes, sendo que as Regiões Norte e Nordeste reúnem os menores coeficientes, onde há Estados com até 1 médico por mil habitantes. A taxa de auxiliares de enfermagem do país é de 2,6 para cada mil habitantes, no entanto, o menor coeficiente (1,5 na Região Norte) está abaixo da metade daquele verificado no Sudeste (3,6).

Em 1999, foram contabilizados 1,8 milhão de postos de trabalho distribuídos nos estabelecimentos de saúde no país, a maioria na rede hospitalar, apontando um

crescimento de 31% em relação a 1992. A Região Sudeste acumula 50% destes postos – situação condizente com sua concentração histórica de recursos de assistência à saúde. A esfera pública emprega a maior parcela (53%), com destaque para as prefeituras, que respondem por 33% do total – composição decorrente do processo de descentralização de ações e serviços de saúde que, ao longo da década de 90, levou municípios a ampliarem sua rede de serviços e o quadro de recursos humanos.

Em relação aos recursos financeiros gastos em saúde, observa-se que as despesas do Ministério da Saúde passaram, em reais correntes, de R\$ 14,9 bilhões, em 1995, para R\$ 26,1 bilhões, em 2001. A análise dos grupos de despesa mostrou redução da participação dos gastos com pessoal e encargos sociais entre 1995 (25%) e 2001 (19%). Nesse último ano, verificou-se que o Ministério aportou recursos semelhantes para pessoal ativo e inativo (R\$ 2,6 bilhões e R\$ 2,3 bilhões, respectivamente). Em contrapartida, a proporção com outras despesas de custeio e capital – na qual se incluem a assistência médica e hospitalar, a atenção básica e os gastos com medicamentos – elevou-se de 66% para 80%, no mesmo período.

A estimativa do gasto público com ações e serviços de saúde revela que, em 2000, houve um aporte de R\$ 34 bilhões pelos governos federal (R\$ 20,4 bilhões), estaduais (R\$ 6,3 bilhões) e municipais (R\$ 7,4 bilhões), o que corresponde a R\$ 201 por habitante/ano. Na maioria das Unidades da Federação, verificou-se que os recursos federais são responsáveis por mais da metade do financiamento desse gasto (com exceção de Amapá, São Paulo, Espírito Santo, Acre e Amazonas). Os Estados mais dependentes de recursos federais são Maranhão (78%), Piauí (76%) e Paraíba (75%). Aqueles em que há maior participação dos governos estaduais são Acre (59%) e Amapá (51%) e, entre os que apresentam maior participação dos governos municipais, destacam-se São Paulo (34%), Minas Gerais (31%) e Mato Grosso do Sul (31%).

Em 2001, a despesa federal média por internação no SUS foi de R\$ 433, com variações entre R\$ 295, na Região Norte, e R\$ 514, na Sudeste, refletindo a distribuição da rede hospitalar de maior complexidade. No conjunto, as médias mais altas são dos grupos de alta complexidade e de ações estratégicas, que atingem R\$

2.263 e R\$ 1.390, respectivamente. Em termos de especialidades, o maior gasto médio por internação ocorreu em psiquiatria (R\$ 1.296) e cuidados prolongados (R\$ 5.232), enquanto o menor valor refere-se às despesas com obstetrícia, que atingem a média de R\$ 254, para o Brasil, apresentando distribuição mais homogênea entre as regiões.

Em termos de produção e cobertura de serviços de saúde, verifica-se que, no âmbito do SUS, em 2001, foram realizados 1,9 bilhão de procedimentos ambulatoriais. Desse total, 62% são de atenção básica, 31% de média complexidade e 7% de alta. O setor público responde quase que integralmente pela atenção básica (96%) e pela maior parte dos procedimentos de média (57%) e alta (73%) complexidades.

Em 2001, foram realizadas 2,4 consultas por habitante no SUS, sendo que a maior concentração encontra-se na Região Sudeste (2,8) e a menor na Norte (1,6). Quanto ao atendimento hospitalar, realizaram-se 11,7 milhões de internações pelo SUS, com uma taxa de 6,8 para cada 100 habitantes.

A quase totalidade dos 3,2 milhões de partos realizados no país, em 1999, ocorreu em hospitais (97%) – aqueles realizados no SUS e no segmento de planos e seguros privados. A proporção de partos cesáreos ainda é muito elevada (38%), com maiores taxas no centro-sul, com destaque para a Região Sudeste (46%). Em relação à assistência pré-natal, metade das gestantes passou por sete e mais consultas de acompanhamento, com proporções mais elevadas no Sudeste (57%) e menores no Norte (34%). Em 2001, foram realizados 2,4 milhões de partos no SUS, com uma taxa de partos cesáreos de 25%. Essa proporção apresenta decréscimo em relação a 1996 (32%) – tendência verificada em todas as regiões.

No período 1996-2000, o Brasil aumentou a cobertura vacinal em crianças menores de um ano. Em 2000, a cobertura das vacinas contra sarampo, poliomielite e tuberculose (BCG) estava em torno de 100% em todas as regiões.

Quanto aos indicadores de saneamento básico, em 2000, o Brasil registrou uma cobertura de abastecimento de água de 89% na área urbana, com pior situação na Região Norte (63%). A cobertura de esgotamento sanitário atingiu 70% da

população urbana, com melhor nível no Sudeste (87%) e situação precária nas regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, onde menos da metade da população tinha acesso a sistemas de esgotamento sanitário.

Os dados apresentados nesse Anuário permitem vislumbrar os desafios a serem enfrentados nesse novo milênio, em que ainda conviverão doenças resultantes da pobreza extrema e os males resultantes, principalmente, de variáveis comportamentais e atitudinais associadas ao mundo contemporâneo. Isso reforça a importância da adoção de diferentes formas de enfrentamento, em termos não somente de assistência/tratamento/reabilitação, mas também, e principalmente, da implementação de políticas e ações de prevenção de doenças e promoção de saúde.

2.4 O gasto do Estado com a saúde e a ineficiência do Poder Público na execução dos programas de saúde. Possíveis causas

A Lei nº 4.320/64 que estatui normas gerais de direito financeiro, estabelece que anualmente a Lei de Orçamento de cada Ente da Federação deve dispor sobre suas receitas e despesas, estas, inclusive, quanto aos programas aplicáveis à saúde.

Conforme se verifica da análise do anexo V da referida lei, os gastos com saúde englobam: 1) assistência médica hospitalar; 2) assistência médico-ambulatorial e domiciliar; 3) assistência à maternidade e à infância; 4) profilaxia de moléstias infecto-contagiosas; 5) higiene; 6) erradicação de endemias; 7) saneamento; 8) pesquisas, fiscalização e educação sanitária, programas que o Poder Público deve efetivar nesta nobre e vital área.

Um fato interessante é que o Orçamento da União para área de saúde⁶⁰ para o ano de 2007 desponta como um dos maiores do Poder Executivo, estando abaixo

⁶⁰ O valor orçado para a saúde é de R\$ 46.276.115.767,00 (quarenta e seis trilhões, duzentos e setenta e seis bilhões, cento e quinze milhões e setecentos e sessenta e sete mil reais).

apenas daquele previsto para o Ministério da Previdência Social⁶¹ e para o pagamento dos encargos financeiros da União⁶².

Apesar do volumoso montante de verbas que são aplicadas anualmente em saúde, o fato é que, por diversos motivos, a maior parte da sociedade brasileira não vem gozando deste direito.

Essa afirmativa é confirmada empiricamente pelo resultado de pesquisa do IBGE (acesso em 29 jan. 2007), onde ficaram registrados assustadores dados sobre a taxa de mortalidade infantil, cujo principal motivo está ligado à falta de efetividade das políticas públicas da área de saúde.

Mas como tanto dinheiro disponível pode resultar em ineficiência nos programas de saúde? Dentre os fatores que justificam o insucesso nesta área destaca-se a má administração dos gestores públicos, especialmente a cúpula do governo, cuja maioria⁶³ não tem a menor idéia de administração da estrutura do Estado, de seus princípios orientadores e, especialmente, da força normativa da Constituição Federal.

Aliado a isso, e infelizmente isso é conhecimento nacional e internacional, o Brasil destaca-se como um dos Países onde há a maior corrupção no Poder Público. Em estudo realizado pelo *Transparency Internacional* (acessado em 29 de janeiro de 2007) em 2005 nosso País encontrava-se no 62 lugar da lista dos 151 países pesquisados⁶⁴.

⁶¹ O valor orçado para este órgão é de R\$ 190.226.354.129,00 (cento e noventa trilhões, duzentos e vinte e seis bilhões, trezentos e cinquenta e quatro milhões e cento e vinte e nove mil reais).

⁶² O valor orçado para esta despesa é de R\$ 240.641.446.277,00 (duzentos e quarenta trilhões, seiscentos e quarenta e um bilhões, quatrocentos e quarenta e seis milhões e duzentos e setenta e sete mil reais).

⁶³ É cediço que tais cargos, de alta relevância, são todos comissionados, sendo que os ocupantes dos mesmos estão lá, na maioria das vezes, por motivos políticos os quais não estão relacionados com o conhecimento que possuem na pauta que irão atuar.

⁶⁴ Uma outra pesquisa internacional sobre a percepção das populações locais em relação à corrupção em seu próprio país, promovida pela Organização Gallup, mostra o Brasil na 42ª posição do ranking entre 101 países pesquisados.

(<http://noticias.uol.com.br/economia/ultnot/2006/12/05/ult82u6494.jhtm>)

Fato recente e que abalou a credibilidade do Poder Público, destaca-se o ingente esquema de corrupção na compra de ambulâncias, episódio conhecido como *operação sanguessuga*.⁶⁵

65 A síntese do esquema pode ser bem elucidada por trecho da reportagem de Felipe Recondo, da folha ON LINE, o qual escreveu que “A quadrilha desmontada pela Polícia Federal, que fraudava a venda de ambulâncias para prefeituras de diversos Estados do país, era chefiada pela família Trevisan Vedoin, no Mato Grosso. A empresa da família era chefiada por Darci José Vedoin e tinha membros infiltrados na Câmara dos Deputados, no Ministério da Saúde e na Associação de Municípios do Mato Grosso. O primeiro passo da ação da quadrilha era o contato com os prefeitos interessados. O responsável pelo contato seria José Wagner dos Santos. Nessa conversa com os prefeitos, ele dizia que poderia entregar uma ambulância completa antes do prefeito conseguí-la pelos trâmites normais. Com isso, o prefeito ficaria livre de toda a burocracia e não teria de fazer nenhum esforço. Com a concordância do prefeito, a quadrilha acionava assessores de parlamentares que preparavam emendas a serem apresentadas por deputados e senadores. O texto era aprovado no Congresso Nacional e a assessora do Ministério da Saúde, Maria da Penha Lino, teria a incumbência de aprovar o convênio e facilitar a liberação do recurso. Caberia à empresa Planam, de propriedade da família Trevisan Vedoin, montar as ambulâncias e entregá-las ao prefeito. A empresa superfaturava em até 110% a operação e entregava um veículo sem os equipamentos necessários para atendimentos de emergência. No total, a quadrilha teria movimentado R\$ 110 milhões desde 2001 e entregue 1.000 veículos. Cada intermediário recebia propina para atuar. Há indícios, conforme as investigações, que dois ex-parlamentares, Ronivon Santiago e Carlos Rodrigues, tenham também recebido propina”. (<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u78858.html>)

3 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, DIREITOS SOCIAIS, RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL E PAPEL DO JUDICIÁRIO.

3.1 Algumas considerações sobre a criação do Estado Democrático de Direito: uma redefinição do papel do Poder Judiciário.

Lênio Streck⁶⁶ nos atenta que em face das profundas alterações paradigmáticas ocorridas na teoria do Estado e da Constituição, a noção de Estado Democrático de Direito pressupõe uma valorização do jurídico, e, fundamentalmente, exige a (re) discussão do papel destinado ao Poder Judiciário (e à justiça constitucional) nesse (novo) panorama estabelecido pelo constitucionalismo do pós-guerra, mormente em países como o Brasil, cujo processo constituinte de 1986-88 assumiu uma postura denomina de “comunitarista”⁶⁷.

Assim, o constitucionalismo do Estado Democrático de Direito acrescenta um “mais” ao Direito do Estado Social, porque estabelece no próprio texto constitucional os diversos mecanismos para o resgate das promessas da modernidade. Por outras palavras, o que diferencia o projeto do Estado Democrático de Direito é exatamente a revalorização do jurídico, como contraponto a plenipontenciabilidade da razão política que tantas seqüelas deixou.

A democratização social, fruto das políticas do *Welfare State*, o advento da democracia no segundo pós-guerra e a redemocratização de países que saíram de regimes autoritários/ditatoriais, trazem a lume Constituições cujos textos positivam os direitos fundamentais e sociais. Esse conjunto de fatores redefine a relação entre os Poderes do Estado, passando o Judiciário (ou os tribunais constitucionais) a fazer parte da arena política.

⁶⁶ Lênio Luiz STRECK. **O Papel da Jurisdição Constitucional na realização dos Direitos sociais fundamentais.** (Capítulo do livro *Jurisdição e Direitos Fundamentais*. Organizador: Ingo Wolfgang Sarlet. Livraria dos Advogados Editora, Porto Alegre, 2006, p. 170

⁶⁷ Com esta postura os constitucionalistas (comunitaristas) lutaram pela incorporação dos compromissos ético-comunitários na Lei Maior, buscando não apenas reconstruir o Estado de Direito, mas também “resgatar a força do Direito”, cometendo à jurisdição a tarefa de guardião dos valores materiais positivados na Constituição.

Isto porque o *Welfare State* facultou ao Judiciário o acesso à administração do futuro, e o constitucionalismo moderno, a partir da experiência negativa de legitimação do nazi-fascismo pela vontade da maioria, confiou à justiça constitucional a guarda da vontade geral, encerrada de modo permanente nos princípios fundamentais positivados na ordem jurídica. Tais fatores provocam um redimensionamento na clássica relação entre os Poderes do Estado, surgindo o Judiciário como uma alternativa para o resgate das promessas de modernidade, em que o acesso à justiça assume um papel de fundamental importância, pelo deslocamento da esfera de tensão, até então calcada nos procedimentos políticos, para os procedimentos judiciais.

Contudo, adverte Andreas J. Krell⁶⁸, em princípio, a estrutura do Poder Judiciário é relativamente inadequada para dispor sobre recursos ou planejar políticas públicas. O Terceiro Poder carece de meios compulsórios para a execução de sentenças que condenam o Estado a cumprir uma tarefa ou efetuar uma prestação omitida; não há meios jurídicos para constranger o legislador a cumprir a obrigação de legislar.

Não obstante, arremata o referido autor, “a extensão desse impedimento depende da prática judiciária. A criatividade do Judiciário poderá contribuir para o alargamento do controle judicial e o avanço na concretização da Constituição”⁶⁹

Registre-se que os segmentos que trabalham com essa perspectiva partem do pressuposto de que a função da jurisdição constitucional deve fazer prevalecer a Constituição mesmo contra as maiorias eventuais. Aqui, concordamos com Korinek para quem a “vinculação do legislador às determinações constitucionais é ao mesmo tempo a vinculação do legislador democraticamente legitimado a um ato de mais elevada legitimação democrática”⁷⁰.

⁶⁸ KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: Os descaminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002, p.85.

⁶⁹ Idem, p. 86.

⁷⁰ Citação extraída do texto de Lênio Luiz Streck. **O Papel da Jurisdição Constitucional na realização dos Direitos sociais fundamentais**. (Capítulo do livro *Jurisdição e Direitos Fundamentais*. Organizador: Ingo Wolfgang Sarlet. Livraria dos Advogados Editora, Porto Alegre, 2006, p. 187.

O Supremo Tribunal Federal tem adotado uma postura mais ativa quanto à efetivação dos direitos sociais. Veja-se, a respeito, trecho da ementa do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271286/RS, cuja relatoria coube ao Ministro Celso Mello, onde ficou assentado que:

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 à preceitos fundamentais da Constituição da República (artigo 5, caput, e 196), representado, na concreção de seu alcance, um gesto relevante 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 aqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

Neste contexto adverte Rogério Gesta Leal⁷¹ que qualquer política pública no Brasil tem como função nuclear a de servir como esfera de intermediação entre o sistema jurídico constitucional (e infraconstitucional) e o mundo da vida Republicano, Democrático e Social que se pretende instituir no país. Em outras palavras, é através de ações estatais absolutamente vinculadas/comprometidas com os indicadores parametrizantes de mínimo existencial e previamente delimitados, que vai se tentar diminuir a tensão entre validade e faticidade que envolve o Estado e a Sociedade Constitucional e o Estado e a Sociedade Real no Brasil.

3.2 Posturas procedimentalistas e substancialistas (ativismo judicial) e a posição do Brasil nesse quadro.

Não é pacífico o posicionamento segundo o qual teria o Poder Judiciário legitimidade para a materialização de certos direitos, especialmente os sociais, em razão de uma falta de atuação por parte dos poderes Legislativo e Executivo.

⁷¹ Citação extraída do texto de Lênio Luiz Streck. **O Papel da Jurisdição Constitucional na realização dos Direitos sociais fundamentais.** (Capítulo do livro *Jurisdição e Direitos Fundamentais*. Organizador: Ingo Wolfgang Sarlet. Livraria dos Advogados Editora, Porto Alegre, 2006, p. 167

Habermas⁷², um dos mais vorazes defensores de posturas procedimentalistas, critica com veemência a invasão da política e da sociedade pelo Direito, uma vez que ao deixar-se conduzir pela idéia de realização de valores materiais, dados preliminarmente no direito constitucional, o tribunal constitucional transforma-se numa instância autoritária.

Segundo o autor, a invasão da esfera de competência dos tribunais, mediante concretizações materiais de valores, desestimula o agir orientado para fins cívicos, tornando-se o juiz e a lei as derradeiras referências de esperança para indivíduos isolados.

Assim propõe que o Tribunal Constitucional deve ficar limitado à tarefa de compreensão procedimental da Constituição, isto é, limitando-se a proteger um processo de criação democrática do Direito e não um guardião de uma suposta ordem supra-positiva de valores substanciais. Deve, sim, zelar pela garantia de que a cidadania disponha de meios para estabelecer um entendimento sobre a natureza dos seus problemas e a forma de sua solução⁷³.

Como contraponto, advogando a tese substancialista, Cappelletti⁷⁴ diz que o Poder Judiciário pode contribuir para o aumento da capacidade de incorporação do sistema político, garantindo a grupos marginais, destituídos dos meios para acessar os poderes políticos, uma oportunidade para a vocalização das suas expectativas e direito do processo judicial.

Relata Geovany Cardoso Jevaux⁷⁵ que a Suprema Corte Americana, sob a presidência do *Justice Warren* (1953-1969) e do *Justice Burger* (1969-1986), por meio de um auto-invocado poder discricionário, a pretexto de atender a demandas

⁷² HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia – Entre a faticidade e validade**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1 e 2, p. 297

⁷³ HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia – Entre a faticidade e validade**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1 e 2, p. 297 e seg.

⁷⁴ CAPELLETI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 41.

⁷⁵ JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Direito Constitucional. Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro. 2007. Editora Forense, p.75.

sociais atuais, em nome de direitos humanos e de princípios e valores nem sempre expressos na Constituição, tomou decisões que, embora tivessem como fonte remota a Constituição escrita, são acusadas de ignorar o texto máximo.

De acordo com José Acosta Sánchez, citado por Jevaux⁷⁶, este ativismo judicial é justificado nos Estados Unidos em razão de: a) diminuição do poder de reforma, em razão da rigidez constitucional, b) pelo dinamismo constitucional dos Estados e c) pela existência de uma Suprema Corte produtora de Constituição material.

L.H. Tribe, um dos mais ferrenhos defensores dos valores substantivos constitucionais, e destes enquanto guia do processo hermenêutico-constitucional, faz uma profunda crítica aos fundamentos das teorias dos valores adjetivos ou procedimentalistas afirmando que o procedimento deve completar-se com uma teoria dos direitos e valores substantivos⁷⁷.

O referido autor parte do caráter tenazmente substantivo da maioria dos dispositivos constitucionais mais importantes: a primeira emenda, a décima terceira (abolição da escravidão) ou a cláusula do devido processo legal.

Por outro lado, também são substantivos o significado e o propósito das normas que regulam os procedimentos de participação. Certamente, diz Tribe, decidir que classe de participação demanda a Constituição requer uma teoria dos valores e dos direitos plenamente substantiva. Assim, os direitos ao procedimento do devido processo têm em sua base a dignidade pessoal (ser ouvido é parte do que significa ser pessoa); do mesmo modo, a questão de “quem vota” ou a regra de “um homem, um voto” possuem caráter substantivo⁷⁸.

As teorias procedimentalistas não parecem apreciar que o processo é algo em si mesmo valioso; porém, dizer que o processo é em si mesmo valioso é afirmar que a Constituição é inevitavelmente substantiva.

⁷⁶ Idem, p. 76.

⁷⁷ STRECK, Lênio Luiz. **O Papel da Jurisdição Constitucional na realização dos Direitos sociais fundamentais**. (Capítulo do livro *Jurisdição e Direitos Fundamentais*. Organizador: Ingo Wolfgang Sarlet. Livraria dos Advogados Editora, Porto Alegre, 2006, p. 185.

⁷⁸ Idem, p. 186.

Para Tribe, circunscrever a interpretação constitucional à idéia de abertura política supõe um círculo fechado. Por isso, as teorias defensoras da Constituição como processo supõem um empobrecimento do papel da teoria constitucional: a Constituição pareceria estar dirigida somente aos juízes, porém não aos cidadãos nem aos representantes, em face da sua incapacidade para informar o conteúdo do debate, discussão e decisão política⁷⁹.

Nesse contexto, assevera Lênio Streck⁸⁰ que a corrente substancialista entende que, mais do que equilibrar e harmonizar os demais poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem e da do Ocidente.

Não há dúvida em afirmar que o Poder Judiciário não pode continuar a assumir uma postura passiva diante da sociedade.

Ocorre que no plano de agir cotidiano dos juristas no Brasil, nenhuma das duas teses (procedimentalista e substancialista) é perceptível. Ou seja, se estamos longe da postura substancialista – e a prática nos tem mostrado tal assertiva, em face da inefetividade da expressiva maioria dos direitos sociais previstos na Constituição e na postura assumida pelo Poder Judiciário na apreciação de institutos como o mandado de injunção, a ação de inconstitucionalidade por omissão, além da falta de uma filtragem hermenêutico-constitucional das normas anteriores a Constituição -, também não se pode afirmar que convivemos com uma prática procedimentalista do tipo proposto por Habermas.

É este o dilema brasileiro: não sufragamos a tese substancialista, porque o Judiciário, preparado para lidar com conflitos inter-individuais, próprios de um modelo liberal-individualista, não está preparado para o enfrentamento dos

⁷⁹ Idem, p. 187.

⁸⁰ STRECK, Lênio Luiz. **O Papel da Jurisdição Constitucional na realização dos Direitos sociais fundamentais**. (Capítulo do livro *Jurisdição e Direitos Fundamentais*. Organizador: Ingo Wolfgang Sarlet. Livraria dos Advogados Editora, Porto Alegre, 2006, p. 186.

problemas decorrentes da trans-individualidade, própria do novo modelo advindo do Estado Democrático de Direito previsto na Constituição promulgada em 1988.

Registre-se neste sentido o desabafo de José Eduardo Farias⁸¹.

“Apesar de seu empenho em resguardar valores tradicionalmente garantidos desde o advento do constitucionalismo moderno, esse poder também vem enfrentando o dilema de adaptar sua estrutura organizacional, seus critérios de interpretação e suas jurisprudências às situações inéditas no âmbito de uma sociedade urbano-industrial profundamente estigmatizada pelas contradições econômicas, pelos antagonismos sociais e pelos paradoxos políticos; uma sociedade cujos conflitos cada vez mais exigem, dos legisladores e dos magistrados, tutelas diferenciadas, novos direitos sociais e a proteção de interesses difusos, fragmentados ou coletivos.

Como tendem a desafinar a rigidez lógico-formal do sistema jurídico em vigor, contrapondo uma racionalidade material à racionalidade formal tão cultivada pelas concepções legalistas e normativistas de inspiração de inspiração liberal, essas situações inéditas têm posto o Judiciário diante da necessidade de rever algumas de suas funções básicas. Estas, no âmbito de um aparelho burocrático com regras próprias de organização e de atuação específicas desenvolvidas e aplicadas por um corpo de profissionais, já não conseguem mais decidir conflitos judiciais mediante a simples aplicação de normas abstratas gerais e unívocas a casos concretos, restituindo os direitos violados e reprimindo seus respectivos violadores. Desde que grupos sociais tradicionalmente alijados do acesso à Justiça descobriam os caminhos dos tribunais, orientando-se por expectativas dificilmente amoldáveis às rotinas judiciais, utilizando de modo inventivo os recursos processuais e explorando todas as possibilidades hermenêuticas propiciadas por normas de “textura aberta”, como as normas-objetivo, as normas programáticas e as normas que se caracterizam por conceitos indeterminados, o Judiciário se viu obrigado a dar respostas para demandas para as quais não tem nem experiência acumulada nem jurisprudência firmada.

No exercício de suas funções judicantes, a magistratura forjou a partir do Estado liberal uma cultura técnica própria que, hoje, revela-se em descompasso com a realidade. Resultante da dogmatização de princípios como os da imparcialidade política e da neutralidade axiológica, essa cultura propiciou ao Judiciário uma forma particular de auto-conhecimento, baseada num intrincado conjunto de categorias e conceitos que o definem como um poder basicamente declarativo e reativo.

3.3 O custo dos direitos. Breve análise da obra *The Cost of Rights* de Stephen Homes e Cass R. Sunstein

Os direitos sociais, por serem direitos que requerem uma prestação do Estado para serem materializados (*status positivus socialis*) ensejam gastos, custos ao erário,

⁸¹ FARIAS, José Eduardo. **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. 1ª Ed. 4ª tiragem, São Paulo:Malheiros, 2005 p. 52/53.

razão pela qual se torna fundamental levar esse dado em consideração antes da efetivação dos referidos direitos.

Muitos doutrinadores têm sustentado que os direitos sociais não podem ser efetivado pelo Poder Judiciário uma vez que requer a aplicação de recursos orçamentários para sua implementação, carecendo o Poder Judiciário de legitimidade para fazer o controle de políticas públicas tendentes à efetivação dos mesmos.

Nesse sentido, por exemplo, é a lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁸², para quem os direitos sociais, os quais chama “direitos de crédito”, são direitos *subjetivos*; no entanto, afirma que a sua efetivação, quando reclama a instituição de serviços públicos, dificilmente pode resultar de uma determinação judicial, visto que tal instituição depende de inúmeros fatores que não se coadunam com o imperativo judicial.

Ocorre que esta distinção entre direitos cuja efetivação acarreta ou não gasto (direitos positivos e negativos) por parte do Estado caiu por terra com a bem sucedida tese dos professores americanos STEPHEN HOMES e CASS R. SUNSTEIN chamada de *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*.

O livro inteiro visa desfazer a distinção extremada entre os direitos negativos e direitos positivos. Observa-se então, por importante, que o critério em que se baseia a citada classificação (positivo/negativo) analisada funda-se no pressuposto de que existem direitos subjetivos cuja efetivação independe completamente da atuação positiva do Estado, ou seja, independe de qualquer prestação pública, daí serem chamados direitos negativos.

Positivo e negativo aqui são expressões empregadas para qualificar a obrigação (ou o dever) correlata ao direito em questão, sobre saber se se trata de uma prestação *facere* ou *non facere*, *in casu*, a cargo do Estado, que via de regra ocupa o pólo passivo da relação jurídica que tem como objetivo um direito fundamental. A não

⁸² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo. Saraiva, 1995, p. 49.

turbação da propriedade privada constitui um *non facere*, uma obrigação negativa, ao passo que a entrega de merenda escolar configura um *facere*, uma obrigação positiva.

Na obra em tela – *The cost of rights* – é possível identificar um objetivo fundamental: demonstrar que todos os direitos são positivos, e, portanto, demandam algum tipo de prestação pública para sua efetivação. Além disso, procuram os autores extrair diversas conseqüências relevantes de tal observação.

A fim de alcançar este escopo, o livro, divide-se em quatro partes⁸³. A primeira destina-se a demonstrar que todos os direitos, mesmo os tipicamente individuais, tidos habitualmente como meramente negativos, e que embasam a Constituição e os valores mais caros à sociedade americana, são todos positivos, isto é, sua consecução depende de atuação estatal.

Nas partes seguintes desenvolvem-se conseqüências da primeira. Na segunda, a partir da observação de que todos os direitos são positivos, verifica-se que também a liberdade (ou os direitos da liberdade) é afetada pela ausência de recursos e que, a proteção desses direitos representa a redistribuição da riqueza social, com todas as suas conseqüências.

Na terceira parte, contrapondo-se a um grupo de autores que sustenta que os direitos “foram muito longe” nos Estados Unidos, suscitando a irresponsabilidade do indivíduo para com a comunidade, os autores argumentam, também a partir da verificação de que todos os direitos são positivos, que o exercício dos direitos é, ao contrário, um exercício de responsabilidade.

Na quarta parte, ainda como conseqüência de sua visão a cerca da positividade, os autores sustentam que os direitos – todos eles – são sempre fruto de uma opção social, e, portanto, da negociação (especialmente política), em que nem todas as partes encontram-se em pé de igualdade, gerando distorções, por vezes de monta.

⁸³ Segundo o estudo feito sobre a referida obra pelo Professor Flávio Galdino em: **Os custos dos direitos**. Estudos em Homenagens ao professor Ricardo Lobo Torres, Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

Em conclusão, enunciam os autores a tese de que inexistem direitos ou liberdades privadas, senão que o exercício de todo e qualquer direito ou liberdade depende fundamentalmente das instituições públicas, e em grande medida, sendo, igualmente públicos.

Gustavo Amaral⁸⁴, citando os dados apresentados por Holmes e Sunstein em seu surpreendente livro informa que todos os direitos têm custos porque todos os direitos pressupõem o custeio de uma estrutura de fiscalização para implementá-los. Trazendo os dados apresentados pelos autores americanos, informa que a *Consumer Safety Commission* gastou em 1996, 41 milhões de dólares analisando e identificando produtos potencialmente danosos e fiscalizando o cumprimento dos padrões de segurança. Já o Departamento de Justiça dos Estados Unidos, no mesmo ano, gastou US\$ 64 milhões em “questões de direitos civis”. A *Occupational Safety and Health Administration (OSHA)* consumiu US\$ 306 milhões no mesmo ano obrigando os empregadores a prover locais de trabalho mais seguros e saudáveis, enquanto que a *Equal Employment Opportunit Comission (EEOC)* despendeu US\$ 233 milhões para cuidar que os empregadores não discriminem na contratação, demissão, promoção e transferências.

O credor, por sua vez, tem o direito de demandar ao devedor que pague sua dívida. Na prática, isso significa que o credor pode demandar do Estado o exercício da jurisdição, obrigando ao pagamento e, se necessário, excutando bens do devedor⁸⁵.

Em trecho que merece transcrição⁸⁶, escrevem Holmes e Sunstein:

Então esta questão se põe: as liberdades protegidas pelo *Bill of Rights* são apenas negativas? Por força delas está o Estado obrigado apenas a se abster, sem ter que agir?

Alguns direitos constitucionais dependem, para sua existência, de condutas estatais positivas. Portanto, o Estado está sob um dever constitucional de agir, não de abster-se. Se deixar uma pessoa

⁸⁴ AMARAL, Gustavo: **Direito, Escassez & Escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.73.

⁸⁵ AMARAL, Gustavo: **Direito, Escassez & Escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.73.

⁸⁶ Idem, p. 74 e 75.

escravizar outra, nada fazendo para desfazer a situação que configura servidão involuntária, o Estado terá violado a Décima-terceira Emenda. Por força da proteção dada pela Primeira Emenda à liberdade de expressão, o Estado está obrigado a manter ruas e parques abertos para manifestações, muito embora isso seja raro e requeira uma conduta positiva. Por força da proteção constitucional contra a “privação” da propriedade privada sem justa compensação, o Governo está provavelmente obrigado a criar leis contra os esbulhos e invasões, bem como tornar tais garantias acessíveis aos proprietários privados – uma falha em agir, uma falha em proteger a propriedade privada, pareceria inconstitucional. Se um juiz aceitar propina oferecida pelo réu e assim nada fizer para proteger os direitos do autor, tal juiz terá violado a garantia do devido processo. Em termos práticos, o Governo “concede direitos civis” aos cidadãos, provendo aparos legais, como zonas eleitorais, em os quais não seria possível exercer tais direitos. O direito de voto não tem sentido se mesários, presidente de mesa e escrutinadores não comparecessem. O direito a uma justa compensação pela propriedade confiscada é uma piada se o Tesouro não efetuar o pagamento. O direito de petição para ver reparado um dano, assegurado pela Primeira Emenda, é o direito de acesso a instituições governamentais e o direito, eventual, de ser indenizado.

Em outra passagem de seu livro, filtrado por Gustavo Amaral⁸⁷, demonstram os autores que os gastos dos EUA com proteção policial e punições penais montaram a 73 bilhões de dólares no ano de 1992, quantia que excede ao PIB de mais da metade dos países do mundo, sendo a maior parte desse valor foi destinada a proteger a propriedade privada através do combate e punição aos crimes contra o patrimônio.

Assim, na medida em que o Estado é indispensável ao reconhecimento e efetivação dos direitos, e considerando que o Estado somente funciona em razão das contingências de recursos econômicos-financeiros captados junto aos indivíduos singularmente considerados, chega-se à conclusão de que os direitos só existem onde há fluxo orçamentário que os permitam.

Verificando-se que os custos serão, então, indispensáveis à caracterização dos direitos – entendidos como situações a que o Direito “concede” determinados

⁸⁷ AMARAL, Gustavo: **Direito, Escassez & Escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.76.

remédios (jurídicos, portanto) os autores afirmam que todos os direitos são positivos⁸⁸.

Por isso concordamos com os autores, cuja lição foi traduzida por Gustavo Amaral⁸⁹, quando asseveram que:

Nada que custe dinheiro pode ser absoluto. Nenhum direito cuja efetividade pressupõe um gasto seletivo dos valores arrecadados dos contribuintes pode, enfim, ser protegido de maneira unilateral pelo Judiciário sem considerações às conseqüências orçamentárias, pelas quais, em última instância, os outros dois poderes são responsáveis. Como a proteção contra a violência privada não é barata e necessariamente drena recursos escassos, o direito a tal proteção, supondo que ela exista, não pode ser incondicional ou completo.

Sustentam os autores que todos os direitos são relativos, não pretensões absolutas. Atentar para os custos é outro caminho, paralelo a outros mais habitualmente percorridos, para a melhor compreensão da natureza qualitativa de todos os direitos, inclusive os constitucionais. É um suplemento útil a outras abordagens mais utilizadas, não apenas porque a teoria convencional, cega aos custos, reforçou a má-compreensão generalizada de sua função social ou propósito. A atenção aos custos dos direitos revela a extensão em que a efetividade dos direitos, como realizada nos Estados Unidos (e em outros lugares), é feita através de *trade-offs* (ref.156), inclusive *trade-offs* monetários.

Isto não significa que as decisões devem ser feitas por contadores, apenas que funcionários públicos e democratas têm que levar em conta os custos orçamentários. As finanças públicas são uma ciência ética porque nos forçam a levar em conta, de modo público, os sacrifícios que nós, como comunidade, decidimos fazer, a explicar o que pretendemos abrir em mão de favor de objetivos mais importantes. A teoria dos direitos, se espera capturar o modo pelo qual as estruturas do regime de direito e o governo atuam, deve levar essa realidade em conta. Tribunais que decidem sobre a efetividade e eficácia de pretensões em casos específicos também fundamentarão suas decisões com mais inteligência e transparência se, de forma imparcial, admitirem o modo pelo qual os custos afetam o propósito, a intensidade e a consistência da efetividade dos direitos. A teoria legal seria mais realística se examinasse abertamente a competição por recursos escassos que passa necessariamente entre diversos direitos básicos e também entre direitos básicos e outros valores sociais.

Por depender de recursos escassos, os direitos demandam ou implicam em escolhas disjuntivas de natureza financeira, razão pela qual na visão dos autores é mais realístico e mais produtivo definir direitos como poderes individuais derivados de ser membro ou “afiliado” a uma comunidade política e como investimentos

⁸⁸ GALDINO, Flávio. **Os custos do direito**. (capítulo do livro Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 258.

⁸⁹ AMARAL, Gustavo: **Direito, Escassez & Escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.78

seletivos de recursos coletivos escassos, feitos para alcançar objetivos comuns e para resolver os problemas tidos ordinariamente como urgentes.

Assim, sustentam Sunstein e Holmes que uma correta compreensão dos direitos estimula a responsabilidade em relação aos deveres para com a comunidade. O reconhecimento de que todos os direitos possuem custos (isto é, são custeados por recursos captados na coletividade de cada indivíduo singularmente considerado), e de que os recursos públicos são insuficientes para a promoção de todos os ideais sociais – impondo o sacrifício de alguns deles - implica também o reconhecimento de que aqueles (os direitos) devem ser exercitados com responsabilidade⁹⁰.

Por isso que os autores concluem no sentido de que levar os direitos a sério significa também levar a escassez a sério. Nesse ponto entra em jogo a chamada reserva do possível, onde a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição da disponibilidade dos respectivos recursos.

3.4 Reserva do possível vs mínimo existencial: o papel do Poder Judiciário quanto a esta atual questão.

A Teoria da Reserva do Possível parece ter sido criada no direito alemão, onde parece ter surgido pela primeira vez em uma decisão da Corte Constitucional daquele País⁹¹.

Fernando Facury Scaff⁹² nos informa que o Tribunal Constitucional Alemão proferiu decisão no sentido de que "a construção de direitos subjetivos à prestação material

⁹⁰ GALDINO, Flávio. **Os custos do direito**. (capítulo do livro Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 270.

⁹¹ Mariana Filchtner Figueiredo nos informa que a expressão "reserva do possível" foi referida no julgamento do caso Numerus clausus pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. Numerus clausus é a denominação de uma política adotada na Alemanha, em 1960, para limitar numericamente os ingressos de estudantes em determinados cursos universitários face à grande quantidade de interessados em áreas como o direito, medicina, farmácia e outras. Estudantes que não lograrem ser admitidos nas escolas de medicina das Universidades de Hamburgo e Munique contestaram a limitação com base no art. 12 da Lei Fundamental, que prevê o direito de todo alemão à livre escolha de sua profissão, seu posto de trabalho e seu centro de formação. (2007, p. 97-98)

⁹² SCAFF, Fernando Facury. **Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos**. Revista Interesse Público. ano 07, nº. 32. julho/agosto de 2005. Porto Alegre: Notadez, p. 220.

de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição da disponibilidade dos respectivos recursos”.

Adverte Canotilho que Häberle concebeu a “reserva de caixas financeiras” para exprimir a idéia de que os direitos sociais e prestações materiais estariam sob reserva das capacidades financeiras do Estado, se e na medida em que consistem em direitos e prestações financeiras pelos cofres públicos⁹³.

Conforme constata Ana Paula Barcellos⁹⁴ “na ausência de um estudo mais aprofundado, a *reserva do possível* funcionou muitas vezes como o mote mágico, porque assustador e desconhecido, que impedia qualquer avanço na sindicabilidade dos direitos sociais. A iminência do terror econômico, anunciada tantas vezes pelo Executivo, cuidava de reservar ao Judiciário o papel de vilão nacional, caso determinadas decisões fossem tomadas”.

A teoria da *reserva do possível* pode ser sintetizada como sendo aquela que “procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas”⁹⁵, especialmente as de ordem social.

Por isso, alegando um apocalipse econômico, a Administração levantava a tese da “reserva do possível” para justificar sua impossibilidade factual de cumprir com os deveres sociais garantidos na Constituição.

Entramos aqui no campo da escassez, onde as pretensões são ilimitadas, porém os recursos disponíveis para implementá-los são limitados.

Dizer que um bem é escasso, segundo Jon Elster, citado por Gustavo Amaral, significa que não há o suficiente para satisfazer a todos.

⁹³ Apud FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde**: parâmetros para sua eficácia e efetividade. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 103-131.

⁹⁴ BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 237.

⁹⁵ Idem, p. 236.

Relata John f. Kilmer que a questão da escassez se põe de maneira especial no acesso à saúde. Algumas pessoas podem pensar que quando a saúde e a vida estão em jogo, qualquer referência a custo é repugnante, ou até imoral. Mas o aumento do custo com tratamento tornou essa posição insustentável⁹⁶.

Destaca o referido autor, traduzido e citado por Gustavo Amaral⁹⁷ que:

Há hoje um mito, que países prósperos como os Estados Unidos não precisam se preocupar com o problema da seleção de pacientes, já que há recursos suficientes para todos. Há até quem acredite que essa suficiência se estende mundo afora. Esse mito é menos que meia verdade. A verdade nele contida é que há recursos financeiros para eliminar muitas das escassezes de hoje. Serão esses recursos tornados disponíveis para satisfazer as necessidades médicas de todos? Infelizmente, isto não é provável, mesmo nos Estados Unidos. Outros recursos não financeiros, como órgãos para transplante, são escassos em relação às necessidades. Novas escassezes, ademais, são inerentes ao progresso da tecnologia. Em outras palavras, critérios de seleção de pacientes são desesperadamente necessários hoje em todos os lugares e continuarão a sê-lo no futuro.

Ainda, sobre a questão da saúde, traz-se a baila dados estatísticos trazidos por Aaron & Schwartz sobre gastos médicos nos Estados Unidos. Relatam os autores que:

Os gastos médicos dos Estados Unidos, em valores atualizados para 1982, cresceram de US\$ 503 per capita em 1950 para US\$ 776 em 1965 (último ano antes da implantação dos sistemas medicare e medicaid) e para US\$ 1,365 em 1982, ou o equivalente a 10,5% do PIB dos Estados Unidos. Segundo projeções atuariais, o custo do seguro hospitalar sob o medicare, 2,97% do benefício social básico em 1982, mais que dobrará em 2005, para 6,29%, e quase quadruplicará em 2035, para mais de 11%. Em levantamento feito quatro anos após, os gastos públicos dos Estados Unidos com saúde já haviam chegado a 11% do PIB, ou mais de 450 bilhões de dólares a cada ano, com aumento dos preços médicos bem superior aos índices da inflação. Os gastos do programa para doentes renais crônicos aumentaram de US\$ 229 milhões em 1972, para US\$ 2 bilhões em 1983, ao passo que o número de pessoas atendidas aumentou de onze mil para setenta e três mil no mesmo período, num acréscimo do custo por paciente de 31,60%.

⁹⁶ Apud AMARAL, Gustavo: **Direito, Escassez & Escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 136.

⁹⁷ Idem p. 137.

Por isso esses autores sustentam que um dos mais importantes desafios aos modernos sistemas de saúde é a alocação de recursos. Os recursos para cuidados de saúde têm que ser alocados em um sistema de saúde no contexto de escassez e incerteza. Recursos para saúde são alocados através de decisões profissionais e econômicas, mas os resultados gerados por esses mecanismos muitas vezes originam litígios. Esses litígios são freqüentemente resolvidos por instituições de direito e por meio do Judiciário, em particular⁹⁸.

Todavia, existe um limite mínimo⁹⁹ – conhecido pela doutrina de “*mínimo existencial*” - necessário para a existência digna do cidadão, passando neste ponto a ser um direito fundamental e, portanto, passível de ser exigido coercitivamente pelo Poder Judiciário¹⁰⁰.

Conforme assinala Silvia Faber Torres¹⁰¹, os direitos como de habitação, saúde (tratamento médico e sanitário), alimentação e educação, originalmente concebidos como direitos sociais a se efetivar por políticas públicas, passam a ser fundamentais quando suprem a parcela mínima sem a qual o homem não sobrevive, constituindo verdadeiro direito subjetivo puro do cidadão e sujeitando-se, conseqüentemente, ao mesmo regime jurídico reservado aos direitos fundamentais.

⁹⁸ Apud AMARAL, Gustavo: **Direito, Escassez & Escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 143.

⁹⁹ Os mínimos sociais, expressão escolhida pela lei nº 8.742/93, ou mínimo social (*social minimum*), da preferência de John Rawls, entre outros, ou mínimo existencial, de larga tradição no direito brasileiro e no alemão, ou direitos constitucionais mínimos, como dizem a doutrina e a jurisprudência americanas, integram também o conceito de cidadania. Há 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. (Ricardo Lobo Torres, Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário, volume V. p, 172)

¹⁰⁰ Os direitos sociais se transformam em mínimo existencial quando são tocados pelos interesses fundamentais ou pela jusfundamentalidade. A idéia de mínimo existencial, por conseguinte, se confunde com a de direitos fundamentais sociais *stricto sensu*. Os direitos fundamentais originários, ao contrário, são válidos e eficazes em sua dimensão máxima. (**Ricardo Lobo Torres. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial (direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado/organizador Ingo Wolfgang Sarlet – Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.2)**)

¹⁰¹ TORRES, Silvia Faber. **Direitos Prestacionais, reserva do possível e ponderação: breves considerações e críticas**. (capítulo do livro Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 778)

Na expressão de Robert Alexy¹⁰² são os “direitos sociais fundamentais mínimos”, inseridos numa posição de prestação jurídica “jusfundamentalmente garantida”.

Todavia, importa ressaltar que o mínimo existencial, por garantir as condições da liberdade, é direito constitucional de aplicabilidade imediata, prescindindo, por isso, de interferência legislativa para concretizar-se. Ainda que sua garantia implique em consideráveis efeitos financeiros, disto não é dado interferir a inexistência do direito, que terá suas despesas cobertas com a arrecadação de impostos ou mesmo a realocação de recursos orçamentários.

Um dos problemas em relação ao aspecto prestacional do mínimo existencial consiste em determinar quais prestações de direitos sociais conformam o seu núcleo. Caso seja vencida esta etapa, ainda assim perdurará a dificuldade de saber em relação a cada direito particular qual a extensão da obrigação do Estado de prover ou satisfazer a necessidade ou interesse social ou econômico tutelados pelo direito.

Ricardo Lobo Torres adverte que a referida expressão não tem dicção constitucional própria. Deve-se procurá-lo na idéia de liberdade, nos princípios constitucionais da igualdade, do devido processo legal e da livre iniciativa, na Declaração dos Direitos Humanos e nas imunidades e privilégios de cidadão¹⁰³.

Abrange qualquer direito, ainda que originariamente não-fundamental (direito à saúde, à alimentação, etc.), considerado em sua dimensão essencial e inalienável. Não é mensurável, por envolver mais os aspectos de qualidade que de quantidade, o que torna difícil extremá-lo, em sua região periférica, do máximo de utilidade (*maximun welfare*, *Nutzenmasimierung*), que é princípio ligado à idéia de justiça e de redistribuição da riqueza social. Certamente esse mínimo existencial, “se o quisermos determinar, precisamente, é uma incógnita muito variável”¹⁰⁴

¹⁰² ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. p. 485

¹⁰³ Ricardo Lobo Torres, **Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário**, volume V. p, 172)

¹⁰⁴ Idem. p. 173.

Ingo Wolfgang Sarlet aponta para a necessidade de reconhecimento de certos direitos subjetivos a prestações ligados aos recursos materiais mínimos para a existência de qualquer indivíduo. A existência digna, segundo ele, estaria intimamente ligada à prestação de recursos materiais essenciais, devendo ser analisada a problemática do salário mínimo, da assistência social, da educação, do direito à previdência social e do direito à saúde¹⁰⁵.

Ana Paula de Barcellos¹⁰⁶ o adverte que o núcleo sindicável da dignidade da pessoa humana inclui como proposta para sua concretização os direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência no caso de necessidade e ao acesso à Justiça, todos exigíveis judicialmente de forma direta. Especificamente na área na saúde básica, a jurista carioca entende que a efetivação do mínimo existencial está relacionada: *i*) a prestação do serviço de saneamento (art. 23, IX, 198, II, e 200, IV); *ii*) o atendimento materno-infantil (art. 227, I); *iii*) as ações de medicina preventiva (art. 198, II); e *iv*) as ações de prevenção epidemiológica (art. 200, II).

No bojo desta discussão há uma pergunta fundamental que deve ser respondida: a que ponto se estende o dever do Estado à implementação do direito à saúde?

Esse questionamento é feito de forma interessante por Sarlet¹⁰⁷ ao interrogar se Estado obrigado a prestar saúde de acordo com padrões mínimos, suficientes, em qualquer caso, para assegurar a eficácia das prestações, ou terão os particulares direito a serviços gratuitos de melhor qualidade (equipamentos de última geração, quarto privativo em hospitais, etc.).

O autor gaúcho, na mesma trilha de Canotilho¹⁰⁸, admite que as prestações devidas possam ser limitadas ao estritamente necessário para a proteção da vida humana.

¹⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora, 2001, p. 322-323.

¹⁰⁶ BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 305.

¹⁰⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **E eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 328.

¹⁰⁸ Segundo o constitucionalista português, o Estado, os poderes públicos, o legislador, estão vinculados a proteger o direito à vida, no domínio das prestações existenciais mínimas, escolhendo um meio (ou diversos meios) que tornem efectivo este direito, e, no caso de só existir um meio da dar efetividade prática, devem escolher precisamente esse meio. (J. J. Gomes Canotilho, *Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1988. p. 34, apud

Esta também é a orientação de Marcos Maselli, o qual pontifica que “a tarefa do Estado, embora ampla, não transborda, em princípio, do *munus* de proporcionar as condições indispensáveis ao exercício do direito à saúde”¹⁰⁹

Ocorre que conteúdo deste padrão mínimo, estritamente necessário ou que propicie condições indispensáveis ao exercício do direito à saúde, também gera problemas de difícil solução, ou seja, o Estado, no caso da saúde, deve financiar a saúde preventiva ou curativa? Ou ambas? O acesso à rede pública de saúde estende-se a todos ou apenas àqueles que demonstrarem situação de pobreza? Como promover o atendimento universal e igualitário?

Quanto a saúde básica, Ana Paula Barcellos admite que sua definição envolve escolhas trágicas, visto que não há como definir um padrão, ou seja, um nível mínimo de saúde, que obviamente depende da doença a que a pessoa estiver acometida. Assim, levar em consideração o caso concreto e suas especificidades no momento de estabelecer distinções no que se refere ao mínimo existencial no âmbito da saúde, segundo a autora, é totalmente inviável¹¹⁰.

E isso muitas vezes é verdade! O que seria o *mínimo* para o portador de leucemia em um estágio tal que a única prestação que lhe pode trazer alguma esperança é o transplante de medula? Nota-se aí a dificuldade em se trabalhar com certos casos concretos, vez que difícil a ponderação. No caso especificado, ou se faz o transplante e salva a vida do paciente ou não faz e ele morre! Não há outro meio.

E aqui encontramos um grande problema: é que a efetivação de decisão judicial que ordena um transplante dessa ordem acarretará, sem a menor sobre de dúvidas, violação ao princípio da isonomia, uma vez que subtraíra o direito de outrem – talvez na fila de espera por este transplante a vários anos, e que da mesma forma sua vida depende desse transplante – em prol daquele que ingressou em juízo e obteve uma liminar.

SARLET, Ingo Wolfgang. **E eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 332-333.)

¹⁰⁹ GOUVÊA, Marcos Maselli. O direito ao fornecimento estatal de medicamentos. In: GARCIA, Emerson (Org.). **A efetividade dos direitos sociais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 211.

¹¹⁰ BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 277.

Em casos como este, em que a escassez do bem pretendido é ainda maior, parece-me que o correto é notificar em caráter de urgência hospitais que realizem a prática de transplante e obter informações sobre a disponibilidade de órgãos e a respectiva lista de pacientes na espera¹¹¹.

Havendo disponibilidade do órgão pretendido em juízo, deverá o magistrado determinar de imediato que se faça o transplante, não havendo neste caso violação ao princípio da isonomia¹¹².

Haverá casos, é claro, em que existirá mais de um meio para suprir a necessidade demanda em juízo. Cite-se, por exemplo, o fato de um médico ter prescrito um medicamento cujo valor seja de grande monta e existir no mercado medicação de idênticos efeitos ou similares, sem prejudicar o tratamento, por um valor bem mais em conta aos cofres públicos.

Muitos tratamentos são contínuos, razão pela qual a prestação do Estado certamente não será única. Por isso parece-me que o Estado pode e deve alegar em sua defesa, desde que devidamente provado, que há outros medicamentos auxiliem no tratamento do paciente, sendo menos oneroso aos cofres públicos.

Se por ventura o magistrado estiver em dúvida quanto ao alegado, poderá designar médico perito para solver a dúvida¹¹³. Em sendo constatada a possibilidade de substituição do medicamento, parece-me possível a substituição do mesmo, pois se deve interpretar o pedido deduzido como a necessidade do tratamento e não o medicamento específico.

¹¹¹ Poderia também ser deferida a liminar condicionada a existência de órgãos e inexistência de paciente a espera do mesmo. Nesse caso me parece até mais efetiva a liminar. Entendemos que seria interessante que o magistrado determinasse na decisão que a inexistência de órgãos disponíveis fosse devidamente motivada, informando a quantidade disponível e os enfermos que estão na fila de espera.

¹¹² O fato de o pedido ter sido feito diretamente perante o Poder Judiciário e não ao próprio hospital não acarretará violação ao princípio da isonomia, pois o Judiciário, previamente à decisão, saberá da disponibilidade de órgãos.

¹¹³ Por motivos como este que talvez não seja ideal o jurisdicionado impetrar mandado de segurança, uma vez que o procedimento do referido remédio constitucional não admite dilação probatória.

O magistrado prudente deverá optar pelo caminho que atenda ao jurisdicionado onerando o mínimo possível o erário, pois quanto mais minar o orçamento de saúde para atender casos específicos mais pessoas poderão ser prejudicadas de uma forma geral¹¹⁴.

E é exatamente por isso que entendemos que na hipótese de o magistrado vir a especificar as rubricas orçamentárias que cobrirão determinado tratamento, é aconselhável que retire verbas de programas como publicidade, transportes, lazer, ou seja, valores menos importantes que a saúde¹¹⁵, especialmente para que efetivação da saúde em um caso isolado não possa acarretar a redução de sua potencialidade de uma forma global, ou, por outras palavras, para que não haja uma microjustiça em detrimento de uma macrojustiça.

Ocorre que providências desse peso poderão ser objetadas pelo argumento da violação ao princípio da separação dos poderes, razão pela qual torna-se cogente fazer uma leitura deste princípio compatibilizada com nosso Ordenamento Jurídico.

3.6 A necessidade de uma releitura do princípio da Separação dos Poderes.

Segundo Juan Alfonso Santamaria Pastor o estado, como realidade criada artificialmente pelo homem para atingir determinados objetivos é, por isso, independente de qualquer intervenção sobrenatural. Ele significava a ruptura entre o poder temporal e o poder espiritual ao nível da organização das sociedades

¹¹⁴ Há algumas decisões no sentido de que não cabe ao Estado deixar de cumprir a decisão proferida pelo magistrado sob o argumento de que o remédio prescrito possui similares mais baratos.

Esta situação foi objeto de apreciação pelo Tribunal de Justiça de Goiás, onde no processo 200700421089 (mandado de segurança) ficou estabelecido no *decisum* que “*se há dúvida sobre o acerto da prescrição médica ou a influência do Marketing da indústria de medicamentos, o Estado deve agir contra o responsável e não contra o cidadão paciente, penalizando com a recusa no fornecimento do medicamento*”.

¹¹⁵ Conforme veremos mais a frente a primeira ponderação de valores é feita pelo legislador. Haverá em âmbito abstrato, no seio do parlamento, uma primeira ponderação cujo objetivo é fazer as escolhas (muitas vezes trágicas, pois em tempos de crise a escolha pela efetivação de um direito social pode resultar na não implementação ou implementação insuficiente de outros direitos) dos bens e valores que serão objeto de concretização pelo Estado. Assim possui o Legislativo primazia, sendo o primeiro a ser chamado a solucionar a colisão entre princípios em situação de tensão recíproca, dando prevalência a um ou outro interesse ou princípio em face de determinadas circunstâncias por ele consideradas relevantes.

políticas, constituindo a primeira forma de “separação de poderes”, antes da célere formulação de Montesquieu¹¹⁶.

Recorrendo à metáfora, pode-se aproximar a evolução futura do Estado à história de Robinson Crusoe, dividindo-a em dois momentos distintos, mais lógicos do que cronológicos. Ao chegar à ilha Robinson começa por se fortificar, reunindo todas as armas salvas do navio; só num 2º momento, quando se sentia já suficientemente seguro, ele parte à descoberta de sua ilha, estabelecendo relação de liberdade com as coisas, acabando por encontrar o Sexta-feira¹¹⁷.

De igual modo, na “história” do Estado¹¹⁸, há um primeiro momento de máxima concentração e unificação do poder, que corresponde à teorização do Estado ditatorial¹¹⁹ e um segundo momento, em que o Estado se sente já suficientemente “forte” para ir à procura do Homem, para estabelecer uma organização política que seja o garante da liberdade e dos direitos individuais dos cidadãos, através do expediente técnico da separação dos poderes¹²⁰, que corresponde à teorização liberal, e que encontra a sua expressão, entre outros, nas obras de Locke e de Montesquieu¹²¹.

¹¹⁶ SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. **Fundamentos de Derecho Administrativo**, volume I, 1ª edição, Editorial Centro de Estudios Ramon Areces, Madrid. 1991, p. 89

¹¹⁷ PEREIRA DA SILVIA, Vasco Manoel Pascoal Dias. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Ed. Almedina, 2003 p. 15.

¹¹⁸ Registre-se que a “ideologia” da separação dos poderes da Revolução francesa era entendida no quadro de uma noção de Estado, cuja história já vinha de trás. Como se sabe, o conceito de Estado surgiu no Renascimento, como forma de dar resposta à realidade política do continente europeu. Pensado por Maquiavel, o Estado tinha por função resolver o problema político da dispersão do poder, típica da Idade Média, através da criação de uma entidade que concentrava e unificava em si todos os poderes da sociedade, e que encarnava na pessoa do príncipe. PEREIRA DA SILVIA, Vasco Manoel Pascoal Dias. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Ed. Almedina, 2003 p. 13.)

¹¹⁹ Neste sentido, vejam-se as concepções de autores tão diferentes como Maquiavel, Bodin, Hobbes e Rosseau.

¹²⁰ Conforme assevera Karl Loewenstein, “la unión del principio de la separación de poderes con la idea de garantizar la libertad individual, es obra genuína de Montesquieu, el cual la había tomado a su vez de Locke: solo cuando los diversos detentadores del poder son independientes entre si y se controlan respectivamente, dándose de esta manera el jague – le pouvoir arrête le pouvoir – , (nota.7, pg.55), los destinatarios del poder estarán protegidos del abuso del poder por parte de alguno de sus detentadores. La aplicación de esta teoría en las constituciones americanas posteriores, tanto la federal como las de los estados, proviene de esta misma fuente espiritual”. (Karl Loewenstein, **Teoría de La Constitución**, Editorial Ariel, Barcelona, Caracas, México. p.55)

¹²¹ PEREIRA DA SILVIA, Vasco Manoel Pascoal Dias. **Estruturas da Sociedade: Liberdade e Solidariedade**, in: Gaudium ET Spes, Rei dos Livros, Lisboa, 1988, p. 127.

O Estado liberal surge, portanto, como o resultado da conjugação destas duas visões antagônicas, destes “dois momentos da história do Estado”. Recorrendo uma vez mais à metáfora, poder-se-ia dizer que ele é fruto das contribuições teóricas dos autores que, ironicamente, podemos designar como “os quatro pais do Estado”, ou, melhor dizendo, “dois pais” (Hobbes e Rousseau, que representam o elemento viril da teorização do Estado) e “duas mães” (Locke e Montesquieu, que representam o elemento feminino da concepção do Estado)¹²²

O princípio da Separação dos Poderes vem sendo consagrado nos Ordenamentos Jurídicos desde o século XVIII, cuja textualização foi inicialmente prevista em documento solene na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789¹²³.

Ficou estabelecido naquele documento que toda Constituição, para ser verdadeiramente uma Constituição, deve prever em seu texto a separação dos poderes.¹²⁴

Ensina Karl Loewenstein que “el estado constitucional se basa en el principio de la distribución del poder. La distribución del poder existe cuando varios e independientes detentadores del poder u órganos estatales participan en la formación de la voluntad estatal. Las funciones que les han sido asignadas están

¹²² PEREIRA DA SILVA, Vasco Manoel Pascoal Dias. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Ed. Almedina, 2003 p. 15.

¹²³ La dicotomía fundamental aquí propuesta de distribución y concentración em el ejercicio del poder político sugiere un examen crítico de uno los dogmas políticos mais famosos que constituye el fundamento del constitucionalismo moderno: la así llamada “separación de poderes”, esto es, de los poderes, legislativo, ejecutivo, y judicial. El dogma de la equiparación del constitucionalismo y de la separación de poderes encontro su formulación clásica em el artículo 16 de la declaración francesa de los derechos del hombre, de agosto de 1789: *Toute société dans laquelle la garantie des droits n’a point de constitution. Y en la Asamblea constituyente, Lally-Tollendal explicaría com lógica convincente que tenía que haber tres – ni más ni menos – poderes separados: un pouvoir unique finira nécessairement par dévorer tout. Deux se combattraint jusqu’à l’un aurait écrasé l’autre. Mais trois se maintiendrient dans un parfait equilibrio de manière que si deux lutteront ensemble, lè troisième, également interesse au maintien de l’un et de l’autre, se joigne à celui qui est opprimé contre qui opprime, et amène la paix entre tous. (nota.6, pg.54)*. Esta manifestación es una perfecta ilustración del mecanicista, al cual su nacimiento la doctrina de la separación de poderes. (Karl Loewenstein, *Teoria de La Constitución*, Editorial Ariel, Barcelona, Caracas, México. p.54)

¹²⁴ Enuncia o art. 16 da referida declaração: “Toda sociedade que não garante os direitos fundamentais e a separação de poderes não tem uma constituição”. (Karl Loewenstein, *Teoria de La Constitución*, Editorial Ariel, Barcelona, Caracas, México. p.54)

sometidas a un respectivo control através de los otros detentadores del poder; como esta distribuído, el ejercicio del poder político está necesariamente controlado”¹²⁵.

Isso se deu principalmente em razão do momento histórico em que vivia a Europa, onde os poderes estatais (*função legislativa, executiva e judiciária*) estavam concentrados nas mãos do monarca¹²⁶, não havendo controle para conter os freqüentes excessos praticados pelo mesmo.

Em razão destes fatores históricos levou-se ao pé da letra o princípio da Separação dos Poderes, restando terminantemente proibido ao Poder Judiciário a análise da conveniência e oportunidade das atuações administrativas¹²⁷, sendo que o controle jurisdicional da Administração Pública se restringia a mera questão de legalidade, ou seja, compatibilidade entre o ato e a Lei.¹²⁸

Ocorre que na época em que foi desenvolvida a teoria da separação dos poderes dois pontos fundamentais inexistiam. Primeiramente, com a queda do antigo regime, ingressou-se em uma fase de dominação da burguesia, pautada na política do liberalismo, ficando a atuação do Estado restrita a poucas funções, especialmente de segurança. A ordem econômica e social, se é que esta última realmente existia à

¹²⁵ Karl Loewenstein, Teoria de La Constitución, Editorial Ariel, Barcelona, Caracas, México. p.50

¹²⁶ Lembra Ruitemberg Nunes Pereira que “os primeiros momentos da evolução da teoria da separação dos poderes demonstram, com inegável firmeza, o reconhecimento inequívoco em prol da supremacia do poder executivo, representado sobretudo pelos regimes monárquicos absolutos”. (2005. p. 465).

¹²⁷ A legislação “revolucionária” (artigo 7º do decreto 22 de Setembro de 1789, artigo 13º da lei 16-24 Agosto de 1790, artigo 3º da Constituição de 5 de Setembro de 1791, decreto de 16 do “Frutidor, ano III da Revolução”), em nome do princípio da separação dos poderes, vai proibir os tribunais comuns de se imiscuírem no domínio da Administração, considerando que a resolução dos litígios administrativos (diferentemente da dos litígios inter-privados) não deveria estar submetida a controle jurisdicional. Em causa estava uma interpretação -heterodoxa- do princípio da separação dos poderes, que vai determinar a criação de uma “justiça especial” para a Administração. Tão especial, que nesta primeira fase, nem chega sequer a existir, dada a total confusão estabelecida entre administrar e julgar, decorrente do fato da legislação revolucionária ter tido como primeira consequência subtrair o contencioso administrativo a qualquer juiz. Com efeito, em vez de se considerar que julgar a Administração é ainda julgar, preferia-se considerar que “julgar a Administração é ainda administrar” e que a “jurisdição era o complemento da acção administrativa” (Vasco Manoel Pascoal Dias Pereira da Silvia. Em busca do acto administrativo perdido. Coimbra, 2003, Ed. Almedina, p. 11.)

¹²⁸ Relata Gustavo Binbenbojm que “na Europa, onde tardou o controle de constitucionalidade das leis desenvolveu-se um positivismo legalista que conduziu a quase um divinização da lei: não havia limites para a atuação do legislador e os juízes e administradores eram meros repetidores do texto legal, numa clara adoção do pensamento de Montesquieu”. BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 127)

época, era ditada pelos burgueses. Assim, o Estado não tinha um compromisso social para com a sociedade.

Com o advento do Estado Social houve uma bruta e notável mudança na atuação do Estado¹²⁹, que deixa de ter papel passivo para ser um prestador, um garantidor de direitos. Diversas promessas são feitas e tendem a ser realizadas. Passa o Estado a se preocupar com o bem estar social do povo.

Uma vez garantidos estes direitos sociais, realizadas estas promessas, poderia o Estado deixar de cumpri-las, fazendo da Constituição mera folha de papel? É neste ponto que entra em jogo a Supremacia da Constituição e o dever de efetivá-la, o que é feito, em última análise, por seu principal guardião: o Poder Judiciário¹³⁰.

Baseado nesta premissa Andreas Krell¹³¹ sustenta que é necessária uma revisão do princípio à luz das condições diferenciadas no moderno Estado Social e às exigências de efetividade dos direitos fundamentais. Diz o referido autor:

[...] torna-se evidente que o apego exagerado de grande parte dos juizes brasileiros à teoria da Separação dos Poderes é resultado de uma atitude conservadora da doutrina constitucional, que ainda não se adaptou as suas “lições” às condições diferenciadas do moderno Estado Social e está devendo a necessária atualização e re-interpretação de velhos dogmas do constitucionalismo clássico.

O segundo ponto importante, que na época não se tinha noção, refere-se aos princípios constitucionais, sendo que naquele período, e por muito tempo, o controle das atividades administrativas era feito apenas sob o aspecto da legalidade¹³².

¹²⁹ Neste momento constata-se uma hipertrofia do Poder Executivo e ao mesmo tempo, para subsidiar a atuação, uma crescente inflação legislativa o que despontou, conforme lembra Gustavo Binimbojm, como um dos diversos fatores que levaram à crise da Lei. (BINENBOJM, 2006. p.128).

¹³⁰ Conforme averbou o Supremo Tribunal Federal, no voto do Ministro Celso Mello no julgamento Mandado de Segurança 25.668, “o poder não se exerce de forma ilimitada. No Estado democrático de Direito, não há lugar para o poder absoluto”.

¹³¹ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 91.

¹³² MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2ª. ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 185

Por isso concordamos com Américo Bedê Freire Júnior¹³³ quando afirma que há de se atualizar aos tempos de hoje o alcance e o conteúdo do princípio da separação dos poderes.

A separação dos Poderes não pode ser aplicada como uma fórmula universal *apriorística* e completa. Quando erigido no ordenamento brasileiro em dogma constitucional de observância compulsória pelos Estados-membros, o que a estes se há de impor como padrão, não são concepções abstratas ou experiências concretas de outros países, mas sim o modelo brasileiro vigente de separação de poderes, como concebido e desenvolvido na Constituição da República.

É nesse sentido a lição de Karl Loewenstein¹³⁴, quando afirma que:

Es evident que no sería condeniente –y prácticamente paralizaría todo el proceso del poder en la política – si todas las acciones, sin excepción, de cada detentador del poder estuviesen sometidas a dichos controles. Para ser independiente, el detentador del poder necesita una amplia autonomía, es decir, debe ser capaz de actuar sin una interferencia exterior. Cada específica forma de gobierno se basa en el grado o medida de autonomía y respectiva interdependencia de los diferentes detentadores del poder. Por otra parte, la recíproca interdependencia de los diversos detentadores del poder no puede ser completamente simétrica y perfectamente igual. Como se expondrá en el próximo capítulo, los diversos tipos de gobierno dentro del sistema político del constitucionalismo se distinguen por el diferente peso que la constitución y el proceso fáctico del poder asignan a los diferentes detentadores del poder. Según la específica situación institucional, el grado del autonomía e respectiva interdependencia es igualmente variable. Existe menos independencia y mayor interdependencia cuando el gobierno y el parlamento son prácticamente autonomos – interdependencia por coordinación – como ocurre en el presidencialismo americano.

Torna-se cada vez mais evidente que o vetusto princípio da Separação dos Poderes, idealizado por Montesquieu no século XVIII, está produzindo, com sua grande força simbólica, um *efeito paralizante* às reivindicações de cunho social e precisa ser submetido a uma nova leitura, para poder continuar servindo ao seu escopo original

¹³³ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **Controle Jurisdicional de Políticas Públicas pelo Poder Judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 36.

¹³⁴ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de La Constitución**, Editorial Ariel, Barcelona, Caracas, México. p.55.

de garantir Direitos Fundamentais contra o arbítrio e, hoje também, a omissão estatal.¹³⁵

No atual contexto constitucional pátrio, de supremacia dos direitos fundamentais, da democracia, de garantias sociais, de controle por princípio, se eleva a extensão do controle realizado pelo Poder Judiciário sobre as atividades públicas, deixando de ser meramente negativo (anulação dos atos), para também controlar a omissão do Poder Público quanto à efetivação das políticas públicas previstas no Texto Constitucional.¹³⁶

Por isso concordamos com o Min. Celso Mello¹³⁷, do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Mandado de Segurança nº 24831/DF, de sua relatoria, quando registra com brilhantismo impar que

[...] a separação de poderes - consideradas as circunstâncias históricas que justificaram a sua concepção no plano da teoria constitucional - não pode ser jamais invocada como princípio destinado a frustrar a resistência jurídica a qualquer ensaio de opressão estatal ou a inviabilizar a oposição a qualquer tentativa de comprometer, sem justa causa, o exercício, pela pessoa que sofre a investigação, do seu direito de requerer a tutela jurisdicional contra abusos que possam ser cometidos pelas instituições do Estado, não importando se vinculadas à estrutura do Poder Legislativo (como na espécie), do Poder Executivo ou do Poder Judiciário.

Por isso juristas de peso já têm sustentado que inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder ser supridas pelo Judiciário, justamente

¹³⁵ KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Os descaminhos de um direito constitucional comparada. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 88

¹³⁶ Daí a fundada irrisignação de Andreas Krell, para quem é necessária uma revisão do princípio à luz das condições diferenciadas no moderno Estado Social e às exigências de efetividade dos direitos fundamentais. Leciona o autor: [...] torna-se evidente que o apego exagerado de grande parte dos juízes brasileiros à teoria da Separação dos Poderes é resultado de uma atitude conservadora da doutrina constitucional, que ainda não se adaptou as suas "lições" às condições diferenciadas do moderno Estado Social e está devendo a necessária atualização e re-interpretação de velhos dogmas do constitucionalismo clássico. (KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Os descaminhos de um direito constitucional comparada. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 91.)

¹³⁷ O referido julgamento discutia os limites de atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito.

mediante a utilização dos mecanismos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito.¹³⁸

No mesmo sentido, e agora especificamente relacionado a um julgamento que pretendia fazer controle de política pública de saúde, Celso Mello no julgamento da ADPF nº45 teceu as seguintes considerações.

[...] 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.

Sustentou o relator que o presente remédio constitucional “apresenta-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República”.

Pela via desta ação constitucional, entendeu o relator que o país destacou ainda mais a dimensão política da jurisdição constitucional conferida ao STF, “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, sob pena de o poder público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional”.

Neste passo, reconhece o Ministro-Relator que não é da tradição do Estado Moderno e Contemporâneo ter o Poder Judiciário a incumbência de formular a implantar políticas públicas de outras esferas de Poder (como as legislativas e as executivas), todavia, “tal incumbência, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgão estatais competentes, por

¹³⁸ STRECK, Lênio Luiz. **O Papel da Jurisdição Constitucional na realização dos Direitos sociais fundamentais**. (Capítulo do livro *Jurisdição e Direitos Fundamentais*. Organizador: Ingo Wolfgang Sarlet, Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora, Porto Alegre, 2006, p. 323.

descumprirem os encargos políticos-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”¹³⁹.

Por isso é que hoje é preponderante o papel do Poder Judiciário, o que além de quebrar o modelo tradicional de separação dos Poderes do Estado Liberal, constitui uma exigência própria, natural, da efetivação da norma constitucional e do Estado Constitucional.

¹³⁹ LEAL, Rogério Gesta. **A efetivação do direito à saúde por uma jurisdição-serafim**: limites e possibilidades. A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Belo Horizonte, ano 6, n. 25. p. 25-40, jul/set. de 2006, p. 159.

4 COLISÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE.

4.1 - Regras e princípios. Distinções terminológicas e diferenças.

Logo no início do capítulo terceiro de sua célebre obra, Robert Alexy¹⁴⁰ nos informa a importância da distinção entre regras e princípios com o objetivo de fundamentar uma teoria dos direitos fundamentais. Estas distinções podem ser de ordens teóricas e estruturais¹⁴¹.

Traçando a distinção entre regras e princípios, explica o autor que:¹⁴²,

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos.

En cambio, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio.

Por outras palavras: as regras são normas que são aplicáveis ou não aplicáveis. Se uma regra está em vigor, é determinante que se faça exatamente o que ela exige, nem mais nem menos.

¹⁴⁰ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2002, p. 81.

¹⁴¹ Em outra obra, adverte Alexy que existem duas construções de direitos fundamentais, inteiramente, distintas: uma estreita e rigorosa e uma larga e ampla. A primeira pode ser denominada “construção de regras”, a segunda, “construção de princípios”. (*entre aspas, a cada vez, no original*). Ambas essas construções em parte alguma estão realizadas puramente. Elas representam, contudo, tendências fundamentais diferentes e a questão, qual delas é a melhor, é uma questão central da interpretação de cada constituição, que conhece direitos fundamentais e uma jurisdição constitucional. (ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Porto Alegre: Editora dos Advogados, 2007, p. 105)

¹⁴² Idem 87.

Dworkin já ponderava que as regras apresentam-se como casos de aplicação “de tudo ou nada” (*all-or-nothing-fashion*). Quer dizer, face a um determinado pressuposto de fato, das duas uma: ou a regra é válida, então somos forçados a aceitar as suas conseqüências jurídicas, ou a regra não é válida, e então não pode servir mais de base para a decisão.¹⁴³

É por isso que Alexy sustenta que regras contêm determinações no contexto do fático e juridicamente possível. São *postulados definitivos*. Para o autor a forma de aplicação das regras não é a ponderação, mas a subsunção.

Na mesma esteira de Dworkin, Alexy¹⁴⁴ informa que as regras “são normas que podem ser cumpridas ou não, à maneira de disjuntivas. Elas contêm *determinações* no âmbito do fático e juridicamente possíveis. A impossibilidade fática ou jurídica de sua aplicação conduz à sua invalidez e, com isso, à exclusão da ordem jurídica, salvo se for possível a introdução de uma cláusula de exceção por outra regra ou com base em um princípio”.

Diferentemente das regras, que ostentam uma pretensão de validade ou vinculação geral, os princípios revelam uma diferente “dimensão de peso” (*dimension of weight*) ou “gradação” em caso de colisão de prática. São dotados de maior generalidade no confronto com as regras e apelam a um procedimento de ponderação. Nesse procedimento a decisão acabará por pender para o lado do princípio que apresente maior peso relativo perante o caso prático a decidir.

Por isso que Alexy defende que os princípios são mandados de otimização. Isso significa que eles são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Estão ainda caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus¹⁴⁵.

¹⁴³ QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos Fundamentais**. Teoria Geral. Portugal: Ed. Coimbra Editora, 2002, p. 132.

¹⁴⁴ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2002, p. 83.

¹⁴⁵ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2002, p. 81

Alexy doutrina que¹⁴⁶:

A distinção entre regras e princípios forma o fundamento teórico-normativo, por um lado, da subsunção e, por outro, da ponderação. Regras são normas que ordenam algo definitivamente. Elas são *mandamentos definitivos*. A maioria das regras ordena algo para o caso que determinadas condições sejam cumpridas. Elas são, então, normas condicionadas. Mas também regras podem adquirir uma forma categórica. Um exemplo seria uma proibição de tortura absoluta. Decisivo é que então, quando uma regra vale e é aplicável, ordenado definitivamente fazer rigorosamente aquilo que ela pede. Se isso é feito, a regra está cumprida; se isso não é feito, a regra não está cumprida. Regras são, por isso, normas que sempre somente ou podem ser cumpridas ou não-cumpridas. Pelo contrário, princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*. Como tais, eles são caracterizados pelo fato de eles poderem ser cumpridos em graus e de a medida ordenada de seu cumprimento depender não só das possibilidades fáticas, mas também das jurídicas. As possibilidades jurídicas são, além de pelas regras, essencialmente determinadas por princípios em sentido contrário.

Em súmula a todo o exposto, Geovany Jevaux fecha a raciocínio expondo que tanto os princípios quanto as regras são modalidades deônticas, porém, ao passo que o mandado contido nos primeiros é relativo, tudo a depender das possibilidades fáticas e jurídicas, o mandado contido nas regras é absoluto. Assim, conclui no sentido de que os direitos contidos nos princípios são *prima facie* ou relativos, ao passo que os direitos veiculados pelas regras são definitivos, ressalvado o caso de existência de cláusula de exceção¹⁴⁷.

Na esteira de Alexy, o referido professor¹⁴⁸, diferencia as regras dos princípios tomando por base quatro pontos: a) *generalidade*, b) *grau e qualidade*, c) *natureza deôntica e dos direitos envolvidos*, e d) *resolução de colisões e de conflitos*.

Segundo o autor capixaba¹⁴⁹, enquanto as regras possuem baixo grau de generalidade os princípios são dotados de alto nível de generalidade. Por isso

¹⁴⁶ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luis Afonso Heck. – Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora Editora, 2007, p. 131-132.

¹⁴⁷ Geovany Jevaux professor que: "... a definitividade das normas não quer dizer que valham como "tudo ou nada" (como supostamente ocorre com os princípios de Dworkin), já que a introdução de cláusula de exceção (entre uma regra e outra) faz com que ela percam o seu caráter definitivo para a decisão do conflito," JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Direito Constitucional**. Teoria da Constituição. Rio de Janeiro. 2007. Editora Forense, p.351

¹⁴⁸ JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Direito Constitucional**. Teoria da Constituição. Rio de Janeiro. 2007. Editora Forense, p.350.

afirmar que “enquanto o estado de aplicação das regras nasce pronto, ou seja, as circunstâncias de sua aplicação já foram previstas, o estado de aplicação dos princípios depende ainda de certas circunstâncias fáticas e jurídicas”¹⁵⁰.

Quanto ao segundo critério de distinção, ou seja, quanto ao grau e qualidade, os princípios são mandamentos de otimização, que, conforme vimos em Alexy, são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, ao passo que as regras são determinações no âmbito do possível, jurídica e faticamente.

O terceiro critério de diferenciação relaciona-se à natureza deôntica entre princípios e regras e da diferença de natureza dos direitos neles envolvidos. Segundo Jevaux, “os princípios e regras são modalidades deônticas, mas, enquanto o mandado contido no princípio é relativo, porque depende de suas possibilidades fáticas e jurídicas, o mandado contido nas regras é absoluto”¹⁵¹

Por fim, quanto à resolução de conflito e colisões, no conflito de regras, uma exclui/elimina a outra, por questão de validade ou exceção. Já na colisão entre princípios, um apenas afasta o outro no momento da resolução do embate, quando as possibilidades fáticas e jurídicas de um deles forem maiores do que as de outro¹⁵².

¹⁴⁹ Um ponto importante percebido pelo referido autor é que com base no texto não se sabe se de lá será derivado uma regra ou princípio, tudo dependendo do significado que será traído ao mesmo. Nas palavras do autor: “enquanto as normas são princípios ou regras, enunciados ou disposições são simultaneamente princípios e regras, tendo portanto caráter duplo. Seja como for, princípios e regras são espécies, portanto de normas de direitos fundamentais. Grosso modo isso significa que o enunciado/disposição é mudo, vale dizer nada diz por si mesmo acerca de seu conteúdo, sobre se no texto se contém um princípio ou uma regra, tudo dependendo do significado dado ao texto. Por isso é que o enunciado/dispositivo pode ser um princípio e uma regra, enquanto que a norma só pode ser um princípio ou uma regra”. (JEVEAUX, Geovany Cardoso. Direito Constitucional: Teoria da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 347-348). Elucida o autor com exemplo proposto por Alexy, segundo o qual a dignidade da pessoa humana pode despontar ora como regra ora como princípio, “se se diz que a dignidade humana foi violada, assume ela o papel de regra; se se compara a dignidade humana com outro direito fundamental, assume ela o papel de princípio” (idem, p. 349)

¹⁵⁰ Idem. 350.

¹⁵¹ Idem. p. 351

¹⁵² Idem, p. 350.

Oportuno trazer à baila o ilustrativo quadro comparativo laborado por Geovany Jeveaux¹⁵³:

NORMAS	
PRINCÍPIOS	REGRAS
Mais genéricos	Menos genéricos, mais específicos
Mandados deônticos (proibição ou permissão) fracos	Mandados deônticos fortes (maior carga autoritária)
Estabelecem direitos <i>prima facie</i> ou relativos	Estabelecem direitos definitivos, salvo quando a regra comporte exceção (nesse caso as regras estabelecem direitos <i>prima facie</i> mais fortes)
Quando incompatíveis entre si, entram em colisão	Quando incompatíveis entre si, entram em conflito
A colisão é resolvida por “ponderação”, sem eliminação do direito <i>prima facie</i> contido no princípio preterido	O conflito é resolvido por exceção ou invalidade, nesse último caso com eliminação da regra preterida.
Solução da colisão ocorre na dimensão do peso	Solução do conflito ocorre na dimensão da validade/invalidade (por meio da subsunção)
Não são hierarquizados, não admitem exceção entre si e tampouco há diferença temporal entre eles	Admitem hierarquia e exclusão pelo critério de tempo, assim como exceção por especialidade
São mandados de otimização, porque dependem de possibilidades fáticas e jurídicas	Não dependem de possibilidades fáticas e jurídicas, bastando que sejam válidas, embora possam ser descumpridas

Traçadas estas diferenças chega-se à hora de trabalharmos com as formas de solução dos embates entre regras e entre princípios. Frisa-se, acompanhando o raciocínio de Jeveaux, que é necessário esclarecer a terminologia utilizada por Alexy, no sentido que as regras entram em conflito e os princípios em colisão. Para

¹⁵³ JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Direito Constitucional**. Teoria da Constituição. Rio de Janeiro. 2007. Editora Forense, p.352.

o autor aliamão esta distinção servirá para indicar a diferença do modo e do resultado de embate entre princípios e regras¹⁵⁴.

4.2 Conflito de Regras e seus meios de resolução.

Dissertando sobre a conflito de regras, ensina Alexy¹⁵⁵:

Un confito entre reglas solo puede ser solucionado o bien introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina el conflicto o declarando inválida, por lo menos, una de las reglas. Un ejemplo de un conflicto de reglas que puede ser eliminado a través de la introducción de una cláusula de excepción es el que se da entre la prohibición de abandonar la sala antes de que suene el timbre de salida y la orden de abandonar la sala antes de que suene el timbre de incendio. Se todavía no ha sonado el timbre de salida y si da alarma de incendio, estas reglas conducen a juicios concretos de deber ser contradictorios entre si. Este conflicto se soluciona introduciendo en la primeira regla una cláusula de excepción para el caso de alarma de incendio.

Si una solución de este tipo no es posible, por lo menos una de las reglas tiene que ser declarada inválida y, con ello, eliminada del ordenamiento jurídico. A diferencia de lo que sucede con el concepto de validez social o de la importancia de una norma, el concepto de validez jurídica no es graduable. Una norma vale o no vale jurídicamente. Que una regla vale y es aplicable a un caso significa que vale también su consecuencia jurídica. Cualquiera que sea la forma cómo de los fundamentos, no puede ser el caso que valgan dos juicios concretos de deber ser recíprocamente contradictorios. Si se constata la aplicabilidad de dos reglas con consecuencias recíprocamente contradictorias en el caso concreto y esta contradicción no puede ser eliminada mediante la introducción de una cláusula de excepción, hay entonces que declarar inválida, por lo menos, a una de las reglas.

Con la constatación de que en caso de un conflicto de reglas, cuando nos es posible la inclusión de una cláusula de excepción, por lo menos una de las reglas tiene que ser declarada inválida, no se dice todavía nada acerca de cuál de ellas debe ser tratada así. El problema puede ser solucionado a través de reglas tales como "*Lex posterior derogat legi priori*" y "*Lex specialis derogat legi generali*", pero también es posible proceder de acuerdo con la importancia de las reglas en conflicto. Lo fundamental es que la decisión es una decisión acerca de la validez. Un ejemplo de un conflicto de reglas que el Tribunal Constitucional Federal resolvió de acuerdo con la norma de conflictos del artículo 31 LF ("El derecho federal tiene prioridad sobre el derecho de los Estados Federados"), justamente en este sentido es el del derecho federal entonces todavía válido del 22 párrafo 1 de la Ordenanza de horas laborales de los años 1934 que, según la interpretación del tribunal, permitía que los comercios permanecieran abierto durante los días de semana las 7 y las 19 horas y el 2 de Ley de Baden

¹⁵⁴ JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Direito Constitucional**. Teoria da Constituição. Rio de Janeiro. 2007. Editora Forense, p.351.

¹⁵⁵ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. p. 88-89.

Ambas reglas no podían valer simultáneamente, pues, entonces la apertura de los negocios los miércoles a la tarde estaría permitida y prohibida a la vez. La introducción de la regulación de Estado federado de Bacen como excepción al derecho federal estaba excluida em virtud del artículo 31 LF. Por lo tanto, quedaba tan solo la alternativa de la invalidez de la norma del Estado federado.

Assim, o conflito de regras pode ser solucionado por uma exceção ou por invalidez entre elas, neste último caso ambasadado nos critérios temporal, hierarquiaco e da especialidade.

Como ensina Jevaux, uma regra especial, que excepciona uma regra geral, tem preferência na sua aplicação (critéria da especialidade). Uma regra nova da mesma hierarquia da regra velha prevalece sobre ela (critério temporal) e, por fim, a regra superior prevalece sobre a inferior, se com ela incompatível (critério hierárquico).

Importante a advertência do referido professor no sentido que¹⁵⁶:

“No primeiro caso (critério da especialidade), não há uma eliminação entre as regras, mas apenas uma exceção que contorna o conflito; nos últimos (critérios cronológico e hierárquico) uma regra elimina a outra, or invalidez. Fala-se por isso, que a solução do conflito entre regras pertence ao plano da validade.

4.3 Colisão de princípios e a técnica da ponderação.

No “modelo puro de regras”, o sistema apresenta-se como “auto-suficiente”. A entidade exclusiva que controla o sistema é o próprio sistema. Nestas circunstâncias, a única possibilidade de fugir a esse repto é “abrir” o controle e torná-lo público, requerendo com isso uma justificação adequada para as decisões. Pode-se então falar num “sistema aberto” por oposição a um “sistema fechado”. Daí a necessidade e aceitabilidade de um modelo “alternativo” de aplicação do direito: o “modelo de princípios”¹⁵⁷.

¹⁵⁶ JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Direito Constitucional**. Teoria da Constituição. Rio de Janeiro. 2007. Editora Forense, p.351.

¹⁵⁷ QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos Fundamentais**: Teoria Geral. Coimbra Editora, 2002, p.138.

A dificuldade que se acaba de descrever já foi amplamente percebida pela doutrina; sendo que em certos casos não será possível a resolução da contradição pela subsunção simples. Será preciso um raciocínio de estrutura diversa, mais complexo, que seja capaz de trabalhar multidirecionalmente, produzindo a regra concreta que vai reger a hipótese a partir de uma síntese dos distintos elementos normativos incidentes sobre aquele conjunto de fatos.

De alguma forma, cada um desses elementos deverá ser considerado na medida de sua importância e pertinência para o caso concreto, de modo que na solução final, tal qual em um quadro bem pintado, as diferentes cores possam ser percebidas, ainda que uma ou algumas delas venham a se destacar sobre as demais. Esse é, de maneira geral, o objetivo daquilo que se convencionou denominar de *técnica da ponderação*, a qual vai ser utilizada para resolver a colisão entre princípios.

Neste contexto, traz-se à baila a lição de Alexy¹⁵⁸:

Las colisiones de principios deben ser solucionadas de manera totalmente distinta. Cuando dos principios entran en colisión – tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido – uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferentes pesos y que prima el principio con mayor peso. Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios – como solo pueden entrar en colisión principios válidos – tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso.

Tal método caracteriza-se pela sua preocupação com a análise do caso concreto em que eclodiu o conflito, pois as variáveis fáticas presentes no problema enfrentado afiguram-se determinantes para a atribuição do “peso” específico a cada princípio em confronto, sendo, por consequência, essenciais à definição do resultado da ponderação.

¹⁵⁸ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2002, p. 90

Sobre a ponderação, registre-se mais uma vez a lição de Robert Alexy¹⁵⁹:

Más bien, el “conflicto” debería ser solucionado “a través de una ponderación de los intereses opuestos”. En esta ponderación, de lo que se trata es de la ponderación de cuál de los intereses, abstractamente del mismo rango, posee mayor peso en el caso concreto. “Si esta ponderación da como resultado que los intereses del acusado que se oponen a la intervención tienen en el caso concreto un peso manifiestamente mayor que el de aquel interés a cuya preservación está dirigida la medida estatal, entonces la intervención viola el principio de proporcionalidad y, con ello, el derecho fundamental del acusado que deriva del artículo 2 párrafo 2 frase 1 LF”.

Deve-se levar em conta a relevância conferida às dimensões fáticas do problema concreto, porém, não pode jamais implicar na desconsideração do dado normativo, que também se revela absolutamente vital para a resolução das tensões entre princípios constitucionais. Afinal, a Constituição é, antes de tudo, norma jurídica, e desprezar a sua força normativa é desproteger o cidadão da sua garantia jurídica mais fundamental.

A solução da colisão consiste, tendo-se em conta as circunstâncias do caso, no estabelecimento entre os princípios de uma relação de precedência condicionada, ou seja, considerando o caso concreto, indicam-se as condições pelas quais um dos princípios cede ao outro.

Nesse contexto, existindo colisão entre princípios, a solução do embate exige que se faça uma ponderação entre eles, conforme a dimensão do peso ou da precedência. Para se entender e justificar as dimensões do peso ou da precedência, torna-se cogente ingressarmos na teoria criada por Alexy, nominada de “lei da colisão”

Segundo Alexy¹⁶⁰:

“La solución de la colisión consiste más bien en que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una *relación de precedencia condicionada*. La determinación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las *condiciones* bajo las cuales un principio precede al otro”

¹⁵⁹ Idem p. 91

¹⁶⁰ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2002, p. 92.

Interpretando a lei da colisão de Alexy, Geovany Jevaux expõe que a referida lei informa que a precedência depende das conseqüências jurídicas dos princípios, sendo, pois, um pressuposto fático do princípio precedente, ou, por outra aresta, que os princípios não têm relação absoluta de precedência ou não são quantificáveis¹⁶¹.

Conclui o autor capixaba¹⁶² que “a dimensão do peso é apenas uma metáfora, já que não é possível quantificar os os interesses em colisão de forma abstrata e absoluta, mas apenas de forma concreta e relativa”¹⁶³¹⁶⁴.

No direito pátrio, dentre os doutrinadores que mais se aprofundaram nos estudos sobre a ponderação, destacam-se Luis Roberto Barroso e Ana Paula Barcellos.¹⁶⁵ No entendimento destes professores o processo de ponderação envolve três etapas. Na primeira, cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas. Na segunda, cabe examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos¹⁶⁶. Assim, expõem os autores, o exame dos fatos e os reflexos sobre as normas identificadas na primeira fase poderão apontar com maior clareza o papel de cada uma delas e a extensão de sua influência¹⁶⁷.

¹⁶¹ JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Direito Constitucional**. Teoria da Constituição. Rio de Janeiro. 2007. Editora Forense, p.353.

¹⁶² Idem, p. 353.

¹⁶³ Segundo Jevaux, “a referida atividade é concreta e relativa uma vez que só é utilizada no caso concreto e porque não tem caráter absoluto”. (JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Direito Constitucional**. Teoria da Constituição. Rio de Janeiro. 2007. Editora Forense, p.353.)

¹⁶⁴ Daniel Sarmento informa que a ponderação de interesses só se torna necessária quando, de fato, estiver caracterizada a colisão entre pelo menos dois princípios constitucionais incidentes sobre um caso concreto. Por isso, adverte o autor, a primeira tarefa que se impõe ao intérprete, diante de uma possível ponderação, é a de proceder a interpretação dos cânones envolvidos, para verificar se eles efetivamente se confrontam na resolução do caso, ou se, ao contrário, é possível harmonizá-lo. Nesta tarefa, arremata o autor carioca, estará o exegeta dando cumprimento ao princípio da unidade da Constituição, que lhe demanda o esforço de buscar a conciliação entre normas constitucionais aparentemente conflitantes, evitando as antinomias e colisões. (SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 104.)

¹⁶⁵ BARROSO, Luis Roberto e BARCELLOS, Ana Paula. **O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. In A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas / Luis Roberto Barroso (organizador), 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 335.

¹⁶⁶ Relembre-se a importância assumida pelos fatos e pelas conseqüências práticas da incidência da norma na moderna interpretação constitucional. Embora os princípios e regras tenham uma existência autônoma em tese, no mundo abstrato dos enunciados normativos, é no momento em que entram em contato com as situações concretas que seu conteúdo se preencherá de real sentido.

¹⁶⁷ Aqui o intérprete terá de comparar o peso genérico que a ordem constitucional confere, em tese, a cada um dos interesses envolvidos. Para este mister, ele deve adotar como norte a taboa de valores subjacente à Constituição. Informa SARMENTO que o peso genérico é apenas indiciário do peso específico que cada princípio vai assumir na resolução do problema a ser solucionado. Ele

Por fim, é na terceira etapa que a ponderação¹⁶⁸ irá singularizar-se, em oposição à subsunção. Nessa fase dedicada à decisão, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso.

Nesse sentido é que José Carlos Viera de Andrade¹⁶⁹ registra que o grau de compressão a ser imposto a cada um dos princípios em jogo na questão dependerá da intensidade com que o mesmo esteja envolvido no caso concreto. A solução do conflito terá de ser casuística, pois estará condicionada pelo modo com que se apresentarem os interesses em disputa e pelas alternativas pragmáticas viáveis para o equacionamento do problema.

Ainda, Luis Roberto Barroso e Ana Paula Barcellos¹⁷⁰ advertem que é preciso decidir quão intensamente esse grupo de normas – e a solução por ele indicada – deve prevalecer em detrimento dos demais, isto é: sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada. Todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio da *proporcionalidade*, por Alexy denominado de máxima¹⁷¹.

dependerá da intensidade com que estiverem afetados, no caso, os interesses tutelados por cada um dos princípios em confronto. (SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 104.)

¹⁶⁸ A ponderação, enquanto técnica de adequação de superação de conflitos entre normas jurídicas, deve presidir a aplicação das normas constitucionais, tendi-se por objetivo a obtenção de uma concordância prática entre os vários bens e valores protegidos juridico-constitucionalmente, independente de serem através de princípios ou de regras. A idéia de ponderação surge sempre que houver a necessidade de escolher-se o direito adequado à solução de uma situação conflituosa entre bens constitucionalmente protegidos: direitos fundamentais, em virtude da característica preponderante de interligação sistêmica, na raras vezes, entram em rota de colisão inevitável, percebendo-se que a fruição de uma posição jurídica acaba por invadir a outra posição jurídica ou influenciar, negativa ou positivamente, a carga de eficácia de direitos individuais e/ou coletivos. Nesses casos, compete ao intérprete obter a concordância prática entre os vários direitos, buscando atingir um fim constitucionalmente útil.

¹⁶⁹ ANDRADE, José Carlos Viera de. **Os direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2ª ed.- Coimbra: Almedina, 2001, p. 222-223.

¹⁷⁰ BARROSO, Luis Roberto e BARCELLOS, Ana Paula. **O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. In A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas / Luis Roberto Barroso (organizador), 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 338.

¹⁷¹ Segundo Jeveaux, Alexy se preocupa em não chamar a própria proporcionalidade de princípio, mas de máxima, por três razões simples: 1) a proporcionalidade é um critério de decisão entre princípios colidentes; 2) de tal decisão surgirá uma regra e um direito definitivo; 3) a proporcionalidade

Alexy ensina que a máxima da proporcionalidade subdivide-se em três outras: a) idoneidade, b) necessidade e c) proporcionalidade em sentido estrito (ponderação).

A máxima da idoneidade exige que o meio usado para atingir o fim de um princípio fundamental seja adequado, no sentido de uma relação entre meios e fins, ou, por outras palavras, de não haver um desvio de finalidade de um princípio pelo mau uso do meio empregado pela sua prática¹⁷². Isso mostra que o princípio da idoneidade é nada mais que a expressão da idéia da otimidade-Pareto: uma posição pode ser melhorada sem que nasçam desvantagens para outras¹⁷³.

Quanto à máxima da necessidade¹⁷⁴, tem-se que de dois meios, que em geral, fomentam igualmente bem *P1*, deve-se escolher aquele que menos intensamente intervém em *P2*. Se existe um meio menos intensamente e igualmente bem idôneo, então uma posição pode ser melhorada, sem que nasçam custos para a outra. A aplicabilidade da máxima da necessidade pressupõe, todavia, que não existe um terceiro princípio *P3* que, pelo emprego do meio que intervenha menos intensivamente em *P2*, afetado negativamente.¹⁷⁵

Se custos ou sacrifícios não podem ser evitados, torna-se necessária uma ponderação. A ponderação é objeto da terceira máxima parcial da proporcionalidade em sentido restrito¹⁷⁶, que significa que “quanto mais alto é o grau do não-

não entra em colisão com nenhum outro princípio. (JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Direito Constitucional**. Teoria da Constituição. Rio de Janeiro. 2007. Editora Forense, p.358)

¹⁷² JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Direito Constitucional**. Teoria da Constituição. Rio de Janeiro. 2007. Editora Forense, p.358

¹⁷³ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luiis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora Editora, 2007, p. 110.

¹⁷⁴ Princípios exigem uma realização tão ampla quanto possível, tanto relativamente às possibilidades fáticas como às jurídicas. Os princípios parciais da idoneidade e da necessidade expressam o mandamento da otimização relativamente às possibilidades fáticas. Nisso, não se trata de ponderação, mas da evitação de tais intervenções em direitos fundamentais, que sem custos para outros princípios são evitáveis, portanto, da otimidade-Pareto. (ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luiis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora Editora, 2007, p 110)

¹⁷⁵ ALEXY, Robert. ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luiis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora Editora, 2007, p. 110.

¹⁷⁶ No princípio da proporcionalidade em sentido restrito, que também pode ser designado como “princípio da proporcionalidade”, trata-se, pelo contrário, da otimização relativamente às possibilidades jurídicas. Esse é o campo da ponderação. Somente essa deve aqui interessar. (ALEXY, Robert. ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luiis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora Editora, 2007, p. 132).

cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”.¹⁷⁷

Tal princípio é idêntico com uma regra que pode se denominar “lei da ponderação”. A qual informa que a ponderação é decomposta em três passos. No primeiro, deve ser comprovado o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio. A isso deve seguir, um segundo, com a comprovação da importância do cumprimento do princípio em sentido contrário. Em um terceiro, deve, finalmente, ser comprovado, se a importância do cumprimento do princípio, em sentido contrário, justifica o prejuízo ou não-cumprimento do outro.¹⁷⁸

4.4 Da colisão entre direito à saúde e os princípios orçamentários

A insuficiência de recursos a serem aplicados na área de saúde, como, por exemplo, a previsão de verbas para custear tratamentos ou fornecer medicamentos poderá dar ensejo à propositura de demanda judicial pleiteando a efetivação desse direito fundamental.

Ocorre que, constitucionalmente, a Administração pode se encontrar impossibilitada de alterar o orçamento, ficando, de certa forma, com as mãos amarradas. Inclusive a Lei de Responsabilidade Fiscal prevê sanção ao agente público que fizer despesas fora do orçamento.

A efetivação judicial do direito à saúde, por tratar-se de direito social, envolve custo para o Estado, o qual pode não está previsto no orçamento ou, em certos casos, existir escassez de recursos para a implementação destes direitos.

Assim, uma primeira barreira que deverá ser ultrapassada são as normas proibitivas previstas no artigo 167 da Constituição Federal, especialmente as dos incisos I, II, V, VI.

¹⁷⁷ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora, 2007, p. 110.

¹⁷⁸ *idem*, p. 111.

Dispõem o artigo e os incisos referidos:

Art. 167. São vedados:

I - o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual;

II - a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais;

V - a abertura de crédito suplementar ou especial sem prévia autorização legislativa e sem indicação dos recursos correspondentes;

VI - a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa;

Art. 166. Os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos **créditos adicionais serão apreciados pelas duas Casas do Congresso Nacional**, na forma do regimento comum. (grifo nosso).

Trata-se do princípio da legalidade orçamentária. O referido princípio se afirma no início do Estado de Direito, amalgamando-se à própria idéia de liberdade¹⁷⁹. Legalidade é princípio de limitação do poder do Estado e, ao mesmo tempo, de direcionamento das atividades administrativas. Há, com a criação do Estado de Direito, a bifurcação entre a legalidade tributária e a orçamentária. Antes o orçamento servia para a criação e a renovação da autorização anual para a cobrança de tributos. No liberalismo tanto o tributo quanto o orçamento devem ser aprovados por diferentes leis formais e o orçamento não cria o tributo, senão que apenas prevê a sua cobrança¹⁸⁰.

Uma das vertentes do referido princípio, o subprincípio da reserva da lei, significa que apenas a lei formal pode aprovar os orçamentos e os créditos especiais e suplementares. Tem por objetivo a segurança dos direitos fundamentais e o controle político da Administração. O art. 167, em seus 9 itens, cuida exhaustivamente da matéria sujeita ao princípio da reserva da lei.¹⁸¹

¹⁷⁹ O princípio da legalidade perdeu muito o seu rigor com o positivismo no início do século, que o desvinculou da legitimidade democrática e lhe esvaziou o conteúdo com a teoria da *régle de droit* (*Rechtsatz*), bem como com a ideologia do Estado de Bem-estar Social, que privilegiou as ações administrativas. Mas hoje a lei recupera a sua força simbólica e o princípio da legalidade volta a constituir um dos pilares da segurança jurídica, salvo para os pós-modernistas, que defendem a auto-segurança e a deslegalização. (TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Tributário e Financeiro**. O orçamento na Constituição, volume V, Rio de Janeiro: Ronovar 2000, p. 463)

¹⁸⁰ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Tributário e Financeiro**. O orçamento na Constituição, volume V, Rio de Janeiro: Ronovar, 2000, p. 460.

¹⁸¹ Idem. 465.

Eros Roberto Grau¹⁸², em brilhante parecer, salienta que o princípio da legalidade da despesa pública, instituto basilar do Estado de Direito, impõe ao administrador do dinheiro público a obrigação de observar, ao gastá-lo, as autorizações limitações constantes da Lei de Orçamento. Isto é, nada pode ser pago sem autorização orçamentária, nem além dos valores orçamentariamente limitados (Cf. art. 167, II). Adverte o autor que a desobediência a qualquer dessas duas limitações constitui crime de responsabilidade.

Poderia se falar em créditos adicionais. Porém, nem sempre será viável o uso a esse recurso, vez que pressupõem a possibilidade do cancelamento de autorizações ou a realização de operações de crédito. Além disso, os parágrafos 2 e 3 do artigo 167 da Constituição Federal condicionam, como regra¹⁸³, a abertura de créditos adicionais à autorização legislativa.

Conforme salientado em passagens anteriores, a primeira ponderação é feita pelo legislador, que será responsável pelas escolhas e destinação de verbas nas políticas públicas. Isso será feito, em um primeiro momento, por meio do orçamento.

Entra em pauta aqui o que Alexy chama de princípio formal da competência do legislador para tomar decisões, que se legitima a partir do próprio princípio democrático. Trata-se de um princípio formal ou procedimental porque não estabelece qualquer conteúdo, mas apenas assinala quem deve estabelecer este conteúdo. Enquanto tal, este princípio impõe que o Legislador democraticamente legitimado seja, na maior medida possível, quem tome as decisões para a comunidade¹⁸⁴.

Humberto Ávila assevera que pelo fato de o Poder Legislativo tomar decisões resultantes de discussões e votações democráticas, ele dispõe de uma *liberdade de configuração* ou margem de apreciação, relativamente ao conteúdo de seus atos. O

¹⁸² GRAU, Eros Roberto. **Despesa Pública – conflito entre princípios e a eficácia das regras jurídicas – o princípio da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário e o Princípio da legalidade da despesa pública**. Revista Trimestral de Direito Público, n.º 2, São Paulo: Malheiros, 1993, p. 130

¹⁸³ Somente em casos extremos é que se admite o uso de Medidas Provisórias.

¹⁸⁴ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. p 100.

legislativo tem “uma espécie de prerrogativa de avaliação”, ou seja, poder de escolher entre mais de uma premissa concreta duvidosa que irá restringir algum direito fundamental e servirá de ponto de partida para o controle pelo Poder Judiciário¹⁸⁵.

A limitação orçamentária é uma realidade e não é com um passe de que serão efetivados certos direitos sociais em sua total extensão. Inicialmente, por uma questão de legitimidade, cabe ao legislador fazer a prudente alocação de recursos e ao Poder Executivo cumprir estas políticas públicas.

Haverá, em âmbito abstrato, no seio do parlamento, uma primeira ponderação cujo objetivo é fazer as escolhas (muitas vezes trágicas, pois em tempos de crise a escolha pela efetivação de um direito social pode resultar na não implementação ou implementação insuficiente de outros direitos) dos bens e valores que serão objeto de concretização pelo Estado. Assim possui o Legislativo primazia, sendo o primeiro a ser chamado a solucionar a colisão entre princípios em situação de tensão recíproca, dando prevalência a um ou outro interesse ou princípio em face de determinadas circunstâncias por ele consideradas relevantes.

Nesse sentido é o posicionamento de Silvia Faber Torres¹⁸⁶, que apoiada nas lições de Alexy, averba que:

Com efeito, o legislador se abre hoje aos valores sociais, cabendo-lhe, em primeira mão e, portanto, em momento anterior ao da sua aplicação da norma, fazer o sopesamento entre valores e princípios constitucionais abstratamente em colisão, o qual vinculará o aplicador da lei, salvo em caso de declaração de invalidade pelo judiciário, que só deverá fazê-lo, contudo, quando arbitrária, desarrazoada ou contrariar a pauta axiológica subjacente ao texto constitucional. A decisão legislativa há e se cumprir a “lei de ponderação”, no sentido de que quanto maior seja o grau de prejuízo ao direito fundamental de que se trate, maior deve ser a importância do cumprimento de seu contrário.

¹⁸⁵ ÁVILA, Humberto. **Conteúdo, limites e intensidade dos controles de razoabilidade, de proporcionalidade e de excessividade das leis**. RDA. Rio de Janeiro, n.º236, abr./jun. 2004. p. 369-384.

¹⁸⁶ TORRES, Silvia Faber. **Direitos Prestacionais, reserva do possível e ponderação**: breves considerações e críticas. (capítulo do livro *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro:Renovar, 2006, p. 787.

Citando uma decisão do Tribunal Constitucional Alemão, a referida autora informa que a exigência de prestações públicas individualizadas dependerá da ponderação do legislador, que definirá, em primeira linha, o que cada qual pode razoavelmente exigir da sociedade¹⁸⁷.

Na mesma linha é o pensamento de Daniel Sarmiento¹⁸⁸, que sustenta que em uma democracia é evidente que a escolha dos valores e interesses prevalecentes em casa caso deve, a princípio, ser da responsabilidade de autoridades cuja legitimidade repouse no voto popular, devendo o Judiciário, em linha geral, acatar as ponderações de interesses realizadas pelo legislador.

Assim, conforme assevera Cristina Queiroz¹⁸⁹ a “construção mágica” dos direitos sociais é a primazia do legislador e não dos tribunais, os quais, por via interpretativa, podem fazer valer as condições de liberdade mínimas que resguardam a dignidade humana, mas não podem impor opções políticas pela justiça, imiscuindo-se na competência constitucional dos poderes politicamente conformadores.

O direito à saúde, pelo menos naquilo que for ligado ao mínimo existencial, é passível de ser exigido coercitivamente do Estado via Poder Judiciário. O gozo deste direito está diretamente ligado a outros direitos fundamentais, tais como: a dignidade da pessoa humana, o lazer, direito ao trabalho, e a principalmente à vida.

Assim, a não efetivação do direito à saúde eclode na violação a diversas diretrizes constitucionais de peso. Por outro lado, quando o Poder Judiciário é provocado para que determine ao Estado que forneça certo medicamento ou custeie um tratamento ao uma pessoa, ele encontrará em normas que também possui o peso constitucional, todas elas matérias que são comumente levantadas pelo Estado em suas defesas, tais como: violação ao princípio da legalidade orçamentária, falta de

¹⁸⁷ TORRES, Silvia Faber. **Direitos Prestacionais, reserva do possível e ponderação**: breves considerações e críticas. (capítulo do livro *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro:Renovar, 2006, p. 787

¹⁸⁸ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Ed. Lumen Júris, 2000. p. 114.

¹⁸⁹ QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos Fundamentais: Teoria Geral**. Coimbra Editora, 2002, p. 210.

legitimidade do Poder Judiciário para fazer o controle de política públicas, aviltamento ao princípio da separação dos poderes, etc.

Ocorre que o princípio formal da competência do legislador não pode ser transformar em instrumento para a violação dos direitos fundamentais, e, por isso, ele só prevalecerá sobre um princípio de direito fundamental material quando estiver ligado a outro princípio também material, o que Alexy chama de “lei de conexão”.

Humberto Ávila também traz alguns critérios a fundamentar a intervenção do Judiciário nas decisões legislativas. Segundo o autor, o controle judicial e a exigência de justificação da restrição a um direito fundamental deverão ser tanto mais intensos quanto maior forem¹⁹⁰:

- (1) a condição para que o Poder Judiciário construa um juízo seguro a respeito da matéria tratada pelo Poder Legislativo;
- (2) a evidência de equívoco da premissa escolhida pelo Poder Legislativo como justificativa para a restrição do direito fundamental;
- (3) a restrição ao bem jurídico constitucionalmente protegido;
- (4) a importância do bem jurídico constitucionalmente protegido, a ser aferida pelo seu caráter fundante ou função de suporte relativamente a outros bens (por exemplo, a vida e igualdade) e pela sua hierarquia sintática no ordenamento constitucional (por exemplo, princípios fundamentais).

Assim, o controle feito pelo Judiciário deverá ser maior, principalmente quando a premissa adotada pelo Legislativo for evidentemente errônea. Cabe ao Judiciário, nestes casos, apreciar a avaliação do legislador, pois se este podia ter avaliado melhor, sem aumento de gastos, a sua competência não foi realizada em consonância com o princípio democrático que lhe incumbe realizar¹⁹¹.

¹⁹⁰ ÁVILA, Humberto. **Conteúdo, limites e intensidade dos controles de razoabilidade, de proporcionalidade e de excessividade das leis**. RDA. Rio de Janeiro, n.º236, , abr./jun. 2004, p.382

¹⁹¹ Humberto Ávila. Conteúdo, limites e intensidade dos controles de razoabilidade, de proporcionalidade e de excessividade das leis. RDA. Rio de Janeiro, n.º236, p. 383, abr./jun. 2004.

Dentre os meios para se fazer esse controle, após a ponderação dos princípios em colisão, destaca-se a intervenção judicial sobre as decisões relativas à alocação de recursos, ou seja, sobre as escolhas orçamentárias.

Por outras palavras, caso o Poder Judiciário entenda que as alocações realizadas pelo Legislativo e Executivo não são razoáveis, violam direitos fundamentais, o Poder Judiciário deve, conforme o caso, determinar a realocação de recursos previstos no orçamento ou a inclusão, na lei orçamentária do exercício seguinte, da previsão ou extensão do programa ou projeto destinado à implementação do direito constitucionalmente protegido¹⁹².

E é exatamente por isso que entendemos que na hipótese de o magistrado vir a especificar as rubricas orçamentárias que cobrirão determinado tratamento, é aconselhável que retire verbas de programas como publicidade, transportes, lazer, ou seja, valores menos importantes que a saúde¹⁹³, especialmente para que efetivação da saúde em um caso isolado não possa acarretar a redução de sua potencialidade de uma forma global, ou, por outras palavras, para que não haja uma microjustiça em detrimento de uma macrojustiça.

No mesmo sentido é a lição de Andreas Krell ao se manifestar que se os recursos não são suficientes, deve-se retirá-los de outras áreas (transportes, fomento econômico, serviço da dívida) onde sua aplicação não está tão intimamente ligada aos direitos mais essenciais do homem: sua vida, integridade e saúde.¹⁹⁴

¹⁹² Alceu Maurício Jr. A Revisão Judicial das escolhas orçamentárias e a efetivação dos direitos fundamentais. Revista Diálogo Jurídico, n.º 15, 2007, Bahia, extraído do site: http://www.direitopublico.com.br/pdf/Revisao_Judicial_Escolhas.pdf, acesso em 15 de dezembro de 2007.

¹⁹³ Conforme veremos mais a frente a primeira ponderação de valores é feita pelo legislador. Haverá em âmbito abstrato, no seio do parlamento, uma primeira ponderação cujo objetivo é fazer as escolhas (muitas vezes trágicas, pois em tempos de crise a escolha pela efetivação de um direito social pode resultar na não implementação ou implementação insuficiente de outros direitos) dos bens e valores que serão objeto de concretização pelo Estado. Assim possui o Legislativo primazia, sendo o primeiro a ser chamado a solucionar a colisão entre princípios em situação de tensão recíproca, dando prevalência a um ou outro interesse ou princípio em face de determinadas circunstâncias por ele consideradas relevantes.

¹⁹⁴ KRELL, Andreas Joachim. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”, apud BIGOLIN, Giovani. **A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais**. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/constitucional/giovani_bigolin>. Publicação em 30/06/2004. Acesso em 23 jul. 2006, 13h41min.

O Poder Judiciário, a fim de proteger o direito à saúde, pode determinar o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria orçamentária de programação menos importante – por exemplo, os recursos destinados à propaganda institucional do governo – para custear o tratamento dos pacientes.

Nesse sentido, traz-se à baila a lição de Gouvêa¹⁹⁵:

Afigura-se assim legítima a conduta administrativa que, deixando de ter em conta a prioridade dos direitos fundamentais (dentre os quais ora se destaca o direito aos medicamentos), prefira prover projetos sujeitos a exame de conveniência e oportunidade. A alocação de recursos nestes projetos, inclusive serve de evidência para que o magistrado possa refutar exceção, fundada no argumento da reserva do possível, que viesse a ser suscitada pelo Estado em ação envolvendo direito a medicamentos essenciais. Não seria absurdo, outrossim, que o magistrado, com prudência, declarasse a nulidade dos atos administrativos que não houvessem observado a necessária prevalência dos direitos fundamentais, de modo a que os recursos recuperados pelo Erário, em virtude da nulificação do ato administrativo ilegítimo, pudessem ser canalizados para a produção da prestação amparada em imperativo jufundamental, inicialmente negligenciada⁷

Diversas decisões neste sentido têm sido proferidas por nosso Judiciário. Registre-se, por oportuno, o comando do *decisum* proferido pelo magistrado George Marmelstein Lima, Juiz Federal Substituto da 4ª Vara, respondendo pela 3ª Vara da Justiça Federal do Ceará, nos autos da Ação Civil Pública n.º 2003.81.00.009206-7, onde ficou determinado que¹⁹⁶:

a) os hospitais conveniados aos SUS - Sistema Único de Saúde, indicados às fls. 65/66, ficam obrigados a receber os pacientes que se encontram à espera de leitos de UTIs na rede de hospitais públicos, devendo correr as despesas respectivas à conta dos recursos orçamentários do SUS, mediante a apresentação dos respectivos comprovantes;

b) na hipótese de inexistência de verba orçamentária do SUS ou de embaraços por parte das autoridades públicas para providenciar o pagamento na forma do item "a", fica autorizado aos referidos hospitais efetuar a compensação fiscal dos gastos efetuados no custeio dos tratamentos com tributos federais, estaduais ou municipais. Determino ainda que os Órgãos de controle interno e externo (Tribunal de Contas, Ministério Público, Fazendas Públicas, Ministérios Federais, Secretarias

¹⁹⁵ GOUVÊA, Marcos Masseli. **O direito ao fornecimento estatal de medicamentos**. Rio de Janeiro: Slaib Filho (on line), disponível na internet no site: http://www.nagib.nrt/texto/varied_16.doc – acessado em

¹⁹⁶ A íntegra da decisão pode ser obtida no site: http://www.ajufe.org.br/003/00301009.asp?ttCD_CHAVE=25560, acessado em 7 de janeiro de 2008, às 18:35 horas.

Estaduais e Municipais etc) façam o devido controle dos gastos efetuados, a fim de evitar enriquecimento ilícito por parte dos hospitais particulares;

c) caso se esgotem todos os leitos dos hospitais particulares conveniados ao SUS, os hospitais particulares de Fortaleza, mesmo não conveniados ao SUS, ficam obrigados a receberem pacientes oriundos dos hospitais públicos e para os quais não existam mais leitos nos hospitais conveniados ao SUS, prestando-lhes todo o atendimento necessário, correndo as despesas à conta dos entes públicos demandados, aplicando-se-lhes a mesma regra prevista no item "b";

d) a Secretaria de Saúde do Estado do Ceará deverá criar uma central de leitos, a exemplo da que funcionou no caso da UTI Neo-Natal da MEAC, como forma de viabilizar que os pacientes sejam encaminhados aos hospitais que disponham de vagas;

e) o Estado do Ceará e o Município de Fortaleza ficam obrigados a remanejar ou transferir os recursos orçamentários destinados à propaganda institucional do governo para solucionar o problema de saúde do Município de Fortaleza;

f) no caso de descumprimento de qualquer das ordens acima, fica automaticamente aplicada a multa de R\$ 10.000,00 aos responsáveis pelo descumprimento da decisão judicial, ou seja, ao Ministro da Saúde, ao Secretário Estadual de Saúde e ao Secretário Municipal de Saúde, conforme respectivas atribuições, com base no parágrafo único do art. 14, do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei 10.358/2001.

Decisões nesse sentido têm sempre mencionado o paradigmático voto do Min. Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a Pet. 1.246-SC, onde assentou-se que "entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana".

5 QUESTÕES PROCESSUAIS: LEGITIMIDADE, MEIOS DE EFETIVAÇÃO DA TUTELA E ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS.

6.1 - Da legitimidade ativa para propor ação com objetivo de efetivação do direito social à saúde

É de se notar que o direito à saúde desponta como um direito fundamental social, razão pela qual sua efetivação via provimento judicial pode ter como sujeito provocador da tutela jurisdicional tanto o indivíduo, quanto o Ministério Público.

O indivíduo, isoladamente considerado, apenas pode pleitear providências do Estado quanto à efetivação do direito à saúde, se a referida providência, isto é, (seja) o fornecimento de medicamento, para (seja) a realização de um tratamento, lhe forem necessárias, não podendo assim pleitear em nome próprio um direito alheio.

A regra de legitimidade *ad causam* vem esculpida no art. 6 do CPC com uma redação bastante esclarecedora, senão observe-se: Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.

Extrai-se do mencionado dispositivo que a todos é garantido um direito constitucional de provocar o Estado para que o mesmo preste uma tutela jurisdicional, contudo, não há uma autorização para que alguém leve à apreciação do poder judiciário toda e qualquer pretensão, relacionada a qualquer objeto litigioso.

Para filtrar as demandas e verificar a pertinência entre os sujeitos da relação jurídica processual e o objeto litigioso é que se torna imperativa a verificação da legitimidade *ad causam petendi*.

A legitimidade de agir, em princípio, somente possui quem se afirma titular de determinado direito e pretende vê-lo tutelado no âmbito do processo. É a situação de

que decorre a possibilidade de alguém pleitear em juízo o reconhecimento de um direito substancial. Indica haver correlação entre a titularidade do direito material e a titularidade do direito de ação. Há legitimidade se entre as partes e o objeto do processo existir relação de adequação, consubstanciada na possibilidade de o julgamento influir na sua esfera jurídica, favoravelmente ou não.

Assim parte legítima é aquela que se encontra em posição processual (autor ou réu) coincidente com a situação legitimadora “decorrente de certa previsão legal, relativamente àquela pessoa e perante o respectivo objeto litigioso.”¹⁹⁷

Quando existir a correspondência entre a situação alegada em juízo (submetida a apreciação do poder judiciário) e a situação legitimante, será observada a hipótese de legitimidade ordinária, o que de regra acontece.

Excepcionalmente, o sistema processual admite uma *ruptura* nessa relação, uma verdadeira *quebra* entre os planos do direito material (provável titular do bem da vida) e do direito processual (quem se apresenta em juízo para tutelar este bem da vida) sendo estes os casos de legitimidade extraordinária.

A compreensão da legitimidade extraordinária pode ser extraída também da redação do artigo 6 do CPC parte final, quando o legislador utiliza-se da expressão “salvo quando autorizado por lei”, pois, via de regra, quando alguém pleitear direito alheio em nome próprio, sem a devida autorização legal, será caso explícito de ilegitimidade da parte, fato que apenas não acontecerá se existir a previsão normativa autorizando tal fato.

Uma vez desamparado pelas regras de legitimidades acima expostas e reguladas pela ciência processual, o pleito das prestações na área de saúde feito por alguém, em nome alheio, sem a devida previsão legal ou constitucional para tanto, ensejará a extinção do processo com base no art. 267, VI, do CPC, verificando-se no caso em tela a carência de ação.

¹⁹⁷ 1 ASSIS, Araken de. “**Substituição processual**”. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2003, n.9, p.9

O Ministério Público, por sua vez, tendo em vista sua função, conferida pelos arts.128 e 129 da Constituição Federal, possui legitimidade, nesse caso, extraordinária, para poder pleitear prestações na área de saúde. E tanto pode fazer no sentido de representar um determinado cidadão em um caso concreto¹⁹⁸, como também possui legitimidade para iniciar um controle orçamentário de políticas públicas¹⁹⁹, com o objetivo de destinar verbas de uma rubrica para outra.

Nesse sentido é expressa sua competência constitucional, conforme prescreve o artigo 127 da Constituição Federal, que enuncia: “o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Assim, em relação às políticas publicas constitucionais, a parte (legitimamente) interessada contraposta ao Estado promovedor é toda a sociedade civil e, no particular, o seu segmento (singular ou coletivo) sofrendo iminente ameaça ou lesão a direito/interesse atinente àquelas políticas públicas. Tal segmento, constituído que está de sujeitos de direitos, detém direitos subjetivo público de se ver protegido contra a ameaça ou lesão consumada contra si, utilizando para tanto todos os possíveis remédios jurisdicionais pertinentes (mandado de segurança individual ou coletivo, *habeas corpus*, ação de descumprimento de direito fundamental, controle difuso e concentrado de constitucionalidade etc.)²⁰⁰

¹⁹⁸ Apenas a título elucidativo, registre-se trecho da decisão do julgamento do Mandado de Segurança nº 200700860660, proposto pelo Ministério Público Estadual, na condição de substituto processual, junto ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, onde ficou registrado que “a assistência à saúde é um dever do Estado e garantia inderrogável do cidadão. Essa obrigação abrange a todos os cidadãos (princípio constitucional da isonomia), não podendo servir de escusa a alegação da autoridade coatora de que a substituída não comprovou a sua situação de hipossuficiência”.

¹⁹⁹ Rogério Gesta Leal conceitua políticas públicas “como ação estratégica (de instituições ou pessoas de direito público) que visa a atingir fins previamente determinados por finalidade, objetivos e princípios de natureza pública. Tal ação, inexoravelmente, vem marcada por altos níveis de racionalidade programática, caracterizada por medidas organizacionais e de planejamento”. (**A efetivação do direito à saúde por uma jurisdição-serafim: limites e possibilidades.** A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Belo Horizonte, ano 6, n. 25. p. 25-40, jul/set. de 2006, p. 161)

²⁰⁰ LEAL, Rogério Gesta. **A efetivação do direito à saúde por uma jurisdição-serafim: limites e possibilidades.** A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Belo Horizonte, ano 6, n. 25. p. 25-40, jul/set. de 2006, p. 175.

Ademais, o art. 129, inc. II, da Constituição Federal traz como uma das funções institucionais do Ministério Público “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia”.

O Superior Tribunal de Justiça em diversas ocasiões já assentou o entendimento de que possui o Ministério Público legitimidade para propor medidas judiciais tendentes efetivar o direito à saúde.

Nesse sentido, registre-se a seguinte ementa:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. AÇÃO CAUTELAR INOMINADA. *LEGITIMATIO AD CAUSAM DO PARQUET*. ART. 127 DA CF/88. DIREITO À SAÚDE.

1. O Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos.

2. É que a Carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da Administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37, da CF/1988 como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microsistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da administração pública, nele encartando-se a Ação Cautelar Inominada, Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas.

3. Deveras, é mister concluir que a nova ordem constitucional erigiu um autêntico 'concurso de ações' entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, *a fortiori*, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos.

4. *Legitimatio ad causam* do Ministério Público à luz da dicção final do disposto no art. 127 da CF/1988, que o habilita a demandar em prol de interesses indisponíveis.

5. Sob esse enfoque a Carta Federal outorgou ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses individuais indisponíveis, podendo, para tanto, exercer outras atribuições previstas em lei, desde que compatível com sua finalidade institucional (CF/1988, arts. 127 e 129).

6. *In casu*, trata-se de Ação Cautelar Inominada ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, objetivando que o Município custeie avaliação de tratamento médico especializado a pessoa portadora de varizes nos membros inferiores com insuficiência venosa bilateral, e recurso especial interposto contra acórdão que decidiu pela ilegitimidade ativa do Ministério Público para pleitear direito de outrem que não idoso, criança ou adolescente.

7. O direito à saúde, insculpido na Constituição Federal é direito indisponível, em função do bem comum, maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria.

8. Outrossim, o art. 6.º do CPC configura a legalidade da legitimação extraordinária cognominada por Chiovenda como "substituição processual".

9. Impõe-se, ressaltar que a jurisprudência hodierna do E. STJ admite ação individual acerca de direito indisponível capitaneada pelo MP (Precedentes:

REsp 688052 / RS, DJ 17.08.2006; REsp 822712 / RS, DJ 17.04.2006; REsp 819010 / SP, DJ 02.05.2006).

10. Recurso especial provido para reconhecer a legitimidade ativa do Ministério Público Estadual.

Importante registrar que o Ministério Público possui legitimidade extraordinária tanto para representar um indivíduo, como para fazer o controle de políticas públicas, pleiteando a alteração do orçamento com majoração das verbas destinadas à saúde.

Não é outro o posicionamento do Excelso Supremo Tribunal Federal, que, também por diversas vezes, já chancelou a legitimidade extraordinária do Ministério Público para promover demandas com o objetivo de promoção do direito social da saúde.

6.2 Legitimidade passiva para responder ação com objetivo de efetivar o direito à saúde

O Texto constitucional em seu art. 196 é enfático ao estabelecer que é dever do Estado implementar providências na área de saúde, devendo garanti-la mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doenças e de outros agravos.²⁰¹

A implementação e efetivação destes deveres do Estado integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, conforme prescreve o comando do artigo 198 da Constituição Federal.

O Sistema Único de Saúde – SUS é um modelo de ação social integrada e descentralizada de matiz constitucional. Seu conceito é obtido na legislação ordinária, como sendo "o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público", conforme o 4º da Lei 8.080/90.

²⁰¹ No mesmo sentido é a redação do artigo 2º, parágrafo 1º da Lei 8.080/90. "§ 1º - O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem a redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação".

Percebe-se, neste contexto, que todos os Entes da Federação são responsáveis pela implementação e efetivação de providências na área de saúde, razão pela qual pode-se concluir que todos possuem legitimidade passiva para responder à ação que demande a implementação da saúde, seja isoladamente, seja de forma generalizada.

Dentre inúmeros outros precedentes em todos os tribunais pátrios, registre-se, apenas a título ilustrativo, o teor da ementa do Recurso Especial nº 828.140, cuja relatoria foi distribuída à Ministra Denize Arruda.

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282/STF E 211/STJ. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. IDOSO. LEGITIMIDADE PASSIVA SOLIDÁRIA DOS ENTES PÚBLICOS (MUNICÍPIO, ESTADO E UNIÃO). ARTS. 196 E 198, § 1º, DA CF/88. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, DESPROVIDO.

1. A ausência de prequestionamento dos dispositivos legais tidos como violados torna inadmissível o recurso especial. Incidência das Súmulas 282/STF e 211/STJ.

2. Nos termos do art. 196 da Constituição Federal, a saúde é direito de todos e dever do Estado. Tal premissa impõe ao Estado a obrigação de fornecer gratuitamente às pessoas desprovidas de recursos financeiros a medicação necessária para o efetivo tratamento de saúde.

3. O Sistema Único de Saúde é financiado pela União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, sendo solidária a responsabilidade dos referidos entes no cumprimento dos serviços públicos de saúde prestados à população. Legitimidade passiva do Estado configurada.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

Do voto da referida Ministra pode-se ainda extrair a seguinte passagem:

Considerando que o Sistema Único de Saúde é financiado pela União, Estados- membros, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 198, § 1º, da Constituição Federal, pode-se afirmar que é solidária a responsabilidade dos referidos entes no cumprimento dos serviços públicos de saúde prestados à população.

De ver está que todos os Entes da Federação podem responder por ações que visem à implementação do direito à saúde, podendo o demandante, caso queira, acionar um ou mais ente ao mesmo tempo (Município e Estado, Município, Estado e União ou Município Estado e União).

Seja como for, se a União for colocada no pólo passivo da demanda, a causa, por mais que presente os demais Entes da Federação, deverá ser proposta e tramitar junto à Justiça Federal em razão da previsão expressa de sua competência no artigo 109, inciso I da Constituição Federal.

5.3 Medidas que podem ser utilizadas para a efetivação real do direito à saúde por meio do Poder Judiciário

Sabendo que o processo não pode ser ministrado de forma instantânea, pois o mesmo se estabelece da concatenação de atos processuais que devem seguir uma determinada forma pré-estabelecida em lei, o mesmo exige um tempo para que se chegue ao fim; tempo esse que não pode ser descomedido, sob pena de ceifar as pretensões dos demandantes.

O fator tempo no processo está intimamente ligado à segurança jurídica, pois o raciocínio utilizado nessa conjuntura é o de que ambos os valores, tempo e segurança, possuem uma relação diretamente proporcional, ou seja, quanto maior o tempo, maior a certeza da decisão do caso *sub judice*. Ora, partindo-se do pressuposto de que a verdade absoluta não existe, nem todo o tempo do mundo seria capaz de dar ao consumidor da justiça a segurança que tanto almeja. Entretanto, de outro vértice, há que se lembrar que basta uma fração de segundo para que o jurisdicionado perca em definitivo o bem da vida (o direito) que lhe é devido²⁰².

Para que as medidas judiciais sejam cumpridas de forma adequada, o processo deve ser efetivo e célere, principalmente, quando o objeto discutido em juízo for de relevância tão aguda como o direito à saúde. Assim, ao Estado como detentor do monopólio da jurisdição, não basta garantir a tutela jurisdicional, assegurar o direito de ação e o devido processo legal; é necessário que tais garantias se coadunem

²⁰² ALCÂNTARA, Fábio Bonomo de. **Tutela de Urgência Ambiental na Ação Civil Pública**. Ed. Mizuno. São Paulo. P.139

com a solução justa, tempestiva e efetiva da lide, isto é, que seja apta, útil e eficaz para outorgar à parte a tutela a que tem direito segundo a ordem jurídica justa²⁰³.

Por fim, mister se faz destacar quais os meios que podem ser utilizados pelo Poder Judiciário para a efetivação do direito social da saúde: 1) fixação de *astreintes* pelo descumprimento da decisão que impõe obrigação de fazer; 2) seqüestro das contas do Poder Público; 3) decisão determinando que o tratamento seja feito por hospital particular e, ao mesmo tempo, autorizar que este compense o valor do tratamento com débitos tributários; 4) decisão conferindo remissão de dívidas tributárias de hospitais privados compelidos por ordem judicial a custear o tratamento, dentre outras.

5.3.1 Fixação de multas (*astreintes*) com o objetivo de compelir o estado a cumprir decisão judicial de fornecer medicamentos ou submeter o indivíduo a tratamento operatório

É cediço que o provimento de uma demanda em que se pleiteia o fornecimento de medicamento ou a realização de tratamento, segundo as normas do processo civil, envolve *obrigação de dar*, no primeiro caso, e *obrigação de fazer*, no segundo, por parte do sujeito passivo da demanda.

As obrigações de fazer e não fazer sempre foram questionadas durante toda história da ciência processual, pois vigorava até pouco tempo o respeito absoluto à vontade humana, situação que sempre se resolvia em perdas e danos.

Conforme os ensinamentos do jovem autor baiano Fredie Didier Jr. isso se dava basicamente porque o ordenamento jurídico do fim do século XIX e da primeira metade do século XX era amplamente influenciado pelo pensamento do chamado Estado Liberal, que partia de duas premissas: (a) a de que não se pode obrigar ninguém fazer o que não quer, preservando-se ao máximo a liberdade do indivíduo (era a chamada incoercibilidade ou intangibilidade da vontade humana, *nemo*

²⁰³ THEODORO Jr. Humberto Theodoro. **Processo Cautelar**. Ec. Leud, 22ª edição. São Paulo.2005.

praecise potest cogi ad factum) e (b) a de que toda prestação poderia ser convertida em dinheiro²⁰⁴.

Depois de uma longa evolução, a ciência processual, com marchas e contramarchas, culminou com a reforma processual de 1994 (Lei 8.952/1994) e a inserção no código de processo civil do art.461 do CPC, senão observe-se:

Art. 461 - Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

Art. 461-A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação.

Segundo Orlando Gomes as obrigações tuteladas pelo art. 461 do CPC são aquelas que têm por objeto imediato uma conduta positiva ou negativa do devedor e que têm por objeto mediato uma *prestação de fato*, assim entendida aquela que exige uma atividade pessoal do devedor.

Continua o conceituado professor, analisando que a distinção entre as obrigações de dar e as de fazer, deve ser traçada e vista do interesse do credor, porquanto as prestações de coisas supõem certa atividade pessoal do devedor e muitas prestações de fatos exigem dação. Nas obrigações de dar, o que interessa ao credor é a coisa que lhe deve ser entregue, pouco lhe importando a atividade do devedor para realizar a entrega. Nas obrigações de fazer, ao contrário, o fim é o aproveitamento do serviço contratado. Se assim não fosse, toda obrigação de dar seria de fazer, e vice-versa.²⁰⁵

Com a nova sistemática processual, ocorreu na verdade uma inversão dos ideais da época liberal que achavam ser a liberdade humana o maior valor, sendo a resolução em perdas e danos a única consequência para o descumprimento das obrigações de fazer ou não fazer.

²⁰⁴ DIDIER JR. Fredie, **Curso De Direito Processual Civil**. vol.2. Ed. Bahia: Podvim. 2007.

²⁰⁵ GOMES, Orlando. **Obrigações**. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 48.

Uma primeira medida em prol da máxima efetivação real das decisões judiciais que possuem como objeto uma obrigação de dar e de fazer é a utilização do parágrafo 5 do artigo 461, o qual prescreve que “para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial” o que a doutrina convencionou chamar de *medidas de apoio*.²⁰⁶

Com a profundidade de sempre Cândido Rangel Dinamarco²⁰⁷ expõe que as medidas previstas no dispositivo supra-mencionado são as medidas de coerção que consistem em pressões sobre a vontade do obrigado, para que cumpra. Mediante elas o Estado-juiz procura persuadir o inadimplente, impondo-lhe situações tão onerosas e inconvenientes que em algum momento seja para ele mais vantajoso cumprir do que permanecer no inadimplemento. Trata-se de verdadeiras coações, no sentido em que esse vocábulo é empregado na lei civil, porque infundem no espírito do obrigado o fundado temor de um insuportável, ou ao menos muito indesejável, agravamento (CC, art.151); como ocorre todas as vezes em que alguém decide sob coação, a decisão de pagar não se forma de modo inteiramente livre, porque a verdadeira vontade era não pagar.

Importante ressalva conclusiva do processualista paulista é que essa atitude é, contudo, uma coação (ou coerção) de absoluta legitimidade ética e jurídica, uma vez

²⁰⁶ A notável valorização que se deu à busca da tutela específica está acentuada, sobretudo, nos dispositivos que conferiram ao juiz uma espécie de "poder executório genérico", habilitando-o a utilizar, inclusive de ofício, além dos mecanismos "nominados" nos §§ 4º e 5º, outros mecanismos de coerção ou de sub-rogação "inominados", que sejam aptos a induzir ou a produzir a entrega in natura da prestação devida ou de seu sucedâneo prático de resultado equivalente. Embora a lei refira que o meio executivo eleito deve ser "suficiente e compatível", é óbvio que há de ser também juridicamente legítimo. Assim, não se inclui na autorização do § 5º, a coação de caráter pessoal, só admissível, em nosso sistema, nas estritas hipóteses de "inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel" (art. 5º, LXVII, da CF). Antecipação da tutela e obrigações de fazer e de não fazer. (Publicado na Revista Jurídica nº 237, p. 20)

²⁰⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, vol IV. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 47.

que se destina a remover uma conduta antiética e se realiza com o objeto de dar efetividade a um valor muito elevado, que é o acesso à justiça.²⁰⁸

Giuseppe Chiovenda falava em *mezzi di coazione* (coação), não de *coercizione* (coerção). Contudo, tanto em língua italiana como portuguesa, esses dois vocábulos têm significado muito próximos e, no que diz respeito à execução civil, equivalentes. Não há, portanto, razões muito sérias para escolher um deles e banir o outro, mas o emprego de coerção é preferível, para evitar a conotação de ilicitude que ordinariamente acompanha a palavra coação, a qual tradicionalmente designa também um vício de consentimento. Coerção é, segundo os léxicos, “a força que emana da soberania do Estado e é capaz de impor o respeito a norma legal”.²⁰⁹

Pondera Teori Albino Zavascki²¹⁰ “não se limitou o legislador, porém, a dotar o sistema processual de meios para promover a satisfação específica do titular do direito. Preocupou-se, também, em fazer com que tal prestação seja entregue em tempo adequado, mesmo que antes da sentença, caso isso se mostre necessário a manter a integridade do direito reclamado”.

A aplicação de multa com o objetivo de coagir o destinatário a decisão emanada do poder judiciário, além de ser uma das formas mais utilizadas na praxe forense, é uma das mais valiosas para a efetiva satisfação da execução da obrigação de dar e de fazer.

As *astreintes*, inspirada no direito francês e no instituto do *contemp of court* do ordenamento anglo-saxão, são conceituadas por Marcelo Abelha Rodrigues como a forma de coerção psicológica do executado, atuando de forma a pressioná-lo a cumprir a obrigação específica. Essa multa possui natureza processual, importante que se advirta, e não pode ser encarada como forma de punir o devedor e embora seja muito mais útil nos casos de prestação infungível, não deve ser descartada a

²⁰⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, vol IV. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 47.

²⁰⁹ Idem.

²¹⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela e obrigações de fazer e de não fazer**. Revista jurídica n°237, p. 2005, p. 20.

sua utilização quando se tratar de prestação fungível, porque o que se busca, aprioristicamente, é a tutela específica em sentido estrito.²¹¹

Valiosas são as palavras do mestre José Carlos Barbosa Moreira para quem a multa deve servir de estimulante positivo no cumprimento voluntário da obrigação, e não negativo (quando desproporcional). Com isso se quer dizer que o juiz deve ter muita sensibilidade, muito cuidado ao aplicar a multa, de modo a conseguir o justo ponto de equilíbrio entre o interesse na efetividade da execução e a necessidade de não onerar o devedor além da medida do razoável.²¹²

Foi ponto controverso na doutrina e na jurisprudência se a aplicação desta multa com o objetivo de forçar o destinatário da decisão ao seu cumprimento poderia ser aplicada ao Estado, quando o mesmo fosse o pólo passivo da ação.

Discorrendo sobre o tema, Vicente Greco Filho manifesta entendimento no sentido de serem inviáveis a cominação e a imposição de multa contra pessoa jurídica de direito público. Os meios executivos contra a fazenda são outros. Contra esta a multa não tem nenhum efeito cominatório, porque não é o administrador renitente que irá pagá-la, mas os cofres públicos, ou seja, o povo. Não tendo efeito cominatório não tem sentido sua utilização como meio executivo.²¹³

Contudo, a má conduta do administrador público não pode ser amparada pelo argumento de que os recursos para o pagamento das astreintes são oriundos do erário público, até porque tal situação causaria uma odiosa agressão ao princípio da isonomia.

²¹¹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Execução Civil**, 2ª ed. Rio Janeiro: Forense Universitária. 2007, p. 228.

²¹² MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Tendências na execução das sentenças**. In: Temas de direito processual, quarta série. São Paulo. Saraiva, p. 238.

²¹³ GREGO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. v.3, 17ª ed. Saraiva. São Paulo, 2005, p. 69.

O mestre Eduardo Talamini²¹⁴ adverte que em tais casos, cumpre ao poder público responsabilizar o servidor renitente nas esferas administrativa, civil e criminal, se for o caso, cabendo-lhe ressarcir o erário quando verificar a conduta dolosa ou culposa.

A jurisprudência pátria é farta no sentido de se aplicar as *astreintes* à administração pública, sendo vários os arestos do STJ, senão observe a colação deste julgado,

Por fim, arremata Fredie Didier Jr. que para a renitência dos maus gestores, nada impede que o magistrado, no exercício do seu *poder geral de efetivação*, imponha as *astreintes* diretamente ao agente público (pessoa física) responsável por tomar a providência necessário ao cumprimento da prestação. Tendo em vista o objetivo da cominação (viabilizar a efetivação da decisão judicial), decerto que aí a ameaça vai mostrar-se bem mais séria e, por isso mesmo, a satisfação do credor poderá ser mais facilmente alcançada.

Percebe-se facilmente assim que restou vitorioso o argumento no sentido de que a referida penalidade pelo descumprimento da obrigação de dar ou fazer se aplica também ao Estado.

O Superior Tribunal de Justiça²¹⁵, firmou o entendimento de que pode o magistrado fixar *astreintes* em demanda contra o Poder Público envolvendo obrigação de fazer. Nesse sentido, registrem-se algumas ementas:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. MULTA DO ART. 644 DO CPC. ASTREINTES. FIXAÇÃO PELO JUIZ DE OFÍCIO OU A REQUERIMENTO DA PARTE, EM SEDE DE EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO DESPROVIDO.

RECURSO ESPECIAL. FAZENDA PÚBLICA. FORNECIMENTO DE ATENDIMENTO HOSPITALAR E CIRURGIA PARA EXTRAÇÃO DE PEDRAS NO RIM. OBRIGAÇÃO DE FAZER. FIXAÇÃO DE MULTA DIÁRIA. CABIMENTO. PRECEDENTES. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. A hipótese dos autos cuida da imposição de multa diária ao Estado do Rio Grande do Sul pelo não-cumprimento de obrigação de fornecer atendimento hospitalar ao

²¹⁴ TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer**, 2ª ed, São Paulo: RT, 2003, p.247.

²¹⁵ STJ - AI 676432 - RS (2005/0068242-0) - 5ª T. - Relª. Minª. Laurita Vaz - DJU 25.05.2005

autor e realizar cirurgia para extração de pedras no seu rim esquerdo. Dessarte, na espécie, deve ser aplicado o raciocínio adotado por esta colenda Corte no que se refere às obrigações de fazer pela Fazenda Pública, ou seja, de que "o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode fixar as denominadas astreintes contra a Fazenda Pública, com o objetivo de forçá-la ao adimplemento da obrigação de fazer no prazo estipulado" (AGREsp 554.776/SP, Rel. Min. Paulo Medina, DJ 6.10.2003). Assim, de acordo com a r. decisão de primeiro grau, condeno o Estado do Rio Grande do Sul a fornecer o medicamento hospitalar e a cirurgia imprescindível ao autor, sob pena de imposição da multa diária, fixada em R\$ 100,00 (cem reais). Saliente-se, por fim, que não se sustém o entendimento da Corte de origem no sentido de que a condenação da Fazenda ao pagamento de multa diária é medida inócua. Com efeito, não se desconhece que cabe ao Estado responsabilizar civil, penal e/ou administrativamente o agente público que deixa de cumprir obrigação proveniente de determinação judicial. Recurso especial provido, para condenar o Estado do Rio Grande do Sul a fornecer atendimento hospitalar ao autor e realizar cirurgia para extração de pedras no seu rim esquerdo, sob pena de imposição da multa diária de R\$ 100,00 (cem reais). (STJ - REsp 738511 - RS - 2ª T. - Rel. Min. Franciulli Netto - DJU 21.03.2006, p. 117)

5.3.2 Bloqueio de contas públicas do estado

Recentemente a jurisprudência deu mais um passo adiante para a real efetivação de decisões judiciais que determinam que o Estado cumpra determinadas obrigações na área de saúde.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no julgamento do Agravo de instrumento nº 70009537564, indeferiu, liminarmente, o pleito do Estado do Rio Grande Sul, que contestava a decisão proferida por juiz de primeira instância que determinava o bloqueio de verbas públicas e saques diretos em contas com objetivo de tornar eficaz a decisão proferida no sentido de obrigar o Estado a fornecer medicamentos indispensáveis à vida do postulante.

Em razão do não cumprimento da decisão por parte do Estado do Rio Grande do Sul, após o insucesso na fixação multa diária como meio de compelir o Estado a acatar a decisão, o Tribunal, no voto do Relator Desembargador Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, proferiu decisão no sentido de bloquear verbas públicas até o cumprimento da decisão.

Em seu fundamento decisório, assentou o ousado julgado²¹⁶:

O Poder Público Estadual e Municipal tem tentado, sistematicamente, esquivar-se da obrigação de fornecer medicamentos às pessoas necessitadas. A demora no fornecimento desses medicamentos, que se liga diretamente aos direitos fundamentais à vida e à saúde, pode ensejar a ocorrência de danos irreparáveis ao autor da demanda judicial.

E concluiu o *decisor*²¹⁷:

Outra alternativa é a medida adotada pelo juízo *a quo*, de saques diretos das contas bancárias do Estado dos valores necessários à aquisição dos medicamentos e serviços, que se sustenta pela extraordinária relevância dos bens jurídicos constitucionalmente tutelados (vida e saúde)

Frisa-se, por fim, que a medida determinada pelo juízo *a quo*, acaba mostrando-se mais adequada que a própria fixação da multa, pois, além de alcançar de imediato o seu objetivo, tem sua finalidade atingida de maneira menos onerosa ao próprio Estado que acaba por despender tão somente do numerário necessário para o cumprimento da medida pretendida.

A matéria chegou ao Superior Tribunal de Justiça²¹⁸, onde ficou assentado que a vida e a saúde são direitos subjetivos inalienáveis, constitucionalmente consagrados, cujo primado, em um Estado Democrático de Direito, que reserva especial proteção à dignidade da pessoa humana, há de superar quaisquer espécies de restrições legais.

Provocado a se manifestar sobre a possibilidade de bloqueios de contas públicas com o objetivo de forçar o cumprimento da decisão, o Superior Tribunal de Justiça, neste caso no voto do ministro Luiz Fux, assentou o entendimento de que o rol parágrafo 5º do artigo 461 do Código de Processo Civil é exemplificativo, podendo o magistrado fazer uso de outros meios para compelir o réu ao cumprimento da obrigação.

No fundamento de seu voto pode se extrair a seguinte passagem²¹⁹:

[...] da leitura do próprio parágrafo 5º do artigo 461, que o legislador, ao possibilitar ao juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas assecuratórias como a “imposição de multa por tempo de atraso, busca e

²¹⁶ Vide TJRS, AI n°70009537564, 2004.

²¹⁷ *idem*

²¹⁸ Vide REsp 787101/RS, 2005

²¹⁹ Vide REsp 787101/RS, 2005

apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com a requisição de fora policial”, não o fez de forma taxativa, mas sim de exemplificativa, pelo que, *in casu*, o seqüestro ou bloqueio de verba necessária à aquisição dos medicamentos objeto da tutela deferida, medida excepcional adotada em face da urgência e imprescindibilidade da prestação dos mesmos, releva-se medida legítima, válida e razoável.

Neste ponto, o argumento utilizado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça procede, encerrando o comando normativo do parágrafo 5º do artigo 461 do Código de Processo Civil rol meramente taxativo. Isso porque a referida norma confere ao magistrado poderes para imposição de outros meios coercitivos, destinados a acompanhar a ordem judicial dirigida ao réu, para que ele cumpra o “fazer” ou o “não fazer”.

Assim, no que toca respeito à possibilidade de bloqueio de verbas, sob o argumento de que o rol do art. 461, parágrafo 5º, do Código de Processo Civil não é taxativo, tem-se que o mesmo é válido, sendo, inclusive, coincidente com o posicionamento majoritário da doutrina a esse respeito.

O verdadeiro problema a ser enfrentado é outro! Pode haver bloqueio de contas públicas? Não haveria violação ao artigo 100 da Constituição Federal?

Enuncia o art. 100 do texto constitucional que “à exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim”.

A grande pergunta é: o bloqueio de verbas públicas não estaria a violar o princípio da impenhorabilidade dos bens públicos? Em razão deste princípio as condenações judiciais do Estado não deveriam ser feitas nos termos do artigo 100 da Constituição Federal? Não, uma vez que há, no caso concreto, o não cumprimento de outra norma constitucional, tornando-se cogente fazer uso do mecanismo de bloqueio de verbas públicas para ver efetivado o direito constitucional à saúde.

Assim, a inadimplência do Estado em cumprir a decisão judicial força o juiz a optar pelo seguro caminho do bloqueio de verbas públicas, instaurando-se uma colisão de normas constitucionais, em que de um lado tem-se a regra do art. 100 da Constituição Federal e de outro, a efetivação do direito à saúde (artigo 196 da CF), muitas vezes potencializado pelo princípio da dignidade da pessoa humana (art. 3º, inciso III da CF).

Nesse cabo de força, e fazendo uso das técnicas de resolução de colisões de normas (uma regra com vários princípios), tem-se por válida a preponderância da efetivação do direito à saúde, em detrimento, no caso concreto, da observância à sistemática dos precatórios.

Foi exatamente neste sentido a decisão do Egrégio Superior Tribunal de Justiça²²⁰, onde ficou assentado que “é lícito ao magistrado determinar o bloqueio de valores em contas públicas para garantir o custeio de tratamento médico indispensável, como meio de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à saúde. Nessas situações, a norma contida no art. 461, p. 5, do Código de Processo Civil deve ser interpretada de acordo com esses princípios e normas constitucionais, sendo permitida, inclusive, a mitigação da impenhorabilidade dos bens públicos”

Após este precedente, diversas outras decisões neste mesmo sentido foram tomadas pelo referido tribunal.

A questão também já foi analisada pelo Supremo Tribunal Federal, no bojo do Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 59718 2/RS, distribuído à relatoria do Ministro Cezar Peluso, o qual em seu voto, que foi acompanhado pela unanimidade da Segunda Turma do referido Pretório, ficou assentado que “estar-se diante de bloqueio de verbas como meio coercitivo para que a determinação judicial de fornecimento de medicamentos a quem deles necessita para sobreviver, seja efetivamente cumprida ou que se obtenha resultado prático equivalente, pois o bem

²²⁰ Vide AgRg no REsp 795921/RS, 2005.

juridicamente tutelado é a saúde, a medida que visa salvaguardar o direito protegido pelo artigo 196 da Constituição Federal e a demora pode resultar na inutilidade do provimento judicial, de modo que não vislumbro a similitude como pretende fazer crer a parte agravante”.

5.3.3 A questão da compensação tributária como forma de efetivar decisão judicial

O direito à saúde não vê cara, não vê a espécie da doença. Assim, imagine uma situação em que determinado indivíduo possui uma doença rara, razão pela qual o Poder Público não dispõe dos meios adequados para o tratamento da mesma.

Por outro lado, a iniciativa privada, muitas vezes, bem mais equipada do que o poder público, possui aparelhamentos e materiais próprios e aptos ao tratamento da referida enfermidade, porém, seguindo a lei do mercado, aquilo que é incomum é caro e o pobre cidadão não dispõe de meios para custear o tratamento.

E agora? O fato de o Estado não dispor daquele tratamento significa impedir a efetivação do direito à saúde? Frente a este problema surgem novas técnicas para a concretização do referido direito, tais como a compensação tributária e o tratamento à custa do Estado, etc.

Primeiramente, pergunta-se: a iniciativa privada é obrigada a realizar tratamentos gratuitos? Pode o magistrado determinar que um hospital particular faça um tratamento sem qualquer contrapartida econômica? Para responder estas questões é importante saber por quem e como a saúde pode ser explorada.

O art. 199 da Constituição Federal prescreve que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

Sendo realizada pela iniciativa privada, pode a mesma exercê-la com fins lucrativos ou sem fins lucrativos. Neste último caso, geralmente o faz por meio de

Organizações Sociais – OS²²¹ – ou por meio de Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP.²²²

Ocorre que, a iniciativa privada também pode exercer a assistência à saúde com objetivos empresariais, buscando o lucro. E a própria Constituição Federal garante isso ao empresário como um de seus direitos fundamentais. É o que enuncia em seu art. 5º, inc. XIII, que dispõe que “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

Assim, como todo trabalho, o funcionamento de um hospital pode ser uma atividade em que se busca o lucro, sendo, por isso, que nem todos os cidadãos terão acesso aos serviços ofertados pelo mesmo.

Nesse contexto como fica o direito fundamental à saúde se apenas certos hospitais privados possuem alguns tratamentos que podem significar a continuidade da vida de uma pessoa? Por outro lado, como compatibilizar esse direito à saúde com o princípio constitucional que garante ao empresário explorar economicamente a assistência à saúde?

Uma das formas que os magistrados têm encontrado para efetivar o direito à saúde é no sentido de proferir decisões liminares determinando que a iniciativa privada realize o tratamento e compense o valor do mesmo com impostos.

No caso, mais uma vez, existe o obstáculo do Código Tributário Nacional, que traz rígidas regras a respeito da compensação tributária. Enuncia o referido diploma legal, especialmente em seu art. 170, o seguinte:

Art. 170. A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a

²²¹ A constituição e os objetivos estão previstos na Lei 9.637/1998.

²²² Podem se qualificar como sociedades civis de interesse público as pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, desde que seus objetivos sociais e normas estatutárias atendam aos requisitos exigidos pela lei 9.790/1999. Entre os entes autorizados a obter a qualificação de sociedade civil de interesse público estão aqueles que se dedicam à promoção da assistência social, da cultura, prestam serviços gratuitos de educação e saúde e se dedicam à defesa dos direitos estabelecidos, à construção de novos direitos e à assessoria jurídica de interesse suplementar, à difusão de valores como a ética a paz, a cidadania, os direitos humanos, a democracia e de outros valores universais.

compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública.

Nota-se que a compensação depende de lei que a autorize para tanto. Nesse sentido é o escólio de Hugo de Brito Machado:²²³

A compensação é como que um encontro de contas. Se o obrigado ao pagamento do tributo é credor da Fazenda Pública, poderá ocorrer uma compensação para que seja extinta sua obrigação, isto é, o crédito tributário.

O Código tributário Nacional não estabelece a compensação como forma de extinção do crédito tributário. Apenas diz que a lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencido ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública. Sendo vincendo o crédito do sujeito passivo, a lei determinará, para efeito de compensação, que se apure o montante do crédito, não podendo determinar redução superior ao juro de 1% ao mês pelo tempo a decorrer entre a data da compensação e a do vencimento.

É importante esclarecer que a lei não pode deixar a cargo da autoridade administrativa o estabelecimento de condições e a exigência de garantias para cada contribuinte que pretenda utilizar a compensação. A expressão em cada caso, contida no art. 170 do Código Tributário Nacional, há de ser entendida em termos, em harmonia com os princípios jurídicos da tributação e com a natureza da atividade de administração e cobrança dos tributos. Pode a lei fixar desde logo as condições para a compensação dos créditos tributários em geral. De modo permanente. Ou então autorizar a compensação apenas no concernente a determinado tributo, ou apenas durante certo prazo, em situações específicas. A expressão em cada caso refere-se à hipótese em que se trata de uma compensação permitida em caráter geral e permanente. Seja como for, é inadmissível que se deixe a critério da autoridade admitir, ou não, a compensação, sem que a lei fixe os critérios à luz dos quais se há de reconhecer o direito à compensação. Isto seria atribuir à autoridade administrativa um poder discricionário, o que é intolerável em face do próprio conceito do tributo, expressamente consagrado pelo art. 3º do Código Tributário Nacional.

Porém, aqui mais uma vez prevalece o direito à saúde a autorizar uma conduta normalmente anômala no sentido de autorizar a compensação sem que haja lei autorizativa para tanto, bastando apenas a decisão judicial.

Como explica o mesmo Gouvêa²²⁴,

"Não seria inviável - tendo em vista a essencialidade da prestação em tela [o direito à saúde], repita-se à exaustão - que o juiz autorizasse uma farmácia a fornecer determinado medicamento, deferindo-se a

²²³ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 22ª. Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 182.

²²⁴ Trecho retirado da decisão do magistrado George Marmelstein Lima, Juiz Federal Substituto da 4ª Vara, respondendo pela 3ª Vara da Justiça Federal do Ceará, nos autos da Ação Civil Pública n.º 2003.81.00.009206-7. Decisão obtida no site: http://www.ajufe.org.br/003/00301009.asp?ttCD_CHAVE=25560, acesso em 07 de janeiro de 2008.

compensação desta despesa com o ICMS ou outro tributo. Compensações tributárias normalmente exigem lei autorizativa, mas a excepcionalidade da prestação justificaria tal aval do Judiciário. Possivelmente os tribunais superiores não reformariam uma decisão nesta trilha, diante do tanto que já permitiram em sede do direito à medicação" (GOUVÉA, Marcos Masseli. O Direito ao Fornecimento Estatal de Medicamentos. Rio de Janeiro: Slaib Filho. [on-line] Disponível na Internet via WWW. URL: http://www.nagib.net/texto/varied_16.doc - Consultado em 10.9.2002).

O referido juiz, no bojo de sua fundamentação, argumenta que, por exemplo, o magistrado pode determinar que um hospital particular execute um determinado tratamento cirúrgico em um paciente coberto pelo SUS, autorizando que o hospital faça a compensação dos gastos efetuados na operação com tributos de responsabilidade do ente demandado²²⁵.

Relembre-se que a Emenda Constitucional 29/2000 permitiu a destinação de receitas de impostos para as ações e serviços públicos de saúde (art. 167, inc. IV, da CF/88). A autorização judicial para que particulares substituam a função do Estado na concretização de direitos fundamentais, mediante a compensação fiscal dos custos efetuados pelo particular, é uma solução criativa, mas que pode ser bastante útil para contornar os limites impostos pela reserva do possível. Nesse ponto, será preciso uma atuação eficaz do Ministério Público Federal, dos Tribunais de Contas e do Fisco a fim de evitar eventuais abusos que os hospitais particulares possam vir a cometer.

Concluindo sua decisão, o referido magistrado sentencia que²²⁶:

b) na hipótese de inexistência de verba orçamentária do SUS ou de embaraços por parte das autoridades públicas para providenciar o pagamento na forma do item "a", fica autorizado aos referidos hospitais efetuar a compensação fiscal dos gastos efetuados no custeio dos tratamentos com tributos federais, estaduais ou municipais. Determino ainda que os Órgãos de controle interno e externo (Tribunal de Contas, Ministério Público, Fazendas Públicas, Ministérios Federais, Secretarias Estaduais e Municipais etc) façam o devido controle dos gastos efetuados, a fim de evitar enriquecimento ilícito por parte dos hospitais particulares

²²⁵ Decisão do magistrado George Marmelstein Lima, Juiz Federal Substituto da 4ª Vara, respondendo pela 3ª Vara da Justiça Federal do Ceará, nos autos da Ação Civil Pública n.º 2003.81.00.009206-7. Decisão obtida no site: http://www.ajufe.org.br/003/00301009.asp?ttCD_CHAVE=25560, acesso em 07 de janeiro de 2008.

²²⁶ Idem.

5.3.4 A contratação de emergência em razão de decisão liminar

A liminar é uma decisão em que o magistrado, constatando o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, ora antecipa os efeitos da tutela pretendida, ora antecipa a própria tutela, consubstanciada na questão de mérito da demanda.

A liminar, como tutela de urgência, requer seu cumprimento rápido e eficaz, sob pena de poder acarretar o perecimento do direito do jurisdicionado. Em questão relacionada ao direito de saúde essa urgência ainda é mais evidenciada, vez que o atraso no cumprimento da decisão pode significar o agravamento da doença do jurisdicionado ou até mesmo a morte do mesmo.

Um problema que existe para a Administração Pública e que não existe para a iniciativa privada diz respeito à sistemática própria de contratação a que se submete a primeira. O Estado, em razão da indisponibilidade do interesse público, não pode contratar quem bem entender, devendo instaurar procedimento seletivo, dando oportunidade a todos os interessados de participarem, para ao final contratar com aquele que ofereça a proposta mais vantajosa. Por outras palavras: o Poder Público deve licitar previamente à contratação.

Ocorre que, um procedimento licitatório leva, no mínimo, se utilizada a modalidade convite ou pregão, aproximadamente 10 a 20 dias para sua conclusão, sem contar com o prazo que possui o contratado para entregar o objeto licitado²²⁷.

Enfim: a contratação de um medicamento, por exemplo, pela sistemática do procedimento licitatório, poderia comprometer a eficácia da medida liminar proferida pelo magistrado, frustrando o justo direito do jurisdicionado.

²²⁷ COUTINHO, Alessandro Dantas Coutinho. **Manual de Licitações e Contratos Administrativos**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Ed. Ferreira, 2007, p. 167.

Foi por motivos como este que o Legislador Constituinte deixou uma abertura para que a legislação infraconstitucional previsse casos em que a licitação poderia ser dispensada.

Observe-se a parte inicial do inc. XXI do art. 37 da Constituição Federal: **“ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”**.

A Lei nº 8.666/93 ao disciplinar o referido comando constitucional inseriu em seu art. 24 as hipóteses em que a Administração poderá contratar diretamente, sem precisar se submeter ao procedimento licitatório.

Dentre as 28 (vinte e oito) hipóteses que encerram o rol taxativo do referido artigo, importa-nos a prevista no inciso IV, cuja redação é a seguinte:

Art. 24.

[...]

IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;

O legislador trouxe neste comando legal a contratação direta por emergência. Tivemos oportunidade de escrever sobre a matéria, onde explicamos que “a emergência é uma situação que ultrapassa as rotinas administrativas e o cotidiano, exigindo providências imediatas, quando os fatos colocam em risco, comprometem

ou causam prejuízos à segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens públicos ou particulares.”²²⁸

Dentre as diversas situações factuais que podem se encaixar no âmbito semântico da palavra “emergência” parece possível enquadrar aqui a contratação de medicamentos em razão de ordem judicial.

Há inclusive alguns julgamentos nesse sentido²²⁹, como, por exemplo, a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no bojo do Recurso Especial 480.387/SP, em que ficou assentado o seguinte:

AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ DO ADMINISTRADOR PÚBLICO.

1. A Lei 8.429/92 da Ação de Improbidade Administrativa, que explicitou o cânone do art. 37, § 4º da Constituição Federal, teve como escopo impor sanções aos agentes públicos incursos em atos de improbidade nos casos em que: a) importem em enriquecimento ilícito (art.9º); b) que causem prejuízo ao erário público (art. 10); c) que atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11), aqui também compreendida a lesão à moralidade administrativa.
2. Destarte, para que ocorra o ato de improbidade disciplinado pela referida norma, é mister o alcance de um dos bens jurídicos acima referidos e tutelados pela norma especial.
3. No caso específico do art. 11, é necessária cautela na exegese das regras nele insertas, porquanto sua amplitude constitui risco para o intérprete induzindo-o a acoimar de ímprobos condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público e preservada a moralidade administrativa.
4. *In casu*, evidencia-se que os atos praticados pelos agentes públicos, consubstanciados na alienação de remédios ao Município vizinho em estado de calamidade, sem prévia autorização legal, descaracterizam a improbidade *strictu sensu*, uma vez que ausentes o enriquecimento ilícito dos agentes municipais e a lesividade ao erário. A conduta fática não configura a improbidade.
5. É que comprovou-se nos autos que os recorrentes, agentes políticos da Prefeitura de Diadema, agiram de boa-fé na tentativa de ajudar o município vizinho de Avanhadava a solucionar um problema iminente de saúde pública gerado por contaminação na merenda escolar, que culminou no surto epidêmico de diarreia na população carente e que o estado de calamidade pública dispensa a prática de formalidades licitatórias que venha a colocar em risco a vida, a integridade das pessoas, bens e serviços, ante o retardamento da prestação necessária.
6. É cediço que a má-fé é premissa do ato ilegal e ímprobo. Consectariamente, a ilegalidade só adquire o *status* de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-fé do administrador. A improbidade administrativa, mais que um ato ilegal, deve traduzir,

²²⁸ COUTINHO, Alessandro Dantas Coutinho. **Manual de Licitações e Contratos Administrativos**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Ed. Ferreira, 2007, p. 123.

²²⁹ Diversos pretórios pátrios têm caminhado no mesmo sentido.

necessariamente, a falta de boa-fé, a desonestidade, o que não restou comprovado nos autos pelas informações disponíveis no acórdão recorrido, calcadas, inclusive, nas conclusões da Comissão de Inquérito.

7. É de sabença que a alienação da *res publica* reclama, em regra, licitação, à luz do sistema de imposições legais que condicionam e delimitam a atuação daqueles que lidam com o patrimônio e com o interesse públicos. Todavia, o art. 17, I, "b", da lei 8.666/93 dispensa a licitação para a alienação de bens da Administração Pública, quando exsurge o interesse público e desde que haja valoração da oportunidade e conveniência, conceitos estes inerentes ao mérito administrativo, insindicável, portanto, pelo Judiciário.

8. *In casu*, raciocínio diverso esbarraria no art. 196 da Constituição Federal, que assim dispõe: "*A saúde é considerada dever do Estado, o qual deverá garanti-la através do desenvolvimento de políticas sociais e econômicas ou pelo acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.*", dispositivo que recebeu como influxo os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da promoção do bem comum e erradicação de desigualdades e do direito à vida (art. 5º, *caput*), cânones que remontam às mais antigas Declarações Universais dos Direitos do Homem.

9. A atuação do Ministério Público, *pro populo*, nas ações difusas, justificam, ao ângulo da lógica jurídica, sua dispensa em suportar os ônus sucumbenciais, acaso inacolhida a ação civil pública.

10. Consectariamente, o Ministério Público não deve ser condenado ao pagamento de honorários advocatícios e despesas processuais, salvo se comprovada má-fé.

11. Recursos especiais providos.

No mesmo sentido tem se manifestado o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 271.286-8 RS, cuja relatoria coube ao Ministro Celso Mello:

Por derradeiro, a licitação não se faz necessária para a aquisição de 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.

Agora, ao contrário da contratação precedida de processo licitatório, a autoridade que promover a contratação deverá observar as regras previstas no parágrafo único do artigo 26 da Lei 8.666/92, que determina que seja justificado o preço, a escolha do fornecedor, bem como a situação emergencial, sendo certo de que, conforme o § 2º, do artigo 25, em caso de superfaturamento respondem solidariamente o fornecedor e o agente público responsável, sem prejuízo das sanções penais cabíveis.

Essa contratação será objeto de análise pelo Tribunal de Contas, que poderá inclusive aplicar multa aos responsáveis, que, nos termos do § 3º do art. 71 da Constituição Federal, possui eficácia de título executivo.

Assim, o fato de ser uma contratação por emergência, mesmo que decorrente de cumprimento de ordem judicial, não justifica o superfaturamento, devendo, sob as penas da lei, contratar, no mínimo, pelo preço do mercado.

Superfaturado ou não, a contratação por emergência só pode ser feita se presentes seus pressupostos caracterizadores. Isso porque, mesmo na área de saúde, é possível existência da chamada “emergência criada ou fabricada”.

Sobre o tema, cai como um a luva a magistral lição de Marçal Justen Filho.²³⁰

A questão apresenta relevância especialmente no tocante à comumente denominada “emergência fabricada”, em que a Administração deixa de tomar tempestivamente as providências necessárias à realização da Licitação previsível. Assim, atinge-se o termo final de um contrato, sem que a licitação necessária à nova contratação tivesse sido realizada. Isso coloca a Administração diante do dilema de fazer licitação (e cessar o atendimento a necessidades impostergáveis) ou realizar a contratação direta (sob invocação da emergência). O que é necessário é verificar se a urgência existe efetivamente e, ademais, se a contratação é a melhor possível nas circunstâncias. Deverá fazer-se a contratação pelo menor prazo e com o objeto mais limitado possível, visando a afastar o risco de dano irreparável. Simultaneamente, deverá desencadear-se a licitação indispensável. Ou seja, a desídia administrativa não poderá redundar na concretização de danos irreparáveis ao interesse público, mas se resolverá por outra via.

A contratação de um medicamento incomum para uma doença incomum encaixa-se ao conceito de contratação direta por emergência. Não se pode dizer o mesmo quando se tratar da contratação direta por emergência para um medicamento ou equipamentos comuns, usuais, que os hospitais públicos, necessariamente, devem possuir, tais como: seringas, soro, insulina, remédio para dor de cabeça, asma, etc.

Neste caso, o que estaria configurado seria uma verdadeira desídia administrativa, e não uma emergência legítima. Nesses casos, autorizada está a séria intervenção do Tribunal de Contas, como de fato vem ocorrendo²³¹.

²³⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11ª ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 564.

²³¹ A título de elucidação, veja-se os seguintes julgados [...] só deve realizar aquisições com dispensa de licitação, fundada no inciso IV do art. 24 da Lei 8.666/93, quando devidamente caracterizada a situação de emergência ou de calamidade pública, desde que a situação não se tenha originado, total ou parcialmente, da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos disponíveis e desde que esteja comprovado que a imediata contratação é o meio adequado, efetivo e eficiente de afastar o risco iminente detectado. (TCU, Processo nº. 015.764/95-8. Decisão nº. 811/1996 – Plenário)

[...] para a regularidade da contratação por emergência é necessário que o fato não decorra de falta de planejamento, deve existir urgência concreta e efetiva de atendimento, exista risco concreto e provável e a contratação seja o meio adequado de afastar o risco.

(TCU. Processo nº. 014.243/93-8. Decisão nº. 374/19 94 – Plenário)

[...] a Administração deve abster-se de realizar contratação com dispensa de licitação, sob a alegação de emergência, quando decorre de falta de planejamento adequado.

(TCU. Processo nº. 525.166/95-1. Decisão nº. 530/19 96 – Plenário)

[...] a simples ausência de planejamento, ou o planejamento inadequado as ações a serem executadas, não permite ao administrador invocar, posteriormente e sob a alegação de situação emergencial, a dispensa de licitação.

(TCU. Processo nº. 524.053/1991-0. Acórdão nº. 287/ 2000 – Plenário)

CONCLUSÃO

Com o advento do Estado Social houve uma grande mudança de paradigma passando o Estado a ser titular do dever de efetivar determinadas prestações, por isso é que por alguns essa fase é conhecida também como estado prestacional.

Dentre os direitos sociais que devem ser implementados pelo Estado, destaca-se a efetivação de providências na área de saúde, seja de uma forma generalizada seja individualizada.

É cediço que os direitos fundamentais são normas de aplicação imediata, não dependendo de intermediação legislativa. Discute-se na doutrina se os direitos sociais são direitos fundamentais, podendo, assim, ser exigidos imediatamente.

Há entendimentos em diversos segmentos, especialmente no sentido de que com a mutação do Estado em Estado democrático, houve uma mudança no papel do Poder Judiciário que tem dentre as suas funções a efetivação dos direitos sociais.

Ocorre que a efetivação de direitos sociais envolve prestações a cargo do Estado, as quais requerem para sua efetivação o gasto de verbas públicas. O fato é que o orçamento é limitado e as pretensões são ilimitadas. Assim, tendo em vista a escassez de recursos para custear a implementação bem sucedida de todos os programas no sentido de máxima efetivação dos direitos sociais, ocorre por parte do Legislador, em um primeiro plano, as escolhas das áreas que serão prioritárias.

São escolhas muitas vezes trágicas, vez que em tempos de escassez de recursos não há como implementar políticas públicas sociais que atendam com excelências todos os setores da sociedade, especialmente em países como o Brasil, em que há uma grande margem de pobreza, desproporcional distribuição de riquezas.

Não é por outra razão que os entes públicos, em suas defesas nos processos contra si propostos (ação civil pública, mandados de segurança, etc.) têm sempre levantado em suas defesas a insuficiência ou até mesma ausência de recursos para

o acolhimento do pedido deduzido em juízo, muitas vezes o fornecimento de medicamentos, tratamentos, etc.

Apesar de que pelo argumento do princípio democrático ser de competência do Poder Legislativo e Executivo a alocação de recursos, as escolhas em que área irão priorizar, a verdade é que existe um núcleo essencial dos direitos sociais que deve sere necessariamente provido pelo Estado, trata-se do mínimo existencial, cuja ausência acarreta frontal e fatal violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento deveras importante da República Federativa do Brasil.

Assim, tais direitos sociais mínimos passam a ser tocados pela fundamentalidade, podendo ser exigidos do Estado via Poder Judiciário, o qual deve rever seu papel para se atualizar a esta sociedade ramificada e de diversas dessemelhanças, devendo efetivar, pelo menos, estas prestações mínimas, mesmo que para tanto tenha que ingerir e mudar decisões dos Poderes Legislativos e Executivo.

Assim, entendemos que poderá o Judiciário, em casos de insuficiência ou falta de recursos orçamentários, rever as escolhas feitas pelo legislador quanto às despesas orçamentárias e, verificando o investimento de áreas não tão nobres quanto à saúde, como, por exemplo, publicidade governamental, determinar a realocação de recursos e até mesmo a alocação de valores mais significantes em exercício futuro.

É por isso, e em nome do princípio da supremacia da Constituição, é que deve ser revisto e atualizado o princípio da separação dos poderes, cabendo ao Judiciário o cumprimento do na norma fruto do mais legítimo processo democrático: a Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

ALCÂNTARA, Fábio Bonomo de. **Tutela de Urgência Ambiental na Ação Civil Pública**. Ed. Mizuno. São Paulo.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto G. Valdet. Madri: Centro de estudios Constitucionales, 2002.

_____. **Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais**. Palestra proferida na Fundação Ruy Barbosa. Rio de Janeiro, 10 dez. 1988.

_____. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora, 2007.

ALMEIDA, Liliane do Espírito Santo Roriz de. **Conflito entre normas constitucionais**. Rio de Janeiro: América jurídica, 2001.

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

ANDRADE, José Carlos Viera de. **Os direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2ª ed.- Coimbra: Almedina, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 5ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 335p.

_____. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10ª. ed. Trad. Maria Celeste C.J. Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.184 p.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7ª ed. 2 tiragem. Editora Malheiros, 2004. São Paulo

BRASIL. **Código de processual civil**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRASIL, **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL, **Código Tributário Nacional**. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL, **Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964**, Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 04 mai. 1964. retificada em 09 mai. 1964.

BRASIL, **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 20 set. 1990. Seção 1.

BRASIL, **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 22 jun. 1993.

BRASIL, **Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 mai. 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 183**. Procurador-Geral da República e Assembléia Legislativa do Estado do Mato Grosso.

Relator: Sepúlveda Pertence. 07 ago. 1997. Publicado no Diário de Justiça 31 out. 1997, p. 55.540.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271286/RS**. Município de Porlo Alegre e Diná Rosa Vieira. Relator: Celso de Mello. Brasília. 12 set. 2000. Publicado no Diário de Justiça em 24 nov. 2000, p. 101.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45**. 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). Relator: Celso de Mello. 29 de abr. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 486816/RJ**. Estado do Rio de Janeiro e Defensoria Pública da União. Relator: Carlos Velloso. 12 abr. 2005. Publicado no Diário de Justiça em 06 mai. 2005, p. 28.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 24831/DF**. Pedro Jorge Simon e outro(A/S) e Presidente do Senado Federal. Relator: Celso de Mello. 22 jun. 2006. Publicado no Diário de Justiça em 04 ago. 2006, p. 26.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 597182/RS**. Estado do Rio Grande do Sul e Elvira Alves. Relator: Cezar Peluso. 10 out. 2006. Publicado no Diário de Justiça em 06 nov. 2006, p. 1384.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 285137/MA**. Estado do Maranhão e Ministério Público Federal. Relator: Celso de Mello. Brasília. 12 dez. 2006. Publicado no Diário de Justiça em 02 jan. 2007, p. 139.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 11183/PR**. Carmem Lucia Fernandes Miguel e Estado do Paraná. Relator: José Delgado. Brasília, 22 ago. 2000. Publicado no Diário de Justiça em 04 set. 2000, p. 121.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 787101/RS**. Estado do Rio Grande do Sul e Eunice Rosa Tatsch Savian. Relator: Castro Meira. Brasília, 17 nov. 2005. Publicado no Diário de Justiça em 28 nov. 2005.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 735511/RS**. Adão Rubsmar Mello e Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Franciulli Netto. Brasília, 06 set. 2005. Publicado no Diário de Justiça em 21 mar. 2006, p. 117.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 817710/RS**. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e Município de Agudo. Relator: Luiz Fux. Brasília. 17 mai. 2007. Publicado no Diário de Justiça em 31 mai. 2007, p. 364.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 795921/RS**. Estado do Rio Grande do Sul e Fábio Paris. Relator: João Otávio de Noronha. Brasília, 14 mar. 2006. Publicado no Diário de Justiça em 06 mai. 2006, p. 189.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 828140/MT**. Estado de Mato Grosso e Maria Euzébia do Nascimento. Relator: Denize Arruda. Brasília. 20 mar. 2007. Publicado no Diário de Justiça em 26 abr. 2007, p. 235.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Denúncia nº 015.764/95-8**. Decisão nº 811/1996 – Plenário. Luiz Fernando Nicolau e Secretaria de Estado da Educação do Amazonas. Relator: Paulo Affonso Martins de Oliveira. Brasília, DF. 04 dez. 1996. Publicado no Diário Oficial da União em 16 jan. 1997, p. 888.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Representação nº 014.243/93-8. Decisão nº 374/1994 – Plenário**. Laboratório Universal - Pesquisas e Análises Clínicas LTDA e Secretaria de Administração Geral do Ministério da Indústria, do Comércio e do

Turismo - SAG/MICT. Relator: José Antonio Barreto de Macedo. Brasília, DF. 08 jun. 1994. Publicado no Diário Oficial da União em 29 jun. 1994, p. 9600.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Relatório de Auditoria nº 525.166/95-1. Decisão nº 530/1996** – Plenário. Augusto Falcão Lopes e Tribunal Regional Eleitoral do Piauí. Relator: Humberto Guimarães Souto. Brasília, DF. 21 ago. 1996. Publicado no Diário Oficial da União em 09 set. 1996, p. 17796.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Tomada de Contas Especial nº 524.053/1991-0. Acórdão nº 287/2000 – Plenário.** Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social - INAMPS no Mato Grosso do Sul e Prolabor – Comércio de Produtos Hospitalares LTDA e outros. Relator: Adhemar Ghisi. Brasília, DF. 22 nov. 2000. Publicado no Diário Oficial da União em 12 dez. 2000.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Espírito Santo. **Remessa Ex-officio nº 011.05.000597-1.** Estado do Espírito Santo e Neuza Maria Tozi Silvia. Relator: Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon. Vitória, ES, 05 dez. 2006. Publicado no Diário de Justiça em 24 jan. 2007.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Mandado de Segurança nº 1.0000.05.421889-6**

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de instrumento nº 70009537564.** Estado do Rio Grande do Sul e Elvira Alves. Relator: Paulo de Tarso Vieira Sanseverino. Porto Alegre, 18 ago. 2004. Publicado no Diário de Justiça em 18 ago. 2004.

COUTINHO, Alessandro Dantas. **Manual de licitações e contratos administrativos.** 2ª. ed. Rio de Janeiro: Ferreira, 2007.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **Vigilância sanitária, direito e cidadania.** Cadernos de Textos Conferência Nacional de Vigilância Sanitária, Brasília, 2001.

DIAS, Jean Carlos. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Método, 2007.

DIDIER JR. Fredie, **Curso De Direito Processual Civil**. vol.2. Ed. Bahia: Podvim, 2007

DIMOULIS, Dimitri.; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, vol IV. São Paulo: Malheiros, 2004.

ESTEVES, João Luiz M. **Direitos fundamentais sociais no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Método, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1995.

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

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **Controle Jurisdicional de Políticas Públicas pelo Poder Judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GALDINO, Flávio **O custos dos Direitos**. (capítulo do livro Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Renovar, 2006, Rio de janeiro.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GREGO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. v.3, 17^a ed. Saraiva. São Paulo, 2005.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia – Entre a faticidade e validade**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1 e 2.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HORTA, Raul Machado. **Constituição e Direitos Individuais**. Direito Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

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

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Disponível em <<http://www.ibge.com.br>>. Acesso em 27 e janeiro de 2007.

JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Direito Constitucional**. Teoria da Constituição. Rio de Janeiro. 2007. Editora Forense

LEAL, Rogério Gesta. **A efetivação do direito à saúde por uma jurisdição-serafim**: limites e possibilidades. A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Belo Horizonte, ano 6, n. 25. p. 25-40, jul/set. de 2006.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.

_____. **O Estado-Juiz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de La Constitución**, Editorial Ariel, Barcelona, Caracas, México.

LUNO, Antônio Enrique Perez. **Las generaciones de derechos humanos**. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, n. 10, set./dez. 1991.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 22. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Tendências na execução das sentenças**. In: Temas de direito processual, quarta série. São Paulo. Saraiva.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **O princípio da prioridade absoluta aos direitos da criança e do adolescente e a discricionariedade administrativa**. RT.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

PECES-BARBA Martinez Gregório. **Curso de derechos fundamentales**: teoria general. Colecion de La universidad Carlos III de Madrid y Boletin Oficial Del Estado. Madrid. 1999

PEDRA, Anderson Sant'Ana. **O controle da proporcionalidade dos atos legislativos**. Hermenêutica constitucional como argumento. Belo Horizonte: DelRey, 2006.

PEREIRA DA SILVIA, Vasco Manoel Pascoal Dias. **Em busca do acto administrativo perdido**. Almedina. 2003

_____ **Estruturas da Sociedade**: Liberdade e Solidariedade, in: Gaudium ET Spes, Rei dos Livros, Lisboa, 1988.

PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **O Princípio do Devido Processo Legal Substantivo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PÉREZ LUÑO, Antônio Enrique. **Derechos Humanos, Estado de derecho y constitución**. Editorial Tecnos, 2005, Madrid, 9 ed

QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos Fundamentais: Teoria Geral**. Coimbra Editora, 2002.

RIVERO, Jean. **Droit Administratif**. 13. Ed. Dalloz, Paris, 1990.

ROCHA, Sílvio Luiz Ferreira da. **Terceiro Setor**. Coleção temas de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2003.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Execução Civil**, 2ª ed. Rio Janeiro: Forense Universitária. 2007.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. **Fundamentos do Derecho Administrativo**. Volume 1, Ed. 1. Editorial Centro de Estudios Ramon Areces, Madrid, 1990.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora, 2007,

_____ **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988**. Interesse Público. Sapucaia do Sul, n. 12, p. 91-107, out./dez. 2001.

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

SCAFF, Fernando Facury. **Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos**. Revista Interesse Público. ano 07, nº. 32. julho/agosto de 2005. Porto Alegre: Notadez.

SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVIA E NETO, Manoel Jorge. **Curso de Direito Constitucional**. atual. até a EC nº. 52/2006. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

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

_____ **O Papel da Jurisdição Constitucional na realização dos Direitos sociais fundamentais**. (Capítulo do livro Jurisdição e Direitos Fundamentais. Organizador: Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2006.

TALAMINE, Eduardo, In: **Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer**, Ed. RT.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

THEODORO Jr. Humberto Theodoro. **Processo Cautelar**. Ec. Leud, 22ª edição. São Paulo. 2005

TORRES, Silvia Faber. **Direitos Prestacionais, reserva do possível e ponderação**: breves considerações e críticas. (capítulo do livro Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário, volume V**: O Orçamento na Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 2 ed. 2000.

_____ **A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial** (direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado/organizador Ingo Wolfgang Sarlet), Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

Transparency Internacional. Disponível em:

<http://www.ifb.com.br/arquivos/%C3%8Dndice%20de%20Percep%C3%A7%C3%A3o%20de%20Corrup%C3%A7%C3%A3o_2005a.pdf> . Acessado em 29 de janeiro de 2007.

WATANABE, Kazuo. **O acesso à justiça e a sociedade moderna**, in GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; e WATANABE, Kazuo (Coor.). Participação e processo. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1988.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Defesa dos Direitos Coletivos e Defesa Coletiva de Direitos**. In Revista de Ajufe, n. 43, out/dez 1994.

_____. **Antecipação de tutela e obrigações de fazer e de não fazer**. Revista jurídica n° 237.