

INTRODUÇÃO

Tema- Esta dissertação aborda o controle judicial das políticas públicas de saúde como instrumento de segurança social no Brasil, na atualidade. Tem como objeto as fragilidades concernentes a implementação do direito à saúde, que carece de adequada efetivação, em um país como o Brasil, com dimensões continentais, onde a distribuição de competências entre os entes da federação não corresponde, por vezes, à capacidade de operacionalização das ações necessárias ao atendimento da população.

Contextualização- Diferentemente de outros países, há problemas sociais no Brasil que não estão ou são devidamente enfrentados pelo Estado, a exemplo da má, e por vezes inexistente, prestação de saúde pública, direito integrante do sistema de seguridade social e assegurado pela Constituição republicana a todos os brasileiros e estrangeiros residentes e não residentes, independentemente de qualquer contribuição específica, que está indissociavelmente atrelado ao direito à vida.

A população brasileira, em sua maioria, é descrente quanto à aplicação e efetividade das normas jurídicas, especialmente aquelas garantidoras dos direitos fundamentais sociais, de modo que não são percebidos os avanços recentemente alcançados, bem como a natureza desses avanços e sua magnitude em termos de ganhos distributivos para a sociedade.

Numa rápida análise da evolução constitucional, percebe-se que a Carta Magna de 1988, classificada como dirigente, permeada por normas programáticas, com diretrizes a serem implementadas pelo Poder Público, rompeu com o regime ditatorial que a precedeu, trazendo consigo ideais democráticos, tanto assim que foi apelidada de “Constituição Cidadã” pelo deputado Ulisses Guimarães, um de seus constituintes.

Mas não se diga que a atual Constituição ficou apenas nos ideais democráticos. Mais que isso: trouxe consigo uma série de direitos e garantias às pessoas, notadamente no campo social, exigindo deveres a serem desempenhados pelo Executivo, normas a serem editadas pelo Legislativo, além de ter possibilitado ao Poder Judiciário de, na qualidade de seu guardião nato, garantir a sua efetividade, tendo, inclusive, instituído mecanismos de controle para tal.

Acontece que, não obstante tantos avanços sentidos desde a sua promulgação, quer ao ser vivenciado um *impeachment* presidencial, quer com os noticiários de escândalos na capital federal, abertura de Comissões Parlamentares de Inquérito, dentre outras situações inimagináveis num passado bem recente, a exemplo da histórica condenação de parlamentares por corrupção em decisão do STF, muito ainda há de ser feito, sobretudo no que concerne à efetivação de políticas públicas, com vistas garantir direitos fundamentais básicos, entre eles a saúde pública.

Assim percebendo, sobreleva-se a importância em debater o papel do Judiciário neste processo, questionando-se a possibilidade da realização do controle judicial de políticas públicas na área de saúde, em face da inércia dos demais poderes na concretização adequada de tal direito, à luz da atual sistemática constitucional e diante da suposta limitação financeira estatal.

Questão Problema- Percebe-se que as omissões do poder público em garantir determinados bens da vida amparados pela Constituição geram graves prejuízos à população, comprometendo a segurança social. Diante disto e no intuito de alcançar o objetivo do presente estudo, problematiza-se: Dada a ocorrência histórica de retrocessos a direitos fundamentais sociais no Brasil, é viável o controle judicial na implementação de políticas públicas na área de saúde, em face da inércia do Executivo na concretização adequada de tal direito, à luz da atual sistemática constitucional e diante da suposta limitação financeira estatal?

Objetivos

Pressuposto- Atualmente, ainda se encontra assentado o entendimento de que o Poder Judiciário não pode interferir nas opções do Executivo na implementação de políticas públicas, sob pena de ofender a separação dos poderes. A admissão do controle desponta timidamente nos tribunais superiores, mas reconhece-se as limitações orçamentárias como um entrave à implementação de políticas de saúde, de modo que o tema carece de uma melhor apreciação, sob o pálio de uma filtragem constitucional.

Objetivo Geral- O presente trabalho possui por objetivo geral analisar a viabilidade do controle judicial na implementação de políticas públicas na área de

saúde, demonstrando que a efetivação desse direito fundamental erige-se como um instrumento do Estado para a realização da democracia social.

Objetivos específicos-

i) analisar a trajetória histórica dos direitos fundamentais sociais, notadamente o direito à saúde, demonstrando a eficácia de tais direitos e a necessidade de atuação do Poder Público para a sua necessária efetivação;

ii) examinar o princípio da vedação ao retrocesso social nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial no Brasil;

iii) avaliar os mecanismos jurídicos assecuratórios da segurança social, notadamente as ações que integram o controle concentrado de constitucionalidade e demais instrumentos, explorando os seus efeitos;

iii) abordar o controle judicial em face do Executivo na implementação de políticas públicas na área de saúde, examinando julgados dos Tribunais Superiores sobre o tema, procurando demonstrar de que maneira a abertura do processo às populações marginalizadas assenta-se como um instrumento de segurança social;

iv) criticar a postura de inércia do Executivo na implementação de políticas públicas, ao argumento de insuficiência de recursos orçamentários e financeiros, considerando o despontamento da economia nacional no cenário internacional;

v) apresentar subsídios para o controle judicial das políticas públicas de saúde como instrumento de segurança social.

Hipótese- Não se coaduna com o Estado Constitucional de Direito a possibilidade de violação a um direito fundamental ser perpetuada sem que haja possibilidade de socorro ao Poder Judiciário, a quem a Constituição conferiu o papel de seu guardião, ao argumento de violação à separação de poderes, já que ela mesma trouxe como objetivo da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Por outro lado, as limitações orçamentárias e financeiras não podem constituir obstáculo à efetivação do direito à saúde durante décadas, sem o necessário empenho do Poder Público em reverter dita situação, mormente num país de economia cada vez mais sólida. Através da garantia do controle judicial de políticas públicas de saúde mobiliza-se um instrumento de segurança social, na medida em que confere à população a possibilidade real de obter do Poder Público a satisfação de um direito, que é consectário da própria vida. Logo, os direitos

fundamentais alcançados pelo controle judicial, entre eles a saúde, alcançarão eficácia plena e imediata, de modo a minimizar a inércia do Poder Público e maximizar sua efetividade consonante a Constituição.

Percebe-se, *prima facie*, a extrema importância e relevância social do tema, na medida em que afeta diretamente a vida de milhões de brasileiros, usuários do Sistema Único de Saúde-SUS que não possuem recursos para acessar a saúde privada. A presente pesquisa, por certo, não se restringiu apenas às discussões acadêmicas. Ao revés, suas conclusões reverberam direta e imediatamente nos administrados, que almejam o amparo estatal na solução das questões atinentes à saúde pública no Brasil.

É importante sob a dimensão institucional porque nesse diapasão, é necessário o fortalecimento do papel do Poder Judiciário como órgão responsável pela garantia da ordem constitucional vigente, capaz de, no exercício de suas atribuições institucionais, controlar o desempenho das demais atividades estatais, de modo a garantir a efetividade dos direitos sociais fundamentais, especialmente o direito à saúde, que ainda carece de atuação mais ativa do Poder Público.

A relevância dessa pesquisa ajuda a despertar a necessária consciência constitucional nos cidadãos brasileiros, a fim de que não se aceite passivamente a inércia estatal em adimplir as determinações constitucionais, mormente em tema de implementação de políticas governamentais na saúde, que tem por uma de suas consequências diretas a realização da democracia social, especialmente porque são as pessoas pobres que mais sofrem com um deficiente serviço público de saúde.

Sob o ponto de vista de do controle judicial das políticas públicas de saúde como instrumento de segurança social subsidia ações quanto o manejo das ações próprias, instando o Judiciário a intervir a fim de determinar a atuação executiva e legislativa, no que concerne à implementação dessas políticas, com vistas à concretização do direito à vida em sua plenitude.

Estrutura da dissertação- Na INTRODUÇÃO apresentou-se o *setting the stage* para o problema, seus objetivos, hipótese de trabalho, estrutura da dissertação e o percurso do argumento epistemológico e metodológico. Buscou-se ao longo do trabalho demonstrar a possibilidade do controle judicial de políticas públicas de saúde, que já desponta como possível no âmbito doutrinário e jurisprudencial.

Para tanto, no Capítulo I foi analisada a trajetória dos direitos fundamentais, seu conceito e eficácia, enfocando-se o direito à saúde pública, bem como o princípio da vedação ao retrocesso social.

Outrossim, no Capítulo II foi avaliado o papel institucional do Judiciário, com análise das ações de controle das omissões inconstitucionais do Poder Público, que integram o sistema de controle abstrato de constitucionalidade, quais sejam a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de injunção e a ação declaratória de descumprimento de preceito fundamental, além da ação civil pública e das ações individuais possíveis de serem manejadas na defesa do direito à saúde.

Em seguida, foi visto no Capítulo III como é possível a realização do controle judicial de política pública de saúde, enfrentando-se os obstáculos colocados como limitadores à atuação judicial, examinando julgados dos Tribunais Superiores sobre o tema, procurando demonstrar de que maneira a abertura do processo às populações marginalizadas assenta-se como um instrumento de segurança social.

Finalmente na CONCLUSÃO foram apresentadas as considerações sobre a questão básica examinada, os objetivos, resultando em recomendações úteis para o controle judicial das políticas públicas de saúde como instrumento de segurança social.

O percurso metodológico: Quanto à natureza, de acordo com a questão fio condutora ou o *leitmotiv*, trata-se de abordagem qualitativa, sendo utilizado como método a pesquisa bibliográfica, a partir de literatura disponível, no estado da arte, constituída sobretudo de livros, publicações especializadas e artigos divulgados na internet. Esta espécie de pesquisa possibilita a obtenção de informações sobre a situação atual do tema ou problema pesquisado, conhecendo publicações existentes sobre o tema e os aspectos que já foram abordados, permitindo-se, conseqüentemente, verificar as opiniões similares e diferentes a respeito do tema ou de aspectos relacionados ao tema ou ao problema de pesquisa. Ademais, foram levantados julgados do Supremo Tribunal Federal, que versem sobre pleitos judiciais que envolveram a efetivação do direito à saúde, a partir do ano de 2002, admitindo-se que, a partir desse período, iniciou-se maior número de nomeações de Ministros vinculados ao Direito Público.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1 NOÇÕES CONCEITUAIS

Em que pese a existência de divergências terminológicas acerca do conceito dos direitos fundamentais, há relativo consenso de que eles correspondem aos direitos humanos positivados, aqueles escolhidos e reconhecidos formalmente por determinado Estado, a quem cumpre observância e proteção.

Os direitos fundamentais representam, portanto, o núcleo inviolável de uma sociedade política, sempre com o objetivo de garantir a dignidade da pessoa humana, razão pela qual não devem ser reconhecidos apenas formalmente: é preciso que exista efetivação das suas ideias e ainda de forma rotineira pelo Poder Público (PINTO, 2013; p. 1).

Existem dois critérios formais estabelecidos para caracterização dos direitos fundamentais. O primeiro deles traz a ideia de que esses direitos são aqueles especificados e nomeados no instrumento constitucional. O segundo critério aponta que os direitos fundamentais são aqueles direitos que receberam da Constituição um grau mais elevado de segurança ou de garantia, constituindo-se imutáveis ou pelo menos de mudança dificultada. (SCHIMITT *apud* BONAVIDES, 2006; p. 561)

Outra importante discussão diz respeito ao conceito das normas de direitos fundamentais, já que compartilham de todos os problemas que dizem respeito ao simples conceito de norma. Existe uma clara necessidade de diferenciar normas de enunciado normativo, afinal uma mesma norma pode ser transmitida por diversos enunciados normativos. Uma norma é, portanto, o significado de um enunciado normativo. Contudo, é de salientar que as normas também podem ser expressas sem a utilização de enunciados normativos, como, por exemplo, pela luminosidade de um semáforo (ALEXY, 2011, p.54).

As normas de direito fundamental são expressas por disposições de direitos fundamentais, de modo que estas disposições são simplesmente os enunciados contidos na constituição. Entretanto, existem enunciados na constituição que não transmitem normas de direitos fundamentais, de modo que o direito fundamental diferencia-se da norma de direito fundamental. Nesta senda, é de fácil constatação que a norma de direito fundamental pode conceder um direito subjetivo, mas nem toda a normas de direito fundamenta concede-o (OLIVEIRA, 2013, p. 2-3).

A estrutura das normas de direitos fundamentais precisa ser analisada, sendo que a mais importante diferenciação está na distinção entre as regras e os princípios. Muito se discute sobre o que seria uma regra e o que seria um princípio, afinal essa distinção é de grande valia para o estudo dos direitos fundamentais, conforme se observa:

A distinção entre regras e princípios constitui, além disso, a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, com isso, um ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais. Nesse sentido, a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais. (ALEXY, 2011, p. 85)

É preciso pontuar, de antemão, que os princípios e as regras jurídicas estão reunidos no conceito de normas jurídicas. Sendo assim, as regras e os princípios são normas, pois ambos mencionam o que deve ser. São formulações básicas de dever, proibição e permissão. Nesse sentido, a grande discussão em torno da distinção entre regras e princípios nada mais é que uma diferenciação entre dois tipos de normas, as quais mencionam um dever, uma proibição ou uma permissão. Desta feita, existem diversos critérios para distinguir os princípios das regras, a exemplo dos critérios quanto à aplicabilidade, quanto à generalidade e quanto à determinabilidade dos casos de aplicação. Com relação ao primeiro, os princípios são normas com um maior grau de generalidade enquanto as regras possuem um baixo grau de generalidade (ALEXY, 2011, p. 87).

No que toca ao critério da aplicabilidade, entende-se que os princípios possuem conteúdos normativos que necessitam de uma concretização pelo aplicador, ou seja, os princípios são mais versáteis e para sua efetiva aplicabilidade precisam de uma atuação que os concretizem. Já as regras são mais específicas, com isso possuem aplicabilidade imediata, pois descrevem uma situação fática, ao contrário dos princípios (BRITO, 2013, p.1).

Pela diversidade de critérios, é possível extrair diversas teses sobre a distinção entre regras e princípios. A primeira tese sustenta que toda tentativa de distinguir as normas em duas classes (regras e princípios) seria um fracasso, por conta da diversidade existente. A segunda tese é defendida por aqueles que aceitam distinguir as normas em duas classes (regras e os princípios), mas essa distinção diz respeito apenas ao grau de generalidade. Uma terceira tese defende que as normas

podem ser distinguidas pelas regras e princípios e que entre ambos existe diferença gradual e também existe uma diferença qualitativa (ALEXY, 2011, p. 89-90).

“Mais do que uma distinção baseada no grau de abstração da prescrição normativa, a diferença entre os princípios e as regras seria uma distinção qualitativa” (ESSER, *apud* ÁVILA, 2010, p. 35). Assim sendo, os princípios também são relacionados como mandamentos de otimização, devendo o termo mandamento ser interpretado em um conceito amplo, pois tem como objetivo abranger as proibições e também as permissões. Nesta perspectiva, princípios são mandamentos de otimização, sendo caracterizados por se satisfazerem em diversos graus e por sua satisfação não depender apenas das causalidades fáticas, mas também das causalidades jurídicas. Enquanto isso, as regras são normas que sempre serão satisfeitas ou não satisfeitas, possuindo determinações no mundo fático e juridicamente possível.

Desta feita, a distinção entre princípios e regras não é uma questão de grau: será devida quando se avalia o aspecto qualitativo. Destarte, duas principais características distinguem os princípios das regras. Uma delas diz respeito ao conteúdo axiológico, indicando que nos princípios o conteúdo axiológico possui um caráter explícito, dependendo das regras para sua concretização. A segunda característica reconhece que os princípios, diferentemente das regras, teriam real sentido somente após um processo de limitação e complementação (CANARIS, *apud* ÁVILA, 2010, p. 36),

É possível observar que a distinção entre regras e princípios se mostra mais clara quando ocorrem casos de conflitos entre as regras e de colisões entre os princípios. Para solucionar um conflito entre regras é preciso introduzir, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, caso não seja possível, é preciso que uma das regras seja declarada inválida. Na colisão entre princípios, a solução é totalmente diversa: ocorrendo a colisão, um dos princípios terá que ceder, ou seja, um deles terá prioridade em relação ao outro, observadas determinadas condições. Dessa forma, deduz-se que os conflitos entre os princípios não ocorrem no plano da validade, como no caso das regras. (ALEXY, 2011, p. 93-94).

Defende Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p.54) a respeito dos princípios que:

Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema,

verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico. Eis porque: “violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”.

Na dicção de Paulo Bonavides (2006, p. 257) acerca dos princípios:

Se tornaram fonte primária de normatividade, corporificando do mesmo passo na ordem jurídica os valões supremos ao redor dos quais gravitam os direitos, as garantias e as competências de uma sociedade constitucional. Os princípios são, por conseguinte, enquanto valores, a pedra de toque ou o critério com que se aferem os conteúdos constitucionais em sua dimensão normativa mais elevada.

Nesse contexto, os princípios são constituídos a partir de um conjunto de pressupostos que baseiam e estruturam um sistema, constituindo-se, pois, em estruturas fundantes, das quais as normas retiram seu fundamento de validade.

1.2 TRAJETÓRIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O reconhecimento explícito nos Estados dos direitos fundamentais do homem é recente, encampado pelo movimento denominado constitucionalismo, vivido em meados do século XVIII, com as Revoluções americanas e francesa, na passagem do Estado Absoluto para o Estado de Direito, embora outros instrumentos são indicados como precursores desses direitos.

A esse período, nascedouro dos denominados Estados Modernos, atribui-se também o surgimento das constituições, não enquanto normas organizadoras do Estado, mas como limitadoras das atuações estatais, na medida em que consagraram um rol de direitos e garantias, que deveriam ser observados pelo Estado em favor dos cidadãos. Costuma-se mencionar as principais declarações do

século XVIII, como a de 1776, Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, nos Estados Unidos da América do Norte e a Declaração Francesa, de 1789.

Norberto Bobbio (1992, p.4) com maestria revela que nesse momento histórico, o reconhecimento dos direitos do homem “deriva de uma radical inversão de perspectiva, característica da formação do Estado moderno, na relação da representação política, ou seja, na relação Estado/cidadão ou soberano/súdito: relação que é encarada, cada vez mais, do ponto de vista dos direitos do soberano, em correspondência com a visão universalista de sociedade [...]”.

Ora, com a queda do Absolutismo, marcadamente caracterizado pela concentração de poder nas mãos dos monarcas soberanos, cujas figuras se confundiam com o próprio Estado, que, por sinal, não se responsabilizavam pelos eventuais danos causados aos seus súditos, na perspectiva de que o rei não errava, passou a ser necessário respeitar as pessoas, já que as Declarações asseguravam-lhes direitos, inclusive blindando-os da atuação estatal.

O processo de reconhecimento dos direitos fundamentais na esfera do direito positivo é comumente indicado pela doutrina como sendo a Carta Magna Inglesa de 1215. Esse pacto firmado em 1215, na Inglaterra, mais especificamente no século XIII, pelo Rei João Sem-Terra e pelos bispos e barões ingleses serviu como ponto de referência para alguns direitos e liberdades civis clássicos, como o *habeas corpus*, a garantia de propriedade e também o devido processo legal. Contudo, apesar de ser considerado o mais importante documento da época, a Carta Magna de 1215 não foi o único, nem o primeiro, destacando-se, já nos séculos XII e XIII, os forais outorgados pelos reis e as cartas de franquia. (SARLET, 2010 p. 41).

Outro movimento importante para a evolução dos direitos fundamentais foi a Reforma Protestante, através desse movimento ficou gradativamente reconhecido o direito a liberdade de opção religiosa e de culto em diversos locais da Europa. Contudo, esses movimentos de positivação de direitos e liberdades civis na Inglaterra, não podem, ainda, ser considerados como o marco inicial, ou seja, como o nascimento dos direitos fundamentais no sentido de que hoje se atribui o termo. Esses movimentos não vinculam o Parlamento, ocorrendo assim uma fundamentalização e não uma constitucionalização dos direitos fundamentais (SARLET, 2010, p. 42-43).

Nesse sentido, afirma José Joaquim Gomes Canotilho (1998, p. 353) que “a

positivação de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados “naturais” e “inalienáveis do indivíduo.” Dessa forma, se a positivação jurídica não ocorrer os direitos dos homens seriam impulsos, esperanças, aspirações e ideias, ou seja, não seriam direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional. Seguindo com a evolução dos direitos fundamentais outro marco histórico significativo foi a Declaração Francesa, em 1789.

Sustenta Ingo Wolfgang Sarlet (2010, pp. 43-44) que somente com a Declaração Francesa, de 1789, ocorreu a transição dos direitos de liberdades legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais. Igualmente importância foi concedida a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, com o objetivo de definir os direitos individuais e coletivos dos homens. Ambas as declarações (francesas e americanas) tinham profunda inspiração jusnaturalista, reconhecendo ao ser humano direitos naturais, invioláveis, inalienáveis e imprescritíveis.

Em verdade, os direitos então consagrados exigiam do Estado muito mais uma atuação negativa, na medida em que asseguravam aos cidadãos simplesmente o direito de serem livres, sem a ingerência do poder público em suas vidas particulares. Assim, elucidativas são as lições de Branco (2009, p. 267), ao consignar que esses direitos “são considerados indispensáveis a todos os homens, ostentando, pois, pretensão universalista. Referem-se a liberdades individuais, como a de consciência, à inviolabilidade de domicílio, à liberdade de culto e de religião”.

Na trajetória dos Estados Liberais não havia espaço para se pensar na redução de desigualdades sociais, fundamentada no *laissez faire laissez passer*, de modo que a liberdade individual foi levando os homens às mazelas sociais, na medida em que se vivia um processo de industrialização desenfreado, em que a exploração da mão de obra acontecia sem qualquer controle estatal, não respeitando idade, gênero, ou qualquer condição mínima de trabalho, nem resguardando as pessoas dos eventos maléficos a que estavam sujeitas.

Karl Max (1996a, pp. 360/361) traduz esse momento, ao descrever as condições de trabalho numa manufatura de fósforos:

A manufatura de fósforos data de 1833, quando se inventou o processo de aplicar o fósforo ao próprio palito. Desde 1845 desenvolveu-se rapidamente na Inglaterra, espalhando-se das zonas mais populosas de Londres

nomeadamente para Manchester, Birmingham, Liverpool, Bristol, Norwich, Newcastle e Glasgow e junto com ela o trismo, que, segundo a descoberta de um médico de Viena já em 1845, é doença peculiar dos produtores de fósforos. A metade dos trabalhadores são crianças com menos de 13 anos e jovens com menos de 18. A manufatura é tão mal-afamada, por ser insalubre e repugnante, que somente a parte mais degradada da classe trabalhadora, viúvas famintas, entre outras, cede-lhe crianças, “crianças esfarrapadas, meio famintas, totalmente desamparadas e não educadas”. Das testemunhas inquiridas pelo comissário White (1863), 270 tinham menos de 18 anos, 40 menos de 10, 10 apenas 8, e 5 apenas 6. A jornada de trabalho variava entre 12, 14 e 15 horas, com trabalho noturno, refeições irregulares, em regra no próprio local de trabalho, empestado pelo fósforo. Dante sentiria nessa manufatura suas fantasias mais cruéis sobre o inferno ultrapassadas.

Nesta perspectiva, Paulo Gustavo Gonet Branco (2009, p. 267) observa que o Estado Liberal não mais correspondia aos anseios da sociedade:

O descaso para com os problemas sociais, que veio a caracterizar o *État Gendarme*, associado às pressões decorrentes da industrialização em marcha, o impacto do crescimento demográfico e o agravamento das disparidades no interior da sociedade, tudo isso gerou novas reivindicações, impondo ao Estado um papel ativo na realização da justiça social. O ideal absentista do Estado liberal não respondia, satisfatoriamente, às exigências do momento. Uma nova compreensão do relacionamento Estado/sociedade levou os Poderes Públicos a assumir o dever de operar para que a sociedade lograsse superar as angústias estruturais. Daí o progressivo estabelecimento pelo Estado de seguros sociais variados, importando intervenção intensa na vida econômica e a orientação das ações estatais por objetivos de justiça social. Como consequência, uma diferente pletera de direitos ganhou espaço no catálogo dos direitos fundamentais – direitos que não mais correspondem a uma pretensão de abstenção do Estado, mas que o obrigam a prestações positivas. São os direitos de segunda geração, por meio dos quais se intenta estabelecer uma liberdade real e igual para todos, mediante a ação corretiva dos Poderes Públicos. Dizem respeito à assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer etc.

Percebe-se, pois, que os direitos até então consagrados em nível constitucional revelaram-se insuficientes a proteger os cidadãos das intempéries vividas, mormente por conta do intenso processo de industrialização, que acarretou a exploração da mão de obra de forma desenfreada, levando as pessoas a exigirem do Estado uma postura ativa em face de suas novas necessidades, de modo a lhes garantir o suprimento destas, atenuando as diferenças sociais.

Nesse momento, eclodiram inúmeros movimentos sociais a cobrar do Estado atenção para essas questões, já que a liberdade do homem o conduzia à exploração. Mais uma vez, Karl Max (1996a, p. 395/405) retrata o momento ao discorrer sobre leis que começaram a limitar a exploração desmedida do trabalho, a

exemplo da nova Lei Fabril, de 8 de junho de 1847, que determinou uma redução provisória da jornada de trabalho das pessoas de 13 até 18 anos e de todas as trabalhadoras, para 11 horas, seguida da limitação definitiva a 10 horas; depois com intervalos legais para as refeições; além da lei de 1844, que proibia as crianças de 8 até 13 anos ocupação pela manhã antes das 12 horas e, posteriormente, depois das 13 horas.

Sobre o tema, o professor Manoel Jorge e Silva Neto (2006, p. 45) explica que:

A introdução de normas de direito social nas constituições, se não forem remetidas ao plano da declaratividade e da retórica, revela o compromisso solenemente assumido entre os detentores dos meios de produção e da força de trabalho no sentido de buscarem uma sociedade menos desigual, ao mesmo tempo dignificadora do trabalho e viável à atividade empresarial como expressão da economia de mercado e da livre iniciativa.

[...]

Habita o fundamento jurídico do constitucionalismo social na necessidade imperiosa de fazer residir na lei fundamental os direitos sociais, cujo escopo imediato é, sem dúvida alguma, notabilizar tais normas, impedindo, por conseguinte, a sua alteração ou revogação ao alvedrio do legislador infraconstitucional, e, por outro lado, o objetivo mediato é traçar as diretrizes de atuação legislativa e administrativa em absoluta consonância com o programa escolhido pelo constituinte originário.

Assim, pois, restaram consagrados os direitos sociais, fruto das reivindicações por justiça social, ligados à ideia de igualdade entre as pessoas, já que se insurgia necessária a intervenção do Estado em favor dos menos favorecidos, mormente pela exploração desmedida do trabalho, que os deixava desamparados, sem acesso à saúde, assistência, lazer, educação, habitação, ou qualquer condição digna de exercício de suas atribuições.

Ingo Wolfgang Sarlet (2010, p. 48) arremata afirmando que a alcunha “direitos sociais” decorreu do fato de que tais direitos “podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem à reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária(...)”.

Vale consignar que, neste desencadear histórico, o mundo viveu duas grandes guerras, que levaram a reflexões acerca da necessidade de proteção das pessoas enquanto coletividade, tendo havido, assim, o reconhecimento de nova categoria de direitos, tais como a paz, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, o desenvolvimento, entre outros marcados pela natureza difusa ou coletiva.

Paulo Bonavides (2006, p.571-572) defende uma quarta geração dos direitos

fundamentais. Para o referido autor são exemplos de direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito ao pluralismo, o direito à informação. Esses direitos seriam o resultado da globalização dos direitos fundamentais, uma espécie de universalização no plano institucional.

Vê-se, pois, que os direitos fundamentais são, acima de tudo, o resultado de reivindicações concretas, muitas vezes geradas por situações de desigualdade e injustiça ou até mesmo pela própria agressão a bens fundamentais e essenciais do ser humano (SARLET, 2010, p. 52-53).

Em que pese a ideia de gerações de direitos fundamentais traduzir o percurso destes ao longo do tempo, certo é que não se trata de uma sucessão ou sobreposição de uns sobre outros, mas sim de uma unidade, com a convivência harmônica de todos, na medida em que traduzem os anseios da sociedade, que não é indene de mudanças. Neste sentido, Ingo Wolfgang Sarlet arremata (2010, p. 57):

A despeito destes e de todos os demais aspectos que aqui poderiam ser versados e por mais que se possa aderir a boa parte das críticas colacionadas no que diz especialmente com a supervalorização da classificação histórica (dimensional) dos direitos fundamentais, cremos que o mais importante segue sendo a adoção de uma postura ativa e responsável de todos, governantes e governados, no que concerne à afirmação e à efetivação dos direitos fundamentais de todas as dimensões, numa ambiência necessariamente heterogênea e multicultural, pois apenas assim estar-se-á dando os passos indispensáveis à afirmação de um direito constitucional genuinamente altruísta e fraterno.

Já em tempos mais recentes, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, proclamou que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”, reconhecendo solenemente a dignidade da pessoa humana como base na liberdade, na justiça e na paz, o ideal democrático com fulcro no processo econômico, social e cultural, o direito de resistência a opressão e, finalmente, a concepção comum desses direitos.

Flávia Piovesan (2002, p. 2) adverte que a mencionada Declaração é um marco no processo de reconstrução dos direitos humanos, ao defender que:

Introduz ela a concepção contemporânea de direitos humanos, caracterizada pela universalidade e indivisibilidade de tais direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a dignidade e titularidade de direitos. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem assim uma unidade

indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos ao catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais.

No Brasil, entretanto, a consolidação dos direitos sociais data da Constituição de 1934, influenciada pela constituição alemã de Weimar, a qual foi sucedida, três anos após, pela constituição de 1937, outorgada por Vargas, após golpe de Estado, de modo que a implementação de tais direitos tardaram a acontecer, mormente por conta dos períodos que se seguiram. Somente a partir dos anos finais do Regime Militar, cujo ponto alto ocorreu com a promulgação da Constituição de 1988, é que, finalmente, os direitos sociais restaram definitivamente assegurados.

A atual Constituição, valorizando os direitos sociais na nova ordem constitucional, destinou-lhes um capítulo exclusivo no Título II – “Dos direitos e garantias fundamentais” e os demais direitos sociais estão encartados no artigo 6º e desdobrados em vários dispositivos incluídos no Título VIII - “Da ordem social”, sendo certo que muitos direitos previstos na Consolidação das Leis do Trabalho restaram erigidos à condição de direitos constitucionais.

Além disso, o Brasil ainda é signatário de alguns tratados internacionais, ressaltando-se, em termos de direitos sociais, o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que determina a aplicação progressiva desses direitos, e o Protocolo de São Salvador, em vigor desde 1999, que institui um amplo rol de direitos, também acolhendo a concepção de que compete aos Estados enveredar esforços para alcançar, progressivamente, a sua plena efetividade (PIOVESAN, 2002, p. 6).

Mas é preciso refletir ainda acerca da efetividade de tais direitos na atualidade, mormente num país como o Brasil, em que se sobressaem diferenças sociais, de modo que a maior parte da população depende da atuação estatal para ver garantida sua sobrevivência.

1.3 EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS INSTITUIDORAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Todas as normas jurídicas são dotadas de imperatividade. Entretanto, as normas constitucionais possuem uma característica peculiar: a supremacia em

relação às outras normas do sistema jurídico. Isso implica a exigência de que os demais comandos normativos estejam em conformidade com os preceitos estabelecidos na Constituição, tanto no que diz respeito à matéria, quanto no aspecto formal, relativamente ao procedimento de elaboração das fontes do Direito.

Assim, a Constituição apresenta-se como fonte reguladora da produção jurídica (superlegalidade formal), estabelecendo regras que vão nortear o processo de elaboração dos demais atos normativos. Por outro lado, as normas consubstanciadas no texto da Carta Magna conferem o parâmetro material intrínseco para as demais leis (superlegalidade material).

O princípio da supremacia constitucional é a base em que se assenta todo o ordenamento jurídico de um Estado, conferindo-lhe unidade. A Constituição como lei suprema ou lei fundamental assume o papel de conjunto de normas jurídicas destinado a estabelecer a estrutura do Estado, a sua organização interna, determinando as competências dos órgãos que o compõem, os modos de aquisição do poder, as formas e limites de seu exercício, o regime político vigente, bem como determina os direitos e garantias individuais e os fundamentos dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Para além disso, no contexto de um Estado Democrático de Direito, a supremacia das normas constitucionais deriva da circunstância de ser a Carta Magna de um país representativa da vontade do povo, titular do Poder Constituinte.

Hans Kelsen (1985), ao tratar da estrutura escalonada da ordem jurídica, estabeleceu um sistema hierarquizado de normas jurídicas em cujo topo estão as normas constitucionais, das quais devem derivar as demais normas. A Constituição atua no sentido de conferir fundamento de validade e lastro de interpretação a todo o sistema, como norma das normas, uma vez que fixa a eficácia, o valor e a força do restante das fontes de direito. Na definição de Hans Kelsen (1985, p. 240):

A norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior. A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas uma ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da relação de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até chegar finalmente na norma fundamental – pressuposta. A norma fundamental – hipotética, nestes termos – é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta inter-relação criadora.

Assim, para garantir a supremacia de uma constituição, seja na ordem formal, seja na material, é preciso que se tenha um ou mais órgãos imbuídos da missão de guardá-la, garantindo a observância de seus preceitos, que são, em última análise, fruto da vontade suprema do poder constituinte originário, do qual, repita-se, o povo é titular.

Ademais, não resta dúvida que todas as normas constitucionais são aplicáveis, na medida em que seus comandos importam em obediência imediata, ainda que variáveis seus graus de aplicação, que lhes darão a necessária eficácia para incidirem em face dos interesses visados. Ou seja, ainda que carecedoras de regulamentação legal, certo é que as normas constitucionais, mesmo de eficácia limitada, indicam os caminhos a serem seguidos pelo legislador, aos quais reservou a possibilidade de lhes conferir plena aplicabilidade.

Na concepção de Ingo Wolfgang Sarlet (2010, p. 252/253), a questão da aplicabilidade das normas constitucionais pode ser melhor traduzida com a noção de densidade normativa, senão vejamos:

Em face do exposto, pode falar-se em normas constitucionais de alta densidade normativa, que, dotadas de suficiente normatividade, se encontram aptas a, diretamente e sem intervenção do legislador ordinário gerar seus efeitos essenciais (independentemente de um ulterior restringibilidade), bem como em normas constitucionais de baixa densidade normativa, que não possuem normatividade suficiente para – de forma direta e sem uma *interpositio legislatoris* – gerar seus efeitos principais, ressaltando-se que, em virtude de uma imperatividade mínima (presente em todas as normas constitucionais), sempre apresentam certo grau de eficácia jurídica.

Desta feita, as normas que tratam dos direitos sociais, em sua maioria, têm caráter programático ou diretivo, tendo por característica principal o fato de se destinarem ao legislador, exigindo-lhe atuação para sua plena aplicabilidade. De todo modo, elas possuem eficácia imediata sobre todos os comportamentos estatal, conforme aponta Crisafulli (*apud* BONAVIDES, 2007, pp. 234-248):

Nesta acepção, programáticas se dizem aquelas normas jurídicas com que o legislador, ao invés de regular imediatamente um certo objeto, pré-estabelece a si mesmo um programa de ação, com respeito ao próprio objeto, obrigando-se a dele não se afastar sem um justificado motivo. Com referência àquelas postas não numa lei qualquer, mas numa constituição do tipo rígido, qual a vigente entre nós, pode e deve dar-se um passo adiante, definindo como programáticas as normas constitucionais mediante as quais um programa de ação é adotado pelo Estado e cometido aos seus órgãos legislativos, de direção de política administrativa, precisamente com um programa que obrigatoriamente lhes incumbe realizar nos moldes e formas

da respectiva atividade. Em suma, um programa político, encampado pelo ordenamento jurídico, traduzido em termos de normas constitucionais, ou seja, provido de eficácia prevalente com respeito àquelas normas legislativas ordinárias: subtraído, portanto, às mutáveis oscilações e à variedade de critérios e orientações de partido e de governo e assim obrigatoriamente prefixados pela Constituição como fundamento e limite destes.

Nesta senda, não bastasse essa lógica decorrente da sistemática constitucional, o parágrafo 1º, do artigo 5º, da Constituição da República (BRASIL, 1988), expressamente assinala que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, de modo que os direitos sociais enquadram-se nessa categoria, exigindo uma postura ativa imediata do Legislativo e Executivo no sentido de sua implementação, acaso dependam de concretização.

Por essa razão, Branco (2006, p. 287) assevera que a o mencionado dispositivo constitucional leva a doutrina a entendê-lo como uma norma princípio, estabelecendo uma ordem de otimização para que se confira a maior eficácia possível aos direitos fundamentais. E arremata: “o princípio em tela valeria como um indicador da aplicabilidade imediata da norma constitucional, devendo-se presumir sua perfeição, quando possível”.

Nesta senda, a melhor interpretação a ser dada ao mencionado dispositivo constitucional, seja ela simplesmente literal, ou mesmo sistemática ou teleológica, é a que considera que a norma se refere a todas as categorias de direitos fundamentais, não se restringido àqueles individuais e coletivos. (SARLET, 2010, p. 262).

Sobre o tema, percuciente é a advertência que segue:

(...) a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais não é apenas uma obrigação moral dos Estados, mas uma obrigação jurídica, que tem por fundamento os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, em especial o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Se os direitos civis e políticos devem ser assegurados de plano pelo Estado, sem escusa ou demora - têm a chamada auto-aplicabilidade, os direitos sociais, econômicos e culturais, por sua vez, nos termos em que estão concebidos pelo Pacto, apresentam realização progressiva. Vale dizer, são direitos que estão condicionados à atuação do Estado, que deve adotar todas as medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômicos e técnicos, até o máximo de seus recursos disponíveis, com vistas a alcançar progressivamente a completa realização desses direitos (artigo 2º, parágrafo 1º do Pacto) conforme. (PIOVESAN, 2002, p. 5).

Destarte, a imediata aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais, com a manutenção de sua integralidade, afigura-se como condição à garantia da dignidade da pessoa humana:

Além de irrevogáveis e acumuláveis, os direitos fundamentais constituem uma integralidade, destinada a salvaguarda da dignidade humana. A manutenção da integralidade dos direitos fundamentais é condição indispensável para a garantia da dignidade da pessoa humana. Logo, a admissão de que determinados direitos fundamentais, sobretudo os sociais, não possuem plena eficácia representa a declaração de que o cidadão brasileiro não possui o direito à integralidade da dignidade humana. É o reconhecimento, absolutamente equivocado, de que as formas de expressão do poder estatal dispõem da faculdade de, arbitrariamente, eleger os direitos fundamentais que farão parte do patrimônio jurídico do cidadão. (CANELA JÚNIOR, 2011, p. 59)

Nesse diapasão, “os direitos fundamentais sociais são direitos subjetivos previstos no art. 6º da Constituição Federal, de eficácia plena e aplicabilidade imediata. São direitos imediatamente exigíveis do Estado pela via jurisdicional”. Distinguem-se, portanto, dos chamados núcleos constitucionais de irradiação, concentrados no Título VIII da Lei Maior, os quais possuem eficácia limitada, dependendo de normas integradoras (CANELA JÚNIOR, 2011, p. 63).

1.3 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE PÚBLICA

A Constituição de 1988 foi a primeira Constituição brasileira a reconhecer o direito à saúde expressamente como direito fundamental, estatuidando o dever de prestação pelo Estado. Além disso, outros pactos internacionais foram ratificados e incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, também acolhendo-o como direito fundamental.

A saúde é um dos direitos fundamentais mais difíceis de ser implementado com um mínimo de qualidade, justamente em razão dos elevados custos de efetivação. É disciplinada na Constituição de 1988 especialmente pelos artigos 196 a 200, com regulamentação dada pela Lei 8.080/90, que trata tanto da saúde pública quanto da privada.

É dever da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios prestá-la a todos os brasileiros, estrangeiros residentes e mesmo aos não residentes, havendo uma responsabilidade solidária entre todos os entes políticos. Nesse sentido, confira-se a redação do citado artigo 196:

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

A saúde pública, pois, deve ser entendida como direito fundamental às medidas preventivas ou curativas de enfermidades, sendo dever estatal prestá-la adequadamente a todos, tendo a natureza jurídica de serviço público gratuito, pois prestada diretamente pelo Poder Público ou por delegatários habilitados por contrato ou convênio, de maneira complementar, quando o setor público não tiver estrutura para dar cobertura a toda à população.

De acordo com o preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde - OMS, que adota um conceito extensivo, a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doenças, definição recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro, através do artigo 3º, da Lei 8.080/90, que preceitua:

Art. 3º A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País.

Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.

Ainda acerca da definição do direito à saúde, que se insere no rol dos direitos sociais, Maurício Caldas Lopes (2010, p. 55) assevera que se situa “entre os que decorrem da fraternidade ou da solidariedade, que devem presidir as relações sociais num Estado Constitucional Democrático, fundamentado na dignidade da pessoa humana.”

Nesta esteira de raciocínio, a doutrina especializada costuma deixar de lado a definição fisiológica de saúde, contextualizando-a com as noções de cidadania e justiça social:

O direito à saúde é reconhecido, em leis nacionais e internacionais, como um direito fundamental que deve ser garantido pelos Estados aos seus cidadãos, por meio de políticas e ações públicas que permitam o acesso de todos aos meios adequados para o seu bem-estar. O direito à saúde implica, também, prestações positivas, incluindo a disponibilização de serviços e insumos de assistência à saúde, e tendo, portanto, a natureza de um direito social, que comporta uma

dimensão individual e outra coletiva em sua realização. A trajetória do reconhecimento do direito à saúde como relativo à dignidade humana e, conseqüentemente, sua incorporação nas leis, políticas públicas e jurisprudências, espelham as tensões e percepções sobre as definições de saúde e doença, de como alcançar este Estado de bem-estar, e quais os direitos e responsabilidades dos cidadãos e dos Estados. (VENTURA, Mirian *et AL*, p. 82)

Contudo, por se tratar de uma atividade possível de ser explorada pela iniciativa privada¹, desde que observados os pressupostos legais - exceto para as empresas estrangeiras, que apenas poderão participar através de doações de organismos internacionais vinculados à Organização das Nações Unidas, de entidades de cooperação técnica e de financiamento e empréstimos² - a saúde privada naturalmente não se revela como serviço público, devendo o usuário pagar pelo atendimento.

No Brasil, costuma-se indicar as Santas Casas de Misericórdia como as primeiras instituições hospitalares, surgidas ainda no período colonial com o fim de atender aos enfermos, não ainda como a prática de uma atividade científica, que só veio a ser desenvolvida mais tarde, com a criação da Faculdade de Medicina, em Salvador, no ano de 1.808.

Na recente história brasileira, durante o regime militar que antecedeu a nova ordem jurídica instaurada com a Constituição Republicana de 1988, as atuações sociais estatais, que constituíam o Sistema Brasileiro de Proteção Social, eram centralizadas administrativa e financeiramente, sendo a política de saúde executada pelo extinto INAMPS- Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social, compatível, portanto, com o modelo de Estado vigente, para o qual estados e municípios eram agentes da expansão do Estado e da execução local de políticas centralmente formuladas, de modo que grande parte da atividade de planejamento no plano local consistia em formular projetos de solicitação de recursos para o governo federal (Arretche, 1999).

Na atualidade, para a efetivação das ações da saúde pública, o artigo 198 da Constituição instituiu um Sistema Único de Saúde – SUS, regionalizado, descentralizado e hierarquizado, no âmbito das três esferas de governo, que prioriza a prevenção de doenças e garante a participação da comunidade.

O SUS é, pois, um sistema de saúde de abrangência nacional, coexistindo em seu âmbito subsistemas nos Estados e Municípios, de modo que, as ações e

¹ Artigo 191 da CRFB e 21 da Lei 8.080/90.

² Artigo 23 da Lei 8.080/90.

serviços de atenção à saúde serão desenvolvidos de forma regionalizada e hierarquizada, voltados ao atendimento integral da população local e inseridos de forma conjunta em suas abrangências.

Vale registrar que o Brasil é o único país do mundo com mais de 100 milhões de habitantes que juridicamente assegura saúde pública gratuita a todo o seu povo, independentemente da condição social, em uma arrojada inclusão promovida pela Constituição de 1988.

Caso uma pessoa seja atendida pelo SUS, mas esteja coberta por um seguro privado de saúde, a seguradora particular terá que ressarcir ao Erário os custos do atendimento, que será cobrada pela Agência Nacional de Saúde Complementar – ANS, conforme previsão do artigo 32, da Lei 9.656/98:

Art. 32. Serão ressarcidos pelas operadoras dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, de acordo com normas a serem definidas pela ANS, os serviços de atendimento à saúde previstos nos respectivos contratos, prestados a seus consumidores e respectivos dependentes, em instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde – SUS.

Ademais, o artigo 7º, da Lei 8.080/90, determina que as ações e serviços de saúde do SUS deverão observar os seguintes princípios:

- I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;
- II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;
- III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral;
- IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;
- V - direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde;
- VI - divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário;
- VII - utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática;
- VIII - participação da comunidade;
- IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo:
 - a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios;
 - b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde;
- X - integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico;
- XI - conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população;
- XII - capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e

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

O dispositivo citado traz princípios de duas ordens distintas, mas inter-relacionadas: princípios éticos/doutrinários e organizacionais/operativos. Os primeiros podem ser resumidos na universalidade, equidade e integralidade; os segundos, na descentralização, regionalização e hierarquização da rede e participação social.

Segundo o princípio da universalidade, a saúde é um direito de todos, sendo dever do Poder Público a provisão de serviços e de ações que lhe garanta, colocando o desafio de oferta destes a todos que dela necessitem. Não obstante o acesso universal, eficiente, eficaz e efetivo ao serviço e às ações de saúde ser um processo em construção, no qual a muito trabalho a ser feito.

Já o princípio da integralidade, é um dos mais preciosos em termos de demonstrar que a atenção à saúde deve levar em consideração as necessidades específicas de pessoas ou grupos de pessoas, ainda que minoritários em relação ao total da população. Ou seja, a cada qual de acordo com suas necessidades, inclusive no que concerne aos níveis de complexidade diferenciados. Colocá-lo em prática é um desafio permanente e dinâmico.

Na esteira dos dois princípios apontados, vem a necessidade de se reduzir as disparidades sociais e regionais de nosso país, com dimensões continentais. O princípio da equidade reafirma que essa necessidade deve ocorrer também por meio das ações e dos serviços de saúde. Ainda são grandes as disparidades regionais e sociais no Brasil, o que faz concluir que, de fato, o acesso à saúde é fundamental na busca de uma maior equidade entre os próprios brasileiros.

A descentralização da saúde, por sua vez, está no fato de a Constituição ter incumbido a cada ente federativo a obrigação da prestação desses serviços, como já mencionado nas linhas precedentes.

Não obstante os aspectos positivos da descentralização, mormente em face da melhor utilização de recursos e identificação mais precisa das necessidades locais, as responsabilidades dispensadas a muitos dos municípios brasileiros é, por vezes, onerosa demais em face de suas receitas, sendo este, por um lado, um dos entraves a uma boa prestação do serviço de saúde, que fica à mercê dos repasses federais, os quais acabam não atendendo à população satisfatoriamente.

No que concerne à regionalização e hierarquização da rede, das ações e dos serviços de saúde, é preciso pontuar que se deve levar em consideração as peculiaridades de cada região do país, bem como haver ações conjuntas, principalmente entre os municípios e seu Estado, visando uma atuação integrada, em face das necessidades da população.

Quanto ao princípio da participação social, tem-se que a formulação e controle da execução da Política Nacional da Saúde é atribuição do Conselho Nacional da Saúde - CNS, órgão de caráter permanente e deliberativo, integrante da estrutura regimental do Ministério da Saúde e composto por representantes do governo, dos prestadores de serviços, dos profissionais de saúde e dos usuários.

A Constituição pátria determina que a União deverá aplicar na saúde os recursos mínimos fixados em lei complementar, a qual só foi editada no ano 2012. Desse modo, até a promulgação da Lei Complementar nº 141/2012, a matéria era regulada pelo artigo 77, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição.

Agora, de acordo com a referida lei, a União deverá aplicar, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, o montante correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior à norma, apurado em seus termos, e acrescido de, no mínimo, o percentual correspondente à variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB) do ano anterior ao da lei orçamentária anual.

Já em relação aos demais entes políticos, a CRFB já prevê diretamente os recursos a serem aplicados em ações e serviços públicos de saúde, no artigo 198, §2º, incisos II e III, conforme segue:

Art. 198, §2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:

II- nos casos do Estado e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos municípios.

Em que pese as disposições constitucionais mencionadas, é preciso estar vigilante ao fato de que o Brasil é um país plural e marcado por diferenças, que precisa atentar para as distintas realidades municipais, considerando que a descentralização de atividades ligadas à área social pode importar em ausências e

distorções, conforme advertem Celina Souza e Inaiá M. M. de Carvalho (1999, p. 200):

É indiscutível que a descentralização político-administrativa e financeira, associada à redemocratização e às disposições da Constituição de 1988, aumentou a autonomia das instâncias subnacionais de poder, favoreceu a ampliação dos espaços de participação e a emergência de experiências inovadoras em programas sociais e nos próprios modelos de gestão. A retração dos gastos da União vem sendo parcialmente compensada pelo aumento dos dispêndios estaduais e municipais. Este processo vem ocorrendo tanto em São Paulo como na Bahia, por exemplo, onde se registram crescimento dos recursos estaduais com a saúde.

(...)

Contudo, a maior parte dessas iniciativas se localizam nas áreas mais desenvolvidas do país, a exemplo dos programas municipais de renda mínima, concentrados em São Paulo. Assim, a descentralização das políticas sociais avança de forma diferenciada e descontínua, com características e efeitos tão heterogêneos como o próprio país e não necessariamente virtuosos.

De logo, percebe-se que há distorções na efetivação de direitos fundamentais sociais, incluindo-se o direito à saúde, o que denota um retrocesso em face da vontade constituinte originária. Diante desse cenário, surge a necessidade de se admitir como premente o controle do Poder Judiciário, com vistas a garantir a implementação de políticas governamentais indispensáveis à concretização de tal direito.

1.4 VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL

A ideia da proibição ao retrocesso social desponta como a impossibilidade de anacronismo a direitos sociais consagrados, vedando qualquer atuação estatal tendente a aboli-los ou restringi-los de forma desarrazoada. Erigido à condição de princípio no direito alienígena, a vedação ao retrocesso social também é reconhecido pela doutrina e jurisprudência pátrias como decorrente da ordem constitucional vigente.

Nesta senda, tal princípio também é denominado efeito *cliquet*, expressão que, nas lições de Leite (*apud* GARCIA, 2002, p. 5) “é utilizada pelos alpinistas e define um movimento que só permite ao alpinista ir para cima, ou seja, subir”, que aponta, ainda, sua origem francesa, afirmando que “a jurisprudência do Conselho Constitucional reconhece que o princípio da vedação de retrocesso se aplica em relação aos direitos de liberdade, no sentido de que não é possível a revogação de

uma lei que protege as liberdades fundamentais sem a substituir por outra que ofereça garantias com eficácias equivalentes”.

O princípio é reconhecido em países europeus, como a Alemanha, Itália e Portugal. Neste último, Fileti (2009, p. 2) narra que em 1984 o Tribunal Constitucional do país proferiu o Acórdão nº 39/84, declarando a inconstitucionalidade do decreto-lei que revogou parte da lei nº 56/79, que havia instituído o Serviço Nacional de Saúde português, entendendo que tal serviço era um meio de realização do direito fundamental à proteção à saúde, consagrado constitucionalmente. O relator do caso desenvolveu, naquele momento, os argumentos da proibição de retrocesso social.

Os argumentos lançados naquele momento, conforme consignado por Sarlet (2008, p. 16), foram reafirmados pelo Tribunal português recentemente, ao reconhecer “a inconstitucionalidade – por meio de lei- das pessoas com idade entre 18 e 25 anos (mesmo com ressalva dos direitos adquiridos) do benefício do rendimento mínimo de inserção, que havia substituído o rendimento mínimo garantido, que contemplava essa faixa etária.”

Acerca do desenvolvimento do princípio na Alemanha, Sarlet (2008, p. 17) consigna que lá, a despeito da ausência de uma proteção expressa até inclusive dos direitos adquiridos no plano constitucional, tanto a doutrina, quanto o Tribunal Constitucional Federal, sempre cancelaram a proteção tanto destes como das próprias expectativas de direito, dimensões estas que integram uma compreensão ampla da proibição de retrocesso.

A doutrina nacional parece concordar que as primeiras noções acerca da vedação ao retrocesso social no Brasil são atribuídas a José Afonso da Silva, na medida em que ele classifica as normas instituidoras dos direitos fundamentais sociais como sendo programáticas, as quais possuem caráter vinculativo e imperativo, desenhado as linhas a serem seguidas pelo legislador quando da sua concretização, de modo que atrela os órgãos estatais aos comandos do constituinte, exigindo uma postura prospectiva na concretização desses direitos.

Nesse diapasão, elucidativas são as considerações de Lima (2011, pp. 1/2), ao afirmar que tal princípio está implícito na Constituição pátria, decorrendo, basicamente de seu artigo 3º, senão vejamos:

A idéia por detrás do princípio da proibição do retrocesso é fazer com que o Estado sempre atue no sentido de melhorar progressivamente as condições

de vida da população. Qualquer medida estatal que tenha por finalidade suprimir garantias essenciais já implementadas para a plena realização da dignidade humana deve ser vista com desconfiança e somente pode ser aceita se outros mecanismos mais eficazes para alcançar o mesmo desiderato forem adotados. Esse mandamento está implícito na Constituição brasileira e decorre, dentre outros, do artigo 3º, da CF/88, que incluiu a redução das desigualdades sociais e a construção de uma sociedade mais justa e solidária como objetivos da República Federativa do Brasil, sendo inconstitucional qualquer comportamento estatal que vá em direção contrária a esses objetivos.

Ingo Sarlet (2009, p. 22/23) corrobora com a ideia de que o princípio da vedação ao retrocesso social está implícito na Constituição brasileira, valendo-se de princípios e argumentos de matriz jurídico-constitucional, que podem ser assim sintetizados: do princípio do Estado democrático e social de direito, do princípio da dignidade da pessoa humana, do princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, das manifestações constitucionais de proteção contra medidas de cunho retroativo, do princípio da proteção da confiança, da auto-vinculação dos órgãos estatais em relação aos atos anteriores, da proibição do retrocesso como forma de impedir a frustração da efetividade constitucional.

E é Fileti (2009, p. 5) acaba por sintetizar o conteúdo do princípio em comento, reconhecendo sua posição implícita na Constituição de 1988, decorrente do sistema jurídico-constitucional, “com caráter retrospectivo, tendo como escopo a limitação da liberdade de conformação do legislador infraconstitucional, impedindo que este possa eliminar ou reduzir, total ou parcialmente, de forma arbitrária e sem acompanhamento de política substitutiva ou equivalente, o nível de concretização alcançado por um determinado direito fundamental social”.

Ora, a negação ao retrocesso a direitos fundamentais sociais no Brasil desponta firme, sendo certo que já se consegue, inclusive, apontar características próprias do princípio, na medida em que o país ainda não percorreu o caminho necessário à efetivação de direitos necessária a seu reconhecimento como Estado Democrático de Direito.

Nessa linha de raciocínio, Soares (2011, p. 2) aduz que “o sentido da vedação do retrocesso não somente é negativo, ao impedir a ação lesiva do Estado no campo dos direitos fundamentais, mas também se afigura positivo, pois impõe aos agentes públicos o dever de catalisar a justiça social, através de medidas concretizadoras nos planos legislativo, administrativo e jurisdicional, proibindo-se, assim, as omissões estatais que ocasionem o retrocesso social.”

Não obstante isso, Celina Souza e Inaiá M. M. de Carvalho (1999, p. 200) observam que “muitos estudos tem constatado como a ‘área social’ constitui o lado mais atrasado do Estado brasileiro, com um sistema de proteção e assistência oneroso, ineficiente, regressivo e acentuadamente privatizado [...]”. Assim, o princípio da vedação ao retrocesso social não só protege os cidadãos contra as eventuais investidas anacrônicas dos Poderes Legislativo e Executivo em face dos direitos fundamentais sociais, mas também os resguarda em face das omissões nefastas, que insistem em descumprir a vontade constituinte original, que determinou a sua concretização.

2. MECANISMOS JURÍDICOS ASSEGUATÓRIOS DA SEGURANÇA SOCIAL

2.1 O STF E O PAPEL DE GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO

Como já asseverado nas linhas precedentes, a Constituição de um Estado é suprema por dois motivos: um de ordem formal e outro material. O primeiro deles diz respeito ao fato de a Constituição originar-se do poder constituinte originário (o povo, através dos seus representantes), enquanto o segundo pelo fato de tratar das matérias mais importantes daquele Estado, ou seja, da sua organização e dos direitos e garantias fundamentais.

Desta feita, uma Federação pressupõe, dentre outras, a necessidade de existência de um órgão encarregado de fiscalizar a Constituição. No Brasil, a Magna Carta de 1988 atribui aos juízes e tribunais o dever de realizar o controle difuso de validade constitucional das normas, e ao Supremo Tribunal Federal a atribuição do controle concentrado de constitucionalidade, ambos típicos de países em que há constituições rígidas (processo especial de reforma constitucional), sendo que determinadas regras não poderão ser suprimidas da Constituição por serem cláusulas pétreas (núcleo intangível), a exemplo dos direitos fundamentais.

Assim, o sistema de controle de constitucionalidade das leis no Brasil, no que concerne à natureza do órgão com competência para sua realização, é do tipo judicial ou jurisdicional, a cargo dos órgãos integrantes do Poder Judiciário, sobre o qual trazemos pertinente citação de Paulo Bonavides (2006, p. 301):

Não há dúvida de que exercido no interesse dos cidadãos, o controle jurisdicional se compadece melhor com a natureza das constituições rígidas e sobretudo com o centro de sua inspiração primordial - a garantia da liberdade humana, a guarda e proteção de alguns valores liberais que as sociedades livres reputam inabdicáveis. A introdução do sobredito controle no ordenamento jurídico é coluna de sustentação do Estado de direito, onde ele se alicerça sobre o formalismo hierárquico das leis.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal desponta com o papel ímpar de conciliar atribuições das mais diversas ordens, sendo que uma delas se sobressai, de modo que é ele quem tem a atribuição de, na realização do controle concentrado das leis, fazer valer a supremacia da Constituição, revelada no caráter inicial e fundante do sistema jurídico por ela implementado, com a manutenção do vínculo indissolúvel entre as unidades parciais integrantes da Federação e a consagração

dos direitos e garantias consagrados no texto constitucional, inclusive, como não poderia deixar de ser, os direitos fundamentais sociais.

Esteves (2007, p. 92) acredita ser o principal desafio do Supremo Tribunal “dar resposta à acentuada judicialização dos conflitos sociais, uma vez que é o órgão principal de todo o sistema judiciário”. Adiante, o autor (ESTEVES, 2007, pp. 94/95) relata que, ao proceder à análise dos julgados da Corte acerca da matéria, constatou que as decisões versam prioritariamente acerca de questões afetas à saúde, previdência, educação e fixação do salário mínimo.

Efetivamente, o Supremo é composto, nos termos do artigo 101, *caput*, da Constituição da República, por onze ministros escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco anos e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Ainda que por sua composição, ou até mesmo pelo desempenho de atribuições outras que não aquelas ligadas à realização do controle de constitucionalidade das leis, não possa ser considerado como uma típica corte constitucional, nos moldes europeus, não menos importante desponta o seu papel de guardião da Carta Magna, na garantia da ordem constitucional, que restará violada em face da não efetivação dos direitos sociais ou de qualquer retrocesso a direito fundamental social.

De todo modo, há de ser reconhecida as atribuições do Supremo Tribunal Federal inerentes a uma corte constitucional, na qual desponta a sua função de decidir as questões que importam em violação à constituição, como bem reconhece Susana Henrique da Costa (2011, p. 455):

Foi a Constituição Federal, ainda, que traçou o atual perfil do Supremo Tribunal Federal. Atualmente, o STF desempenha o papel de Corte Constitucional, na medida em que decide e dá a última palavra em lides versando sobre questões que envolvam, em tese, violação à Carta Magna. Além disso, nos últimos anos, o STF vem cada vez mais assumindo a função de decidir demandas de cunho político, com repercussão relevantes nos destinos do Estado. A Emenda Constitucional n45/04, ao criar o requisito da repercussão geral como condição de admissibilidade do julgamento dos recursos extraordinários, serviu para salientar o perfil que a Constituição Federal quer dar ao Supremo Tribunal Federal. Trata-se de Corte Suprema, destinada a julgar somente processos de reconhecida importância para a sociedade. O STF não é um terceiro ou quarto grau de jurisdição ordinária, mas sim uma corte que decide sobre questões estratégicas e relevantes no cenário jurídico pátrio, muitas vezes envolvendo a definição de políticas públicas.

Desta feita, a garantia da supremacia constitucional foi incumbida por ela própria ao Judiciário, mais especificamente ao STF, no que concerne ao manejo de ações destinadas a este fim específico, de modo que qualquer violação a seu texto, seja por uma atuação comissiva que lhe afronte, seja pelas omissões em descumprir seus comandos.

2.2 AS AÇÕES DE CONTROLE DAS OMISSÕES VIOLADORAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

O professor Dirley da Cunha Júnior (2008b, p. 115), parafraseando o ilustre jurista português Jorge Miranda, nos ensina que “os conceitos de constitucionalidade e inconstitucionalidade expressam uma relação: uma relação, respectivamente, de conformidade e desconformidade que se estabelece entre a Constituição e o comportamento estatal”.

Nessa linha de raciocínio, temos que a inconstitucionalidade decorre da violação de uma norma constitucional, seja por uma atuação do Estado, seja por uma inação, diante do dever de agir. E arremata o autor (CUNHA JÚNIOR, 2008b, p. 115):

Esse comportamento estatal – positivo ou negativo- pode ser normativo ou não normativo, geral ou individual, abstrato ou concreto. A relação de desconformidade entre a Constituição e o comportamento estatal, todavia, há de ser necessariamente direta, que se traduza exatamente numa violação direta e imediata de uma norma constitucional.

Nesse sentido, o controle de constitucionalidade pode ser conceituado como “uma atividade de fiscalização da validade e conformidade das leis e atos do poder público à vista de uma constituição rígida, desenvolvida por um ou vários órgãos constitucionalmente designados” (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 38), sendo certo que dita atividade mantém íntegra a lei suprema do Estado, impedindo eventuais ataques aos preceitos que institui.

Ademais, a doutrina aponta alguns pressupostos inerentes à realização da mencionada atividade de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos do poder público, quais sejam: a existência de uma constituição formal, a sua compreensão como norma jurídica fundamental e, por fim, a existência de um ou mais órgãos responsáveis por esse controle (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 39).

Pelo fato de as constituições rígidas serem constituições formais, demandam um processo especial de revisão, que lhes confere estabilidade superior àquela que as leis ordinárias desfrutam, compondo-se uma hierarquia jurídica, em que as normas inferiores retirarão seu fundamento de validade da norma constitucional, daí resultando a necessidade de conformação daquelas em relação a esta, que culminará, em última análise, na necessidade de realização de um controle.

Esse controle acerca da constitucionalidade das leis, somente verificável numa constituição formal (ao menos no que tange ao controle das inconstitucionalidades materiais), já que as constituições não escritas são flexíveis, deriva da posição de hierarquia estabelecida entre as normas do sistema, sendo necessária a compreensão da constituição como uma norma jurídica fundamental, rígida e suprema, na medida em que deriva do poder constituinte originário, e organiza o Estado, limita os poderes e consagra direitos fundamentais.

Imperioso, ainda, é o estabelecimento de um ou mais órgãos responsáveis pelo dito controle de constitucionalidade, os quais terão um lugar que muitos têm por privilegiado, um lugar de verdadeira preeminência ou supremacia, podendo ter natureza jurídica ou mesmo política.

Feitas essas considerações acerca dos pressupostos inerentes à existência da configuração do estabelecimento de um sistema de controle de constitucionalidade em face da lei suprema de um Estado, imperioso registrar que este controle, no Brasil, tanto ocorre de forma difusa (casos concretos) como concentrada (abstratamente), de modo que será analisado apenas este último, já que tem eficácia *erga omnes* (para todos), não limitando seus efeitos às partes do processo.

2.2.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Ação e por Omissão

Como já anotado precedentemente, a Constituição pátria, na classificação do professor José Afonso da Silva, é integrada por normas de eficácia plena, contida e limitada, sendo que essa última diz respeito àquela que só produz seus efeitos típicos com a edição de uma lei, que a regulamente. Assim, essas normas constitucionais, embora vinculem o legislador à edição de uma lei com o conteúdo que se pretende regular, não estão aptas a produzir seus principais efeitos, os quais só serão atingidos com a edição da lei pretendida.

Antevendo a possibilidade de o legislador quedar-se inerte diante dos comandos constitucionais que lhe exigisse uma atuação, o constituinte sabiamente criou instrumentos capazes de compeli-lo a agir. Um desses instrumentos, previsto na Constituição de 1988, é a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que, em sede abstrata, visa ao controle da inação dos órgãos estatais, que comprometem sua efetividade.

Nesses termos, o parágrafo 2º, do art. 143, da nossa Magna Carta consigna que, declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao poder competente para a adoção das providências necessárias e, tratando-se de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

Discorrendo acerca do parâmetro e do objeto da referida ação de controle, o mestre Dirley da Cunha Júnior (2008a, p. 211), esclarece que “a ação direta de inconstitucionalidade por omissão tem por parâmetro todas as normas constitucionais que careçam de medidas de efetivação”, ou seja, as normas constitucionais de eficácia limitada, sendo que, em relação ao objeto, explica que “só as omissões inconstitucionais podem ser impugnadas pela ADIN por omissão”.

O procedimento da ação em comento está previsto na Lei nº 9.868/99, que em seu art. 2º elenca os legitimados para a sua propositura, quais sejam o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembléia Legislativa ou a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou o Governador do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o partido político com representação no Congresso Nacional e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Acontece que o Supremo Tribunal Federal consolidou jurisprudência no sentido de exigir ao Governador de Estado ou do Distrito Federal, e à confederação sindical ou da entidade de classe de âmbito nacional um vínculo de afinidade temática com o objeto litigioso, que intitulou de “pertinência temática”, ou seja, esses legitimados precisam demonstrar que têm interesse direto e ligação com o tema para a condução do processo, sendo que os demais constantes do rol do artigo 103 da Constituição são legitimados universais. A falta de legitimação, por sua vez, não deve conduzir à extinção do processo, devendo a Corte providenciar a substituição

processual, por conta da relevância das questões em debate, o que não vem sendo realizado (DIDIER JÚNIOR *et al*, 2008, p. 433-434).

Destarte, nos termos da referida lei, proposta a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, cuja petição inicial deverá conter o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado, com os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações, além do pedido, com suas especificações, serão solicitadas informações aos órgãos ou às autoridades responsáveis pela omissão censurada, que deverão ser prestadas no prazo de trinta dias, seguindo-se à audiência do Procurador Geral da República, que deverá manifestar-se no prazo de quinze dias.

Não obstante a previsão legal da oitiva do Procurador-Geral, “o Supremo Tribunal Federal tem entendido não ser necessária manifestação do Advogado-Geral da União na ação direta por omissão, tendo em vista a expressão literal do disposto no art. 103, § 3º, da Constituição” (BRANCO *et al*, 2009, p. 1247), sendo certo que essa orientação merece ser revista, vez que, nas hipóteses de omissões parciais, haveria necessidade de defesa do ato normativo objeto de controle.

Ademais, conforme redação do artigo 9º, do diploma legal supra referido, após manifestação do Procurador Geral, o relator da ação lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento, sendo-lhe facultado, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Registre-se, por derradeiro, que na linha de posicionamento da Corte Suprema, não se admite cautelar em ação direta de inconstitucionalidade por omissão, vez que, no mérito, a decisão desta ação apenas autoriza o Tribunal a cientificar o órgão inadimplente para que supra a omissão declarada inconstitucional, posicionamento que não se coaduna com as hipóteses de omissão parcial, em que se afigura prudente suspender previamente a aplicação na norma questionada, em sede cautelar.

2.2.2 Mandado de Injunção

O artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição pátria assim preceitua:

Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania do povo e à cidadania.

Trata-se, pois, de ação de controle concreto ou incidental de constitucionalidade das omissões do poder público, quando a inércia estatal torna inviável o gozo de um direito fundamental. Assim sendo, “o objeto do mandado de injunção é, sem dúvida, tornar viável o exercício de um direito fundamental, quer a obrigação de prestar o direito seja do poder público, quer seja do particular.” (CUNHA JÚNIOR, 2008a, p. 123).

Por seu turno, o professor Ricardo Silveira Ribeiro (2003, p. 116-117), reconhece a existência de três modalidades distintas de mandado de injunção, a depender da função que desempenham:

- a) Qualificador: trata-se de hipótese das mais tradicionais; neste o que se deseja é auxiliar o cidadão diante das omissões totais. Utiliza-se quando da não emissão de qualquer ato normativo para tutelar direitos constitucionais. Em verdade, inexistente o exercício de uma competência de qualificação-constitucionalmente atribuída, por parte do órgão omissor;
- b) Adequador: procura-se aqui ajudar o cidadão a livrar-se das terríveis consequências da inércia normativa perante as mudanças sociais. Há, em verdade, uma situação de descompasso entre uma velha normatização (dever-ser) e as novas e complexas mudanças sociais. Ainda não houve reconhecimento jurisprudencial desse tipo;
- c) Burilador: aqui, quer-se combater os efeitos resultantes de uma má regulamentação. Entende-se que não houve uma eficiente regulação capaz de contemplar todas as relações sociais juridicamente relevantes. Difere-se da situação anterior porque há uma deficiência contingente, isto é, ocorrida *a posteriori* da criação do ato normativo.

A classificação supra não destoaria da ideia de que a ação em comento destina-se à garantia dos direitos constitucionalmente consagrados, enunciados em normas que reclamam a *interpositio legislatoris* como fruição do direito ou da liberdade ali agasalhada, excluindo-se apenas aqueles direitos, liberdades e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Dito isto, mister analisar a questão da competência para o julgamento do mandado de injunção. Inicialmente, é de se constatar que o legislador constituinte já

traçou algumas regras a respeito de tema, fixando a competência do Supremo Tribunal Federal, no art. 102, I, “q” e II, “a”, do Superior Tribunal de Justiça, no art. 105, I, “h”, e da Justiça Eleitoral, no art. 121, § 4º, V.

Outra questão relevante reside na legitimidade ativa e passiva do mandado de injunção. Acerca da primeira, temos que “está legitimado para a sua impetração o titular do direito da liberdade constitucional ou da prerrogativa inerente à nacionalidade, à cidadania ou à soberania” (MACHADO, 2004, p. 96). Registre-se, ainda, que também tem legitimidade *ad causam* os entes coletivos em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

No que tange à legitimidade passiva, não há consenso nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial, isso por conta da relação existente entre esse tema com aquele referente aos efeitos do mandado de injunção, que também não encontra unanimidade, como veremos adiante. É o professor Carlos Augusto Alcântara Machado (2004, p. 100-101) que bem sintetiza as correntes firmadas acerca da matéria:

- a) órgão, autoridade ou entidade responsável pela elaboração da norma regulamentadora e, em litisconsórcio necessário, também a parte que irá suportar o ônus da decisão;
- b) somente a parte a quem caberá a obrigação de implementar o direito, disciplinado na decisão judicial;
- c) somente órgão, autoridade ou entidade responsável pela elaboração da norma regulamentadora.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, restou assentado que a legitimidade passiva exclusiva dessa ação é “da autoridade ou órgão responsável pela expedição da norma regulamentadora, não admitindo a Corte sequer o litisconsórcio passivo entre essas autoridades ou órgãos e os particulares que vierem a ser obrigados ao cumprimento da norma regulamentadora” (CUNHA JÚNIOR, 2008a, p. 125).

Frise-se, por importar, que o Ministro Carlos Mário da Silva Velloso, ex-membro da Corte Suprema, era voto vencido das questões acerca da matéria, ao acreditar que a ação em apreço tem como legitimados passivos “a pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que deva suportar os efeitos da sentença, que atuará em litisconsórcio com a autoridade ou entidade incumbida da elaboração da norma regulamentadora, fixando esta a competência do órgão julgador” (*apud* MACHADO, 2004, p. 101).

Em se tratando de ação integrante do sistema difuso incidental de constitucionalidade, o mandado de injunção não requer a observância de procedimento específico para seu processamento, de modo que a questão constitucional será suscitada como uma questão prejudicial de mérito. Outrossim, quando arguida perante tribunal, impende-se a observância dos artigos 480 e 482, do Código de Processo Civil.

Ditos dispositivos preveem que, arguida a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, ouvido o Ministério Público, não havendo pronunciamento do próprio tribunal ou do STF sobre a questão, submeter-lhe-á à turma ou câmara, a que tocar o conhecimento do processo, de modo que, sendo a alegação rejeitada, prosseguir-se-á o julgamento e, se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno.

Além disso, o diploma processual pátrio possibilita que o Ministério Público, as entidades públicas responsáveis pelo ato questionado e os legitimados arrolados no art. 103 da Constituição Federal possam se manifestar no incidente de constitucionalidade em curso perante os tribunais, no prazo fixado no Regimento Interno, admitindo, ainda, a possibilidade de o relator admitir, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, a manifestação de outros órgãos ou entidades no incidente de constitucionalidade.

Decidida a questão pelo plenário do tribunal ou órgão especial, o processo retorna à apreciação da turma ou câmara para julgamento acerca da pretensão formulada nos autos, sendo que esta estará vinculada aos termos do julgamento do plenário em relação à constitucionalidade.

2.2.3 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

O art. 102, parágrafo 1º, da Constituição de 1988, que introduziu no ordenamento pátrio a arguição de descumprimento de preceito fundamental, careceu de regulamentação infraconstitucional para alcançar sua exequibilidade, por se tratar de norma de eficácia limitada, a qual foi suprida com a promulgação da Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999, que regula seu processamento e julgamento.

Desse modo, a arguição de descumprimento de preceito fundamental deve ser entendida como “uma ação judicial especial destinada a provocar a jurisdição constitucional concentrada do Supremo Tribunal Federal para a tutela da

supremacia dos preceitos mais importantes da constituição”, ou seja, possibilita o controle difuso-incidental de constitucionalidade junto à Corte Suprema, inerente a um caso concreto, em razão de uma lesão ou ameaça de lesão decorrente de qualquer ato ou omissão do poder público e, ainda, realiza o controle abstrato de atos infralegais e concretos de quaisquer dos entes políticos (CUNHA JÚNIOR, 2008b, p. 582).

A ação em análise vocaciona-se à defesa exclusiva de determinadas normas consideradas como preceitos fundamentais, podendo se tornar um instrumento de controle das omissões do poder público, quando sua inércia infringir dispositivos dessa ordem. Nos dizeres do constitucionalista José Afonso da Silva (2002, p. 559), os preceitos fundamentais não se confundem com os princípios fundamentais, sendo mais amplos, abrangendo “a estes e todas prescrições que dão sentido básico do regime constitucional, como são, por exemplo, as que apontam para a autonomia dos Estados, do Distrito Federal e especialmente as designativas de direitos e garantias fundamentais (tít. II).”

Mais ampla também é a noção de descumprimento na arguição de preceito fundamental:

O conceito de ‘descumprimento’ para efeito da arguição de descumprimento de preceito fundamental é consideravelmente mais amplo do que o conceito de ‘inconstitucionalidade’ acima recordado, aplicável no âmbito das ações diretas (ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade). Assim, enquanto a inconstitucionalidade, no controle concentrado, limita-se à lei e aos atos normativos, o “descumprimento” da Constituição pode resultar tanto em razão da elaboração de lei ou de um ato normativo (incluindo os infralegais, como, v.g., os regulamentos), como em decorrência da expedição ou da prática de um ato não normativo (atos jurídicos concretos ou individuais e os fatos materiais) e de decisões judiciais, sejam estes atos provenientes dos órgãos públicos ou de pessoas físicas e jurídicas privadas.

Isso porque, relativamente à ‘inconstitucionalidade’, no controle concentrado, a Constituição referiu-se expressamente à lei e aos atos normativos como únicos atos suscetíveis de nela incidir, o que não se verificou em relação ao ‘descumprimento’, posto que, quanto a este, a Constituição somente limitou o parâmetro de controle, circunstância que permite a interpretação acima, de modo a aceitar-se que o descumprimento se dê por lei, por ato normativo ou não normativo, sejam públicos ou privados.

A lei n. 9.882/99, no entanto, reduziu o conceito de ‘descumprimento’ tão-somente aos atos do poder público. Mas manteve a idéia originária de abrangar todos os atos do poder público, sejam normativos ou não, compreendendo, inclusive, suas omissões. (CUNHA JÚNIOR, 2008b, p. 590).

O diploma legal disciplinador da arguição, qual seja a lei nº 9.882/99, logo em seu artigo 1º, tratou do seu processamento, prevendo sua propositura perante o Supremo Tribunal Federal, quando tiver por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do poder público, e também sua propositura de forma incidental, quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo do poder público.

Vê-se, pois, que há uma distinção clara entre a arguição de descumprimento de preceito fundamental proposta enquanto ação autônoma de controle de constitucionalidade, integrante do sistema concentrado-principal, e aquela do sistema concentrado-incidental, por força de um processo judicial em curso perante as instâncias ordinárias, tendo por finalidade a defesa de um interesse ou direito subjetivo de uma das partes, ambas, porém, suscitadas perante o Supremo Tribunal Federal, com processamentos diversos.

A arguição autônoma, integrante do sistema concentrado-principal, tem como legitimados ativos os mesmos da ação direta de inconstitucionalidade, elencados no rol do art. 103 da Magna Carta, sendo que é possível que o Supremo Tribunal Federal estenda o entendimento restritivo em relação à exigência de pertinência temática e demonstração de interesse de agir, como o fez em relação à ação direta de inconstitucionalidade. Já os legitimados passivos são as autoridades, órgãos ou entidades responsáveis pela prática do ato questionado ou da omissão censurada.

Em que pesem as considerações supra acerca dos legitimados para a propositura da arguição, pertinente se revela o comentário do professor Dirley da Cunha Júnior (2008b, p. 600) acerca da capacidade postulatória, que ora trasladamos, por concordarmos com ele em sua inteireza:

Segundo entendemos, todos os legitimados ativos da arguição de descumprimento de preceito fundamental, sejam universais ou especiais, à exceção do Procurador-Geral da República (por motivos óbvios), devem se fazer representar por advogado, uma vez que somente detêm a legitimidade *ad causam*, não dispondo de capacidade postulatória. Contudo, o Supremo Tribunal Federal, a propósito da ação direta de inconstitucionalidade, firmou uma orientação no sentido de que a capacidade postulatória é inerente à legitimidade conferida pelo art. 103, limitada, contudo, às hipóteses dos incisos I a VII. Isso leva a crer que a Corte estenderá essa sua posição à arguição de descumprimento, sobretudo em razão da redação constante do parágrafo único do art. 3º da Lei 9.882/99, segundo a qual 'a petição inicial acompanhada de instrumento de mandato, se for o caso, será apresentada em duas vias, devendo conter cópias do ato questionado e dos documentos necessários para comprovar a impugnação'. Assim, a manter-se a

jurisprudência do STF, a exigência de instrumento de mandato só se aplicará, também na arguição de descumprimento de preceito fundamental, ao partido político com representação no Congresso Nacional, à confederação sindical e à entidade de classe de âmbito nacional.

Em relação ao procedimento da arguição, a Lei disciplinadora da matéria estabelece que a petição inicial terá que conter a indicação do preceito fundamental que se considera violado, a indicação do ato questionado, a prova da violação do preceito fundamental, o pedido, com suas especificações e, se for o caso, a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado, sendo possível o pedido de liminar, que poderá consistir na determinação para que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição, salvo se decorrentes de coisa julgada.

Ademais disso, apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias e, caso entenda necessário, poderá ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito para que emita parecer sobre a questão, ou, ainda, realizar audiência pública com pessoas com experiência e autoridade na matéria. Findo o prazo das informações, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os ministros, e pedirá dia para julgamento, que só ocorrerá se presentes na sessão pelo menos dois terços dos Ministros.

Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental, podendo o presidente do Tribunal determinar o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente.

Importa ressaltar, outrossim, o caráter de subsidiariedade que o Supremo Tribunal Federal vem atribuindo à ação em apreço, por interpretação literal do § 1º, do artigo 4º, do referido diploma legal, que estabelece que “não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.” Na linha de posicionamento da Corte, da qual ousamos discordar, o ajuizamento da arguição fica condicionado à ausência de

qualquer outro meio processual apto a sanar, de modo eficaz, a situação de lesividade indicada pelo autor.

Nessa perspectiva, lamentavelmente, a arguição, deixa de ser um instrumento eficaz contra as ações e omissões do poder público violadoras daqueles preceitos que lhe dão fundamento, ditos fundamentais, relegada apenas àquelas hipóteses em que não é possível a utilização das ações diretas de constitucionalidade ou inconstitucionalidade.

Destarte, no julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 4, a Corte reconheceu a eficácia do instituto como instrumento apto a sanar a lesão a preceito fundamental decorrente de omissão do poder público, a despeito da regra da subsidiariedade, o que esperamos seja o despontar de uma nova linha de pensamento, a vir a ser firmada.

2.2.4 Entendimento jurisprudencial acerca dos efeitos das decisões nas ações de controle das omissões inconstitucionais

Há grande problemática a ser enfrentada no que tange aos efeitos decorrentes das decisões proferidas no mandado de injunção e na ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Isso porque tanto no âmbito doutrinário, como no jurisprudencial, não há consenso a respeito da questão, cingindo-se nossa abordagem central acerca dessa testilha.

No que tange aos efeitos do mandado de injunção, há divergentes posições a respeito matéria, quais sejam:

- (a) a que defende cumprir ao Poder Judiciário tão-somente elaborar a norma regulamentadora faltante;
- (b) a que sustenta caber uma simples declaração de inconstitucionalidade da omissão, dela dando conhecimento ao órgão competente para a adoção das providências cabíveis e, finalmente,
- (c) a que prega competir ao Poder Judiciário garantir o imediato exercício do direito fundamental frustrado em face da omissão do poder público. (CUNHA JÚNIOR, 2008^a, P. 128)

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, num primeiro momento, no julgamento do mandado de injunção nº 107-3, cujos termos foram reiterados nos mandados de injunção 42-5 e 168-5, considerou que a ação em comento tinha por objeto uma declaração, pelo Poder Judiciário, da ocorrência de omissão

inconstitucional, a ser comunicada ao órgão legislativo em mora para que promovesse a integração normativa do dispositivo constitucional nela objetivado, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. (CUNHA JÚNIOR, 2008a, p. 129)

Num segundo momento, no julgamento do mandado de injunção nº 238-5, a Corte Suprema alterou o entendimento anterior, assentando que, em face da mora legislativa, deve ser assinalado um prazo razoável para a elaboração da norma regulamentadora, findo o qual, persistindo a mora, deverá ser assegurado ao impetrante um título jurídico para obter do poder público, na instância ordinária, reparação por perdas e danos. (CUNHA JÚNIOR, 2008a, p. 130)

O mencionado mandado de injunção, impetrado em razão da mora legislativa na edição da lei necessária ao gozo do direito à reparação econômica contra a União, outorgado pelo artigo 8º, parágrafo 3º, do ADCT, foi parcialmente deferido para declarar em mora o legislador com relação a ordem de legislar contida no dito dispositivo, comunicando-o ao Congresso Nacional e a Presidência da República, assinar o prazo de quarenta e cinco dias, mais quinze dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada, e se, vencido esse prazo, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação à reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem, além de declarar que, prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudicará a coisa julgada, que, entretanto, não impedirá que o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável.

A posição do Supremo relatada alhures foi repetida no mandado de injunção nº 232-1, impetrado por conta da falta de regulamentação do disposto no parágrafo 7º, do artigo 195, da Constituição pátria, o qual foi parcialmente deferido para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, sejam adotadas as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do mencionado dispositivo, sob pena de, vencido esse prazo sem o cumprimento da obrigação imposta, passasse o requerente a gozar da imunidade requerida.

Já em relação aos efeitos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o § 2º, do artigo 103, da Constituição pátria, dispõe que a decisão que declarar a inconstitucionalidade dará ciência ao poder competente para a adoção

das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para suprir em trinta dias, como já relatado nas linhas precedentes.

Nesse sentido, na decisão proferida no Mandado de Injunção nº 107, a Corte adotou uma interpretação literal do dispositivo, limitando-se a declarar a configuração da omissão, determinando ao legislador a sua colmatação. “Assim, abstraídos os casos de construção jurisprudencial admissível e de pronúncia de nulidade parcial que amplie o âmbito de aplicação da norma, deveria o Tribunal limitar-se, por razões de ordem jurídico-funcional, a constatar a inconstitucionalidade por omissão do legislador.” (MENDES *et al*, 2009, p. 1249).

Tal posicionamento foi alterado parcialmente, na medida em que a referida Corte Constitucional, com vistas a sanar o estado de inconstitucionalidade, no julgamento da ADI 3.682, estabeleceu o prazo de dezoito meses ao Congresso Nacional para a adoção das providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, §4º, da Constituição, esclarecendo, todavia, não se tratar de imposição de um prazo para a atuação legislativa do órgão, mas apenas a fixação de um parâmetro temporal razoável.

Comentando o referido julgado, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes (2009, p. 1252) salienta que “a solução alvitada acabou por ensejar variante de decisão que estabelece prazo para a superação do estado de inconstitucionalidade decorrente da omissão”, o que nos revela a indicação de um novo pensar no âmbito da Corte Suprema, a sugerir uma evolução rumo à manutenção da integridade constitucional.

Por fim, no que tange aos efeitos da arguição de descumprimento de preceito fundamental, a Lei 9.882/99 estabelece o seguinte:

Art. 10. Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental.

§ 1º O presidente do Tribunal determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente.

§ 2º Dentro do prazo de dez dias contado a partir do trânsito em julgado da decisão, sua parte dispositiva será publicada em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União.

§ 3º A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.

Vê-se, pois, que a decisão proferida na arguição, reconhecendo, ou não, o descumprimento do preceito questionado, deverá ser comunicada, para cumprimento imediato, às autoridades ou órgãos responsáveis pelo ato ou omissão

em apreço, devendo ser determinado na decisão o modo de interpretação e a aplicação do dito preceito fundamental. Saliente-se, por importar, que em seu artigo 12, o referido diploma legal estabelece a irrecorribilidade e a não rescindibilidade da decisão.

Ademais, no que toca ao efeito vinculante da decisão, o professor Dirley da Cunha Júnior (2008b, p. 623) é quem mais uma vez salienta:

Questão polêmica diz respeito ao efeito vinculante dessas decisões, tendo em vista que foi concebido a partir do legislador ordinário. A propósito do assunto, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil propôs ação direta de inconstitucionalidade (ADIN 2.231-DF) impugnando, entre outros dispositivos, o § 3º do art. 10 da Lei 9.882/99, que fixou o efeito vinculante da decisão proferida no âmbito da arguição. O relator da ação, o Min. NÉRI DA SILVEIRA, proferiu voto no sentido de indeferir a liminar, quanto a este dispositivo, por entender que o efeito vinculante não tem natureza constitucional, podendo o legislador ordinário disciplinar a eficácia das decisões judiciais, especialmente porque a Constituição Federal remete expressamente à lei disciplinadora da ADPF. O julgamento sobre o pedido da medida cautelar, contudo, encontra-se suspenso em razão de pedido de vista do Min. SEPÚLVEDA PERTENCE.

Já em relação ao efeito *erga omnes*, a regra é excepcionada pelo artigo 11 da própria lei 9.888, que possibilita a restrição de efeitos da declaração de inconstitucionalidade, a partir do trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado, por maioria de dois terços dos membros da Corte Suprema, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, à similitude do que ocorre com a ação declaratória de inconstitucionalidade.

2.2.5 A mudança de posicionamento do STF

Como já demonstrado no tópico precedente, o Supremo Tribunal Federal inicialmente firmou entendimento no sentido de que o mandado de injunção, quando julgado procedente, constituía em mora o Legislativo, sendo que o direito constitucionalmente garantido e não satisfeito por conta de uma omissão do poder público não poderia ser suprido por um provimento jurisdicional.

Num segundo momento, passou a fixar prazo para que fosse suprida a omissão inconstitucional, deixando, entretanto, de estabelecer qualquer

consequência para a hipótese de não cumprimento da decisão, ao argumento de observância ao princípio da separação dos poderes.

Por seu turno, texto constitucional, em seu art. 5º, LXXI, consigna que o direito de greve dos servidores será exercido nos termos da lei, sendo que dita norma foi classificada pelo Supremo Tribunal Federal, em alguns julgados, a exemplo dos Mandados de Injunção nº 20, 485 e 585 como de eficácia limitada, o que implica dizer que sua aplicação e efetividade só poderiam ser plenamente alcançadas com a edição de uma lei regulamentadora (MENDES *et al*, 1999, p. 1265).

No julgamento do Mandado de Injunção nº 670 (2007), o Supremo Tribunal Federal, por maioria, alterando posicionamentos anteriores e adotando posição concretista frente à omissão legislativa em legislar acerca do direito de greve dos servidores públicos, conforme prescrição constitucional contida no art. 5º, LXXI, determinou a aplicação, no que compatível, das Leis 7.701/1988 e 7.783/1989 aos conflitos e às ações judiciais que envolvam a interpretação do direito de greve dos servidores públicos civis, conforme ementa parcialmente transcrita:

MANDADO DE INJUNÇÃO. GARANTIA FUNDAMENTAL (CF, ART. 5º, INCISO LXXI). DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS (CF, ART. 37, INCISO VII). EVOLUÇÃO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIAÇÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. EM OBSERVÂNCIA AOS DITAMES DA SEGURANÇA JURÍDICA E À EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL NA INTERPRETAÇÃO DA OMISSÃO LEGISLATIVA SOBRE O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS, FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS Nos 7.701/1988 E 7.783/1989. 1. SINAIS DE EVOLUÇÃO DA GARANTIA FUNDAMENTAL DO MANDADO DE INJUNÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). [...]

3. DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS. HIPÓTESE DE OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL. MORA JUDICIAL, POR DIVERSAS VEZES, DECLARADA PELO PLENÁRIO DO STF. RISCOS DE CONSOLIDAÇÃO DE TÍPICA OMISSÃO JUDICIAL QUANTO À MATÉRIA. A EXPERIÊNCIA DO DIREITO COMPARADO. LEGITIMIDADE DE ADOÇÃO DE ALTERNATIVAS NORMATIVAS E INSTITUCIONAIS DE SUPERAÇÃO DA SITUAÇÃO DE OMISSÃO. [...]

4. DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS. REGULAMENTAÇÃO DA LEI DE GREVE DOS TRABALHADORES EM GERAL (LEI No 7.783/1989). FIXAÇÃO DE PARÂMETROS DE

CONTROLE JUDICIAL DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE PELO LEGISLADOR INFRACONSTITUCIONAL. [...]

5. O PROCESSAMENTO E O JULGAMENTO DE EVENTUAIS DISSÍDIOS DE GREVE QUE ENVOLVAM SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS DEVEM OBEDECER AO MODELO DE COMPETÊNCIAS E ATRIBUIÇÕES APLICÁVEL AOS TRABALHADORES EM GERAL (CELETISTAS), NOS TERMOS DA REGULAMENTAÇÃO DA LEI Nº 7.783/1989. A APLICAÇÃO COMPLEMENTAR DA LEI Nº 7.701/1988 VISA À JUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS QUE ENVOLVAM OS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS NO CONTEXTO DO ATENDIMENTO DE ATIVIDADES RELACIONADAS A NECESSIDADES INADIÁVEIS DA COMUNIDADE QUE, SE NÃO ATENDIDAS, COLOQUEM "EM PERIGO IMINENTE A SOBREVIVÊNCIA, A SAÚDE OU A SEGURANÇA DA POPULAÇÃO" (LEI Nº 7.783/1989, PARÁGRAFO ÚNICO, ART. 11). [...]

6. DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIÇÃO DO TEMA NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS Nos 7.701/1988 E 7.783/1989.

Vê-se, pois, que diante da reiterada mora legislativa em dar efetividade ao comando constitucional insculpido no art. 5º, LXXI, da Constituição da República, a Corte, admitindo que a permanência da situação de não regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis contribui para a ampliação da regularidade das instituições de um Estado Democrático de Direito, adotou uma posição concretista como alternativa legítima de superação de uma omissão inconstitucional, que se arrastou por quase vinte anos.

No julgamento em comento, a Corte supriu a omissão legislativa, garantindo a satisfação da vontade do constituinte, que determinou fosse regulamentado o direito de greve dos servidores públicos, e, de forma inovadora, possibilitou o exercício desse direito fundamental por parte dos servidores, tendo por regulamento as regras estabelecidas para os trabalhadores em geral, enquanto perdurar a inércia do legislativo, a quem compete constitucionalmente a tarefa de legislar. Ou seja, o Supremo respeitou as funções constitucionais, na medida em que, ao impingir efeitos concretistas ao Mandado de Injunção em análise, apenas assegurou a integridade da Constituição, limitando sua incidência ao lapso temporal em que persistir a omissão, que deverá ser sanada pelo Legislativo.

O mesmo posicionamento foi adotado na aposentadoria especial do servidor público. Considerando que até o momento inexistente lei complementar para regular a

concessão de aposentadoria com regras especiais ao servidor público que trabalhe exposto a agentes nocivos à saúde, deficiente e que desenvolve atividade de risco, conforme determina o artigo 40, § 4º, da Constituição, o STF passou a determinar a aplicação do artigo 57, da Lei nº 8.213/91, que trata da aposentadoria especial no Regime Geral de Previdência Social, até que lei complementar nacional seja editada pelo Congresso Nacional:

EMBARGOS DECLARATÓRIOS - PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. Os embargos declaratórios visam ao aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, devendo, por isso mesmo, merecer compreensão por parte do órgão julgador. APOSENTADORIA ESPECIAL - SERVIDOR PÚBLICO - TRABALHO EM AMBIENTE INSALUBRE - PARÂMETROS. Os parâmetros alusivos à aposentadoria especial, enquanto não editada a lei exigida pelo texto constitucional, são aqueles contidos na Lei nº 8.213/91, não cabendo mesclar sistemas para, com isso, cogitar-se de idade mínima. (MI 758 ED / DF - DISTRITO FEDERAL. Relator Min. MARCO AURÉLIO. Julgamento: 08/04/2010).

Infere-se, pois, que a razão primeira do controle das omissões do poder público é afastar, com a máxima eficiência, a violação à Constituição, garantindo a supremacia constitucional. Acontece que, o Supremo havia sedimentado o entendimento, como já demonstrado, no sentido de que seu papel no julgamento das omissões legislativas restava limitado a reconhecer a omissão inconstitucional e determinar ao Legislativo o seu afastamento, com a edição da norma querida, constituindo-o em mora.

Indubitavelmente, a virada da jurisprudência implementada com o julgamento do Mandado de Injunção nº 670 (2007), como já analisado, foi um passo rumo à prevalência da Constituição. As soluções concretistas já vinham sendo, há muito, almejadas pelos doutrinadores, como se pode constatar do memorável excerto ora colacionado, de autoria do mestre Barbosa Moreira (*apud* MACHADO, 2004), que parecia antever a interpretação a ser dada a respeito dos efeitos do mandado de injunção:

O melhor modo de compreender um remédio processual é aquele que leve a atribuir-lhe o máximo possível de eficácia. Conceber o mandado de

injunção como simples meio de apurar a inexistência da ‘norma regulamentadora’ e comunicá-la ao órgão competente para a edição (o qual, diga-se entre parênteses, presumivelmente conhece mais do que ninguém as suas próprias omissões...) é reduzir a inovação a um sino sem badalo. Afinal, para dar ciência de algo a quem quer que seja, servia – e bastava – a boa e velha notificação. Nem se responda que a isto, ou a pouco mais, se reduz em verdade, na própria Carta da República, a ação declaratória de omissão, prevista no art. 103, § 2º (...). Não se afigura crível, com efeito, que a Constituição haja querido fazer uma coisa só de dois instrumentos que forjou separadamente: um deles, é óbvio, estaria sobrando. A assimilação mostra-se descabida – e funesta; despoja de individualidade o mandado de injunção e subtrai-lhe toda e qualquer possibilidade de frutificar. Sejamos sinceros: quem sairá de seus cuidados para requerer providência tão inócua?

A prevalecer esse entendimento, como há motivos para temer que aconteça, mais valerá que (na primeira reforma constitucional), se suprima pura e simplesmente o inciso LXXI do art. 5º. O mandado de injunção, porém, merece sorte melhor que essa morte precoce e inglória. Não será tempo, ainda de salvá-lo? A última palavra, naturalmente, caberá ao legislador, que mais cedo ou mais tarde terá que regular a matéria.

Enquanto isso, é desejar que ninguém assuma, para com instituto de tão interessantes potencialidades, o triste papal de coveiro apressado.

Nessa linha de raciocínio, Flávia Piovesan (1995, p. 109-110), inspirada na jurisprudência constitucional alemã, que, nas hipóteses de omissão passível de suprimimento, possibilita os tribunais emprestar eficácia plena aos preceitos fundamentais, reconhece a possibilidade de serem conferidos efeitos concretistas à ação de inconstitucionalidade por omissão, conciliando-se o princípio da prevalência constitucional com o princípio da separação dos poderes, nos termos seguintes:

Isto é, haveria que se distinguir o dever constitucional de legislar, suscetível de complementação ou suprimimento, daquela exigência insuprível na via judicial, posto que requer, necessariamente, a intervenção insubstituível do legislador. Vale dizer, caberia ao Poder Judiciário a seguinte avaliação: se se pode atribuir razoável eficácia à norma constitucional sem a intervenção do legislador, tendo em vista a existência no sistema constitucional de elementos mínimos necessários à aplicação normativa, devem os Tribunais aplicá-la sob o fundamento de que o órgão legislativo não honrou o encargo que lhe foi imposto. Esta avaliação está centrada na possibilidade do Poder Judiciário, através do processo de concretização, emprestar eficácia ao preceito constitucional que exige regulamentação.

Ainda acerca desta proposição, cumpre observar que nas hipóteses constitucionais passíveis de decisão normativa do Supremo Tribunal Federal, há o esforço de conciliar o princípio da prevalência constitucional com o princípio da separação dos poderes, na medida em que, declarada a inconstitucionalidade por omissão, é oferecido prazo razoável para o legislador adotar as providências cabíveis. Somente na hipóteses de não suprimimento da omissão é que poderia o Supremo Tribunal Federal, se fosse o caso, expedir decisão normativa provisória, a fim de tornar viável o preceito constitucional.

Sem embargo, o professor Dirley da Cunha Júnior (2008b, p. 646), que também advoga em sentido favorável à atribuição de efeitos concretistas às ações de controle das omissões do Poder Público, discorrendo sobre o tema no que toca à argüição de descumprimento de preceito fundamental, instrumento importante na efetivação da constituição, em que pese o caráter de subsidiariedade emprestado pelo Supremo Tribunal Federal, assevera o seguinte:

Assim, cumprirá ao Supremo Tribunal Federal, ao julgar procedente a argüição por omissão, assinalar um prazo razoável – que se propõe seja no máximo 100 dias, por aplicação analógica dos §§ 1º, 2º e 3º do art. 64 da Constituição Federal – para o órgão político suprir a omissão, sendo certo que, se este não o fizer neste prazo, poderá a própria Corte fazê-lo, com base nos instrumentos de integração previstos no art. 4º da LICC, formulando a regra adequada para a hipótese, que terá eficácia geral e vigorará provisoriamente até o órgão inerte resolver atuar. E isso exatamente porque ele não atuou. Neste caso – recorde-se o que já ficou sublinhado quanto à ação direta de inconstitucionalidade por omissão – estar-se-ia conciliando os princípios da autonomia do legislador (que não fica obrigado a legislar) e da supremacia dos preceitos constitucionais fundamentais (que são efetivados com a decisão judicial), sem que se vislumbre qualquer arranhão ao princípio da separação dos poderes ou divisão das funções estatais. Percebe-se à luz do problema, que é meramente ideológico, e não científico, o argumento de contrariedade ao dogma da separação de poderes, habitualmente invocado para recusar ao Poder Judiciário a função de integrar as omissões legislativas.

O fato é que, a persistir aqui a omissão do poder público, sem se tomar nenhuma providência eficaz e real capaz de removê-la, corre-se o risco de se ter de assistir ao deflagrar de um processo irreversível de falecimento do Estado Constitucional de Direito. E não é nenhum exagero supor que, neste caso, a ordem constitucional sucumbirá e o caos prevalecerá, pois não se está, na hipóteses de omissão aqui aventada, apenas descumprindo a Constituição, mas deixando de realizar os valores mais fundamentais que ela consagra. Fórmulas inúteis, como a simples “ciência” ao Poder competente para adotar as providências necessárias ao suprimento da omissão, não podem ser repetidas, sob pena de se incidir em equívocos do passado.

Nesse esteio, fácil é perceber que a solução concretista sobressai como uma alternativa de garantia à ordem constitucional, na medida em que o órgão guardião da Constituição passa a ter a possibilidade de, no caso concreto, sanar as omissões lesivas a esta, suprimindo as omissões do Poder Legislativo, o que não implica na usurpação de poder daquele. Ao contrário. Verifica-se, em verdade, que o Supremo Tribunal Federal, órgão integrante do Poder Judiciário, poderá, no caso concreto, cumprir uma de suas atribuições, colmatando a lacuna deixada por aquele órgão, apenas para assegurar a integridade constitucional.

Desta feita, a solução a ser aviltada pelo Supremo para suprir a omissão legislativa, garantindo a supremacia constitucional, não afastará a necessidade de atuação do Legislativo que, a qualquer tempo, poderá editar a lei indicada pelo constituinte, inovando na ordem jurídica e suprimindo de uma vez por todas dita omissão. Numa linha de comparação, similar fenômeno acontece com a edição de medidas provisórias pelo Executivo, como bem pontua Flávia Piovesan (2005, p. 110), ao afirmar que se trata de verdadeira função atípica do Executivo, admissível apenas em casos de relevância ou urgência, vez que são precárias e temporárias, apresentando eficácia imediata e só se convertendo em lei quando aprovada pelo Congresso Nacional.

Obviamente que se há de reconhecer que a conferência de efeitos concretistas a cada uma das ações de controle das omissões do poder público em análise, importaria em soluções diversas, considerando as características e funções distintas de cada uma delas: o mandado de injunção tem por fim tornar viável o exercício de direitos fundamentais, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão presta-se a tornar efetiva norma constitucional, e, por fim, a arguição de preceito fundamental deverá ter o efeito de suprir a omissão violadora do preceito fundamental.

Infere-se, desse modo, que os efeitos concretistas a serem conferidos a cada uma dessas ações terá uma conotação diversa, na medida em que, ao Supremo Tribunal Federal suprir a omissão inconstitucional, terá que reconhecer outras consequências, a depender da ação, em conformidade com as funções supra mencionadas.

Fato é que o reconhecimento dessa possibilidade de o Supremo Tribunal Federal agir de forma a concretizar a constituição, dando eficácia plena às suas normas que carecem de regulamentação legislativa, indubitavelmente nos conduz à garantia da ordem constitucional, na medida em que se reconhece seu *status* de norma suprema, fundante do Estado e proclamadora dos direitos e garantias fundamentais, de onde as demais normas retirarão seu fundamento de validade.

2.3 O JUDICIÁRIO E OUTROS INSTRUMENTOS DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

2.3.1 Ações individuais

A Constituição Republicana, além de ter incumbido o Supremo Tribunal Federal de ser seu guardião, legitimando algumas pessoas para manejar ações com este propósito, como já se consignou precedentemente, também possibilita qualquer pessoa ajuizar ações no Judiciário com vistas a resguardar lesão ou ameaça de lesão a direito. Assim é a redação do artigo 5º, XXXV, que expressamente estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Desta feita, é comum a propositura de ações individuais, sejam elas singulares ou plúrimas, a exigir do Poder Público uma atuação concreta objetivando a efetivação de direitos, como uma vaga na escola, um medicamento ou exame não disponibilizado pelo Sistema Único de Saúde ou até mesmo o pagamento de tratamentos ainda em fase experimental.

E nestas situações, é comum a obtenção de sentenças favoráveis, a exigir, portando, do Estado, uma atuação específica naquele caso concreto. Sobre o tema, Hermes Zaneti Júnior afirma (2011, pp. 56-57):

O direito individual à saúde, por exemplo, como direito subjetivo que é, poderá encetar a apreciação judicial de um caso concreto e individual, mesmo que a generalização do caso leve o Estado a prover, *a posteriori*, uma política pública eficiente para solucionar os casos análogos. Ante o que sustentamos, é incorreto afirmar que as políticas públicas somente veiculam programas coletivos, sendo impossível sua sindicabilidade individual. Da mesma forma, é incorreto afirmar que o interesse público encontra-se apenas nos direitos coletivos. Tanto os direitos individuais quanto os direitos coletivos traduzem momentos da evolução das dimensões dos direitos fundamentais, não podendo ser suprimidos. Ademais, de um mesmo fato poderão surgir ilícitos e lesões aos direitos coletivos e aos direitos individuais – o que ensejará a análise judicial de ambos.

Assim, é extremamente comum no cotidiano dos brasileiros o manejo de ação judicial individual para a realização de direitos fundamentais, máxime no âmbito das políticas públicas de saúde pública ou mesmo na seara privada, como pretensões contra operadoras de saúde determinando a realização de procedimentos cirúrgicos e internações com base em relação contratual.

2.3.2 Ações coletivas

Outro tipo de ações são aquelas coletivas, em que são deduzidos em juízo direitos ou interesses coletivos que suplantam os individuais. Nestas demandas o autor da ação age em nome da coletividade, o que se denomina de substituição processual.

São exemplos de ações coletivas a ação civil pública, a ação popular e o mandado de segurança coletivo. A ação civil pública é regulada pela Lei 7.347/85 e se destina à tutela de qualquer interesse difuso ou coletivo, dentre eles o direito fundamental à saúde.

Possui legitimidade ativa para propor ação civil pública o Ministério Público; a Defensoria Pública; as entidades políticas, inclusive o Distrito Federal; as entidades da Administração Pública Indireta, ou seja, as autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista e as associações constituídas há pelo menos um ano, desde que incluam o objeto da ação tenha ligação com os seus objetivos institucionais.

Já a legitimidade passiva, no caso de ação civil pública que busca efetivar direitos fundamentais será da entidade pública responsável por sua efetivação, não raras vezes havendo responsabilidade solidária entre todos os entes políticos, como ocorre com a saúde pública.

Já a ação popular poderá ser ajuizada por qualquer cidadão, tendo como objetivo anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, nos termos do artigo 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal.

Ao contrário da ação civil pública, não é comum o manejo da ação popular na efetivação do direito fundamental à saúde, exceto nas situações em que a causação de degradação ambiental também ameace diretamente a saúde, servindo esta ação indiretamente à sua tutela.

De seu turno, o mandado de segurança coletivo é previsto no artigo 5º, inciso LXX, da Constituição, podendo ser proposto por partido político com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

É regulamentado pela Lei 12.016/2009, sendo cabível para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que,

ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

Destarte, contra os atos comissivos ou omissivos das autoridades das entidades políticas que atentem contra o direito fundamental à saúde, poderá ser ajuizado um mandado de segurança coletivo para proteger direitos da coletividade, dos sindicalizados ou dos associados.

3 POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE: UM INSTRUMENTO EM FAVOR DA SEGURANÇA SOCIAL

3.1 POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE: CONCEITO E CONTROLE PELO JUDICIÁRIO

Já foi delineado precedentemente o papel do Supremo Tribunal Federal na guarda da Constituição e, por consequência, na manutenção da ordem constitucional, o que implica dizer que a ele foi dado o dever de controlar as ações e omissões do Executivo e do Legislativo que insistam em transgredir o Texto Maior, através do julgamento das ações que integram o controle concentrado de constitucionalidade.

Entretanto, em que pese essa incumbência tenha sido atribuída ao STF, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, certo é que a Constituição de 1988 dotou todo o Judiciário de competência para reconhecer, quando demandado, eventual violação ao seu texto, declarando a desconformidade da atuação legislativa ou executiva com seus comandos.

Desta feita, além do manejo de ações próprias com o fim de se reconhecer uma inconstitucionalidade na atuação legislativa ou executiva, é possível que este mesmo mister seja alcançado com o manejo de ações outras. Ademais, a própria Constituição também possibilita o ajuizamento de ações individuais e coletivas a exigir do Poder Público atuações concretas com vistas a efetivação de direitos constitucionalmente assegurados, sobressaindo-se aquelas ligadas à efetivação do direito à saúde pública, já que umbilicalmente ligado ao direito à vida.

Assim, avulta a necessidade de avaliar o real papel do Judiciário e perquirir de que maneira ele pode influenciar na elaboração e na efetivação das políticas públicas, quais os entraves que enfrenta, sua legitimidade para tal e seus limites.

Antes de adentrar ao mérito da questão que ora se analisa, mister trazer a baila o conceito de política pública. Ora, a política não é toda e qualquer atuação do Executivo, sendo certo que uma eventual ação judicial a exigir do Estado um medicamento ou um determinado tratamento não implica interferência na definição e elaboração das políticas, mas, entretanto, pode influenciá-las, na medida em que é despendido um recurso público para seu atendimento, podendo vir a influenciá-las.

Oswaldo Canela Júnior (2011, p. 147) define política pública como sendo “todos os atos legislativos e administrativos necessários à satisfação espontânea dos direitos fundamentais sociais.” Assim, defende que ao se estabelecer o direito fundamental social, o Legislativo e o Executivo, no âmbito de suas competências constitucionais, “têm o dever de promover a sua irradiação formal e material”.

Já Leonardo Secchi (2010) optou por definir as políticas públicas enfrentando alguns nós conceituais, sendo que o primeiro deles se refere à abordagem, o segundo diz respeito à possibilidade de as omissões serem consideradas políticas públicas e o último aborda o nível de operacionalização da diretriz.

Deste feita, o referido autor defende que a política pública deve ser abordada de forma multicêntrica, eis que esta abordagem “adota um enfoque mais interpretativo e, por consequência, menos positivista, do que seja uma política pública”, além do que se evita “uma pré análise de personalidade jurídica de uma organização antes de enquadrar suas políticas como sendo públicas”, destacando, por fim, a distinção entre esfera pública e esfera privada, em detrimento da diferenciação entre estatal e não estatal, considerando a mutabilidade do papel do estado ao longo do tempo e em cada lugar (SECCHI, 2010, p. 3).

No que toca à possibilidade de as omissões serem consideradas políticas públicas, Leonardo Secchi (2010, pp. 4-5) não concorda com esta ideia, asseverando que “políticas públicas são operacionalizadas com orientações persuasivas ou discursivas”, resultando de uma “diretriz intencional, seja ela uma lei, uma nova rotina administrativa, uma decisão judicial etc.”

Ademais, para o autor, “o nível de operacionalização da diretriz não é um bom critério para o reconhecimento de uma política pública, pois, no limite, excluiria da análise os problemas públicos municipais, regionais, estaduais e aqueles intraorganizacionais que também se configuram como problemas públicos”. Destarte, defende que “são políticas públicas tanto as diretrizes estruturantes (de nível estratégico) como as diretrizes de nível intermediário e operacionais” (SECCHI, 2010, p. 5).

Nesta perspectiva, Maria Paula Dallari Bucci (2011, p. 251-252) reconhece que política pública é uma expressão polissêmica, que só pode ser estipulativa, não admitindo, de igual modo, as omissões como integrantes dela. Desse modo, confira-se sua conceituação:

As políticas são instrumentos de ação dos governos – o *government by policies* que desenvolve e aprimora o *government by Law*. A função de governar – o uso do poder coativo do Estado a serviço da coesão social – é o núcleo da ideia de política pública, redirecionando o eixo de organização do governo da lei para as políticas. As políticas são uma evolução em relação à ideia de lei em sentido formal, assim como esta foi uma evolução em relação ao *government by men*, anterior ao constitucionalismo. E é por isso que se entende que o aspecto funcional inovador de qualquer modelo de estruturação do poder político cabará justamente às políticas públicas.

Por tudo quanto exposto, é preciso que se diga que as políticas públicas de saúde correspondem àquelas que concretizam o direito à saúde e, por consequência, o próprio direito à vida. Assim sendo, a Administração Pública possui o papel de implementar as políticas criadas ou definidas pelo Legislador, cabendo ao Judiciário o seu controle. Acontece que esta divisão vem sendo posta em cheque, na medida em que o Judiciário vem sendo instado a se manifestar acerca das escolhas e prioridades da Administração.

A definição das políticas de saúde, e sua conseqüente implementação, engloba uma trajetória complexa, não apenas do ponto de vista normativo, mas também operacional, considerando as mais variadas necessidades da população. No que concerne, por exemplo, à política do Estado Brasileiro acerca dos medicamentos, Sueli Gandolfi Dallari (2010, p. 67-68) explica que:

Para configurar a oferta de medicamentos ajustada às necessidades do país, o Brasil adotou a Relação de Medicamentos Essenciais (RENAME). Trata-se de identificar, com base na situação epidemiológica, os maiores problemas de saúde e os medicamentos básicos indispensáveis para seu tratamento. Tais medicamentos devem estar continuamente disponíveis para a população que deles necessita. Para garantir que a oferta seja composta por medicamentos eficazes, seguros e com qualidade, o governo brasileiro deve exigir o cumprimento da regulação sanitária e reestruturar a Rede Brasileira de Laboratórios Analítico-Certificadores em Saúde (REBLAS), para a verificação da conformidade do medicamento aos padrões registrados. Para promover a capacidade de fabricação local de medicamentos, o Brasil deve estabelecer um incentivo para a capacitação e o desenvolvimento tecnológico nacional (especialmente aqueles constantes da RENAME) e incentivar a pesquisa visando ao aproveitamento do potencial terapêutico da flora e fauna nacionais, além de estimular a produção dos laboratórios oficiais, cuja produção se destina ao SUS.

[...]

O exame da atuação do Estado brasileiro relativa à política de medicamentos permite concluir, sem hesitação, que ela se tem pautado pelo respeito aos vários fatores nela envolvidos, não só os epidemiológicos, como também os clínicos e os econômicos. No que concerne mais diretamente aos aspectos econômicos, o Brasil instituiu o monitoramento do mercado farmacêutico. Atualmente, o controle de preços de medicamentos no Brasil encontra-se disciplinado pela Medida Provisória nº 123, de 26 de junho de 2003, e pelo Decreto nº 4.766 da mesma data. Criou-se a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED), com a finalidade de

acompanhar os números do mercado, criar políticas de regulação, além de evitar e coibir excessos em relação aos preços de medicamentos. Sua presidência é ocupada pelo Ministério da Saúde e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) exerce hoje o papel de Secretaria Executiva. Igualmente relacionada ao controle de preços de medicamentos, a RDC nº 136 da ANVISA prevê que as indústrias interessadas em registrar um produto novo, inovador ou de referência, devem apresentar, no ato do pedido do registro, um relatório contendo a previsão dos preços desses produtos, como requisito para a análise de concessão do registro. Pode-se concluir, assim, que tanto o Ministério da Saúde quanto a ANVISA participam, de acordo com suas competências legais e institucionais, do controle dos preços dos medicamentos, buscando harmonizar os interesses privados aos interesses públicos e, desse modo, regular o mercado farmacêutico de forma coerente e condizente com as necessidades da população e os interesses da indústria farmacêutica.

Ora, quando se fala em política pública de saúde não se pode esquecer que sua implementação corresponde à concretização do próprio direito à saúde, de modo que eventual omissão, seja do Legislativo, seja do Executivo, no que toca a elas, põe em cheque a própria ordem constitucional. Este é o ponto de partida para se possibilitar o controle judicial de políticas, especialmente na área de saúde, dada a sua relevância.

Assim, o Judiciário deve conhecer das ações propostas com fim de controlar as políticas públicas de saúde, garantindo a efetivação deste direito, ainda que advenha dificuldades operacionais no curso do processo, as quais poderão ser sanadas com a nomeação de peritos, além da realização de consultas e audiências públicas.

Sobre o tema, vale transcrever trecho do voto do então Ministro do Supremo Tribunal, Celso de Melo:

[...] O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional [...] (RE 393175 AgR, de 12.12.2006).

Deste modo, a judicialização das políticas não corresponderia à alteração da função Judicial, posto que a este órgão foi destinada a atribuição de zelar pela

incolumidade constitucional. Ou seja, admitir a interferência do Judiciário quanto à criação ou definição de políticas públicas corresponde, em verdade, a assegurar sua função de guardião da constituição, na medida em que as políticas são instrumentos para a concretização dos direitos fundamentais, notadamente na área social.

Assim, já desponta com relativo consenso a possibilidade de se exigir judicialmente do administrador público a implementação de políticas públicas, ou mesmo a sua adequação às diretrizes, princípios e conteúdos determinados pela Constituição, porém há muitas dúvidas e divergências sobre a forma de cumprimento, limites e meios legais aptos à sua exigibilidade (BARROSO, 2007; VENTURA, *et al*, 2010).

Afigura-se, pois, possível o controle judicial das políticas públicas na área da saúde, mormente para garantir as medidas básicas e urgentes para a prosperidade da vida, vez que se cuida de direito fundamental ligado ao mínimo existencial, conforme já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, a exemplo do Recurso Especial nº 1041197, de relatoria do Ministro Humberto Martins, julgado em 25.08.2009, conforme trecho abaixo transcrito:

ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS – POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS – DIREITO À SAÚDE – FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTOS A HOSPITAL UNIVERSITÁRIO – MANIFESTA NECESSIDADE – OBRIGAÇÃO DO ESTADO – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – NÃO-OPONIBILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL.

1. Não comporta conhecimento a discussão a respeito da legitimidade do Ministério Público para figurar no pólo ativo da presente ação civil pública, em vista de que o Tribunal de origem decidiu a questão unicamente sob o prisma constitucional.

2. Não há como conhecer de recurso especial fundado em dissídio jurisprudencial ante a não-realização do devido cotejo analítico.

3. A partir da consolidação constitucional dos direitos sociais, a função estatal foi profundamente modificada, deixando de ser eminentemente legisladora em pró das liberdades públicas, para se tornar mais ativa com a missão de transformar a realidade social. Em decorrência, não só a administração pública recebeu a incumbência de criar e implementar políticas públicas necessárias à satisfação dos fins constitucionalmente delineados, como também, o Poder Judiciário teve sua margem de atuação ampliada, como forma de fiscalizar e velar pelo fiel cumprimento dos objetivos constitucionais

[...]

Destarte, João Luiz M. Esteves (2007, p. 92) acredita ser o principal desafio do Supremo Tribunal “dar resposta à acentuada judicialização dos conflitos sociais, uma vez que é o órgão principal de todo o sistema judiciário”. Nesse sentido, esse já vem reconhecendo, em algumas situações, a possibilidade de controlar as políticas

públicas, assegurando concretamente bens da vida amparados pela Constituição (RE 603575, SL 47, RE 41075, ARE 639337).

Entretanto, como já anunciado, não há um tratamento sistemático da matéria, razão pela qual, dada sua relevância, é preciso debater os entraves até então apontados como relevantes, tais como a separação dos Poderes estatais e a insuficiência de recursos (BUCCI, 2006; CANELA JÚNIOR, 2011; ESTEVES, 2007).

E, em verdade, a Corte Suprema vem assim procedendo no julgamento de algumas ações, notadamente com vistas à concretização do direito à saúde, cujo número de demandas é acentuado, mormente pela sua relevância e, ao mesmo tempo, pela dificuldade de sua concretização. A salvaguarda do direito à saúde pública engloba atuações múltiplas, que envolvem desde a construção de hospitais e postos de saúde, até a definição de procedimentos, tratamentos e remédios a serem disponibilizados.

No julgamento do Agravo Regimental na suspensão de liminar nº 47, interposto pelo Estado de Pernambuco, na qual o então presidente do Supremo Tribunal, Ministro Nelson Jobim, indeferiu o pedido de suspensão dos efeitos da medida liminar proferida pelo Juízo Federal da 8ª Vara de Petrolina, nos autos de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal e Estadual contra o Município de Petrolina e a União, a fim de que adotasse oito providências administrativas imediatas para melhoria do atendimento do Hospital Dom Malan, a Corte enfrentou a matéria e entendeu pela possibilidade do controle judicial de política pública, conforme excerto ora trasladado do voto do Ministro Celso de Melo:

[...] a incumbência de fazer implementar políticas públicas fundadas na Constituição poderá atribuir-se, ainda que excepcionalmente, ao Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie ora em exame.

[...] é preciso enfatizar que o dever estatal de atribuir efetividade aos direitos fundamentais, de índole social, qualifica-se como expressiva limitação à discricionariedade administrativa.

Isso significa que a **intervenção jurisdicional, justificada pela ocorrência de arbitrária recusa governamental em conferir significado real ao direito à saúde, tornar-se-á plenamente legítima** (sem qualquer ofensa, portanto, ao postulado da separação de poderes), **sempre que se impuser, nesse processo de ponderação de interesses e de valores em conflito, a necessidade de fazer prevalecer a decisão política fundamental que o legislador constituinte adotou em tema de respeito e proteção ao direito à saúde. (grifo nosso)**

De acordo com o aludido voto do Ministro Celso de Melo, reconhecido pelos colegas, na ocasião do referido julgamento, como de alta qualidade, apelidado de divisor de águas, que ficaria marcado na história do Tribunal, resta clara a opção da Corte pela possibilidade de interferência judicial nas políticas públicas, já que, em face da inércia estatal em concretizar direito constitucionalmente assegurado, sobreleva-se o dever de o Judiciário intervir, na condição de guardião do Texto Maior.

É necessário consignar que, nas situações em que o Legislativo ou o Executivo insistem em persistir na inércia diante de comandos constitucionais que determinam sua atuação, não se está diante de uma faculdade de agir, mas sim de um dever imposto pelo constituinte, que diz respeito à efetivação de direito fundamental, cuja aplicabilidade é imediata.

Destarte, não é possível conviver com a inércia estatal diante de comandos constitucionais que conferem direito de natureza prestacional aos administrados, qual seja o direito à saúde pública, cuja aplicação deve ser plena e imediata, sob pena de ser colocada em cheque a ordem constitucional vigente. Neste sentido, vale ainda transcrever outra passagem do mencionado voto do Ministro Celso de Melo, no julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 47, do Estado de Pernambuco:

Tratando-se de típico direito de prestação positiva, que se subsume ao conceito de liberdade real ou concreta, a proteção à saúde – que compreende todas as prerrogativas, individuais ou coletivas, referidas na constituição da República (notadamente em seu artigo 196) – tem por fundamento regra constitucional cuja densidade normativa não permite que, em torno da efetiva realização de tal comando, o Poder Público disponha de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação, e de cujo exercício possa resultar, paradoxalmente, com base em simples alegação de mera conveniência e/ou oportunidade, a nulificação mesma dessa prerrogativa essencial.

[...]

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

Saliente-se que a interferência do Judiciário, em situações como esta, depende de provocação, através da propositura de ações com este mister, sendo certo que a opção pela determinação da concretização de políticas públicas com vistas à efetivação do direito à saúde constitui, em verdade, o cumprimento de uma

de suas funções institucionais, qual seja a de zelar pela incolumidade do Texto Magno.

Ora, foi a própria Constituição que conferiu instrumentos próprios - as ações que integram o controle concentrado de constitucionalidade - a serem manejados por titulares por ela designados e, ao mesmo tempo, também dotou o Judiciário da prerrogativa de apreciar, seja em sede de controle abstrato de constitucionalidade ou através de ações coletivas, os pedidos referentes à concretização dos direitos fundamentais, no qual se destaca o direito à saúde.

Neste sentido, sobressai a decisão liminar proferida nos autos da Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal, juntamente com o Ministério Público do Estado da Bahia e com o Instituto para Desenvolvimento Ambiental – IDA, contra a União, a FUNASA e a empresa PLUMBUM Comércio e Representações de Produtos Minerais e Industriais Ltda, a exigir atuação na área de saúde, notadamente para amparar as vítimas da contaminação por chumbo e cádmio, na cidade de Santo Amaro, localizada no Recôncavo da Bahia.

A mencionada cidade de Santo Amaro, que desde o ano de 2000 tem população em torno de 58 mil habitantes e cujo IDH situa-se em 44º lugar dentre os municípios da Bahia, sediou na década de setenta uma fábrica da Companhia Brasileira de Chumbo- Cobrac, pertencente ao grupo francês Penarroya Oxide, hoje Penox Group, um dos líderes mundiais na produção de óxido de chumbo, com atividades na Alemanha, Espanha e México. Em dezembro de 1993, já com o nome de Plumbum, a fábrica fechou as portas sem avisar, tendo produzido ao longo de seus trinta e dois anos de funcionamento cerca de quinhentas mil toneladas de escória, que foi parcialmente utilizada pela Prefeitura local para fazer pavimentação das ruas, vitimando a população de forma permanente e irreversível (NUZZI, 2013).

Desta feita, considerando notória a contaminação de pessoas no Município de Santo Amado, já tendo o Poder Público grande conhecimento acerca da matéria, o juiz assim decidiu:

[...] DEFIRO o pleito antecipatório no sentido de determinar às co-rés, UNIÃO e FUNASA, que adotem as providências necessárias à implantação, em prazo não superior a seis meses, de um centro de referência para tratamento de pacientes vítimas de contaminação por metais pesados, no Município de Santo Amaro, do que não pode mais se omitir o Poder Público, considerando a responsabilidade que lhe cabe a partir da matriz constitucional (saúde como direito de todos e dever do Estado - art.196), dos normativos invocados nas diversas promoções do MPF, do disposto nos arts.16 e 17 da Lei 8.080/90 , e, sobretudo, da realidade dramática da

população afetada, fato notório, já levado ao conhecimento dos mais elevados níveis da Administração Federal, inclusive da Presidência da República por conduto da iniciativa de parlamentares baianos. 9.1 Em 30 (trinta) dias os agentes públicos responsáveis devem comprovar nos autos a adoção das medidas iniciais visando o cumprimento da ordem supra (alocação de recursos, instalação de estrutura de atendimento emergencial, confecção de projetos etc...). [...]

A decisão liminar cujo trecho foi transcrito acima foi cassada pelo Presidente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em Suspensão de Segurança proposta pela União e pela FUNASA, podendo ainda vir a ter efetividade, em razão da coisa julgada confirmando a liminar, mas de todo modo já é digna de registro, em razão de seu pioneirismo em admitir o controle judicial de política pública e determinar atuação específica pelo Executivo, notadamente para satisfazer o direito fundamental à saúde de uma população contaminada por metais pesados, em decorrência direta da omissão estatal, que por mais de trinta anos tolerou a atuação irregular da fábrica no município de Santo Amaro.

Logo, este caso concreto em Santo Amaro revela a controvérsia sobre os limites judiciais ao controle das políticas públicas de saúde, pois o juiz de 1º grau determinou a construção de hospital na cidade para amparar as pessoas contaminadas pelo chumbo, ao passo que o Presidente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região suspendeu a decisão, não admitindo essa intervenção na política de saúde.

3.1.1 Alcance e limites do controle judicial à luz da jurisprudência do STF

Como já demonstrado, começam a despontar julgados admitindo o controle judicial de políticas públicas, especialmente para possibilitar a efetividade do direito à saúde, mas ainda é preciso refletir sobre o real papel do Judiciário, de acordo com a ordem constitucional vigente. Neste sentido, há na doutrina basicamente três posições sobre a matéria:

No debate jurídico atual, há três posições sobre a eficácia do direito à saúde, que se desdobram em análises acerca das possibilidades de atuação do Judiciário na determinação de prestações a serem cumpridas pelo SUS.

1. Uma primeira posição entende que a eficácia desse direito deve ser restrita aos serviços e insumos disponíveis do SUS, determinados pelo gestor público.
2. Uma segunda compreende que o direito à saúde implica garantia do direito à vida e integridade física do indivíduo, devendo o Judiciário

considerar a autoridade absoluta do médico que assiste ao autor da ação judicial, obrigando o SUS a fornecer o tratamento indicado.

3. Uma terceira posição defende que a eficácia do direito à saúde necessita ser a mais ampla possível, devendo o Judiciário – na análise do caso concreto – ponderar direitos, bens e interesses em jogo, para fixar o conteúdo da prestação devida pelo Estado. (VENTURA, *et al*, p. 86)

De todo modo, é preciso considerar que a função do Judiciário no que toca às políticas públicas de saúde não é ilimitada. Ora, este órgão tem como função precípua a resolução de lides, de modo que, ao ser levada a seu conhecimento e julgamento uma omissão estatal consistente em violação ao direito da saúde, este poderá, a depender da índole da demanda, determinar atuações do Executivo, notadamente para concretizar o direito fundamental à saúde pública.

Para Sueli Gandolfi Dallari o controle judicial deve ser restrito e limitado, já que a implementação das políticas de saúde deve seguir parâmetros constitucionais e legais, incluindo o amplo debate com a sociedade, de modo que a intervenção judicial não pode desprezar esses elementos, conforme segue:

Não há dúvida, portanto, de que pode prevalecer a racionalidade jurídica no controle das normas técnicas relativas a questões sanitárias cujas respostas são políticas. O controle democrático da atuação dos órgãos técnicos nesse campo deve resultar da participação de pessoas exteriores à Administração buscando adequar os meios aos fins escolhidos e, também, do exercício regular do Poder Judiciário. É preciso, contudo, que esse poder comece por conhecer as políticas públicas relacionadas ao tema, certificando-se de que elas foram elaboradas segundo o processo previsto constitucionalmente, sobretudo se a comunidade participou efetivamente de sua formulação e segue controlando sua implementação. Isso para que ele possa confrontá-las com os padrões jurídicos aplicáveis ao caso concreto, mas principalmente para que ele possa exigir que tanto a elaboração quanto a execução de tais políticas sejam ajustadas aos requisitos constitucionais e legais. Sem assumir a necessária mediação do povo, a racionalidade jurídica será ineficaz como mecanismo de controle de órgãos técnicos, não se instalando a combinação recíproca entre a soberania do povo juridicamente institucionalizada e a não-institucionalizada.

A seu turno, Osvaldo Canela Júnior (2011, p. 148) acredita ser função precípua dos Poderes Legislativo e Executivo levar a efeito as políticas públicas necessárias para a satisfação espontânea dos direitos fundamentais, razão pela qual dispõem de ampla liberdade discricionária, de modo que a atribuição do Judiciário neste mister é residual, conforme explica:

O poder Judiciário tem uma atribuição constitucional residual em matéria de políticas públicas. Isto significa que a jurisdição não pode intervir indistintamente nas políticas públicas desenvolvida pelos demais poderes. Somente no caso de omissão ou de contrariedade com os núcleos

constitucionais de irradiação é que o Poder Judiciário intervém nas políticas públicas.

A intervenção do Poder Judiciário há de realizar-se preferencialmente por meio do processo de índole coletiva, uma vez que o processo de índole individual pode permitir o paradoxo da desigualdade – desde que não produza efeitos coletivos-, não promovendo o correto realinhamento das políticas públicas. Mencionado paradoxo poderá, então, causar desgaste indevido de todas as formas de expressão do poder estatal e a inconstitucionalidade reflexa dos arts. 2º, 3º e 6º da Constituição Federal.

Ora, é preciso ter em mente que o Judiciário tem como função a guarda da Constituição e isso implica, em última análise a possibilidade de, quando demandado, declarar a inconstitucionalidade das omissões estatais e, ainda, a depender da característica da demanda, conferir o bem da vida pretendido.

Desta feita, é inerente à atuação judicial a possibilidade de obrigar o Executivo a atuar desta ou daquela maneira diante da violação a direito fundamental, em razão das suas atribuições constitucionalmente delimitadas, dentre as quais se inclui a fiel vigilância a seu texto. Ademais, a efetivação do direito à saúde não consiste em obrigação moral do Poder Público, constituindo-se em obrigação jurídica.

A título exemplificativo, merece destaque a já mencionada decisão liminar proferida nos autos da Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal, juntamente com o Ministério Público do Estado da Bahia e com o Instituto para Desenvolvimento Ambiental – IDA, contra a União, a FUNASA e a empresa PLUBUM Comércio e Representações de Produtos Minerais e Industriais Ltda, que determinou a criação de um hospital no município de Santo Amaro, localizado no recôncavo da Bahia, para tratar as vítimas da contaminação por chumbo e cádmio.

Ora, o Judiciário em seu 1º grau naquele momento reconheceu que as ações até então implementadas pelo Poder Público, incluindo-se um protocolo firmado em parceria com os Poderes Federal, Estadual e Municipal para acompanhamento da saúde da população, baseado em princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS), eram insuficientes para garantir o direito à saúde dos moradores contaminados.

Não se pode dizer que em uma situação como esta o Judiciário extrapolou suas atribuições institucionais, eis que o reconhecimento da insuficiência das políticas até então implementadas em favor da população vítima da contaminação é fato notório, na medida em que esta permanece sem adequado tratamento. Ora, não se pode defender que o Judiciário, sendo devidamente provocado, assista inerte à

reiterada omissão dos demais poderes no que concerne à efetivação do direito à saúde.

Nesse diapasão, tem despontado a jurisprudência da Corte Suprema, conforme transcrição que ora se colaciona:

“O direito a saúde é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço.” (AI 734.487-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 3-8-2010, Segunda Turma, DJ de 20-8-2010.)

No entanto, outro foi o posicionamento do Presidente do TRF da 1ª Região, que suspendeu a decisão liminar, nos autos do processo nº 0020691-16.2013.4.01.0000, no dia 16 de abril de 2013, cujos principais fundamentos se transcreve:

Com efeito, o Poder Judiciário, ao analisar questões referentes a matérias administrativas, passa a fazer, mesmo que implicitamente, uma análise constitucional sobre os atos praticados pelo Poder Executivo, verificando sua conformidade com os fins constitucionais, servindo, inclusive, como um meio eficaz para obter a concretização de garantias e direitos fundamentais. Porém, precisa ser desmistificada a ideia corrente de que a intervenção judicial nas políticas públicas é algo sempre positivo, pois que visa assegurar a concretização dos direitos sociais. É decisivo, neste ponto, lembrar que a realização desses direitos envolve gastos públicos e que os recursos para fazer frente a tais despesas são escassos.

O magistrado, em princípio, não tem à sua disposição todos os dados técnicos necessários à análise objetiva dos critérios de oportunidade e conveniência de implementação de determinada ação voltada ao bem coletivo. Nesse diapasão, e dentro de um inescapável cenário de escassez de recursos, em que as necessidades são maiores do que as possibilidades do orçamento público, o Poder Judiciário deve realizar uma análise realista no que se refere à implementação dos direitos sociais.

A judicialização do direito à saúde é possível, de modo pontual e concreto, mas compelir os Poderes Públicos a realizar políticas públicas, substituindo-se ao Administrador, apontando onde e de que forma os recursos devem ser empregados, acarreta distorções de graves consequências para a ordem, a economia e a saúde públicas.

Outrossim, o Supremo Tribunal Federal tem conferido em muitos julgados o real alcance ao direito fundamental à saúde, dotando-lhe de eficácia, ao reconhecer que, embora o artigo 196 da Constituição de 1988 traga norma de caráter programático, os entes federados não podem deixar de efetivá-lo, através da criação e implementação de políticas públicas, com vistas à sua concretização, a exemplo dos Recursos Extraordinários 436.996-AgR e 271.286-AgR, ambos de relatoria do então ministro do STF Celso de Melo.

Consigne-se, por importar, que a Suprema Corte tem reconhecido a responsabilidade solidária dos entes da Federação, no que compete à efetivação do direito à saúde pública, podendo qualquer deles ser compelido a prestar o tratamento pleiteado por pessoa que dele necessite e não possua condições de arcar com os custos a ele inerentes. Nesse sentido, o Agravo de Instrumento nº 396.973, de relatoria do então Ministro Celso de Mello, o Recurso Extraordinário nº 297.276, de relatoria do então ministro Cezar Peluso e o Agravo de Instrumento nº 468.961 também de relatoria do então ministro Celso de Mello.

Não se espera, portanto, outra maneira de se entender a efetivação do direito à saúde pública, senão em seu viés mais amplo, possibilitando qualquer ente federativo ser réu da ação intentada para este fim, podendo, pois, vir a ser obrigado a implementar a política pública necessária à garantia da máxima efetividade ao direito em testilha.

3.2 SUPOSTOS ENTRAVES AO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS

3.2.1 O Princípio da Separação dos Poderes

A clássica teoria da separação dos poderes foi concebida por Montesquieu como um mecanismo de racionalização da administração pública e como um aparato de legitimação e garantia das liberdades individuais, oferecido à sociedade contra os excessos do Poder Público. Ao contrário dos demais pensadores clássicos que se ocuparam do tema, deve-se a Montesquieu a estruturação do Estado Moderno com órgãos distintos e autônomos, aos quais correspondem funções intrinsecamente diversas e inconfundíveis, mesmo quando confiadas a um só órgão (FRANCISCO, 2009).

A partir de Montesquieu, portanto, a separação dos poderes implica numa atuação equilibrada e harmônica entre os Poderes do Estado, mediante a sua limitação pelo sistema de freios e contrapesos, para dar efetividade e qualidade à atividade da Administração Pública, em oposição à concentração de funções em um só ente, como vivenciado nos Estados Absolutos, em diversas civilizações e sob várias formas.

A primeira Constituição brasileira, de 1824, porém, não adotou a teoria tripartite de Montesquieu, atribuindo ao Poder Moderador, titularizado pelo

imperador, a manutenção da independência, o equilíbrio e a harmonia dos demais poderes. Ou seja, o Poder Moderador representava a mais elevada força social, o órgão político mais ativo e influente de todas as instituições fundamentais da nação, eis que exercia total controle da atuação estatal.

A partir da Constituição republicana de 1891, o Brasil passou a adotar a fórmula clássica dos três poderes, sem, contudo, empreender esforços para definir funções específicas a serem desempenhadas por cada órgão estatal. A atual constituição limitou-se a estabelecer, em seu artigo 2º, que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Acontece que, com a consolidação constitucional dos direitos sociais, a função estatal foi profundamente modificada, deixando de ser eminentemente legisladora em prol das liberdades públicas, para se tornar mais ativa com a missão de transformar a realidade social. Em decorrência, não só a administração pública recebeu a incumbência de criar e implementar políticas públicas necessárias à satisfação dos fins constitucionalmente delineados, como também, o Poder Judiciário teve sua margem de atuação ampliada, como forma de fiscalizar e velar pelo fiel cumprimento dos objetivos constitucionais.

Desta feita, Paulo Bonavides (2006, pp. 586-587) traduz essa mudança de concepção, asseverando que ficou no passado a separação de poderes como característica de um Estado de Direito, de modo que na atualidade os direitos fundamentais ocupam este papel de destaque:

Com efeito, a esfera mais crítica e delicada para o estabelecimento de um Estado de Direito era, na idade do Estado liberal, a organização jurídica dos Poderes, a distribuição de suas competências e, por conseguinte, a harmonia e o equilíbrio funcional dos órgãos de soberania, bem como a determinação de seus limites. Hoje, os direitos fundamentais ocupam essa posição estrutural culminante.

Enfim, podemos sintetizar que, ao tempo do velho Direito Constitucional – o da separação dos poderes- a tensão transcorria menos no campo das relações dos cidadãos com o Estado – a filosofia da burguesia liberal cristalizada na racionalidade jurídica dos códigos já pacificara grandemente essas relações! – do que o domínio mais sensível e delicado das relações entre os poderes, donde pendia, perante a força do Estado, e a desconfiança remanescente das épocas do absolutismo, a conservação da liberdade em toda a sua dimensão subjetiva. Nesse contexto avultava e se mantinha sempre debaixo de suspeita o Poder Executivo, sobretudo nas monarquias constitucionais, onde ficava mais ostensivamente sujeito aos freis e ao controle do sistema parlamentar.

Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. Com efeito, a correta interpretação do referido princípio, em matéria de políticas públicas, deve ser a de utilizá-lo apenas para limitar a atuação do Judiciário quando a administração pública atua dentro dos limites concedidos pela lei. Em casos excepcionais, quando a administração extrapola os limites da competência que lhe foi atribuída e age sem razão, ou fugindo da finalidade a qual estava vinculada, autorizado se encontra o Poder Judiciário a corrigir tal distorção, restaurando a ordem jurídica violada.

O indivíduo não pode exigir do estado prestações supérfluas, pois isto escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica. Por outro lado, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem motivos, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado Democrático de Direito. Por este motivo, o princípio da reserva do possível não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial.

Assegurar um mínimo de dignidade humana por meio de serviços públicos essenciais, dentre os quais sobressai a saúde pública, é escopo da República Federativa do Brasil que não pode ser condicionado à conveniência política do administrador público. De acordo com o Superior Tribunal de Justiça, “a omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas constitucionalmente definidas e essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário” (REsp 1041197, de 25.08.2009).

Já no âmbito do STF, vale transcrever algumas palavras do então Ministro CELSO DE MELLO sobre o tema:

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

constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional [...] (RE 393175 AgR, de 12.12.2006).

Robert Alexy (2011, p. 511-512) traduz da seguinte forma:

Considerando os argumentos contrários e favoráveis aos direitos fundamentais sociais, fica claro que ambos os lados dispõem de argumentos de peso. A solução consiste em um modelo que leve em consideração tanto os argumentos a favor quanto os argumentos contrários. Esse modelo é a expressão da ideia-guia formal apresentada anteriormente, segundo a qual os direitos fundamentais da Constituição alemã são proposições que, do ponto de vista do direito constitucional, são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples. Em relação ao problema que aqui se analisa, isso significa que a todos são conferidas posições no âmbito dos direitos a prestações, na forma de direitos fundamentais sociais, que, do ponto de vista do direito constitucional, são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples.

De acordo com essa fórmula, a questão acerca de quais direitos fundamentais sociais o indivíduo definitivamente tem é uma questão de sopesamento entre princípios. De um lado está, sobretudo, o princípio da liberdade fática. Do outro lado estão os princípios formais da competência decisória do legislador democraticamente legitimado e o princípio da separação de poderes, além de princípios materiais, que dizem respeito sobretudo à liberdade jurídica de terceiros, mas também a outros direitos fundamentais sociais e a interesses coletivos.

Sendo o poder indivisível, consubstanciado na possibilidade de imposição de vontade unilateral, relaciona-se ao Estado como um todo, e não às funções desempenhadas por órgãos a ele vinculados. “A existência de funções legislativa, executiva e judiciária tem a sua razão ontológica presa à necessidade de o Estado mais rápida e eficazmente alcançar as suas finalidades. Mas o poder do Estado, enquanto tal, permanece incindível.” (SILVA NETO, 2006, p. 301)

Os ditos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário são, em verdade, órgãos que exercem as funções de Estado, sendo que todos eles desempenham funções típicas, inerentes a sua estrutura e concepção e, ainda, funções atípicas, ou seja, aquelas preeminentes dos demais órgãos.

Neste esteio, leciona Manoel Jorge e Silva Neto (2006, p. 303):

Não mais se aceita que a função legislativa tão-só elabore leis, a executiva apenas administre ou a judiciária se reduza à prolação de atos judiciais. Cada uma, a seu modo, e se adstringindo ao marco de competências desenhado pelo legislador constituinte originário, não estariam enfeixados na sua principal atribuição. Assim é que a função legislativa, além da

precípua atividade relacionada à expedição de comandos abstratos e genéricos que se chamam de 'leis', expede também atos administrativos, quando, por exemplo, a Câmara dos Deputados ou o Senado provêem, transformam ou extinguem os cargos, empregos e funções de seus serviços (art. 51, IV, e art. 52, XIII, CF, respectivamente). Mas, de acordo com o nosso sistema constitucional, o Legislativo também julga, quando na hipótese de perpetração de crimes de responsabilidade de parte do Presidente e Vice-Presidente da República, e dos Ministros de Estado e Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, quando conexos com aqueles, submete-os a Constituição a julgamento pelo Senado, sob a presidência do Ministro-Presidente do Supremo Tribunal Federal (art. 52, I e parágrafo único). E o Executivo? Cabe-lhe só administrar? É óbvio que não. Legisla quando expede medidas provisórias (art. 62, *caput*) e julga na eventualidade de instauração dos processos administrativos disciplinares. Já o Judiciário não se atém exclusivamente à produção de atos judiciais. Tem prerrogativa de natureza legiferante quando cria os respectivos regimentos internos dos tribunais. E também administra quando decide sobre o preenchimento dos cargos relativos a seus servidores, ou concede férias e licenças aos agentes públicos a ele subordinados.

É plenamente possível o eventual controle judicial das políticas públicas na área da saúde, mormente para garantir as medidas básicas e urgentes para a prosperidade da vida, vez que se cuida de direito fundamental ligado ao mínimo existencial, conforme já se manifestou o STJ:

“ [...]

3. A partir da consolidação constitucional dos direitos sociais, a função estatal foi profundamente modificada, deixando de ser eminentemente legisladora em pró das liberdades públicas, para se tornar mais ativa com a missão de transformar a realidade social. Em decorrência, não só a administração pública recebeu a incumbência de criar e implementar políticas públicas necessárias à satisfação dos fins constitucionalmente delineados, como também, o Poder Judiciário teve sua margem de atuação ampliada, como forma de fiscalizar e velar pelo fiel cumprimento dos objetivos constitucionais.

4. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. Com efeito, a correta interpretação do referido princípio, em matéria de políticas públicas, deve ser a de utilizá-lo apenas para limitar a atuação do judiciário quando a administração pública atua dentro dos limites concedidos pela lei. Em casos excepcionais, quando a administração extrapola os limites da competência que lhe fora atribuída e age sem razão, ou fugindo da finalidade a qual estava vinculada, autorizado se encontra o Poder Judiciário a corrigir tal distorção restaurando a ordem jurídica violada.

5. O indivíduo não pode exigir do estado prestações supérfluas, pois isto escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica. Por outro lado, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem motivos, pois garantir a

dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado Democrático de Direito. Por este motivo, o princípio da reserva do possível não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial.

6. Assegurar um mínimo de dignidade humana por meio de serviços públicos essenciais, dentre os quais a educação e a saúde, é escopo da República Federativa do Brasil que não pode ser condicionado à conveniência política do administrador público. A omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas constitucionalmente definidas e essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário” (REsp 1041197, de 25.08.2009).

É preciso, pois, entender que as funções a serem desempenhadas pelos órgãos Executivo, Legislativo e Judiciário estão constitucionalmente delimitadas, mas essa aparente segregação não afasta a possibilidade do desempenho por uns, das funções dos outros, isso porque para a manutenção da própria sobrevivência do Estado, é preciso que se admita essa possibilidade que, aliás, é reconhecida pelo próprio Texto Constitucional, como se constata do excerto supra transladado.

O desempenho de funções atípicas é manifestação do mecanismo de freios e contrapesos (*check and balance*), característica da harmonia entre os poderes no Estado brasileiro, garantindo-se autonomia associada à ideia de harmonia, que, na lição de José Afonso da Silva (2002), não significa nem o domínio de um pelo outro nem a usurpação de atribuições, mas a verificação de que, entre eles, há de haver consciente colaboração e controle recíproco para evitar distorções e desmandos.

De todo modo, é indubitável que o Executivo possui, ou ao menos deveria possuir, aparato técnico para a realização de suas funções institucionais, dentre as quais sobressai a elaboração, implementação e controle das políticas públicas de saúde. Entrementes, o Judiciário deve intervir sempre que for verificada no caso concreto falha ou omissão no exercício de tais atribuições, notadamente para determinar a concretização do direito almejado.

Ademais, é preciso que se diga que a corte constitucional protege as precondições da democracia, de modo que a revisão judicial tem uma missão constitutiva da própria democracia a cumprir, assegurando o processo de formação da vontade democrática. Desta feita, a supremacia constitucional equivale à supremacia judicial, na medida em que constituição sem revisão judicial seria como o direito sem sanção, um mero conjunto de normas sem instrumentos de efetivação e, do mesmo modo, os direitos fundamentais, para que possuam eficácia jurídica dependem do suporte judicial. (MENDES, 2011, pp., 70-77).

Neste sentido, Dirley da Cunha Júnior (2008c, p. 203), acerca do processo judicial ressalta que:

(...) é o que mais garante a participação do cidadão, em comparação a outros processos da atividade pública. Neste sentido, podemos afirmar que ele é o mais democrático de todos, pois se desenvolve em direta conexão com as partes interessadas, que têm a prerrogativa de provocar o seu início e determinar o seu conteúdo, delimitando-o, sendo-lhes ainda assegurada a garantia do contraditório. Para Cappelletti, o respeito a essas regras fundamentais do processo judicial constitui a melhor garantia de legitimidade democrática da função judiciária. De fato, a acessibilidade do povo ao Poder Judiciário é incomparavelmente maior do que seu acesso a outros Poderes, pois enquanto o pedido da parte é ‘a chave para abrir a chave para abrir as portas de um tribunal’, além do fato de que a atividade do Judiciário é desempenhada, em regra, publicamente, permanece ‘coberto de mistério’, pelo contrário, o modo pelo qual uma pessoa pode obter audiência perante os órgãos do Legislativo e do Executivo.

Assim, a legitimidade do Judiciário advém do desempenho de sua função julgadora típica, que, numa democracia participativa, vem se consolidar com a pacificação dos conflitos sociais, determinando a concretização dos direitos sociais.

3.2.1 Limitações orçamentárias e a “reserva do possível”

A reserva do possível, expressão que foi cunhada por Joaquim José Gomes Canotilho, possui berço doutrinário e jurisprudencial na Alemanha, pregando que a efetividade dos direitos sociais condiciona-se à efetiva disponibilidade de recursos públicos, sendo que esta decisão cabia ao Parlamento e ao Governo na formulação do orçamento público.

É cediço o fato de que a concretização dos direitos fundamentais importa em custos públicos, dando significativo realce ao tema da “reserva do possível”, especialmente diante da limitação dos recursos e da necessidade de serem feitas escolhas, daí porque a judicialização da matéria é alvo de críticas.

Em que pese o reconhecimento do princípio da vedação ao retrocesso em termos de direitos fundamentais sociais no âmbito jurisprudencial, conforme relatado preliminarmente, é preciso reconhecer que a noção da reserva do possível, também consolidada no âmbito dos tribunais brasileiros, acaba por aceitar a inação do poder

público, diante da justificativa de limitações das mais diversas ordens, o que, inexoravelmente, afronta o princípio em questão.

O então Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, ao proferir seu voto na SL 47- Agre/PE, tratou do tema:

Em relação aos direitos sociais, é preciso levar em consideração que a prestação devida pelo Estado varia de acordo com a necessidade específica de cada cidadão. Assim, enquanto o Estado varia de acordo com a necessidade específica de cada cidadão. Assim, enquanto o Estado tem que dispor de um determinado valor para arcar com o aparato capaz de garantir a liberdade dos cidadãos universalmente, no caso de um direito social como a saúde, por outro lado, deve dispor de valores variáveis em função das necessidades individuais de cada cidadão. Gastar mais recursos com uns do que com outros envolve, portanto, a adoção de critérios distributivos para esses recursos.

Dessa forma, em razão da inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais, enfatiza-se que a formulação das políticas sociais e econômicas voltadas à implementação dos direitos sociais implicaria, invariavelmente, escolhas alocativas. Essas escolhas seguiriam critérios de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender), configurando-se como típicas opções políticas, as quais pressupõem “escolhas trágicas” pautadas por critérios de macrojustiça. É dizer, a escolha da destinação de recursos para uma política e não para outra leva em consideração fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e a eficácia do serviço a ser prestado, a maximização dos recursos etc.

Da análise de julgados a respeito da matéria, a limitação econômico-financeira desponta como a principal justificativa para a ausência de efetividade dos direitos fundamentais sociais, de modo que os entraves impostos pelas normas orçamentárias e financeiras acabam servindo de escudo em face da implementação de políticas públicas e, conseqüentemente, inviabilizando a efetivação de tais direitos.

Nesse sentido, no âmbito do Sistema Único de Saúde, existe vedação na Portaria 763/1994 para o custeio de tratamento de saúde do exterior, justamente em razão dos limites orçamentários, vez que, por melhor que seja a saúde de determinada nação, o estado brasileiro não possui recursos disponíveis para o seu custeio.

Nesse sentido, o STJ vem validando essa proibição:

ADMINISTRATIVO. TRATAMENTO DE SAÚDE NO EXTERIOR. LEGITIMIDADE DA PORTARIA N. 763, DE 07.04.1994. TRATAMENTO DE RETINOSE PIGMENTAR EM CUBA.

1. O financiamento de tratamento médico no exterior pelo Sistema Único de Saúde é vedado nos termos da Portaria n. 763/1994, do Ministério da

Saúde, considerada legítima, no julgamento do MS nº 8.895/DF pela Primeira Seção desta Corte, julgado em 22.10.2003.

Precedentes: REsp 844291/DF, Primeira Turma, julgado em 15/08/2006, DJ 31/08/2006 p. 281; REsp 511660/DF, Segunda Turma, julgado em 04/04/2006, DJ 18/04/2006 p. 189; REsp 616.460/DF, Primeira Turma, julgado em 15/02/2005, DJ 21/03/2005 p. 243.

2. Embargos de declaração acolhidos com efeitos infringentes para dar provimento ao Recurso Especial.

(EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1028835 / DF. Relator Ministro Luiz Fux. DJe 02/03/2010

Entende-se que, regra geral, ser válida a referida proibição, pois se deve priorizar o tratamento de saúde nacional, máxime pela redução nos custos. No entanto, entende-se que a citada vedação não deve prosperar quando houver tratamento no exterior com comprovação científica de eficácia, quando o Sistema de Saúde do Brasil ainda não disponibilizar tal tratamento. Caso contrário, a reserva do possível estaria eliminado o direito fundamental à vida em determinado caso concreto.

Em última análise, negar efetividade ao direito à saúde pública sob tais argumentos, acaba por afrontar o princípio da vedação ao retrocesso social e, mais que isso, viola a Constituição, pondo em risco a garantia da ordem constitucional. Outro não é o pensamento de Canela Júnior (2001, pp. 106/107), conforme segue:

Quanto ao impacto orçamentário das decisões judiciais que ordenarem a satisfação dos direitos fundamentais sociais, cumprirá aos agentes públicos, no exercício das atividades legislativa e administrativa, promover o necessário rearranjo contábil para a respectiva harmonização financeira. E tal se deve, pois a conseqüência do trânsito em julgado das sentenças será a vinculação irrestrita do orçamento à plena satisfação dos bens da vida amparados pela atividade jurisdicional, o que exigirá investimento do Estado.

(...)

O orçamento, assim como qualquer ato estatal, deve estar estritamente vinculado aos objetivos inscritos no art. 3º da Constituição Federal. Tal afirmação é consentânea com o pressuposto inarredável de que os fins do Estado somente poderão ser efetivamente atingidos por meio da utilização dos dinheiros públicos.

Dessa forma, a decisão transitada em julgado, que determinar a inclusão de determinado gasto público, fundada na concessão de direito fundamental social, estará simplesmente dotando o orçamento de sua precípua finalidade constitucional. A partir de tal inclusão, utilizando-se das técnicas inerentes ao Direito Financeiro e dos princípios de finanças públicas, os Poderes Legislativo e Executivo deverão promover a harmonização das receitas e das despesas públicas, considerando contemplado o gasto previsto na decisão judicial.

Dessume-se, deste modo, que a utilização da teoria da reserva do possível para justificar a incapacidade do Poder Público promover os direitos fundamentais

sociais não se coaduna com a Constituição, especialmente por conta dos objetivos do Estado estabelecidos em seu artigo 3º, que dão conta da necessidade de efetivação daqueles direitos, como forma de se alcançar uma sociedade livre, justa e solidária, capaz de promover o bem de todos, erradicando a pobreza e a marginalização e reduzindo as desigualdades.

Nesse sentido, precisa é a lição de Josué Mastrodi (2008, pp. 101/103):

Entendemos, assim, que seria imperioso, dentro da base metodológica ora adotada, pugnar pela inversão de valores, primando pela prevalência do jurídico ante o econômico. Afinal, **num Estado Democrático de Direito, deveria ser a ordem jurídica (a concretização dos direitos fundamentais) que determinasse as condições econômicas, e não o contrário.** A visão econômica da realidade é, assim como a jurídica, um *topos* (ponto de vista), e acreditamos que este último é mais interessante para a conformação de uma sociedade que o primeiro.

(...)

De fato, a reserva do possível pode ser considerada como um argumento válido quando apresentada em termos absolutos (ausência total de recursos), o que justifica a falta da promoção de políticas públicas em países pobres, como algumas nações africanas e asiáticas.

No entanto, tal reserva não é justificativa para negar ações sociais em países com economias consideradas entre as maiores do mundo, como é o caso do Brasil. **Numa situação como a brasileira, a reserva do possível nada é senão pretexto para justificar a negativa de intervenção estatal em prioridades sociais. Numa situação destas, isto não é uma reserva do possível, mas uma reserva de injustiça.** (Grifo nosso)

Em decisão proferida na ADPF nº 45/DF, o Ministro Celso de Melo ressaltou o seguinte:

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

Por tudo isto, a escassez de recursos orçamentários disponíveis (cláusula da reserva do possível) não pode ser manejada como argumento cotidiano e universal para impedir a efetivação do direito fundamental à saúde no âmbito judicial, apenas sendo válida em situações nas quais seja irrazoável e desproporcional a pretensão deduzida em juízo.

Ademais, limitar o direito ao acesso a medicamentos, ou a tratamentos mais modernos, pelo simples fato de não estarem disponíveis na rede pública de saúde,

mesmo possuindo eficácia comprovada, ou, do mesmo modo, impor a espera por uma vaga numa unidade de terapia intensiva em um determinado hospital da rede pública, ou reconhecer a limitação financeira para a construção de um posto de saúde quando o mesmo ente reserva quantia vultosa de seu orçamento para as propagandas institucionais, pode ter como implicação direta a vida de muitos, o que não se afigura possível diante da ordem constitucional vigente.

CONCLUSÃO

O Direito à saúde foi erigido à categoria de direito fundamental na Constituição de 1988, possuindo cunho prestacional, exigindo, portanto, do Poder Público atuações específicas com vistas à sua concretização. De todo modo, é preciso que se assente o fato de que deve se exigir eficácia plena e imediata, de modo que sua materialização coaduna-se com os objetivos a serem perseguidos pelo Estado brasileiro.

É de fácil constatação, portanto, que a admissão do controle judicial de políticas públicas de saúde tem por fundamento precípua a garantia da ordem constitucional, reconhecendo a supremacia da Constituição, que se revela como norma suprema, organizadora do Estado, limitadora do poder, e instituidora dos direitos e garantias fundamentais do povo brasileiro.

Nessa esteira de raciocínio, tem-se que reconhecer que a inação do poder público em face da concretização do direito à saúde pública põe em risco a manutenção dessa supremacia, já que ignora a vontade do constituinte originário, que tem o povo como titular, deixando de conferir eficácia plena à norma constitucional e, por consequência, deixando desprotegida a vida de milhões de brasileiros.

A solução apontada desponta como uma saída à manutenção da própria ordem constitucional, de modo que mantém íntegro o Texto Magno, sendo certo que se coaduna com a sistemática atual da separação dos poderes, que resta flexibilizada, na medida em que se reconhece a possibilidade de desempenho de funções atípicas pelos órgãos que compõem a estrutura do poder estatal, sendo plenamente justificável, não apenas em razão dos interesses defendidos, mas, sobretudo, por possibilitar o exercício do relevante direito à saúde por parte dos cidadãos, consectário do direito à vida.

Desta feita, é preciso reconhecer que qualquer ação do poder público que restrinja tais direitos, ou mesmo sua inação em face das normas constitucionais que os institui, põe em risco a manutenção dessa supremacia, já que ignora a vontade do constituinte originário, que tem o povo como titular.

Assim, a busca pela efetividade do direito à saúde nos tribunais implica não apenas no reconhecimento da supremacia da Constituição, mas no avanço da

construção de um Estado Democrático e Social de Direito, que, no Brasil, despontou somente com o advento da Constituição de 1988.

Destarte, as omissões e a má prestação da saúde pública, por deixarem de efetivar o direito fundamental à saúde, colocando em risco a supremacia constitucional e a vida de milhões de brasileiros, devem ser objeto de controle pelo Poder Judiciário, a quem a Constituição legitimou para garantia da integridade do seu texto, tal qual o fez o juiz da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária da Bahia, ao liminarmente determinar a construção de um hospital pela União, no município de Santo Amaro, localizado no recôncavo baiano, para tratar as vítimas da contaminação por chumbo e cádmio, em decorrência da exploração desses metais por mais de trinta anos por empresa estrangeira, sem o devido controle estatal.

Assim sendo, reconhece-se a possibilidade da propositura, na jurisdição constitucional, do mandado de injunção, da ação de descumprimento de preceito fundamental e da ação de inconstitucionalidade por omissão e, na jurisdição ordinária, das ações coletivas e individuais como aptas a provocar o controle e a eventual intervenção judicial nas políticas públicas.

Os clássicos óbices ao controle judicial de políticas públicas, notadamente relacionadas à efetivação do direito à saúde em seu mínimo existencial, que desponta como necessário à efetivação do próprio direito à vida, como a separação estanque dos poderes estatais e as limitações de ordem orçamentária, vêm perdendo espaço no cenário doutrinário e jurisprudencial, mormente para possibilitar a atuação jurisdicional com vistas a determinar uma atuação mais efetiva do Poder Público, exigindo-lhe atuações mais enérgicas e positivas.

Por isso, no que concerne à prestação básica da saúde, que se consubstancia como direito fundamental ligado ao mínimo existencial, indispensável à realização da dignidade da pessoa humana, como a disponibilização de leito em hospital da rede pública ou o fornecimento de medicamento que se encontra em falta no SUS, são direitos que devem ser realizados pelo Judiciário em sede de controle judicial de políticas públicas, devendo ser ultrapassada a barreira da separação dos poderes e da reserva do possível.

Neste sentido, há de se reconhecer a responsabilidade solidária de todos os entes da Federação na implementação de políticas públicas de saúde, eis que a Constituição lhes atribuiu como dever a concreção desse direito. Apenas com uma

convergência de esforços, com a superação dos obstáculos já referidos, é que se poderá chegar a uma resposta satisfatória aos anseios sociais na concretização do direito à saúde, que merece atenção integral do Poder Público.

Espera-se que o manejo de ações com o fim de controlar as omissões do Poder Público, notadamente com o fim de implementar políticas públicas de saúde, por garantirem a posição de merecido privilégio da Constituição pátria, muito além de reconhecer direitos, possibilita o seu exercício pleno, com participação popular.

Reconhece-se, entretanto, que é o Executivo que dispõe do aparato técnico necessário para a criação e implementação das políticas públicas de saúde, mas de todo modo, numa eventual contenda judicial a cobrar sua atuação, poderá o Judiciário valer-se de instrumentos outros a fim de lhe subsidiar na tarefa, a exemplo da nomeação de peritos, realização de consulta pública e até mesmo de audiência pública, de modo a proferir a decisão que melhor resguarde o direito fundamental em testilha.

Por fim, cabe ao Judiciário avançar cada vez mais no controle das ações e omissões estatais na formulação e implementação das políticas públicas de saúde, controlando tanto o Legislativo quanto o Executivo, pois somente assim haverá uma garantia à população brasileira de que a qualidade da saúde pública do país irá melhorar progressivamente e que os recursos públicos não serão excessivamente usados para fins que não atendem ao interesse público primário, como gastos governamentais com publicidade e propaganda.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ARRETCHE, Marta T. R. **Políticas Sociais no Brasil: descentralização em um Estado federativo.** Revista Brasileira de Ciências Sociais. Vol.14, n. 40. São Paulo: Jun. 1999.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios.** 10 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- BOBBIO, Norberto. A era dos Direitos. Rio de Janeiro: Campos, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros Editores, 21ª Ed. 2006.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito Administrativo e Políticas Públicas. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de Direito Constitucional.** 4. ed. atualizada até a EC. n. 57/2008. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas.** São Paulo: Saraiva, 2011.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2007.
- COSTA, Suzana Henrique da. O Poder Judiciário no controle de Políticas Públicas: uma breve análise de alguns precedentes no Supremo Tribunal Federal. In: GRINOVER, Ada Pelegrine; KAZUO, Watanabe (org.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas.** Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle de Constitucionalidade- teoria e prática.** 3. ed. Revista, ampliada e atualizada. Salvador: JUSPODIVM, 2008a.
- _____. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público:** em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008b.
- _____. **Curso de Direito Constitucional.** Salvador: JUSPODIVM, 2008c.
- DALLARI, Sueli Gandolfi. Controle Judicial da política de assistência farmacêutica: direito, ciência e técnica. *Physis Revista da Saúde Coletiva* [online]. 2010, vol.20, n.1, pp. 57-75.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos processuais da ADIN e da ADC. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). **Ações Constitucionais.** Salvador: Juspodivm, 2008.

ENGEL, Cassio L. **MEDCURSO- Medicina Preventiva**. Frattari Editora, 2009.

ESTEVES, João Luiz M. **Direitos Fundamentais Sociais no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Método, 2007.

FILETI, Narbal Antônio Mendonça. **O princípio da proibição de retrocesso social**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2059, 19 fev. 2009. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/12359>. Acesso em 15 ago. 2011.

FRANCISCO, José Carlos. **Função regulamentar e regulamentos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GARCIA, Sergio Renato Tajada. **O princípio da vedação de retrocesso na jurisprudência pátria- análise de precedentes do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Federais e da Turma Nacional de Uniformização**. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/34832/princ%c3%adpio_veda%c3%a7%c3%a3o_retrocesso_garcia.pdf?sequence=1. Acesso em 10 ago. 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

LIMA, George Marmelstein. **Efeito Cliquet**. Março, 2008. Disponível na internet: <http://direitosfundamentais.net/2008/03/01/efeito-cliquet/>. Acesso em 11/08/2011.

LOPES, Mauricio Caldas. **Judicialização da Saúde**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de Injunção: um instrumento de efetividade da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

Marx, Karl; tradução de Regis Barbosa e Flávio R. Kothe. **O capital**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996.

MASTRODI, Josué. **Direitos Sociais Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

NUZZI, Vitor. **Um rastro de chumbo na vida da gente de Santo Amaro**. Revista do Barsil, Número 87, Setembro 2013. Disponível na internet: <http://www.redebrasilatual.com.br/revistas/87/impurezas-da-historia-8813.html>. Acesso em: 04/11/2013.

PINTO, Alexandre Guimarães Gavião. **Direitos Fundamentais – Legítimas Prerrogativas de Liberdade, Igualdade e Dignidade**. Disponível em <emerj.rj.gov.br/revistaemerj_online>. Acesso em 04/11/ 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Revista Consultor Jurídico. São Paulo, 2002. Disponível na internet: <http://www.conjur.com.br>. Acesso em 11/08/2011.

RIBEIRO, Ricardo Silveira. **Omissões Normativas**. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

_____. **Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais**: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. Revista eletrônica sobre a reforma do Rsatado (RERE). Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n° 15, setembro/outubro/novembro 2008. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em 10 ago. 2011.

SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. São Paulo: CENGAGE Learning, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direito Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SOARES, Ricardo Maurício Freitas. A vedação ao retrocesso social. Disponível na internet: <http://www.bahianoticias.com.br/justica/artigo/62,a-vedacao-ao-retrocesso-social.html>. Acesso em 11 ago. 2011.

SOUZA, Celina; CARVALHO, Inaiá M. de M. **Reforma do Estado, Descentralização e Desigualdades**. Lua Nova, n. 48, 1999.

VENTURA, Miriam; SIMAS, Luciana; PEPE, Vera Lúcia Edais e SCHRAMM, Fermin Roland. **Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde**. *Physis Revista da Saúde Coletiva* [online]. 2010, vol.20, n.1, pp. 77-100.

ZANETI Júnior, Hermes. A Teoria da Separação de Poderes e o Estado Democrático Constitucional: Funções de Governo e Funções de Garantia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; Kakuo, Watanabe (org.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.