

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA

IELITA CRISTINA QUIRINO DE MORAIS

**RESERVA DO POSSÍVEL E O DIREITO À SAÚDE:
um caminho de retrocesso**

SÃO PAULO

2013

IELITA CRISTINA QUIRINO DE MORAIS

**RESERVA DO POSSÍVEL E O DIREITO À SAÚDE:
um caminho de retrocesso**

Monografia de pesquisa científica
apresentada à PONTIFÍCIA
UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO
PAULO, como requisito parcial para
obtenção de grau de Especialista em
Direito Constitucional.

Orientador: Prof. Derly Barreto

SÃO PAULO

2013

IELITA CRISTINA QUIRINO DE MORAIS

**RESERVA DO POSSÍVEL E O DIREITO À SAÚDE:
um caminho de retrocesso**

Monografia de pesquisa científica apresentada à PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO, como requisito parcial para obtenção de grau de Especialista em Direito Constitucional, sob orientação do Professor Derly Barreto.

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA

Dedico este trabalho ao meu querido mestre, André Estefam Araújo Lima, por ter sido sempre meu exemplo, incentivo e porto seguro. Ensinou que o Direito é uma ciência, mas também um instrumento de justiça social e de realização pessoal daqueles que escolheram dedicar seus esforços ao engrandecimento do ser humano, seja nas Academias ou nos Tribunais.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais pela dedicação e amor que sempre recebi e por me darem assim, a oportunidade de me desenvolver profissionalmente e como ser humano; também aos meus irmãos por me acompanhar por toda trajetória com carinho e paciência.

Os amigos aqui também foram indispensáveis; neste trabalho em particular o amigo Rafael Alves dos Santos por tornar tudo sempre mais leve e divertido. Por fim, Herik Rodrigo Sobreira por ser um grande incentivador, pelas críticas sempre visando meu aprimoramento e pela contribuição positiva que sempre traz à minha vida.

RESUMO

O Direito à saúde, está nas pautas principais de políticas públicas de todos aqueles países que ao longo dos anos reconhecem, fomentam e garantem os direitos humanos. No rol dos direitos e garantias fundamentais, demonstra a importância que se deu ao direito à saúde, amparando-o na Constituição Federal numa esfera de proteção frente a particulares e ao Estado. A Constituição brasileira é reconhecidamente garantista e revela a responsabilidade do Estado de tornar esse direito efetivo. O Princípio da Reserva do Possível, doutrina originada na Alemanha, pretende eximir o Estado de obrigações prestacionais junto aos indivíduos, justificando através de demonstrações financeiras e do cumprimento do orçamento previsto. Necessário entender se esse princípio estrangeiro que foi aplicado numa questão educacional e não de saúde, que lida diretamente com a vida humana, pode ser aplicado no Brasil. Observando-se características de nosso país e a legislação vigente, assim como a interpretação dos institutos, concluímos que aplicá-lo seria uma visão precária e desvirtuada do papel do Estado. A argumentação é pouco legítima diante da relevância do tema, e não pode servir como parâmetro para uma ponderação de direitos.

Palavras-chave: direitos fundamentais, reserva do possível, mínimo existencial.

ABSTRACT

The right to health, is in the main public policy agendas of all those countries which over the years recognize, promote and guarantee human rights. In the list of fundamental rights and guarantees, demonstrates the importance that was given to the right to health, supporting it in the Federal Constitution in a sphere of protection against individuals and to the State. The Brazilian Constitution is admittedly the author and reveals the responsibility of the State to make this right effective. The principle of possible Reservation doctrine originated in Germany, intends to avoid the State of features along with individuals, through financial statements and compliance with the budget. Necessary to understand if this principle was applied in a foreign educational and health issue, that deals directly with human life, can be applied in Brazil. Observing the characteristics of our country and the legislation in force, as well as the interpretation of the institutes, we found that applying it would be a precarious and biased vision of the role of the State. The argument is little legitimate on the relevance of the theme, and cannot be used as a parameter for a consideration.

Keywords: fundamental rights, booking possible, existential minimum.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	DIREITOS FUNDAMENTAIS	9
2.1	CONCEITO	9
3	PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	10
4	GERAÇÕES OU DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ..	14
4.1	A PRIMEIRA DIMENSÃO	14
4.2	A SEGUNDA DIMENSÃO	14
4.3	A TERCEIRA DIMENSÃO	15
5	DIREITO À SAÚDE	17
5.1	CONCEITO DE SAÚDE	17
5.2	A SAÚDE E O DIREITO	17
5.2.1	Direito à saúde e suas garantias	19
5.2.2	Sistema Único de Saúde	20
6	TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL	23
6.1	SURGIMENTO – ALEMANHA	23
6.2	BRASIL	24
6.3	MÍNIMO EXISTENCIAL	25
6.4	RESERVA DO POSSÍVEL X MÍNIMO EXISTENCIAL	28
6.5	A JURISPRUDÊNCIA QUANTO AO DIREITO À SAÚDE	30
7	CONCLUSÃO	52
	REFERÊNCIAS	55

1 INTRODUÇÃO

O Direito à saúde está elencado no rol de direitos e garantias fundamentais, amparado com grande ênfase na Constituição Federal e possui diversos outros mecanismos para sua efetivação, demonstrando sua real importância e esfera de proteção frente aos particulares e também frente ao Estado. A Constituição Federal, norma fundamental da República Federativa do Brasil é reconhecidamente garantista e assume como responsabilidade do próprio Estado a manutenção da saúde.

O Princípio da Reserva do Possível, que pretende justificar omissões estatais, vem de encontro a esse ideal constitucional. Necessário se faz entender se esse princípio, originado na Alemanha, pode ser aplicado no Brasil, observando-se as características próprias de nosso país e a legislação vigente, assim como a interpretação dada a cada um dos institutos.

A importância do tema reside no fato de que a saúde é direito amparado pela Constituição Federal, no rol dos direitos e garantias fundamentais definidos como cláusulas pétreas constitucionais. Assim, o Estado se responsabiliza pela efetivação desse direito. Os direitos fundamentais são de aplicação imediata, e o Princípio da Reserva do Possível permitiria que o Estado pudesse se isentar dessa responsabilidade claramente violando a Constituição, usando para isso uma diferente interpretação da visão constitucional.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 CONCEITO

A dimensão do alcance de proteção do direito à saúde não pode ser estudada se não analisarmos onde se enquadra no sistema constitucional brasileiro e sua evolução para que dele fizesse parte; por óbvio que se encontra no rol dos direitos fundamentais.

Quando falamos em direitos e garantias fundamentais, imediatamente se faz uma relação com a idéia de que assim são denominados, pois são os direitos intrínsecos à condição de ser humano; são as proteções intuitivas e basilares de uma sociedade harmônica, estável e minimamente satisfeita.

Os direitos e garantias fundamentais são produto de evolução social e do pensamento humano, diante de fatos históricos e alguns atos exemplos que geraram a consciência de proteção de alguns direitos entendidos como basilares ao ser humano em sua condição.

Existem inúmeras teorias de diferentes autores quanto a conceituação desses direitos, devido a seu caráter mutável e agregador e também pela sua correlação com os direitos do homem e os direitos humanos, institutos esses de significação diversa.

Por oportuno optar pela idéia de que os direitos fundamentais em tela são aqueles direitos do homem positivados. Deixando claro, porém, que essa positivação deve ser observada em sentido amplo, diante das novas formas de interpretação constitucional, abrangendo assim também como positivados direitos implícitos e decorrentes.

Vale ressaltar o pensamento de Barroso (BARROSO, Luis Roberto, 2012) sobre a evolução no pensamento constitucional diante do Neoconstitucionalismo:

Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento de um sentimento constitucional no País é algo que merece ser celebrado. Trata-se de um sentimento ainda tímido, mas real e sincero, de maior respeito pela Lei Maior, a despeito da volubilidade de seu texto. É um grande progresso. Superamos a crônica indiferença que, historicamente, se manteve em relação à Constituição. E, para os que sabem, é a indiferença, não o ódio, o contrário do amor.

3 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Estamos assistindo a uma evidente ascensão do Direito Constitucional. Crescente reconhecimento da força normativa da Constituição. A Constituição passou a ser entendida como uma norma jurídica e não um documento político regulador e declaratório da atuação dos poderes públicos e seus deveres, sendo vista como conjunto de normas jurídicas dotadas de aplicabilidade direta e imediata, com o intuito de dar tutela efetiva aos direitos que contemplam.

Vale citar novamente as palavras de Barroso quando afirma que o Neoconstitucionalismo tem como filosofia, o pós-positivismo, com os direitos fundamentais como ponto central e, também, a reaproximação entre Direito e a ética.

A hermenêutica tradicional operava com o enfoque gramatical, o histórico, o sistemático e o teleológico desde a sistematização de Savigni. Posteriormente, reconhecidas peculiaridades das normas da Constituição, em razão da sua superioridade hierárquica, da natureza ampla de sua linguagem, do seu conteúdo, da sua intenção de disciplinar, desenvolveram-se princípios específicos da interpretação constitucional.

Estes princípios de interpretação constitucional são pressupostos metodológicos, finalísticos e conceituais que devem ser utilizados pelo intérprete, sendo: princípio da supremacia da Constituição; o princípio da presunção de constitucionalidade das normas; o princípio da interpretação conforme a Constituição; o princípio da unidade constitucional; o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, e o princípio da efetividade.

Esta forma de interpretação constitucional torna evidente, portanto, que a atividade interpretativa não é uma atividade mecânica. O intérprete é um co-participante do processo de criação do direito, porque a parte da solução para casos concretos que não estão na norma, de forma evidente, tem que ser construída pelo intérprete.

Esta é a razão pela qual a fundamentação ganhou vulto para a legitimação das decisões judiciais. Resultado de todas essas alterações foi a

“constitucionalização” e a “judicialização” do Direito. Valores constitucionais foram levados a todos os ramos do Direito.

O ponto culminante desta digressão é que os direitos fundamentais passam a ser interpretados precipuamente à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. KANT, em *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*:

No reino dos fins, tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se, em vez dela, qualquer outra coisa como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço e, portanto, não permite equivalente, então ela tem dignidade.

Finda a 2ª Guerra Mundial, restou a necessidade de reconstrução dos direitos humanos, que foram concebidos a partir do conceito de respeito à dignidade da pessoa humana; este que passou a constar em documentos internacionais e nas Constituições Democráticas.

A Constituição Brasileira de 1988 refere dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República, no art. 1º, inciso III; ganhando assim maior relevância. Para a sua concretização necessários limites e atuações positivas são impostas ao Estado. O atendimento das necessidades vitais ganha vulto.

José Carlos Vieira de Andrade afirma:

[O] princípio da dignidade da pessoa humana está na base de todos os direitos constitucionalmente consagrados, quer dos direitos e liberdades tradicionais, quer dos direitos de participação política, quer dos direitos dos trabalhadores e direitos a prestações sociais (ANDRADE, José Carlos Vieira de, 1998).

Para Sarmento: O princípio da dignidade da pessoa humana significa o foco axiológico da ordem constitucional, irradia seus efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e baliza não apenas atos estatais, como também toda a esfera de alcance das relações privadas que se desenvolvem na sociedade civil e no âmbito econômico. Assim, o centro do Direito não são bens, tampouco o capital, e sim as pessoas. Bens têm preço, pessoas têm dignidade. Para o Direito ser se tornou mais importante do que ter.

Ao direito cabe resguardar a dignidade humana, para que seja garantida a integridade física e moral de todos. Utilizando das palavras de Ana Paula de Barcellos, cabe esclarecer que:

O conteúdo básico, o núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana, é composto pelo mínimo existencial, que consiste em um conjunto de prestações materiais mínimas sem as quais se

poderá afirmar que o indivíduo se encontra em situação de indignidade (SARMENTO, Daniel, 2000).

O conceito de dignidade humana está apoiado em quatro princípios: igualdade, integridade física e moral, liberdade e solidariedade. O termo dignidade humana significa o reconhecimento de um valor. Princípio moral fundamentado no ser humano como finalidade, em sua auto-realização.

Efetivar esse projeto de auto-realização requer que o ser humano tenha reconhecimento e respeito dos outros, tenha liberdade para agir. A evidente e histórica constatação de que existe uma solidariedade ontológica da raça humana e de que estamos indubitavelmente inseridos nela, impõe a conclusão de que só nos realizamos através da relação e solidariedade do outro.

O princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito, coloca o homem como centro da organização política e do próprio Direito. O homem não está a serviço do Estado. O Estado que deve servir ao homem, para que este desenvolva sua personalidade, atinja seus ideais de vida e de realização pessoal.

A Constituição de 1988, no artigo 1º, III, dispõe:

ARTIGO 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

.....
 III. a dignidade da pessoa humana;

A conclusão é que compete ao Estado e também ao Direito, propiciar pleno acesso às condições necessárias para a promoção da realização do ser humano. Segundo Uadi Lammêgo Bulos, temos como ponto de partida, para se entender e conceituar os direitos fundamentais, o princípio da dignidade da pessoa humana. Ou seja, se não houver dignidade não existem outros direitos.

A Constituição Federal Brasileira elenca alguns direitos classificados como fundamentais que não derivam diretamente da dignidade humana, mas esses foram escolhidos pelo legislador para serem enquadrados nessa categoria de direitos fundamentais. A dignidade se mostra como ápice da consagração das liberdades públicas.

Reconhecendo-se que a dignidade da pessoa humana como ponto de partida, como base, podemos dizer que se torna um fundamento de conteúdo dos outros direitos. Assim, outros direitos fundamentais devem se compatibilizar com esse fundamento base, pois na Constituição Federal temos alguns direitos sim fundamentais, mas que não estão expressos e a interpretação limitada dificultaria ou inviabilizaria sua proteção, impediria desdobramentos lógicos de direitos implícitos na Constituição.

4 GERAÇÕES OU DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Existem inúmeras correntes doutrinárias acerca de quantas e quais as gerações de direitos fundamentais e também da própria denominação, qual seja, gerações ou dimensões. O termo foi revisado para dimensões, pois a denominação gerações dá a conotação que uma se substitui à outra, uma seria a evolução da outra. No entanto, a denominação dimensão dá o caráter correto de complementaridade, de coexistência.

O que realmente importa é que ao menos três delas aparecem na doutrina, sendo essas amplamente reconhecidas, reconhecimento das liberdades públicas. Vemos uma compatibilidade das gerações com os ideais da Revolução Francesa :”*Liberdade, Igualdade e Fraternidade*”.

4.1 A PRIMEIRA DIMENSÃO

Caracteriza-se como consagração das Liberdades Públicas, os direitos individuais. Aqui se evidencia o ideal de Liberdade da Revolução Francesa. Observa-se a limitação do poder do Estado, limitação de sua interferência na vida dos cidadãos. Engloba os direitos constantes das Revoluções Americanas e Francesas. São as chamadas prestações negativas.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão são os de direitos civis e políticos; englobam o direito à vida, à liberdade, a propriedade, à igualdade formal, os direitos de participação política e ainda algumas garantias quanto ao processo. Direitos relacionados com o próprio indivíduo. Direitos que limitam a atuação do Estado na liberdade individual. Podem também ser classificados como Direitos de Liberdade, sendo os primeiros existentes na Constituição.

4.2 A SEGUNDA DIMENSÃO

Seus direitos surgiram no fim do século XIX, com o intuito de que o Estado promovesse as liberdades que eram apenas formais, agindo de forma positiva. Tem

embasamento em questões do trabalho, no marxismo. Trata de direitos sociais, econômicos e culturais que resguardam a Igualdade.

A crescente industrialização acompanhada de severos e inegáveis problemas sociais e econômicos; também o socialismo e a consciência de que apenas formalizar a liberdade e a igualdade não gerava a garantia da geração de seus efeitos, gerou movimentos de reivindicação de direitos e, ainda, que o Estado percebesse a necessidade de proceder ativamente em busca de justiça social.

Essa geração é constituída pelos direitos econômicos, sociais e culturais para obrigar o Estado a satisfazer as necessidades da coletividade, compreendendo direito ao trabalho, à habitação, à saúde, educação e ao lazer.

Neste caso a prestação é positiva; o Estado passa agora a interferir para a promoção do bem-estar, da viabilização desses direitos. Aqui encontramos a proteção e promoção de direitos relacionados ao trabalho, à seguridade social e proteção diante de condições como velhice e pobreza.

Diante do exposto se podem referir os direitos de segunda dimensão como as liberdades sociais, pois o Estado tem a obrigação de proporcionar o bem estar da sociedade. Ingo Sarlet em sua obra (2002, p. 52) infere inclusive que esses direitos são uma densificação do princípio da justiça social e também como fator de promoção da igualdade real diante das reivindicações operárias, onde se observou a evidente disparidade econômica. O Estado tem o dever de intervir nas relações onde há hipossuficiência, para que, assim, haja uma relação de equilíbrio.

4.3 A TERCEIRA DIMENSÃO

Composta dos denominados direitos de solidariedade ou fraternidade, tendo sido desenvolvidos no século XX. São os direitos pertencentes a todos os indivíduos, e constituem um interesse difuso e comum, ultrapassa a mera titularidade coletiva ou difusa, tendem a proteger grupos humanos.

Os direitos de terceira geração são compostos pelo direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente, à qualidade de vida, à utilização e conservação do patrimônio histórico e cultural e ao direito à comunicação.

Esses direitos fundamentais trazem como característica especial a peculiaridade de não estarem diretamente ligados ao indivíduo em si, mas destinam-

se a proteção de grupos humanos, a família, o povo, a nação e, caracterizando-se como direitos de titularidade coletiva ou difusa. Lembrando que a característica difusa se dá, pois muitas vezes esses grupos protegidos são indeterminados, como por exemplo, nas questões ligadas ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Vale ressaltar ainda, que a maior parte desses direitos não encontra respaldo no texto da Constituição e são consagrados expressamente, com ênfase, nos documentos internacionais. Aqui ocorre a chamada internacionalização dos direitos fundamentais. Recebem uma proteção que ultrapassa as fronteiras, com o objetivo de que os seres humanos como um todo consigam coexistir de forma harmônica, pacífica. Exigem esforços mundiais para se concretizarem.

5 DIREITO À SAÚDE

5.1 CONCEITO DE SAÚDE

A Organização Mundial de Saúde (OMS) define saúde como: “um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente a ausência de doença ou enfermidade”. Desta forma, vemos que conceitualmente a saúde é muito mais do que apenas viver livre de doenças. Pode se inferir que se trata do bom desenvolvimento e funcionamento do organismo humano, porém inserido e analisado de acordo com um contexto social.

A forma como cada ser humano conduz sua vida, alimentação, seus comportamentos e o meio em que vive, contribuem diretamente na avaliação de um quadro de saúde. A saúde pode ser ainda vista sob dois prismas distintos, porém complementares e inter-relacionados, sendo tanto física quanto mental.

Saúde física é o cuidado com o organismo, realização regular de exercícios, uma dieta balanceada, uma boa higiene, dentre tantos outros cuidados que, ao menos basicamente, são de conhecimento de todos, são fruto do nosso instinto de sobrevivência ao longo da evolução. A saúde mental já está relacionada com o equilíbrio emocional e psicológico, a boa utilização e exploração de suas capacidades cognitivas dentro da sociedade e, assim, a sua capacidade de resolver os problemas decorrentes dessa vida em sociedade em conflito com o próprio indivíduo.

5.2 A SAÚDE E O DIREITO

Como falamos anteriormente a saúde se consagra como direito fundamental, com a instituição e reconhecimento dos direitos humanos de segunda dimensão, que são os chamados direitos sociais. Muito se discutiu acerca da aplicabilidade desses direitos sociais no âmbito constitucional.

Neste contexto, ressalta-se que, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 colocaram os Direitos Sociais no mesmo nível de Direitos

Humanos; tendo vigência universal mesmo que não reconhecidos pelas constituições, pois se relacionam diretamente com a dignidade da pessoa humana.

A Constituição de 1988 passou a abordar os direitos humanos como elemento fundacional para a existência de um Estado democrático de Direito. Os direitos sociais são elencados no art. 6º da Constituição, entre os quais o direito à saúde, porém este também é regulado por outras disposições constitucionais derivadas desta primeira, como o art. 196 onde se lê:

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

A saúde é elemento fundamental à existência e concretização da dignidade da pessoa humana e, como incluída no rol dos direitos de segunda geração, cabe ao Estado intervir através da instituição de políticas públicas e de órgãos destinados a assegurá-la como um direito efetivo. Saúde é direito público subjetivo, e seu exercício implica também em exigir do Estado atuações positivas para sua garantia e efetividade.

Diante deste quadro, os serviços de saúde no Brasil têm relevância pública e sujeitam-se, ao menos em tese, às formas de controle social inerentes a uma democracia, intencionando coibir violações e abusos. Interessante que, as formas de efetivação desse direito não estão apenas no mister da medicina de assistência, que oferece hospitais, profissionais e medicamentos; medidas profiláticas devem ser também adotadas e se encaixam, inclusive, na correlação com o exercício de outros direitos como: educação, lazer, meio ambiente, trabalho, entre outros.

Quanto à aplicabilidade, muito se discutiu sobre se os direitos sociais eram dotados de aplicação imediata, ou se tratavam apenas de normas programáticas, ideais a serem realizados ao longo do tempo, sem exigência imediata. O parágrafo 1º, do art. 5º da aos direitos fundamentais aplicação imediata.

O art. 6º, por conseguinte, também se encontra dentre os direitos fundamentais amparados pela aplicação imediata. Sendo assim, além de exigir do Estado atuação positiva com políticas públicas, pode também exigir-se através do Poder Judiciário, a efetivação desses direitos quando o Estado se recusa a oferecê-los. O Judiciário interfere condenando a obrigações de fazer, é o fenômeno que se conhece por “judicialização das políticas públicas”.

O art. 5º, em seu parágrafo 2º revela: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais”. O rol de direitos e garantias se amplia, uma vez que não se esgotam nos diretamente expressos no texto constitucional, tampouco com os elencados no caput, do art. 5º.

Negar eficácia total, plena a direitos como o direito à saúde, direito constitucionalmente instituído e assegurado, destoa de toda a evolução da doutrina e jurisprudência quanto à efetividade. Segundo Ingo Sarlet os direitos fundamentais são multifuncionais. Esta se traduz em direitos de defesa e direitos a prestação.

Ensina ainda, Ingo Sarlet que o direito à saúde se trata de um desses direitos de defesa, direitos subjetivos ativos. Eles permitem o pleno exercício para resguardo dos direitos fundamentais. Não são direitos à prestações; estes exigiriam uma conduta ativa, positiva instituidora e fundamentados do Estado que depende de atuação legislativa para que sua aplicabilidade se viabilize.

Eros Grau em sua doutrina, e na atividade como Ministro do STF, evidencia a questão que o Poder Judiciário em sua atividade típica jurisdicional, ao dar efetividade a direitos como esse, como o direito à saúde, não está se apoderando da função do legislador em criar leis que garantem validade e eficácia desses direitos.

A função jurisdicional é de efetivar esses direitos quando violados e se eles forem auto-suficientes, independentes podem gerar seus efeitos imediatamente, se não espontaneamente, com a coerção de uma decisão judicial. O Poder Judiciário deve agir, não pode se esquivar da função de compelir a gerar efeitos direitos previstos, mas negligenciados (GRAU, Eros, 2005).

Ressalte-se ainda que, o não atendimento de um direito social de um indivíduo, de cada ser humano considerado individualmente conforme suas necessidades, o não atendimento a um desses direitos sociais, gera efeitos não apenas para aquele indivíduo como repercutem na sociedade, pois, inclusive por ser subjetivo e levar em conta cada um em si, é que se revela seu caráter social.

5.2.1 Direito à saúde e suas garantias:

Os Direitos Humanos se harmonizam e complementam com os direitos constitucionais e com o ideal constitucional, bem como com a dignidade da pessoa

humana, entre eles o direito à saúde, que se classifica em nossa constituição como direito fundamental individual, um direito social.

Como se infere do art. 196 da Constituição o Estado tem dever de prover, proporcionar a existência e eficácia desses direitos diante da fragilidade do ser humano em viver dignamente, quando inserido em uma sociedade onde impera o desequilíbrio econômico, impedindo que com recursos exclusivamente próprios, possam estabelecer seu desenvolvimento de forma dignamente aceitável.

No mesmo art.196, que revela ser a saúde “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”, vemos claramente que, imiscuído nesta análise encontra-se também o Direito Econômico.

O próprio texto constitucional mostra a amplitude do tema e de suas formas de efetivação, que requer o oferecimento de uma medicina curativa, como mencionado anteriormente na análise do conceito de direito à saúde, como também exige uma medicina de prevenção, onde o Estado desenvolva políticas sociais e econômicas necessárias.

5.2.2 Sistema Único de Saúde

A garantia constitucional do direito a saúde principal pode ser vista como o Sistema Único de Saúde (SUS). Este é o responsável pela saúde pública no Brasil. Sistema para organizar ações e serviços públicos que visem à promoção e proteção da saúde, a serem prestados pelo Estado. Evidencia o dever Estatal de através de políticas públicas, sociais e econômicas garantir a saúde.

O Sistema é regido por Leis Infraconstitucionais, tais como a Lei nº 8.080/90 – Lei Orgânica da Saúde, e a Lei nº 8.142/90, principalmente. Destaca-se que o artigo 200 da Constituição rege as atribuições referentes a esse Sistema. Relata que são observados os direitos humanos em integração com os direitos sociais, bem como atribui ao SUS controlar e fiscalizar produtos e procedimentos relacionados a essa área.

Através do SUS o Estado, lembrando, promove a saúde com medidas curativas e preventivas, mas acrescento aqui a função adjacente de propiciar o

desenvolvimento da qualidade de vida de cada indivíduo. Este Sistema sofre uma descentralização que permite o melhor funcionamento e fiscalização de suas atividades, de forma setorizada e coerente, diante das múltiplas funções que exerce e seu âmbito de atuação. Ainda permite que esses setores menores se aprofundem diante da necessidade de cada local, porém se reportam a um sistema maior que unifica a atuação do Estado.

Em Setembro do ano 2000, com o advento da Emenda Constitucional nº 29, acrescentou-se ao art. 198 da Constituição uma previsão orçamentária mínima a ser empregada em serviços e ações para a saúde e, ainda, a questão sobre fiscalização e controle dessas despesas nas esferas federal, estadual e municipal, bem como a participação comunitária neste processo de fiscalização e controle, por meios de Conselhos de Saúde e Conferências.

Apesar da atitude positiva e da existência da lei que cria o Sistema Único de Saúde e de outras normas que tutelam seu exercício, controle, estrutura e fiscalização, ainda é evidente em todo o país a carência social de tutela deste direito à saúde e isso ocorre de diversas maneiras.

Sabemos que o Brasil é um país de dimensões continentais e que suporta diferentes climas, faixas sociais, culturas, descendências e recursos. Por vezes as necessidades podem se configurar diametralmente opostas quando se compara uma região com outra. Desta forma, um sistema ainda que único, mas que promove suas políticas de maneira a atender a todos e totalmente inespecíficas diante das necessidades de cada local, acaba por gerar um desamparo total ao invés de garantir minimamente a saúde, e a garantia constitucional se torna tão ínfima que quase não atende nenhuma necessidade social, específica ou mútua.

Outro relevante motivo de crítica é a distribuição de verbas, a destinação de verbas, e a escolha das políticas que devem ser implementadas. De forma que podem gerar desigualdade entre o exercício do direito de cidadãos, ao tutelar certa enfermidade e não outra, por exemplo.

Ainda falando sobre verbas, não é necessária muita pesquisa. Basta ver as notícias dos jornais diários que mostram todos os dias o descaso do Poder Público com a saúde, diante da falta de atendimento, de hospitais lotados, desequipados, sem médicos de todas as especialidades e até para atendimento de pronto socorro,

falta de medicamentos e de materiais inclusive de segurança para médicos e pacientes.

Também os funcionários, dos quais é exigido um alto e dispendioso grau de instrução para o exercício de suas funções, mas que, no entanto, contam com remuneração completamente incompatível e desarrazoada. Evidente que muitos dos setores deste Sistema carecem de fiscalização controle, boa gestão e recursos.

6 TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL

6.1 SURGIMENTO - ALEMANHA

A Teoria da “Reserva do Possível” tem origem histórica na Alemanha, com maior destaque a partir da década de 1970. Essa nova forma de enxergar a atuação do Estado, fez com que à época a Corte Constitucional Alemã proferisse uma decisão que se tornou marco da aplicação da Teoria da “Reserva do Possível”. Lembrando que se tratava de decisão de caso específico, diante de questão de grande controvérsia e urgência, qual seja a limitação do número de vagas nas universidades públicas alemãs.

A Corte alemã analisou demanda judicial ajuizada por estudantes não aceitos em universidades de Hamburgo e Munique, para cursarem medicina, pois existia uma política alemã imposta às universidades de limitação de vagas em cursos superiores. Os estudantes demandaram por vagas apoiando-se em artigo da Constituição Alemã, que versa que qualquer alemão pode escolher livremente profissão, trabalho e centro de formação.

A Corte Constitucional valendo-se da inovadora teoria da “Reserva do Possível”, entendeu que o direito dos estudantes de vagas em universidades, se tratava de uma prestação positiva do Estado, no entanto, que esta prestação é exigível do Estado com certo critério de razoabilidade. Ou seja, não é um direito garantido à medida que o Estado tenha recursos para provê-lo, lembrando que seu orçamento deve atender outras necessidades tão ou mais básicas que essa.

O Tribunal alemão utilizou-se do argumento de que a prestação que era demandada, teria que corresponder a algo que, de forma razoável se pudesse exigir do Estado segundo uma análise global, uma análise profunda de seu papel e de sua atuação em rol da sociedade e do atendimento de suas necessidades, de forma coletiva e não como um direito subjetivo individual que permitisse exigir em qualquer nível as prestações por ele devidas.

Interessante verificar que a corte não apenas entendeu que o Estado tem limites quanto ao oferecimento e execução de suas prestações, bem como deixou claro que a exigência de qualquer prestação deve ter um parâmetro dentro dos limites da razoabilidade, fazendo-se uma análise entre o que é pedido e a

possibilidade de efetivação dessa prestação. Uma análise de viabilidade econômica, temporal, estruturada, justificou o porquê de infundadas as pretensões dos estudantes de obrigar o Estado a prover as vagas nas universidades.

6.2 BRASIL

A teoria no Brasil parece ter ganhado um contorno mais específico, nas demandas e nas decisões, bem como na forma como a doutrina interpreta sua aplicação adequando à nossa realidade, que não pretende negar o dever do Estado de realizar determinadas prestações, mas sim assumiu um caráter puramente econômico, de viabilidade financeira como forma de limitação a concretização de direitos fundamentais constitucionalmente previstos e subjetivamente exigíveis.

O Ponto que merece destaque é que ao desdobrarmos esse pensamento e levarmos em consideração que para a efetivação desses direitos fundamentais prestacionais, estamos condicionados à possibilidade financeira, aos recursos financeiros estatais, devemos lembrar que os valores e suas destinações específicas são determinados pelos Poderes Executivo e Legislativo através de atos discricionários dos mesmos. Ficaríamos reféns das previsões orçamentárias e sem chance de discutir o mérito de nenhuma questão, vez que cumpridas essas destinações orçamentárias pré-determinadas nada se poderia exigir.

Nítido que a teoria alemã sofre grande distorção ao ser aplicada no Brasil. O Professor Ingo Sarlet coaduna com esta opinião, quanto a distorção da teoria da “Reserva do Possível”, o que se evidencia através de argumentos muito pertinentes que também passamos a analisar:

A questão da disponibilidade de recursos do Estado, para concretização de direitos fundamentais, tornou-se argumento para justificar a não prestação estatal e, não bastasse isso, que também houvesse a possibilidade jurídica de dispor dos mesmos. Ou seja, que pudesse manipular esses recursos livremente, sendo que o titular natural de tal função é o Poder Legislativo, que irá determinar valores, quais as necessidades primordiais, o investimento nas políticas públicas, destinação específica.

Ao sustentarem este pensamento, vemos que se trata de uma questão de repartição de competências e, assim, se houver intervenção do Poder Judiciário em

decisões quanto à aplicação e efetivação de um direito subsidiado por recursos públicos, seria um evidente caso de violência ao Princípio da Separação de Poderes, uma vez que o Poder Judiciário estaria se imiscuindo na esfera de atuação do Poder Legislativo.

Outro elemento de análise é a interpretação de que a teoria da “Reserva do Possível” se caracteriza por ser composta de dois elementos. Inicialmente o elemento fático, qual seja: que existam recursos capazes de satisfazer a prestação. O elemento jurídico é que o legislador tenha previsto a possibilidade de o Estado dispor dos recursos, que exista permissão de manipular o orçamento.

O também chamado Princípio da Reserva de Consistência trouxe através daquela decisão do Tribunal Alemão, a idéia central de que o Estado se responsabiliza pela prestação de serviços aos indivíduos, no entanto não de maneira plena e sim de acordo com o que sua realidade financeira permite, usando para avaliar o critério de razoabilidade.

O **Princípio da Reserva do Possível** acaba por se revelar uma aplicação equivocada de Direito Constitucional comparado. A realidade brasileira não pode ser comparada à realidade Alemã que de forma inequívoca contribuiu para o desfecho da decisão dada pelo Tribunal, que revelou a teoria. Da forma como se utiliza, é claramente um limitador à efetividade dos direitos fundamentais.

Lembrando, nesse contexto, que quando um princípio é aplicado sua interpretação e utilização se estende pelo ordenamento jurídico e, assim, adotando a reserva do possível como escusa para omissões no âmbito da saúde, por exemplo, deficiências estruturais e falta de materiais indispensáveis à atuação dos profissionais de saúde, poderiam justificar uma enormidade de violações desse direito pela impossibilidade de execução, podendo inclusive levar à morte.

6.3 MÍNIMO EXISTENCIAL

O surgimento da teoria da reserva do possível e as controvérsias quanto à sua aplicabilidade, provocou uma onda de novos pensamentos e desenvolveu-se também a teoria do mínimo existencial. Criada pela doutrina, também na Alemã, no período pós segunda guerra mundial.

Corresponde a um núcleo que se compõe pelo princípio da dignidade da pessoa humana, cuja importância já foi anteriormente citada e esplanada no presente trabalho, e seus desdobramentos principais, como o direito à vida, à manutenção da integridade física e psíquica, bem como a possibilidade de prover seu próprio sustento, de satisfazer suas necessidades, através do trabalho. Sendo assim, conclui-se que a teoria do mínimo existencial pode ser um critério para que algum ato prestacional não realizado pelo Estado seja concretizado e exigível, tanto individualmente, quanto para um grupo.

A partir da Constituição de 1988, o direito à saúde ganhou grande relevância, ressaltou-se a sua importância para a manutenção da vida e também a forma como se vive. Segundo José Afonso, isso ocorre porque todo homem que for dotado de vida é indivíduo, por isso a vida é fonte primária de todos os outros bens jurídicos, pois "de nada adiantaria a Constituição assegurar outros Direitos Fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos". Deste modo entende-se que o direito a saúde é um mecanismo para a manutenção da vida, derivando uma prestação obrigacional do Estado.

Mínimo existencial é a reunião de direitos fundamentais em um conjunto indissociável, sem os quais o princípio da dignidade da pessoa humana não se realiza, não se efetiva. Apesar de seu conceito e abrangência terem certo grau de subjetividade, limites não bem definidos, não se pode permitir que seja visto como um ideal ilusório, um dever ser e não um ser. Não pode ser considerado inespecífico e intangível, mas sim como princípio norteador do direito e de todas as garantias fundamentais existentes em nossa Constituição.

O próprio Supremo Tribunal Federal, na fala do Ministro Celso de Melo no Recurso Extraordinário nº RE 267612/RS – Rio Grande do Sul, julgado em agosto do ano 2000, se infere que para que o Poder Judiciário intervenha de forma a repudiar a aplicação da justificante reserva do possível, deve basear-se na análise e manutenção da dignidade da pessoa humana; princípio este que reverbera em ideais e garantias de liberdade e igualdade.

A dignidade da pessoa humana deve ser o norte de um Estado e, assim, a obrigação de observá-lo é inerente a todos os Poderes e a sociedade. Em sendo a dignidade da pessoa humana intrínseca aos Direitos Fundamentais, essas

reconhecidas garantias se tornam núcleos essenciais dos direitos do homem, que são sim obrigação do Estado que deve prover minimamente condições para que seus cidadãos alcancem metas, objetivos e ideais que naturalmente fazem parte de cada ser humano. Esses núcleos essenciais foram absorvidos pela doutrina como a teoria do mínimo existencial.

O Estado não poderá se justificar diante de uma omissão pela teoria da reserva do possível quando se observar que a prestação exigida, será para atender condições mínimas de existência. À administração pública não é permitido que se utilize de sua discricionariedade na forma como gere seus recursos, se o ato inviabilizar o exercício dos direitos sociais.

O Poder Judiciário para que decida tais questões deve analisar um conjunto de aspectos, pois também não se deve simplesmente conceder qualquer pedido apenas porque se vincula ao exercício de algum direito entendido como fundamental. A questão de grande importância é a necessidade comprovada da prestação, a observação de se não há meios alternativos já inseridos no Sistema Único de Saúde eficientes, ou ainda meios externos ao sistema, mas menos dispendiosos e eficazes.

O indivíduo ao comprovar e justificar sua necessidade em seu pedido encaminhado ao Poder Judiciário, transfere ao prestador do serviço público garantidor da saúde, o ônus de comprovar que a prestação exigida é inviável ao Poder público diante de um diagnóstico de suas finanças, na tentativa de convencer o magistrado que não pode realizar aquela prestação. Caberá ao magistrado interpretar diante de todos esses fatores se é ou não exigível a prestação requerida.

Essa questão controversa e de difícil análise e determinação deve levar em conta princípios como o da proporcionalidade e da razoabilidade; inegável que diante de um Estado que se caracteriza como democrático e de direito, alguns direitos devem necessariamente ser resguardados e com uma garantia que permita pouca flexibilidade diante de qualquer obstáculo à sua realização.

O Direito é instrumento, é ferramenta para que se imponham regras, para que uma sociedade se determine e siga por um caminho de certa forma pré-determinado, onde o homem é o centro do direito, à sua volta gravitam todas as outras necessidades e ele não deve deixar de ser objeto principal, cada um

considerado como centro, apenas diante de uma Administração que não resguarda e não atende esse postulado basilar.

O mínimo existencial é o alicerce da vida humana. Direitos sempre vinculados à Constituição, direitos fundamentais e indispensáveis que não precisam de uma lei em si para existir, pois são inerentes aos seres humanos. São aqueles direitos sem os quais não se pode falar em vida humana digna; assim sendo vemos que se trata de ferramenta que garante a justiça social, igualdade e liberdade entre os indivíduos.

Abrange direitos sociais, econômicos e culturais, tais como: trabalho, alimentação, salário mínimo, educação, férias, lazer, entre outros. Assim, o mínimo existencial, visa garantir as prestações absolutamente essenciais para que cada ser humano possa ter uma vida digna. Tamanha é a importância que é postulado consagrado pela Doutrina como sendo o núcleo do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que está previsto no artigo 1º, III da Constituição Federal.

Destaque-se também a informação de grande relevância que não se confunde mínimo existencial com mínimo vital. O mínimo existencial é muito mais abrangente, visto que o mínimo vital é uma interpretação menos adequada, pois leva em consideração apenas ao que é necessário à subsistência, à manutenção da vida; o mínimo existencial é algo mais amplo, não abrange apenas as condições necessárias para a manutenção da vida, mas sim da garantia de uma vida digna. Agregam-se muitos outros fatores na avaliação do que é minimamente necessário para um ser humano.

6.4 RESERVA DO POSSÍVEL X MÍNIMO EXISTENCIAL

A questão controversa sobre até onde vai o limite de atuação do Estado na prestação de serviços a cada indivíduo conforme suas necessidades e o orçamento do Estado, atinge com grande veemência as questões de saúde. É de tal monta a discussão que das duas pontas dessa controvérsia se encontram teorias que pretendem justificar a atuação de cada um.

Ao refletirmos tanto sobre a reserva do possível e sua utilização inicial, quanto sobre o mínimo existencial que ao longo da história foi ficando cada vez mais evidente; e ainda o papel do Estado diante de tudo isso, podemos observar que não

é necessário ir muito longe nessa análise pra entendermos que garantir a saúde, preservar a vida e a integridade é cada vez mais uma das necessidades apontadas e que cada vez mais medidas são tomadas pra preservação de direitos humanos e de uma vida humana digna.

A importância a maior relevância em crescente expansão é a de o ser humano como objeto principal de uma sociedade, dos países democráticos, dos Estados de Direito, das organizações mundiais, há um fenômeno de universalização dos direitos humanos. A vida humana digna é o principal bem a ser tutelado.

O Brasil acompanha essa evolução com a Constituição Federal de 1988, com os tratados internacionais de direitos humanos, com a adoção de uma nova mentalidade no Código Civil de 2002, evidenciando que caminha para a proteção do ser humano principalmente, e não do patrimônio, da economia ou de normas que privilegiem questões financeiras em detrimento de direitos fundamentais, inclusive na relativização da força contratual com a mitigação do “pacta sunt servanda” e da grande valorização da boa-fé que inclusive se torna objetiva.

A questão ainda ganha o contorno de que não é apenas do Poder Legislativo que não atua produzindo leis que efetivem as garantias, e nem do Poder Executivo que não tem políticas públicas ou não as fomenta, tornou-se também uma questão para o Poder Judiciário, que acaba por ser o real destinatário dessas teorias na tentativa de encontrar o meio mais justo, mais adequado e coerente de fazer efetivos os direitos de cada um.

O Poder Judiciário não pode se imiscuir da tarefa jurisdicional frente a qualquer lide, sendo assim deve procurar nas leis e nos fundamentos da sua Constituição e de sua forma de Direito, democrática e Federativa as respostas mais adequadas a cada caso, mesmo que muitas vezes criticado como se violasse a Separação de Poderes quando atua em função que não é a sua intuitivamente.

A questão é que há legitimidade do Poder Judiciário para interferir junto ao Estado, nos casos em que houver omissão de um direito prestacional que se relacione a um direito individual pelo poder público e, que cause lesão ao titular, sendo assim possível demandar em juízo para que se promova a tutela do bem jurídico afetado, principalmente quando direitos tidos como parte do mínimo existencial.

De acordo com o artigo 5º, §1, de nossa Constituição, as normas que objetivarem direitos ou garantias constitucionais podem ser imediatamente exigíveis do Estado, por meio de ações constitucionais previstas em nosso ordenamento. O papel do Poder Judiciário se torna ativo na análise dos direitos à saúde, sendo individuais ou coletivos.

A Constituição Federal de 1988 contém muitos princípios, o que inevitavelmente gera conflitos entre os Direitos Fundamentais. Esses princípios para alguns não são diretamente aplicáveis como justificativa por não se tratarem de regras, entendem ser mandados de otimização, assim são observados elementos jurídicos e fáticos contidos em cada caso para avaliar se tal direito pode ser realmente pleiteado e garantido.

6.5 A JURISPRUDÊNCIA QUANTO AO DIREITO À SAÚDE

Alguns julgados de extrema relevância merecem comentários, observação e análise. De início podemos comentar sobre a ADPF 45, cuja versão resumida se encontra abaixo:

**ADPF 45 MC / DF - DISTRITO FEDERAL
MEDIDA CAUTELAR EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE
PRECEITO FUNDAMENTAL**

Relator(a): Min. CELSO DE MELLO

Julgamento: 29/04/2004

Publicação

DJ 04/05/2004PP-00012

RTJ VOL-00200-01 PP-00191

Partes:

ADV.(A/S):ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

ARGDO.(A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ARGTE.(S): PARTIDO DA SOCIAL DEMOCRACIA
BRASILEIRA - PSDB

ADV.(A/S): GUSTAVO ARTHUR COELHO LOBO DE
CARVALHO

Decisão

EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E

CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). DECISÃO: Trata-se de argüição de descumprimento de preceito fundamental promovida contra veto, que, emanado do Senhor Presidente da República, incidiu sobre o § 2º do art. 55 (posteriormente renumerado para art. 59), de proposição legislativa que se converteu na Lei nº 10.707/2003 (LDO), destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004. O dispositivo vetado possui o seguinte conteúdo material: “§ 2º Para efeito do inciso II do caput deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza.” O autor da presente ação constitucional sustenta que o veto presidencial importou em desrespeito a preceito fundamental decorrente da EC 29/2000, que foi promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde. Requisitei, ao Senhor Presidente da República, informações que por ele foram prestadas a fls. 93/144. Vale referir que o Senhor Presidente da República, logo após o veto parcial ora questionado nesta sede processual, veio a remeter, ao Congresso Nacional, projeto de lei, que, transformado na Lei nº 10.777/2003, restaurou, em sua integralidade, o § 2º do art. 59 da Lei nº 10.707/2003 (LDO), dele fazendo constar a mesma norma sobre a qual incidira o veto executivo. Em virtude da mencionada iniciativa presidencial, que deu causa à instauração do concernente processo legislativo, sobreveio a edição da já referida Lei nº 10.777, de 24/11/2003, cujo art. 1º - modificando a própria Lei de Diretrizes Orçamentárias (Lei nº 10.707/2003) – supriu a omissão motivadora do ajuizamento da presente ação constitucional. Com o advento da mencionada Lei nº 10.777/2003, a Lei de Diretrizes Orçamentárias, editada para reger a elaboração da lei orçamentária de 2004, passou a ter, no ponto concernente à questionada omissão normativa, o seguinte conteúdo material: “Art. 1º O art. 59 da lei nº 10.707, de 30 de julho de 2003, passa a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos: ‘Art.59..... § 3º Para os efeitos do inciso II do caput deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza. § 4º A demonstração da observância do limite mínimo previsto no § 3º deste artigo dar-se-á no encerramento do exercício financeiro de 2004.’ (NR).” (grifei) Cabe registrar, por necessário, que a regra legal resultante da edição da Lei nº 10.777/2003, ora em pleno vigor, reproduz, essencialmente, em seu conteúdo, o preceito, que, constante do § 2º

do art. 59 da Lei nº 10.707/2003 (LDO), veio a ser vetado pelo Senhor Presidente da República (fls. 23v.). Impende assinalar que a regra legal em questão – que culminou por colmatar a própria omissão normativa alegadamente descumpridora de preceito fundamental – entrou em vigor em 2003, para orientar, ainda em tempo oportuno, a elaboração da lei orçamentária anual pertinente ao exercício financeiro de 2004. Conclui-se, desse modo, que o objetivo perseguido na presente sede processual foi inteiramente alcançado com a edição da Lei nº 10.777, de 24/11/2003, promulgada com a finalidade específica de conferir efetividade à EC 29/2000, concebida para garantir, em bases adequadas – e sempre em benefício da população deste País – recursos financeiros mínimos a serem necessariamente aplicados nas ações e serviços públicos de saúde. Não obstante a superveniência desse fato juridicamente relevante, capaz de fazer instaurar situação de prejudicialidade da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, não posso deixar de **reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República. Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional: “DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO. - O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um *facere* (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. - Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exeqüíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. - A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica,**

eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.” (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno) É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante **já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política “não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado” (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações**

constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. Daí a correta ponderação de ANA PAULA DE BARCELLOS (“A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais”, p. 245-246, 2002, Renovar): **“Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.”** (grifei) **Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos. Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já**

ênfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado. Extremamente pertinentes, a tal propósito, as observações de ANDREAS JOACHIM KRELL (“Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha”, p. 22-23, 2002, Fabris): “A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado ‘livre espaço de conformação’ (...). Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos. **Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.** A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis; normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes (...). Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social. A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como conseqüência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. (...) “Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais.” (grifei) Todas as considerações que venho de fazer justificam-se, plenamente, quanto à sua pertinência, em face da própria natureza constitucional da controvérsia jurídica ora suscitada nesta sede processual, consistente na impugnação a ato emanado do Senhor Presidente da República, de que poderia resultar grave comprometimento, na área da saúde pública, da execução de política governamental decorrente de decisão vinculante do Congresso Nacional, consubstanciada na Emenda Constitucional nº 29/2000. Ocorre, no entanto, como

precedentemente já enfatizado no início desta decisão, que se registrou, na espécie, situação configuradora de prejudicialidade da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental. A inviabilidade da presente arguição de descumprimento, em decorrência da razão ora mencionada, impõe uma observação final: no desempenho dos poderes processuais de que dispõe, assiste, ao Ministro-Relator, competência plena para exercer, monocraticamente, o controle das ações, pedidos ou recursos dirigidos ao Supremo Tribunal Federal, legitimando-se, em consequência, os atos decisórios que, nessa condição, venha a praticar. Cumpre acentuar, por oportuno, que o Pleno do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inteira validade constitucional da norma legal que inclui, na esfera de atribuições do Relator, a competência para negar trânsito, em decisão monocrática, a recursos, pedidos ou ações, quando incabíveis, estranhos à competência desta Corte, intempestivos, sem objeto ou que veiculem pretensão incompatível com a jurisprudência predominante do Tribunal (RTJ 139/53 - RTJ 168/174-175). Nem se alegue que esse preceito legal implicaria transgressão ao princípio da colegialidade, eis que o postulado em questão sempre restará preservado ante a possibilidade de submissão da decisão singular ao controle recursal dos órgãos colegiados no âmbito do Supremo Tribunal Federal, consoante esta Corte tem reiteradamente proclamado (RTJ 181/1133-1134, Rel. Min. CARLOS VELLOSO - AI 159.892-AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). Cabe enfatizar, por necessário, que esse entendimento jurisprudencial é também aplicável aos processos de controle normativo abstrato de constitucionalidade, qualquer que seja a sua modalidade (ADI 563/DF, Rel. Min. PAULO BROSSARD - ADI 593/GO, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - ADI 2.060/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO - ADI 2.207/AL, Rel. Min. CELSO DE MELLO - ADI 2.215/PE, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), eis que, tal como já assentou o Plenário do Supremo Tribunal Federal, o ordenamento positivo brasileiro “não subtrai, ao Relator da causa, o poder de efetuar - enquanto responsável pela ordenação e direção do processo (RISTF, art. 21, I) - o controle prévio dos requisitos formais da fiscalização normativa abstrata (...)” (RTJ 139/67, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Sendo assim, tendo em consideração as razões expostas, julgo prejudicada a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da perda superveniente de seu objeto. Arquivem-se os presentes autos. Publique-se. Brasília, 29 de abril de 2004. Ministro CELSO DE MELLO Relator.

A ADPF 45 foi decisão de extrema importância e repercussão na questão acima, muitos detalhes importantes foram ressaltados quanto à possibilidade de aplicação do princípio da “reserva do possível” em confronto com o mínimo existencial.

Verifica-se a análise da questão da natureza dos direitos sociais e sua aplicabilidade. São direitos de segunda geração que tratam de normas programáticas, mas que, porém, não podem ser colocadas como tão longínquas pelo Estado a ponto de se colocar sempre como uma possibilidade futura e remota,

quase intangível. A intenção do legislador constitucional talvez fosse de entender que esses direitos não conseguiriam ter aplicação imediata no momento da entrada em vigor da Constituição, no entanto que deveriam ser implementados gradual e progressivamente e não são meros ideais inatingíveis.

Levantou-se a questão da atuação do Poder Judiciário na efetivação desses direitos sociais, no caso de direito à saúde, e brilhantemente o relator deixa claro que esta visão de Separação de Poderes de forma tão pouco flexível atualmente é inviável. Todos os poderes têm funções específicas, mas também se interligam o que os fazem harmoniosos entre si. A Constituição Federal também em seu conteúdo esclarece que é um dos deveres do Poder Judiciário efetivar as garantias e direitos dados pela Constituição aos cidadãos; se o Estado se omite não fazendo seu dever, também é descumpridor, violador de direitos e cabe ao Poder Judiciário promover o resguardo desses direitos.

Outro ponto de análise é a forma como se avalia se o direito reivindicado é de tal relevância que mereça intervenção judicial frente ao Estado para que este atue fornecendo-o. Assim determinou-se um binômio de apreciação que leva em conta juízos de razoabilidade, ou seja, deve haver necessidade de tutela do direito, bem como disponibilidade do Estado em arcar com as despesas necessárias. Sempre será necessário fazer um sopesamento de necessidade e possibilidade.

Reconhece-se que o Estado não é portador de recursos tão abundantes que possam prover a todos igualmente em todas as suas necessidades, mas deve no mínimo procurar garantir aquilo chamado de mínimo existencial para a vida digna de um cidadão. Impossível ignorar o fato de que o Estado realmente não possui verbas inesgotáveis para a saúde sob pena de prejudicar outros direitos. A Administração, através de suas leis orçamentárias, tenta fazer uma distribuição equânime dos recursos nos setores importantes que garantiriam o mínimo existencial.

O direito à saúde, no entanto, tem seu caráter subjetivo, cada indivíduo tem necessidades especiais e algumas delas altamente dispendiosas, quando é o caso de doenças raras ou muito graves; nesse caso não está mais em jogo simplesmente um direito à saúde, já estamos falando em direito à vida, à possibilidade de se viver dignamente. Sendo assim, em algumas situações, mesmo que se imponha ao Estado pagamento de altas quantias para o reembolso de remédios ou tratamentos, se torna razoável diante de circunstâncias como quando não possui o país uma

forma de tratamento que tenha eficácia, quando não é produzido o remédio no país, quando o custo é inviável à maioria dos cidadãos comuns, quando o remédio não está na lista dos distribuídos pelo SUS, entre outras hipóteses.

Por fim, concluímos que reconhece o dever do Estado de promover e fomentar os direitos sociais; que deve se levar em conta a disponibilidade financeira, mas isso deve ser feito de maneira muito bem fundamentada de modo a deixar clara a impossibilidade do Estado; que a efetivação dos direitos fundamentais de segunda geração é essencial e um dos objetivos constitucionais, e que não se pode permitir a omissão Estatal pura e simples, com a alegação fraca de reserva do possível, pois seria apenas uma forma de postergar e tornar inalcançáveis direitos garantidos pela Constituição.

STA 175-AgR/CE*

RELATOR: MINISTRO PRESIDENTE

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: O alto significado social e o irrecusável valor constitucional de que se reveste o direito à saúde não podem ser menosprezados pelo Estado, sob pena de grave e injusta frustração de um inafastável compromisso constitucional, que tem, no aparelho estatal, o seu precípua destinatário.

O objetivo perseguido pelo legislador constituinte, em tema de proteção ao direito à saúde, traduz meta cuja não-realização qualificar-se-á como uma censurável situação de inconstitucionalidade por omissão imputável ao Poder Público, ainda mais se se tiver presente que a Lei Fundamental da República delineou, nessa matéria, um nítido programa a ser (necessariamente) implementado mediante adoção de políticas públicas conseqüentes e responsáveis.

Ao julgar a ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, proferi decisão assim ementada (Informativo/STF nº 345/2004):

“ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA ‘RESERVA DO POSSÍVEL’.

NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO 'MÍNIMO EXISTENCIAL'. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).”

Salientei, então, em referida decisão, que o Supremo Tribunal Federal, considerada a dimensão política da jurisdição constitucional outorgada a esta Corte, não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais que se identificam - enquanto direitos de segunda geração - com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RTJ 199/1219-1220, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

É que, se assim não for, restarão comprometidas a integridade e a eficácia da própria Constituição, por efeito de violação negativa do estatuto constitucional, motivada por inaceitável inércia governamental no adimplemento de prestações positivas impostas ao Poder Público, consoante já advertiu, em tema de inconstitucionalidade por omissão, por mais de uma vez (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO), o Supremo Tribunal Federal:

“DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO.

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

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

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

(RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno) É certo - tal como observei no exame da ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO (Informativo/STF nº 345/2004) - que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

Impende assinalar, contudo, que 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 político-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. Mais do que nunca, Senhor Presidente, 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 significação 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 de proteção ao direito à saúde.

Cabe referir, neste ponto, ante a extrema pertinência de suas observações, a advertência de LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN, ilustre Procuradora Regional da República ("Políticas Públicas – A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público", p. 59, 95 e 97, 2000, Max Limonad), cujo magistério, a propósito da limitada discricionariedade governamental em tema de concretização das políticas públicas constitucionais, corretamente assinala:

"Nesse contexto constitucional, que implica também na renovação das práticas políticas, o administrador está vinculado às políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal; a sua omissão é passível de responsabilização e a sua margem de discricionariedade é mínima, não contemplando o não fazer.

.....
 Como demonstrado no item anterior, o administrador público está vinculado à Constituição e às normas infraconstitucionais para a implementação das políticas públicas relativas à ordem social constitucional, ou seja, própria à finalidade da mesma: o bem-estar e a justiça social.

.....
 Conclui-se, portanto, que o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de

implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional, pois tal restou deliberado pelo Constituinte e pelo legislador que elaborou as normas de integração.

.....
As dúvidas sobre essa margem de discricionariedade devem ser dirimidas pelo Judiciário, cabendo ao Juiz dar sentido concreto à norma e controlar a legitimidade do ato administrativo (omissivo ou comissivo), verificando se o mesmo não contraria sua finalidade constitucional, no caso, a concretização da ordem social constitucional.”(grifei)

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “The CostofRights”, 1999, Norton, New York; ANA PAULA DE BARCELLOS, “A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais”, p. 245/246, 2002, Renovar), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

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

*Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele - a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência (ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Informativo/STF nº 345/2004). **Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” — ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível — não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.***

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 art. 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. O caso ora em exame, Senhor Presidente, põe em evidência o altíssimo relevo jurídico-social que assume, em nosso ordenamento positivo, o direito à saúde, especialmente em face do mandamento inscrito no art. 196 da Constituição da República, que assim dispõe:

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

Na realidade, o cumprimento do dever político-constitucional consagrado no art. 196 da Lei Fundamental do Estado, consistente na obrigação de assegurar, a todos, a proteção à saúde, representa fator, que, associado a um imperativo de solidariedade social, impõe-se ao Poder Público, qualquer que seja a dimensão institucional em que atue no plano de nossa organização federativa. A impostergabilidade da efetivação desse dever constitucional desautoriza o acolhimento do pleito recursal que a instituição governamental interessada deduziu na presente causa. **Tal como pude enfatizar em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet 1.246/SC), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde - que se qualifica como direito subjetivo inalienável a todos assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, “caput”, e art. 196) - ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo, uma vez configurado esse dilema, que razões de ordem ético-jurídica impõem, ao julgador, uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas.**

Essa relação dilemática, que se instaura na presente causa, conduz os Juízes deste Supremo Tribunal a proferir decisão que se projeta no contexto das denominadas **“escolhas trágicas” (GUIDO CALABRESI e PHILIP BOBBITT, “TragicChoices”, 1978, W. W. Norton & Company)**, que nada mais exprimem senão o estado de tensão dialética entre a necessidade estatal de tornar concretas e reais as ações e prestações de saúde em favor das pessoas, de um lado, e as dificuldades governamentais de viabilizar a alocação de recursos financeiros, sempre tão dramaticamente escassos, de outro.

Mas, como precedentemente acentuado, a missão institucional desta Suprema Corte, como guardiã da superioridade da Constituição da República, impõe, aos seus Juízes, o compromisso de fazer prevalecer os direitos fundamentais da pessoa, dentre os quais avultam, por sua inegável precedência, o direito à vida e o direito à saúde.

Cumpra não perder de perspectiva, por isso mesmo, que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível, assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o

Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro (JOSÉ CRETILLA JÚNIOR, "Comentários à Constituição de 1988", vol. VIII/4332-4334, item n. 181, 1993, Forense Universitária) - não pode convertê-la em promessa constitucional inseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

Nesse contexto, incide, sobre o Poder Público, a gravíssima obrigação de tornar efetivas as ações e prestações de saúde, incumbindo-lhe promover, em favor das pessoas e das comunidades, medidas — preventivas e de recuperação —, que, fundadas em políticas públicas idôneas, tenham por finalidade viabilizar e dar concreção ao que prescreve, em seu art. 196, a Constituição da República, tal como este Supremo Tribunal tem reiteradamente reconhecido:

“O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA.

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

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

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

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

DISTRIBUIÇÃO GRATUITA, A PESSOAS CARENTES, DE

MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR.

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

(RE 393.175-AgR/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

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

É por tal razão, Senhor Presidente, que tenho proferido inúmeras decisões, nesta Suprema Corte, em plena harmonia com esse entendimento, sempre a fazer prevalecer, nos casos por mim julgados (RTJ 175/1212-1213, v.g.), o direito fundamental à vida, de que o direito à saúde representa um indissociável consectário, como o atestam os seguintes julgamentos de que fui Relator:

- RE 556.886/ES (adenocarcinoma de próstata)
- AI 457.544/RS (artrite reumatóide)
- AI 583.067/RS (cardiopatia isquêmica grave)
- RE 393.175-AgR/RS (esquizofrenia paranóide)
- RE 198.265/RS (fenilcetonúria)
- AI 570.455/RS (glaucoma crônico)
- AI 635.475/PR (hepatite “c”)
- AI 634.282/PR (hiperprolactinemia)
- RE 273.834-AgR/RS (HIV)
- RE 271.286-AgR/RS (HIV)
- RE 556.288/ES (insuficiência coronariana)
- AI 620.393/MG (leucemia mielóide crônica)
- AI 676.926/RJ (lipoparatireoidismo)
- AI 468.961/MG (lúpus eritematoso sistêmico)
- RE 568.073/RN (melanoma com acometimento cerebral)
- RE 523.725/ES (migatia mitocondrial)
- AI 547.758/RS (neoplasia maligna cerebral)
- AI 626.570/RS (neoplasia maligna cerebral)
- RE 557.548/MG (osteomielite crônica)
- AI 452.312/RS (paralisia cerebral)
- AI 645.736/RS (processo expansivo intracraniano)

- RE 248.304/RS (status marmóreo)
- AI 647.296/SC (transplante renal)
- RE 556.164/ES (transplante renal)
- RE 569.289/ES (transplante renal)

Vê-se, desse modo, que, mais do que a simples positivação dos direitos sociais — que traduz estágio necessário ao processo de sua afirmação constitucional e que atua como pressuposto indispensável à sua eficácia jurídica (JOSÉ AFONSO DA SILVA, “Poder Constituinte e Poder Popular”, p. 199, itens ns. 20/21, 2000, Malheiros) —, recai, sobre o Estado, inafastável vínculo institucional consistente em conferir real efetividade a tais prerrogativas básicas, em ordem a permitir, às pessoas, nos casos de injustificável inadimplemento da obrigação estatal, que tenham elas acesso a um sistema organizado de garantias instrumentalmente vinculadas à realização, por parte das entidades governamentais, da tarefa que lhes impôs a própria Constituição.

Não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito — como o direito à saúde — se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional. Cumpre assinalar que a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse, como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde (CF, art. 197), em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anormalmente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante. Tenho para mim, desse modo, presente tal contexto, que o Estado não poderá demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhe foi outorgado pelo art. 196, da Constituição, e que representa - como anteriormente já acentuado - fator de limitação da discricionariedade político-administrativa do Poder Público, cujas opções, tratando-se de proteção à saúde, não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.

Entendo, por isso mesmo, que se revela inacolhível pretensão recursal deduzida pela entidade estatal interessada, notadamente em face da jurisprudência que se formou, no Supremo Tribunal Federal, sobre a questão ora em análise.

Nem se atribua, indevidamente, ao Judiciário, no contexto em exame, uma (inexistente) intrusão em esfera reservada aos demais Poderes da República.

É que, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário (de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito), inclui-se a necessidade de

fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos.

Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivam restaurar a Constituição violada pela inércia dos Poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão institucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República.

A colmatação de omissões inconstitucionais, realizada em sede jurisdicional, notadamente quando emanada desta Corte Suprema, torna-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.

As situações configuradoras de omissão inconstitucional — ainda que se cuide de omissão parcial derivada da insuficiente concretização, pelo Poder Público, do conteúdo material da norma impositiva fundada na Carta Política — refletem comportamento estatal que deve ser repellido, pois a inércia do Estado qualifica-se como uma das causas geradoras dos processos informais de mudança da Constituição, tal como o revela autorizado magistério doutrinário (ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, “Processos Informais de Mudança da Constituição”, p. 230/232, item n. 5, 1986, Max Limonad; JORGE MIRANDA, “Manual de Direito Constitucional”, tomo II/406 e 409, 2ª ed., 1988, Coimbra Editora; J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “Fundamentos da Constituição”, p. 46, item n. 2.3.4, 1991, Coimbra Editora).

O fato inquestionável é um só: a inércia estatal em tornar efetivas as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela Constituição e configura comportamento que revela um incompreensível sentimento de despreço pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República.

Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem convenientes aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.

A percepção da gravidade e das conseqüências lesivas derivadas do gesto infiel do Poder Público que transgredir, por omissão ou por insatisfatória concretização, os encargos de que se tornou depositário, por efeito de expressa determinação constitucional, foi revelada, entre nós, já no período monárquico, em lúcido magistério, por PIMENTA BUENO (“Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império”, p. 45, reedição do Ministério da Justiça, 1958) e reafirmada por eminentes autores contemporâneos em lições que acentuam o desvalor jurídico do comportamento estatal omissivo (JOSÉ AFONSO DA SILVA, “Aplicabilidade das Normas Constitucionais”, p. 226, item n. 4, 3ª ed., 1998, Malheiros; ANNA

CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, “Processos Informais de Mudança da Constituição”, p. 217/218, 1986, Max Limonad; PONTES DE MIRANDA, “Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969”, tomo I/15-16, 2ª ed., 1970, RT, v.g.).

O desprestígio da Constituição — por inércia de órgãos meramente constituídos — representa um dos mais graves aspectos da patologia constitucional, pois reflete inaceitável desprezo, por parte das instituições governamentais, da autoridade suprema da Lei Fundamental do Estado.

Essa constatação, feita por KARL LOEWENSTEIN (“Teoria de la Constitución”, p. 222, 1983, Ariel, Barcelona), coloca em pauta o fenômeno da erosão da consciência constitucional, motivado pela instauração, no âmbito do Estado, de um preocupante processo de desvalorização funcional da Constituição escrita, como já ressaltado, pelo Supremo Tribunal Federal, em diversos julgamentos, como resulta evidente da seguinte decisão consubstanciada em acórdão assim ementado:

“(...) DESCUMPRIMENTO DE IMPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL LEGIFERANTE E DESVALORIZAÇÃO FUNCIONAL DA CONSTITUIÇÃO ESCRITA.

- O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de legislar, imposto em cláusula constitucional, de caráter mandatário - infringe, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional (ADI 1.484-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO).
- A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos designios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.

DIREITO SUBJETIVO À LEGISLAÇÃO E DEVER CONSTITUCIONAL DE LEGISLAR: A NECESSÁRIA EXISTÊNCIA DO PERTINENTE NEXO DE CAUSALIDADE.

- O direito à legislação só pode ser invocado pelo interessado, quando também existir - simultaneamente imposta pelo próprio texto constitucional - a previsão do dever estatal de emanar normas legais. Isso significa que o direito individual à atividade legislativa do Estado apenas se evidenciará naquelas estritas hipóteses em que o desempenho da função de legislar refletir, por efeito de exclusiva determinação constitucional, uma obrigação jurídica indeclinável imposta ao Poder Público. (...).”

(RTJ 183/818-819, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

Em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente nas áreas de educação infantil (RTJ 199/1219-1220) e de saúde pública (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213), a Corte Suprema brasileira tem

proferido decisões que neutralizam os efeitos nocivos, lesivos e perversos resultantes da inatividade governamental, em situações nas quais a omissão do Poder Público representava um inaceitável insulto a direitos básicos assegurados pela própria Constituição da República, mas cujo exercício estava sendo inviabilizado por contumaz (e irresponsável) inércia do aparelho estatal. O Supremo Tribunal Federal, em referidos julgamentos, colmatou a omissão governamental e conferiu real efetividade a direitos essenciais, dando-lhes concreção e, desse modo, viabilizando o acesso das pessoas à plena fruição de direitos fundamentais, cuja realização prática lhes estava sendo negada, injustamente, por arbitrária abstenção do Poder Público.

Para além de todas as considerações que venho de fazer, há, ainda, Senhor Presidente, um outro parâmetro constitucional que merece ser invocado.

Refiro-me ao **princípio da proibição do retrocesso**, que, em tema de direitos fundamentais de caráter social, impede que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive, consoante adverte autorizado magistério doutrinário (GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, “*Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*”, 1ª ed./2ª tir., p. 127/128, 2002, Brasília Jurídica; J. J. GOMES CANOTILHO, “*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*”, p. 320/322, item n. 03, 1998, Almedina; ANDREAS JOACHIM KRELL, “*Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*”, p. 40, 2002, 2002, Sergio Antonio Fabris Editor, INGO W. SARLET, “*Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988*”, “*in*” *Revista Público*, p. 99, n. 12, 2001). Na realidade, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional (como o direito à saúde), impedindo, em conseqüência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos, exceto nas hipóteses — de todo inócua na espécie — em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais.

Lapidar, sob todos os aspectos, o magistério de J. J. GOMES CANOTILHO, cuja lição, a propósito do tema, estimula as seguintes reflexões (“*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*”, 1998, Almedina, p. 320/321, item n. 3):

“O princípio da democracia econômica e social aponta para a proibição de retrocesso social.

A idéia aqui expressa também tem sido designada como proibição de ‘contra-revolução social’ ou da ‘evolução reaccionária’. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo. A ‘proibição de retrocesso social’ nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fáctica), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos

(ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana. O reconhecimento desta protecção de direitos prestacionais de propriedade, subjetivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e as expectativas subjectivamente alicerçadas. A violação no núcleo essencial efectivado justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente aniquiladoras da chamada justiça social. Assim, por ex., será inconstitucional uma lei que extinga o direito a subsídio de desemprego ou pretenda alargar desproporcionadamente o tempo de serviço necessário para a aquisição do direito à reforma (...). De qualquer modo, mesmo que se afirme sem reservas a liberdade de conformação do legislador nas leis sociais, as eventuais modificações destas leis devem observar os princípios do Estado de direito vinculativos da actividade legislativa e o núcleo essencial dos direitos sociais. O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos já realizado e efectivado através de medidas legislativas ('lei da segurança social', 'lei do subsídio de desemprego', 'lei do serviço de saúde') deve considerar-se constitucionalmente garantido sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa 'anulação', 'revogação' ou 'aniquilação' pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador é inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado." (grifei)

Bem por isso, o Tribunal Constitucional português (Acórdão nº 39/84), ao invocar a cláusula da proibição do retrocesso, reconheceu a inconstitucionalidade de ato estatal que revogara garantias já conquistadas em tema de saúde pública, vindo a proferir decisão assim resumida pelo ilustre Relator da causa, Conselheiro VITAL MOREIRA, em douto voto de que extraio o seguinte fragmento ("Acórdãos do Tribunal Constitucional", vol. 3/95-131, 117-118, 1984, Imprensa Nacional, Lisboa):

"Que o Estado não dê a devida realização às tarefas constitucionais, concretas e determinadas, que lhe estão cometidas, isso só poderá ser objecto de censura constitucional em sede de inconstitucionalidade por omissão. Mas quando desfaz o que já havia sido realizado para cumprir essa tarefa, e com isso atinge uma garantia de um direito fundamental, então a censura constitucional já se coloca no plano da própria inconstitucionalidade por acção. Se a Constituição impõe ao Estado a realização de uma determinada tarefa - a criação de uma certa instituição, uma determinada alteração na ordem jurídica -, então, quando ela seja levada a cabo, o resultado passa a ter a protecção directa da Constituição. O Estado não pode voltar atrás, não pode descumprir o que cumpriu, não pode tornar a colocar-se na situação de devedor. (...) Se o fizesse, incorreria em violação positiva (...) da Constituição.

.....
Em grande medida, os direitos sociais traduzem-se para o Estado em obrigação de fazer, sobretudo de criar certas instituições públicas (sistema escolar, sistema de segurança social, etc.). Enquanto elas não forem criadas, a Constituição só pode fundamentar exigências para que se criem; mas após terem sido criadas, a Constituição passa a proteger a sua existência, como se já existissem à data da Constituição. As tarefas constitucionais impostas ao Estado em sede de direitos fundamentais no sentido de criar certas instituições ou serviços não o obrigam apenas a criá-los, obrigam-no também a não aboli-los uma vez criados.

Quer isto dizer que a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixar de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar (ou passar também a ser) numa obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a actuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social.

Este enfoque dos direitos sociais faz hoje parte integrante da concepção deles a teoria constitucional, mesmo lá onde é escasso o elenco constitucional de direitos sociais e onde, portanto, eles têm de ser extraídos de cláusulas gerais, como a cláusula do 'Estado social'." (grifei)

Concluo o meu voto, Senhor Presidente. E, ao fazê-lo, devo observar que a ineficiência administrativa, o descaso governamental com direitos básicos da pessoa (como o direito à saúde), a incapacidade de gerir os recursos públicos, a falta de visão política na justa percepção, pelo administrador, do enorme significado social de que se reveste a proteção à saúde, a inoperância funcional dos gestores públicos na concretização das imposições constitucionais não podem nem devem representar obstáculos à execução, pelo Poder Público, da norma inscrita no art. 196 da Constituição da República, que traduz e impõe, ao Estado, um dever inafastável, sob pena de a ilegitimidade dessa inaceitável omissão governamental importar em grave vulneração a um direito fundamental e que é, no contexto ora examinado, o direito à saúde.

Sendo assim, em face das razões expostas, e considerando, sobretudo, Senhor Presidente, o magnífico voto proferido por Vossa Excelência, nego provimento ao recurso de agravo interposto pela União Federal.

É o meu voto.

Este voto é posterior ao da ADPF45 anteriormente comentado e em muito reforça a decisão dada anteriormente e ainda faz acréscimos que deixam ainda mais clara a responsabilidade do Estado de garantir efetividade de direitos sociais, que

apesar de norma programática devem ser gradualmente e progressivamente viabilizados.

Denota especial importância ao direito à saúde reconhecendo-o como dever e destinatário precípua da ordem constitucional, bem como esclarecendo que a sua não observância atingida por uma conduta omissiva se enquadra num caso de inconstitucionalidade. Outra importante colocação é que vê o direito à saúde como intimamente ligado, diretamente derivado do direito à vida, cuja tarefa estatal de proteger é inegável, indiscutível, deixando ainda mais clara a necessidade de atuação de um estado social.

Acrescenta-se também a teoria importantíssima na garantia de direitos fundamentais e de direitos humanos que é o princípio da vedação de retrocesso, ou seja, uma vez que direitos foram consagrados e tidos como mínimos à vida humana digna e ainda por cima reconhecidos na Constituição, não fornecê-los ou inviabilizá-los demonstra direta violação à proibição de retrocesso, pois na realidade os direitos estariam ali reconhecidos, porém seriam inalcançáveis, e inexigíveis pelos cidadãos.

Ressalta brilhantemente o voto, que diante do juízo de ponderação em que para sopesamento se encontra um direito à saúde que é ligado diretamente ao direito à vida, e a capacidade financeira do Estado não se torna muito difícil saber por qual optar, devido à enorme relevância do direito fundamental, e também visto que o Estado tem fonte de renda certa, cobrada através dos impostos e outras formas de rendas que permitem com que as contas sejam administradas de forma a compensar gastos do gênero.

O Estado não tem direito de em nome da preservação de patrimônio, inviabilizar um direito tão importante como o direito à saúde seja ele individual ou coletivo, pois é reconhecidamente um direito fundamental que não pode ser abandonado e de cuja responsabilidade o Estado não pode se esquivar, bem como os cidadãos e a sociedade em si, cada um segundo o art. 196 tem dever de zelar pela saúde e um indivíduo quando se vir prejudicado pela omissão estatal que não garante o exercício de seus direitos, deve recorrer ao poder judiciário para que faça cessar tal lesão, que pode inclusive ter efeitos irreversíveis.

7 CONCLUSÃO

Inúmeras teorias surgem ao longo do tempo sobre como o Estado, os Poderes e os cidadãos devem atuar diante da lei. Cada contexto histórico e fático e as alterações contínuas que vivemos nos permitem interpretar e reavaliar nossos conceitos e valores.

Ao longo das últimas décadas vemos uma valorização do ser humano em si, vemos que o direito, as regras e as normas se voltam agora para o ser humano como seu objeto principal. Os direitos humanos foram e são cada vez mais reconhecidos e sua necessidade de efetivação perpetuada. O patrimônio, apesar da enorme relevância que tem na sociedade não é em o foco, este está a serviço do ser humano que o desfruta.

O Brasil, principalmente com a Constituição de 1988, que veio carregada desse sentimento de humanidade após grandes períodos de repressão, se propôs a perpetuar direitos fundamentais e garanti-los com a atuação Estatal de modo que as liberdades não fossem mais violadas com tanta falta de escrúpulo. Assim, assumiu o Estado um papel de prover aos seus cidadãos direitos mínimos que vemos hoje como núcleos essenciais na concretização de uma vida humana digna.

A teoria da reserva do possível, em si, em suas características iniciais, foi um momento de reflexão de magistrados alemães frente a determinada situação onde não havia precedente para se fundamentar uma decisão. No caso, devido às circunstâncias, da cultura do país, das possibilidades financeiras do Estado decidiu-se pela isenção do Estado de responsabilidade.

No Brasil a aplicação se mostra de forma distorcida e pouco precisa. O argumento do Estado para não prestação de determinado serviço é fraco, mais uma alegação do que uma demonstração o que dá ao administrador uma discricionariedade tão grande incompatível com a efetivação do direito à saúde. A alegação de falta de recursos simplesmente e as escolhas feitas pelo administrador e pelo Legislativo nas leis orçamentárias, não são suficientes para eximir o Estado de seu dever.

A administração não tem discricionariedade tamanha para determinar quantias a serem gastas em cada setor e, o simples cumprimento dessas metas não implica no total cumprimento de seu papel constitucional. Inegável que não se pode com o orçamento existente se atender a todos os anseios da sociedade, porém alguns direitos são tidos como núcleos essenciais e que devem ser preservados e atendidos, o peso e as consequências de seu não atendimento são maiores que a implicação financeira para o Estado.

Diante da necessidade de medicamentos e de tratamentos médicos que irão garantir a integridade física ou psicológica e, assim, preservar a vida humana digna, não pode o Estado, que se coloca no papel de provedor e garantidor de direitos fundamentais, bem como do dever de respeito e obediência à Constituição se esquivar de seus deveres precípuos negando esses itens a quem os reivindica.

O Estado se comprometendo com as políticas públicas a atender seus cidadãos no âmbito do direito à saúde deve reconhecer que, cada indivíduo tem necessidades diferentes que devem ser igualmente atendidas, não sendo a questão precípuo a financeira.

Diante das explicações sobre a reserva do possível, do mínimo existencial, da dignidade da pessoa humana, da crescente valorização dos direitos humanos, do homem como centro do direito, das responsabilidades estatais, do princípio da vedação de retrocesso, da importância dos direitos fundamentais na Constituição, só se pode concluir que um direito como a saúde não pode ser negligenciado pelo Estado. Não são necessárias teorias novas e pouco fundamentadas, pois acabam num juízo de razoabilidade que será feito de qualquer forma pelo julgador diante de uma situação específica.

A ponderação, ou sopesamento, ou juízo de razoabilidade é inerente ao trabalho desenvolvido pelo julgador quando analisa a viabilidade, a pertinência, a relevância e a existência do direito cuja violação é processualmente questionada. A função jurisdicional se destina tanto a particulares como ao Estado e, a decisão não implica em violação da Separação de Poderes.

O que não se pode é diante de tabelas e leis orçamentárias complexas e burocráticas simplesmente se justificar a omissão estatal de dever tão importante, penso que de início cabe avaliar a relevância, viabilidade e existência daquela

necessidade e posteriormente se encontrar a forma talvez menos onerosa de provê-la, mas não simplesmente negá-la, pois, desta forma, veríamos a banalização da vida humana e a despreocupação do Estado para com o desenvolvimento digno de cada cidadão.

"Por derradeiro, cremos ser possível afirmar que os direitos fundamentais sociais, mais do que nunca, não constituem mero capricho, privilégio ou liberalidade, mas sim, premente necessidade, já que a sua supressão ou desconsideração fere de morte os mais elementares valores da vida, liberdade e igualdade. A eficácia (jurídica e social) dos direitos fundamentais sociais deverá ser objeto de permanente otimização, na medida em que levar a sério os direitos (e princípios) fundamentais corresponde, em última análise, a ter como objetivo permanente a otimização do princípio da dignidade da pessoa humana, por sua vez, a mais sublime expressão da própria idéia de Justiça

INGO WOLFGANG SARLET

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BARROSO, Luiz Roberto. **Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial**. Luiz Roberto Barroso. Disponível em: www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/da_falta_de_efetividade_a_judicializacao_excessiva.pdf.

_____, _____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito – o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Fortaleza: **Revista da ESMEC 9**. Escola Superior da Magistratura.

_____, _____. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário Político**. 10ª ed. Brasília: UnB Editora, 1997.

BRASIL. **Constituição Federativa do Brasil**. Brasília: 05/10/1988.

CAJ - Centro de Atualização Jurídica. **Os direitos Fundamentais Sociais Na Constituição de 1988**. Salvador: Revista Diálogo Jurídico, v. 1, nº 1, 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2002.

CESARINO JUNIOR, A. F. **Direito Social Brasileiro**, 1970.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. Revista dos Tribunais, 2003.

DALLARI, Dalmo. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel G. **Estado de Direito e Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1988.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros Editores, 3ª Ed, 2005.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Almeida, Guido Antonio. São Paulo: Editora Barcarolle.

MENDES, Gilmar. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. 1º ed. Brasília: Brasília jurídica, 2000.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV, 3º ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2000.

MISAILIDIS, Mirta G; Lerena Manzo de. **A Globalização Econômica e as Relações de Trabalho entre a retórica e a Realidade**. Caderno de Comunicações. São Paulo: Ano 5, nº 2, janeiro. 2001.

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

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

STF – sítio eletrônico. **ADPF 45 e AgR 175/CE**. Disponível em <www.stf.gov.br>. Consulta em 05/07/2013.

STRECK, Lenio L.; MORAIS, José Luis B. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.