

Sebastião José Vieira Filho

**EXIGIBILIDADE JUDICIAL DOS DIREITOS SOCIAIS À SAUDE E A RESERVA
DO POSSÍVEL, FRENTE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PREVISTOS NA
CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (1988)**

Belo Horizonte

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

2011

**EXIGIBILIDADE JUDICIAL DOS DIREITOS SOCIAIS À SAUDE E A RESERVA
DO POSSÍVEL, FRENTE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PREVISTOS NA
CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (1988)**

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, sob a orientação do Prof. Dr. Edimur Ferreira de Faria como requisito parcial para Obtenção do título de Mestre em Direito.

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

V658e Vieira Filho, Sebastião José
Exigibilidade judicial dos direitos sociais à saúde e a reserva do possível, frente aos direitos fundamentais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil (1988) / Sebastião José Vieira Filho. Belo Horizonte, 2011.
72 f.

Orientador: Edimur Ferreira de Faria
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Razoabilidade (Direito). 2. Direito à Saúde. 3. Jurisdição. 4. Direitos Fundamentais. I. Faria, Edimur Ferreira de. II. Pontifícia Universidade Católica de Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais
Programa de Pós-Graduação em Direito

Dissertação intitulada Exigibilidade Judicial Dos Direitos Sociais à Saúde e a Reserva do Possível Frente aos Direitos Fundamentais Previstos na Constituição da República Federativa do Brasil (1988), da autoria de Sebastião José Vieira Filho.

Banca de defesa:

Dr.

Dr.

Dr. Edimur Ferreira de Faria (orientador) PUC- Minas

Belo Horizonte, setembro de 2011

Dr.
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

RESUMO

Esta dissertação propõe uma revisão bibliográfica acerca da Judicialização do Direito à Saúde, frente ao princípio da Reserva do Possível, com ênfase nos Direitos Fundamentais, previstos na Constituição da República Federativa do Brasil (1988). As linhas mestras do trabalho objetivaram proceder a um levantamento e à discussão do tema em análise, no qual se destaca a investigação sobre a jurisprudência dos Tribunais Superiores, que são os efeitos colaboradores do atual significado desses direitos. Os estudos e análises aqui propostos evidenciam as seguintes conclusões acerca do tema abordado, os quais podem ser assim sintetizados: os cenários políticos são determinantes no que diz respeito à judicialização das questões de saúde no Brasil, dentro do contexto investigado. A metade da década de 90 – representativa fase da transição da saúde, devido ao surgimento do Sistema Único de Saúde (SUS), quando, então, a saúde foi descentralizada – caracterizou-se como a época do clientelismo, da ambiguidade dos textos legais e da instabilidade do SUS, gerando obstáculos à saúde. Nos anos subsequentes, observou-se o surgimento de um novo cenário, com a consolidação do SUS e de maiores reconhecimento dos Direitos Fundamentais. Na atualidade, a indefinição parece ser a regra: os descaminhos da Saúde parecem atrelar-se a questões político-partidárias e o Estado esquiva-se das responsabilidades, “evitando gastos”. A Reserva do Possível deveria ser apenas uma exceção, uma vez que protege despesas por parte da Administração sob o manto da “escassez de recursos”. Como se pode constatar, o exercício pleno dos Direitos Fundamentais para a Saúde, no Brasil, caminha a passos lentos.

Palavras-chave: Reserva do Possível; Judicialização do Direito à Saúde; Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

This dissertation realized a study of Bibliographic Revision covering the theme of Judicialization of the Health's Right in law in front of the principle of "Possible Reserve", with emphasis' in the focalize of Fundamental's Right in law, anticipated in Brazilian's Constitution (1988). The objective was to arise and discuss a Literature's Revision about the theme, investigating the Superior's Tribunal Jurisprudence, which is the effective's collaborator of the actual signified of this Right in Law. The conclusions about this theme reduce in: The politics cenary tobe determined in the question of Brazilian's health inside the context investigated. In a half of 90 years, a with the emergent of the Health's Unique System (SUS), was the fase of instablement, with costumers, ambiguity of the Legal's text, engendering obstacles to health. In next year's, a new canary, with the consolited's SUS, and the best recognition of the Fundamental's Right in Law. Actuality, the uncertainty seams lo connect et the politics question adherent the Estate unresponsabilize "escaping expenses. The possible reserve will be only the exception, because saves the Administration under the mantle of the" "scarceness of recourses". The absolute exercises of the Fundamental's Right en Law, walks et a slow steps.

Keywords: Possible Reserve, Judialization of the Heath's Right in Law, Fundamentals Right in Law.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Gastos do Estado para cumprimento das Decisões Judiciais do Direito à Saúde.....	18
Tabela 2 – Estado Liberal – ESTADO INTERVENCIONISTA.....	27
Tabela 3 – PROGRAMAS IMPLANTADOS em Montes Claros (MG).....	66
Tabela 4 – ATENÇÃO SECUNDÁRIA - Montes Claros (MG).....	67
Tabela 5 – Recursos Repassados aos prestadores no período de Janeiro de 2005 a Dezembro de 2008 - Montes Claros (MG).....	67

LISTA DE SIGLAS

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADECON - Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADIO – Ação de Inconstitucionalidade por Omissão

AG RG no RE – Agravo Regimental no Recurso Extraordinário

CES – Conselho Estadual de Saúde

CSLL – Contribuição Social sobre o Lucro Líquido

FAT – Fundo de Amparo ao Trabalhador

FNS – Fundo Nacional de Saúde

EC – Emenda Constitucional

IPMF – Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira

LRF – Lei de Responsabilidade Fiscal

NOAS - Norma Operacional de Assistência Básica à Saúde

OSS – Orçamento da Seguridade Social

PAB – Piso Assistencial Básico

PEC – Proposta de Emenda Constitucional

PIB – Produto Interno Bruto

PET – Petição

RE – Recurso Extraordinário

SIOPS – Sistema de Informação sobre Orçamento Público em Saúde

SL – Suspensão de Liminar

SS – Suspensão de Segurança

STA – Suspensão de Tutela Antecipada

STF – Supremo Tribunal Federal

SUS – Sistema Único de Saúde

SUMÁRIO

1. Introdução.....	10
2. Revisão da Literatura.....	12
2.1. Gênese e Historicidade em torno da “Reserva do Possível”.....	12
2.2. Custos dos Direitos, Escassez de Recursos e Reserva do Possível na Jurisprudência do STF.....	17
2.3. O Direito Constitucional e o Controle da Constitucionalidade.....	25
2.4. Direitos Fundamentais.....	42
2.5. Os Direitos Fundamentais enquanto elementos operativo-constitutivos do Estado Democrático de Direito no Brasil.....	49
2.6. A Saúde como um Direito Fundamental no Estado Democrático de Direito.	54
2.7. Considerações Gerais acerca da Gestão do Sistema de Saúde e o Município.....	62
2.8. Gestão Municipal com Incorporação do “Orçamento Participativo” na Administração: Exemplo Ilustrativo do Município de Montes Claros (MG)	64
3. Conclusão.....	69
4. Referências.....	72

1- INTRODUÇÃO

O momento especial que vive o constitucionalismo brasileiro, notoriamente marcado pela normatização de seus princípios fundamentais, princípios estes alicerçados no valor da dignidade da pessoa humana, traz à tona um especialíssimo interesse de estudiosos, acadêmicos e doutrinadores pelo tema dos Direitos Fundamentais.

A discussão sobre Direitos Fundamentais é ampla, intrigante e controversa. Constatase, no entanto, que o significado atual desses direitos deve-se, sobretudo, à jurisprudência dos Tribunais Superiores, que ao longo de sua práxis de mais de cinquenta anos, nunca deixou de criar novas determinações dentro do amplo campo de possibilidades aberto pelo texto constitucional.

O tema desenvolvido neste estudo, sob a baliza dos Direitos Fundamentais, apresenta uma reflexão acerca da judicialização do Direito à Saúde, frente ao princípio da Reserva do Possível.

- **JUSTIFICATIVA**

A saúde é um bem essencial da pessoa e, por tal motivo, encontra-se tutelada tanto pelo Direito Humano quanto pelo Direito Fundamental, seja na esfera do Direito Internacional, seja por parte do direito interno dos Estados e, à semelhança dos demais direitos sociais, a saúde também é um Direito Fundamental no sistema constitucional brasileiro (artigos 6º e 196 e §§ da CF/88).

O artigo 6º da Carta Constitucional contempla os chamados Direitos Sociais, que consistem em direitos que almejam a concretizar a igualdade na sociedade, incumbindo ao Estado a busca da efetivação da justiça social, o que, conseqüentemente, imputa o dever do ente estatal à efetivação de tais direitos. A Constituição Federal de 1988, que tem como fundamento a preocupação de tutelar e assegurar determinados direitos ao cidadão, inspira-se no princípio da dignidade da pessoa humana e assegura que tais direitos devem ser garantidos e reconhecidos pelo Estado.

Este trabalho, cujo escopo é discutir a saúde como bem fundamental, procura refletir sobre a judicialização do Direito à Saúde, tomando como mediador o princípio da Reserva do Possível.

Nos últimos anos, ganha espaço, nas jurisprudências do país, a cláusula da Reserva do Possível, sendo esta entendida como uma condicionante aos direitos sociais e fundamentais, sob a premissa de que estes direitos, para serem concretizados, necessitam de recursos públicos, não podendo todos os casos ser efetivados e/ou garantidos pelo Estado.

Desta forma, o presente estudo objetiva questionar e discutir os efeitos da aplicação da Reserva do Possível no sistema jurídico, nos casos que envolvem prestação positiva do Estado para o cumprimento de algum direito social ou fundamental do indivíduo – no caso em questão, a saúde.

Assim, primeiramente, discutem-se, neste trabalho, pressupostos acerca da Reserva do Possível, apontando alguns aspectos históricos deste instituto, sua caracterização e os posicionamentos dos tribunais quando da invocação de tal cláusula.

A seguir, analisam-se efeitos da Reserva do Possível para o sistema jurídico brasileiro, tendo como base a defesa dos direitos fundamentais e da concretização da dignidade da pessoa humana, ressaltando-se o papel do Estado, e suas limitações orçamentárias (fundamentadas com a Reserva do Possível).

A premissa central de análise deste estudo é a circunstância de que não se poderá desconsiderar que o direito à saúde, como os demais direitos fundamentais, encontra-se sempre, e de algum modo, afetado pela “Reserva do Possível” em suas manifestações diversas – seja pela disponibilidade de recursos existentes ou pela capacidade jurídica deles de disporem daquela, ou seja, do princípio da Reserva do Possível.

Neste sentido, o presente trabalho propõe uma análise crítica acerca do papel do Poder Judiciário, e de suas decisões, intentando reflexões que se revelam urgentes e necessárias, em razão de o tema tratar de matéria tão sensível, e de caráter premente, que envolve a saúde e a vida humana. Devido à essencialidade do assunto abordado e do caráter de atualidade e relevância de que este se reveste, acredita-se que o estudo ora proposto venha a contribuir para dar relevo e maior substancialidade às questões que envolvem os Direitos Fundamentais, quer seja no âmbito acadêmico como entre os profissionais do Direito.

- **OBJETIVOS**

Objetivo geral do estudo:

◦ Ler e discutir a literatura que dispõe acerca da problemática da judicialização do Direito à Saúde, frente ao princípio da Reserva do Possível, com ênfase nos Direitos Fundamentais previstos no Direito Constitucional Brasileiro (CF/1988), e na jurisprudência dos Tribunais Superiores, como colaboradores efetivos que são da formação do atual significado de tais direitos.

Objetivos Específicos:

- Proceder a uma revisão bibliográfica acerca do tema apresentado, abordando aspectos cruciais da questão, com destaque para os entendimentos dos Tribunais Superiores acerca dos orçamentos – especificamente quanto aos recursos para a saúde;
- Discutir a crucial questão da “escassez de recursos”, historicamente arraigada de maneira especial à problemática da saúde;
- Conceituar e discutir a “Reserva do Possível”;
- Pesquisar sobre as jurisprudências dos Tribunais Superiores acerca do tema e avaliá-las criticamente;
- Analisar detalhadamente o dever do Estado de garantir o exercício dos Direitos Fundamentais do Cidadão brasileiro;
- Refletir sobre as interpretações dos Direitos Fundamentais no Estado Democrático de Direito, no Estado Social e no Liberal, bem como sua Gênese e relação com o Jusnaturalismo.

Almejou-se, ainda, levar a efeito uma discussão de caráter crítico e analítico, atrelando os diversos posicionamentos dos autores e a jurisprudência consultada à busca da formação de conceitos ou do “juízo de valoração” sobre o tema. A análise em tese objetiva refletir o princípio que permeia todo o estudo, qual seja, a de que os Direitos Fundamentais que protegem a saúde humana têm, sim, uma via dupla, mas estes, por seu caráter de essencialidade, constituem um bem de que não se pode privar o homem, notadamente naquilo

que se lhe afigura como quesito sensível e doloroso – a saúde, o que constituiria contra-senso a todo e qualquer princípio democrático de direito.

2. REVISÃO DA LITERATURA

2.1 Gênese e Historicidade em torno da “Reserva do Possível”

A perenidade de alguns temas no pensamento jurídico é ponderada por Lopes (2010, p.155), quando este afirma que alguns desses temas resistem, a despeito de mudanças de circunstâncias históricas, enquanto outros vão surgindo, conforme o desafio do seu tempo e as mudanças que requerem as novas ordenações sociais. Outros, ainda, parecem ser novos, quando, no entanto, constituem-se apenas reedições de velhos temas.

No que se refere à Reserva do Possível, não se trata, em tese, de uma novidade, apesar do seu enquadramento no âmbito do Direito Constitucional ter tornado o tema mais evidente nos dias atuais.

A construção teórica da Reserva do Possível é oriunda da Alemanha, do início dos anos de 1970. Com base na Reserva do Possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria condicionada à capacidade financeira do Estado. A partir de tal noção, o Tribunal Constitucional da Alemanha desenvolveu várias jurisprudências com o entendimento de que a prestação reclamada deve corresponder àquilo que indivíduo pode, razoavelmente, exigir das sociedades. (SARLET; FIGUEREDO, 2007a).

Alguns autores, como J. Schäfer (apud, 2005, SARLET; FIGUEREDO, 2007a, p. 189), entendem que a Reserva do Possível seria um elemento integrante dos direitos fundamentais, “como se fosse parte do seu núcleo essencial ou mesmo como se estivesse enquadrada no âmbito do que se convencionou denominar de limites imanentes dos direitos fundamentais.”

O contexto no qual deverá ser entendida, neste estudo, a Reserva do Possível, é o contexto das promessas dos benefícios sociais, transformados em direitos fundamentais a partir do constitucionalismo dito social ou liberal-social da segunda metade do século XX.

Os direitos sociais, inicialmente, aplicavam-se apenas a determinados grupos, tidos como vulneráveis, de acordo com Lopes (2010, p.156). Neste sentido, direitos de seguro de

acidentes de trabalho, direitos trabalhistas e outros mais determinados, diziam respeito apenas a quem tivesse um emprego ou tivesse uma relação de trabalho formalmente definida.

Atualmente, com o sistema vigente no Brasil, os direitos sociais foram desvinculados dos direitos trabalhistas e passaram a ser chamados de direitos universais. Assim é que a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988 – doravante denominada CF/88 – dispõe no seu artigo 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”. De igual maneira, o artigo 205 da CF dispõe que:

A educação, direito de todos e dever do Estado e da Família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Ressalte-se aí o caráter universal de que se revestem os respectivos direitos. Abramovich e Courtis (2002) lembram que, sob o rótulo de direitos sociais, abrigam-se situações bastante diversas tecnicamente e as quais, segundo os autores, poderiam ser sintetizadas na obrigação do Estado de regular e na obrigação do Estado de restringir a vontade privada e obrigação do Estado de prestar diretamente algum serviço (p. 32-36). Quanto à própria necessidade de se usar a expressão “direitos sociais”, concluem a seu favor, ressaltando que se trata de uma variedade de situações que escapam à fórmula mais tradicional do direito subjetivo, procedente do direito privado clássico.

Uma tese passível de defesa é a de que todos os direitos têm custos, como afirma Galdino (2005). Lopes (2010, p.157) corrobora a conclusão de Galdino (2005, p.341), propondo, no entanto, que se faça uma distinção entre os diversos custos, em razão da natureza das prestações, sendo estas diferentes.

Galdino (2005, p.342) afirma ainda que é possível judicializar pedidos de direitos sociais, subordinando a justiciabilidade à aferição das possibilidades orçamentárias.

Lopes (2010, p. 157) reconhece que muitas vezes é a demonstração da factibilidade orçamentária que se deseja demonstrar como condição da concessão judicial (não da tomada de conhecimento do fato).

Existe, então, um custo global da máquina judiciária ou policial; existem custos do Poder Legislativo, no entanto, são diferentes os custos do serviço da saúde.

Sobre a questão, Lopes (2010, p. 158) pontua que este custo depende diretamente da espécie de interesse que se quer atender no caso concreto. A tal respeito, Lopes (2010) ainda

argumenta que: “Nem todos ficarão doentes da mesma doença e nem todos custarão mais ou menos a mesma quantia para serem tratados”. E tal argumento reflete o fato de que, ao se garantir um direito à saúde ou um direito à educação, o que se garante é realmente uma prestação positiva, que será diferente conforme a condição social e pessoal de cada indivíduo ou grupo.

Mediante tais circunstâncias, retoma-se o tema da Reserva do Possível, passando-se, então, a propor uma analogia com outras instituições jurídicas, assim discriminadas por Lopes (2010, p.159): o clássico conceito de obrigação impossível (por impossibilidade do objeto); a clássica doutrina da questão exclusivamente política (surgida no seio do direito constitucional); e a cláusula potestativa.

A obrigação impossível trata de “uma expectativa sobre o impensável”. Nesse sentido, existe erro em quem espera e em quem promete. E, se a obrigação é do Estado, igual lógica deverá prevalecer. Não é de se esperar que o Estado, só por ser pessoa jurídica de direito público, “esteja obrigado ao impossível”.

O fato é que existem, sim, limites orçamentários e estes poderão ser alegados. No entanto, orçamentos “não são coisas da natureza”, pondera Lopes (2010, p. 160), mas “frutos de decisão política”. Os orçamentos estão, ainda, sujeitos a regras de elaboração e poderão ser jurídica e judicialmente impugnados.

Hipoteticamente, no caso da Reserva do Possível, pode ser alegado o fato de “não se ter dinheiro”, quando não existe a verba ou a previsão orçamentária. Não existe dúvida quanto à existência do direito, no entanto existem limites orçamentários. Portanto, a imposição de despesas não previstas, sem a respectiva previsão de custeio (de financiamento), não é aceita entre nós. De tal ponto de vista seria aceitável a impossibilidade de uma decisão judicial, ou a contemplação de pedidos particulares (Lopes, 2010, p. 160).

O crédito, o dinheiro, enquanto institucionais, dependem de alguns outros fatores institucionais que o criaram, condicionados à competência de autoridades determinadas para proceder à alocação do saldo. Aos leigos parece que, “sendo público não tem dono”, nem tampouco limites. Acredita-se que “O Estado não morre e que nem vai à falência”; o Estado, por definição, “tem uma certa afinidade”, e goza de presunção de solvência.

Há que se enfatizar que os recursos estão previstos, não em geral, no orçamento, mas alocados.

Para além de impossibilidade jurídica de se alocarem recursos fora do orçamento, outra impossibilidade apontada por Lopes (2010, p.162) diz respeito à impossibilidade econômica. O estudioso argumenta que um dos critérios que se pode usar para distribuir bens

escassos é o da urgência da necessidade de um, em contraste com a urgência e necessidade de outrem.

A Reserva do Possível, sob o caráter econômico, não se confunde com impossibilidade empírica sua com a impossibilidade técnica, ou com a escassez. Exemplifica-se a questão lembrando-se da impossibilidade técnica gratuita de um medicamento, ainda em fase experimental. No caso, o remédio existe, mas pelo fato de estar em fase de experimentos, por não ter sido ainda devidamente testado e/ou ainda não ter sido liberada sua fabricação e/ou comercialização, a escassez confirmar-se-ia, pois tal remédio existe, mas sua produção industrial não atenderia comprovadamente às necessidades.

2.1.1 A doutrina da questão política

Para Lopes (2010, p. 165), a doutrina de questão política equivale à da Reserva do Possível e pode ser invocada para excluir do judiciário a apreciação da questão; daí o seu caráter político. Para referendar seu pensamento, ele argumenta que há uma impossibilidade de decisão judicial, pois a matéria é, por definição, outorgada à decisão política, ou seja, à decisão de conveniência e de hierarquização de prioridades, cujos critérios não são exclusivamente “legal-normativos”.

Em última análise, na concepção do autor, a objeção da questão política propõe de outra forma o tema da impossibilidade jurídica: primeiramente, alega que não existe para o cidadão, ou para o grupo de cidadãos, em particular, um direito no sentido próprio do termo, ou seja, um direito adjudicável que permita aos tribunais “mandar entregá-lo ao requerente” (autor); em segundo momento, reconhece a existência de um impedimento normativo constitucional, que barra órgãos e/ou funcionários a praticarem certos atos na esfera de outros órgãos.

O que o autor citado recomenda é que é preciso determinar qual o meio mais hábil para se chegar ao fim desejado, neste sentido.

2.1.1 A analogia com as condições e cláusulas potestativas

Lopes (2010, p. 167) põe em relevo a possibilidade de “estarmos tratando como aceitável, no âmbito do direito público, uma forma de proceder inaceitável na teoria geral das obrigações jurídicas”. Decorre daí, então, a analogia com a cláusula potestativa.

O direito reconhece que um negócio não pode ter sua execução e suas consequências totalmente dependentes de uma das partes. Por isso, a judicialização de tais questões, ainda que problemática, não deverá ser descartada em princípio, na visão do citado autor. Este aponta que as ações civis públicas e as ações de improbidade podem ser tais mecanismos. Há, no entanto, que se comprovar os fatos na espécie de pedido. Tais fatos são complexos, envolvem manipulação de dados estatísticos e orçamentários.

Orçamentos, conforme adverte Lopes, são peças complexas, e seu acompanhamento, sua realização, aplicação e, principalmente, a execução orçamentária exigem conhecimentos técnicos, que não são do conhecimento dos juristas. Considere-se, ainda, a inviabilidade de certa alocação de receitas para produzir determinado resultado, assim como as alternativas a tal alocação.

Atenção especial deverá ser dada ao caráter do pedido. Veiculam-se, por meio de ações coletivas, pedidos restritos a pessoas portadoras de doenças especiais, ou a classes inteiras de pessoas. Conclui-se, mediante tais fatos, que a Reserva do Possível é uma defesa perfeitamente legítima para os casos de direito público, mais especificamente no caso de o pedido e a decisão visarem o benefício de alguém, particularmente, de forma imediata e isolada. No caso em que esteja em litígio, o orçamento ou o programa, já não será uma defesa tão facilmente acatável. O resultado que se espera é que seja procedente – ou não – a defesa pela Reserva do Possível.

Abramovich e Courtis (2002, p.249-252) apresentam a síntese das espécies de interferência que um tribunal pode ter nos casos em que políticas sociais dão exigibilidade de políticas definidas. Em tais casos, escolhe, ele mesmo, as políticas a adotar.

Um litígio que vise a incluir um procedimento no sistema de saúde é, muitas vezes, o equivalente ao que o tribunal irá interferir, buscando controlar a idoneidade de políticas definidas.

A Reserva do Possível é entendida como limite ao poder do Estado de concretizar efetivamente direitos fundamentais a prestações, tendo por origem a doutrina constitucionalista alemã da limitação de acesso ao ensino universitário de um estudante (*numerus-clausus Entscheidung*), de acordo com LOPES, 2010, p. 18.

2.2. Custos dos direitos, escassez de recursos e reserva do possível na jurisprudência do STF

Entre os temas que surgem com bastante força no debate a respeito da tutela jurisdicional dos direitos sociais, inclui-se o tema da escassez de recursos, dos custos dos direitos e da cláusula da reserva do possível, nos casos onde, por meio de uma ação judicial, pede-se que o Poder Judiciário obrigue o poder público a efetivar um direito social previsto constitucionalmente.

Wang (2010, p. 349), considera, neste sentido, que tal fato ocorre porque a efetivação dos direitos sociais depende, em regra, da realização de políticas públicas e dos gastos públicos por parte do Estado, o que faz com que a proteção de um direito social se dê pela ação estatal, e sua violação, pela omissão do poder público.

Trata-se aí, de ponto central no debate acerca da exigibilidade judicial dos direitos sociais, assim colocado por Wang (2010, p.349): uma decisão judicial que visa tutelar um determinado direito social poderá obrigar o Estado a realizar gastos públicos. Supondo-se que os recursos públicos disponíveis sejam menores do que o necessário para que todos os cidadãos tenham todos os direitos satisfeitos constitucionalmente, no presente caso, a Administração estaria, então, prejudicando outras pessoas no tocante aos seus direitos ao dispor de tais recursos.

A questão da escassez de recursos é bastante significativa para o presente estudo, uma vez que a maioria da literatura consultada aborda a questão, quase sempre sob a mesma justificativa: a de que a escassez de recursos exige que o Estado faça escolhas, o que pressupõe preferências, que, inquestionavelmente, pressupõem preteridos.

O que o debate da exigibilidade dos direitos sociais coloca em evidência é exatamente a questão que se refere à possibilidade de os “preteridos”, por sua vez, buscarem seus direitos, questionando a legitimidade democrática, a competência constitucional e formação técnica deste “Poder” para a realização de tal tarefa, conforme explana Wang (2010, p. 350).

Não é propósito primordial de o presente estudo levar a efeito uma ampla análise teórica atrelada à jurisprudência, mas aqui se dispõe o quão é oportuno indicar o impacto das decisões judiciais nas finanças do Estado e o quanto tais decisões podem influenciar na escolha das prioridades para a aplicação dos recursos públicos, notadamente nos casos em que estes são escassos.

Gastos do Estado para Cumprimento de Decisões Judiciais do Direito à Saúde

2005 a 2006 - □ aumento de 211,4%

2007 - □ média de R\$ 500 milhões/ano

2008 - □ R\$ 52 milhões

● São Paulo (capital) □ R\$ 65 milhões destinados a fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos em cumprimento de decisões judiciais.

(Terrazas, 2008)

Os exemplos acima reforçam a constatação dos especialistas de que deve existir um limite fático à exigibilidade judicial da capacidade econômica do Estado, que não poderá ser ignorada pelas decisões judiciais (QUEIROZ, 2005; ALEXY, 2009; CANOTILHO, 1991).

Alexy (2001) define o termo como “aquilo que o indivíduo pode exigir razoavelmente da sociedade” (2001, p. 498). Em conformidade com sua análise, tal exigência não tem como consequência a ineficácia de um direito à prestação estatal, mas expressa a necessidade de ponderar este direito. O que se conclui é que os direitos sociais não podem ser encarados como se tivessem conteúdo absoluto e aplicável a todos os casos de modo definitivo, mas que devem ser delimitados, quando existe conflito de interesses, no caso concreto.

Na doutrina brasileira, a “Reserva do Possível” tem sido objeto de vários estudos. Sarlet (2008) trabalha a tríplice dimensão da Reserva do Possível, indicando a efetiva existência de recursos para consolidação dos direitos fundamentais; a disponibilidade jurídica

de dispor desses recursos, em razão da distribuição de receitas e competências federativas, orçamentárias, tributárias, administrativas e legislativas e a razoabilidade daquilo que está sendo pedido.

Wang (2010, p. 352), sob tais questões, entende, ainda, que as ponderações a respeito dos custos dos direitos sociais à limitação de recursos e à Reserva do Possível, podem ser estendidos tanto a pedidos em matéria de direitos civis e políticos, que demandam recursos, quanto a outras obrigações do Estado de dar ou de fazer.

No que se refere especificamente ao direito à saúde, que é objeto deste trabalho, é importante registrar que a jurisprudência do STF, no que concerne ao objeto da matéria em estudo, tem passado por importantes transformações. Pode-se afirmar que, a partir de 2007, significativas mudanças ocorreram quanto às decisões que envolviam pedidos de medicamentos.

2.2.1 Direito à Saúde antes de 2007

As decisões judiciais analisadas até 2007 (por meio do sistema “push” do STF) concediam o medicamento requerido ou o tratamento devido ao impetrante. Não foi detectado, no período em análise, sequer um voto divergente nos Acórdãos encontrados, o que permitiu a conclusão que, em nenhuma decisão, o Supremo Tribunal Federal admitiu a escassez de recursos como argumento viável ao impedimento da concessão de medicamentos ou de tratamentos médicos a quem os pleiteassem.

Sobre a matéria, o Ministro Celso de Mello tem posicionamento, muito frequente em diversas decisões, que pode ser representativo da maneira como o STF encarava, então, o direito à saúde (Ag Rg no RE 273834, RE 198265 e o RE 232335):

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 zelar, de maneira responsável o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas a garantir aos cidadãos, [...] não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de omissão, em grave comportamento inconstitucional.

A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE – O caráter programático da regra inscrita no art. 196

da Carta Política [...] não pode converter-se em promessa constitucional incoerente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir de maneira ilegítima, o cumprimento de impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei fundamental do Estado.

DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES.

[...] Cumpra assinalar que a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse como prestações de relevância pública, as ações e serviços da saúde (CF, art. 196), em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário nas hipóteses em que os órgãos estatais deixassem de respeitar o mandamento Constitucional.

O que se ressalta, no entendimento sobre o direito à saúde, enquanto direito fundamental tutelável jurisdicionalmente, é que caberia ao Poder Judiciário atuar, caso o poder público seja omissivo (arbitrário e intolerantemente e de forma desviante). Entende-se, ainda, que sob a visão do STF, o direito à saúde poderia não ser tutelado pelo poder judiciário, quando a sua não realização pelo Estado se devesse a comportamento não arbitrário, tolerante, não anômalo ou não desviante.

Até então, não estava muito em pauta no STF a discussão referente a custos dos direitos e da limitação de recursos, neste sentido.

Consta, na Pet 1246, reproduzida a seguir, uma importante passagem, bastante citada em outras decisões:

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurando pela própria Constituição da República (art. 5º, caput) ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões ético-jurídicas impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida.

Depreende-se, a esse respeito, que a questão financeira está intimamente ligada ao direito à saúde. Para Wang (2011, p. 355), tal dicotomia é falsa, pois direito à saúde e questões financeiras não são excludentes e nem conflitantes, mas, conforme reconhece o teórico, aquele depende desta.

O Ministro Sidney Sanches apresentou voto semelhante no RE 198263, em que afirma: “em tão relevante matéria como a saúde, descabem disputas menores sobre legislação, muito menos sobre verbas, questão de prioridade”. Sublinhe-se aqui crítica semelhante à feita à Pet 1246. A razão pela qual a importância dada à verba não fica clara; não se explica se é

por meio dela que se torna possível viabilizar tais políticas públicas para a efetivação do direito a saúde.

Ainda sobre tais questões, no RE 342413, a Ministra Ellen Gracie sustenta que os “obstáculos de ordem burocrática ou orçamentária [...] não podem ser entraves ao cumprimento constitucional que garante o direito à vida”. E assim dispõe o Ministro Marco Aurélio – no RE 195192 – ao afirmar que “problemas orçamentários não podem obstacularizar o implemento do que previsto constitucionalmente”.

2.2.2 O Direito à Saúde após 2007

A STA 91 e a SS 3073, julgados pela Ministra Ellen Gracie, surgem como as primeiras decisões a determinar a não obrigatoriedade do estado em fornecer o medicamento ou o tratamento pedido. Tais decisões fundamentam-se na limitação de recursos e da necessidade da racionalização dos gastos para o atendimento da ordenação dos gastos, destinados ao atendimento do maior número de pessoas.

Após tal decisão, a Ministra Ellen Gracie julgou outros pedidos iguais, tanto negando, quanto se decidindo pela obrigatoriedade do Estado em fornecer remédios e tratamentos aos impetrantes. Uma análise minuciosa, e mais crítica, de tais decisões deixa clara a existência de incoerências no que se refere ao uso de critérios nas fundamentações.

Quanto às decisões mais atuais acerca do direito à saúde – SL 228, STA 238, 268 e 277 – proferidas pelo Ministro Gilmar Mendes, estas reconhecem a natureza prestacional de tal direito – o que implica custos e tem como consequência a necessidade de se considerar a Reserva do Possível, a escassez de recursos e, ainda, a necessidade das alocações. Em tal contexto, o direito à saúde é colocado em políticas públicas, onde recursos escassos são distribuídos.

No que se refere à atuação do judiciário, o Ministro Gilmar Bastos afirma que “a garantia judicial da prestação individual de saúde estaria condicionada ao não comprometimento do funcionamento do Sistema Único de Saúde”. O seu entendimento, no entanto, sustenta-se na máxima de que não há interferência indevida quando a ordem judicial defere prestação de saúde, já prevista no SUS.

O que se conclui dos exemplos em tela é que as decisões judiciais, após 2007, foram fundamentadas de melhor forma, no tocante às análises de casos concretos, possibilitando

debates mais amplos acerca dos aspectos econômicos envolvidos. Pode-se concluir a esse respeito que, de 2007 até os dias presentes, novos paradigmas passaram a mediar decisões relativas à saúde, suscitando controvérsias e exigindo reflexões de todos os que lidam diretamente com o Direito.

Concorda-se aqui com Wang (2010, p.370), quando este afirma que o problema da análise de tais decisões encontra-se na forma como estas são fundamentadas.

Este trabalho, embora não tenha o propósito de fazer crítica aos resultados das decisões, pretende contribuir para ampliar o debate sobre o assunto, refletindo sobre as jurisprudências existentes acerca da matéria e seus impactos no campo dos Direitos Fundamentais. Há que se registrar, todavia, que a clareza e a imparcialidade de tais jurisprudências seriam, certamente, de indiscutível auxílio a uma maior eficácia da Administração Pública nas questões inerentes à saúde da população. Neste sentido, lucrariam os cidadãos, os próprios juízes e as políticas públicas.

2.2.3 Os Desafios Atuais de Natureza Orçamentária e Reserva do Possível

Neste tópico almeja-se lançar maior clareza na distinção entre mínimo existencial e os direitos fundamentais sociais, no tocante ao mais exato limite dentro do qual se torna obrigatório prever e implementar a entrega de prestações públicas. Para tanto, faz-se necessário retomar os preceitos da Reserva do Possível.

Ao se estabelecer diferença entre mínimo existencial e direitos econômicos e sociais, Torres (2010, p.73) esclarece que “enquanto aquele pode prescindir da lei ordinária, os direitos econômicos e sociais são concedidos e não garantidos”.

As normas constitucionais sobre os direitos econômicos e sociais são programáticas e restringem-se a fornecer as diretrizes, ou seja, a orientação para o legislador, e não têm eficácia vinculante.

Vieira de Andrade (1983), ao dispor sobre o tema, acrescenta que ao ser emitida a legislação destinada a executar os preceitos constitucionais em causa é que os direitos sociais consolidar-se-ão como direitos subjetivos e, neste caso, valem como direitos concedidos por lei.

Para Torres (2010, p. 73), a constituição não se envolve com autorizações de gastos públicos nem se imiscui em problemas econômicos conjunturais, assuntos reservados com exclusividade à lei ordinária de cada qual das três esferas de governo. O autor referenciado

assim exemplifica seu argumento: a partir do Governo de Fernando Henrique Cardoso, algumas emendas constitucionais criaram vinculações das receitas da União, dos Estados e dos Municípios às despesas com educação, saúde, pobreza, estabelecendo discriminações entre despesas e níveis de governo, sem, no entanto, distinguirem entre direitos fundamentais e sociais.

Torres discrimina, ainda, as vinculações criadas pelas EC's 14/1996 (educação), 29/2000 (saúde), 31/2000 (erradicação de pobreza), enfatizando que tais vinculações resultaram em aumento da confusão entre mínimo existencial e direitos sociais, o que levou à judicialização da política orçamentária, especialmente pelas instâncias inferiores do judiciário, “que passaram, então, a sacar da literalidade do texto constitucional a fonte de legitimação para a outorga individual das prestações estatais” (Torres, 2010, p. 74).

Assim é que os direitos econômicos e sociais existem sob a “Reserva do Possível” ou da “soberania orçamentária do legislador”, ou seja, da reserva da lei que institui tais políticas públicas, da reserva da lei orçamentária e do empenho da despesa por parte da Administração.

Ao dispor sobre o tema, Torres (2010, p.74) enfatiza que: “A pretensão do cidadão é à política pública, e não à adjudicação individual de bens públicos”. O que o autor coloca em relevo é que o cidadão quer usufruir de direitos, e não se apossar de algo por sentença (seja judicial ou administrativa).

2.2.4 A Relação entre Custos e Competência, separação dos poderes e Reserva do Possível

A discussão acerca da doutrina da Reserva do Possível é comumente relacionada ao princípio da separação de Poderes. Sobre a questão, recorre-se a Zanitelli (2010, p.189) que assim a justifica: ao invocar a Reserva do Possível como justificativa para o não atendimento de pretensões baseadas em direitos fundamentais, os juízes tornam, em alguma medida, a realização desses direitos dependente de políticas governamentais. O que se pode inferir daí é que a Reserva do Possível acaba por eximir o órgão judicial de violar o princípio da separação de Poderes ou que deve “ajustar-se” a uma concepção mais tradicional e estrita sobre o que se requer de tal princípio.

Sarlet (2004, p. 283), neste sentido, afirma que a realização dos direitos sociais prestacionais costuma ser encarada como autêntico problema de competência constitucional

[...]. A Constituição não oferece, ela mesma, os critérios para a decisão acerca da aplicação dos recursos, deixando-a ao encargo dos órgãos políticos (e do legislador).

Krell (2004, p. 85), autor resistente à doutrina da Reserva do Possível, defende “uma evolução na compreensão da teoria da separação dos poderes no Brasil”. Em suas análises Krell pontua, basicamente, que se torna cada vez mais evidente que o princípio da Separação dos Poderes, idealizado por Montesquieu, no século XVIII, vem produzindo um efeito paralisante às reivindicações de cunho social e que, de tal efeito, decorre a necessidade de que tal princípio seja submetido a uma nova leitura, para que, então, possa dar continuidade ao seu objetivo original de garantir Direitos Fundamentais contra o arbítrio e, atualmente, mediante a omissão estatal.

Especificamente na área da saúde – que parece ser uma das preferidas para aplicação da doutrina da Reserva do Possível – o avanço tecnológico é apresentado como o responsável por elevar, ano a ano, o investimento de recursos suscetíveis de ser realizado em novas formas de tratamento (ZANITELLI, 2010, p. 187).

O fato é que a questão dos custos está sempre presente, seja quando se trata de uma cirurgia muito cara, seja no atendimento à vítima de uma doença rara, ou mesmo quando se trata de construção de escolas, no Brasil, quadros em que comumente se alega a “escassez e insuficiência de recursos”.

Zanitelli (2010, p. 191), para corroborar seus argumentos, recorre ao caso ilustrativo de alguém que sofra de glaucoma e proponha, então, uma ação contra o Estado para obter a medicação da qual necessita. Mediante pedido de tal ordem, o juiz, provavelmente, levará em conta que o direito à saúde está garantido constitucionalmente. Interpretação razoável desse direito é o princípio de que dele deriva o direito a medicamentos para aqueles que necessitam. No entanto, não pode escapar ao juiz a lembrança de que a realização do direito à saúde é, no fundo, uma resposta a uma competência de política pública, que envolve a questão sobre a quantidade de recursos a ser empregada na área da saúde bem como a maneira de proceder.

Ao arrematar sua análise, Zanitelli (2010, p. 191) conclui que a temática dos custos e a das competências são dependentes, isto é, a solução dada a uma das questões pode ter influência no tratamento da outra. Esta dependência é relativa, no entanto, já que as duas questões podem também ser resolvidas separadamente.

Para Zanitelli (2010, p. 192), um risco criado pela doutrina da Reserva do Possível é exatamente o de fazer com que seja esquecido um dado crucial a todos os que lidam com o Direito: a atenção dada aos custos dos direitos traz consigo o perigo de que toda ação baseada em direitos fundamentais seja encarada como “um problema de custos”, para a solução do

qual se tenha de avaliar unicamente a importância do pedido, a quantidade do recurso necessária ao seu atendimento e as outras demandas, que poderiam ser satisfeitas com os mesmos recursos.

2.3. O Direito Constitucional e o Controle da Constitucionalidade.

A força vinculante em relação aos Poderes Públicos e o reconhecimento da supremacia da Constituição tornam inevitável a discussão em torno das formas e modos de defesa da Constituição e sobre a necessidade de controle da constitucionalidade dos atos do Poder Público, especialmente das leis e atos normativos.

O conceito de Constituição, no sentido estrito do termo, apresenta-a como “as regras que disciplinam a criação das normas essenciais do Estado, organizam os entes estatais e consagram o procedimento legislativo” (KELSEN, *apud* MENDES, 2010, p.1054).

Não existe, no entanto, uma pretensão de completude do sistema constitucional, sendo exatamente tal característica a que empresta à Constituição a flexibilidade necessária ao seu contínuo desenvolvimento, e permite que o seu conteúdo subsista aberto dentro do tempo, conforme observa Mendes (2010, p. 1054).

Considerando a complexidade e a importância do tema em análise, que envolve o controle da constitucionalidade, e especificamente para este estudo, o presente subitem apresenta uma metodologia mais didática e sucinta na elaboração do texto, optando por uma abordagem mais conceitual e esquemática. O que se pretende é uma melhor compreensão do assunto em tela e uma comunicação mais efetiva com os que se interessam pelo tema, permitindo que as discussões ora apresentadas possam servir de base a futuros estudos. Assim sendo, optou-se, primeiramente, pela via dos conceitos fundamentais, para, posteriormente, apresentar-se a questão basilar deste trabalho.

Em primeira análise, ressalte-se que o Direito Constitucional é um ramo do Direito Público, uma vez que contém regras em que prevalece o interesse público sobre o privado. Por Direito Constitucional entende-se o conjunto sistematizado de normas coercitivas que estruturam o Estado, estabelecem os direitos e garantias de sua população e limitam os poderes dos governantes (BARCELOS, 2006).

O Constitucionalismo pode ser definido como o caminho percorrido pelas leis constitucionais, desde a antiguidade até os dias atuais. Foi na antiguidade que Platão e Aristóteles desenvolveram a teoria de limitação dos poderes dos governantes por uma lei suprema. Na Idade Moderna, com o advento do Iluminismo (séculos XVII e XVIII), surge a base do Constitucionalismo, por meio de um movimento ideológico e político para destruir o Absolutismo monárquico e estabelecer normas jurídicas racionais, obrigatórias para governantes e governados. No século XVIII, Montesquieu consagrou definitivamente a “Teoria da Tripartição dos Poderes”, estabelecendo atribuições específicas ao Poder Legislativo, ao Poder Executivo e ao Poder Judiciário. Tal teoria foi incorporada pela Declaração dos Direitos do Homem e pela Constituição da Filadélfia, espalhando-se pelo mundo democrático (BERNARDES, 2008).

2.3.1 Teoria da Supremacia Constitucional

A lei constitucional é superior à lei comum, porque as leis comuns (as que estão fora da Constituição, por isso são denominadas extraconstitucionais, infraconstitucionais ou ordinárias) decorrem da Constituição e nela encontram validade.

Hans Kelsen, em sua **Teoria Pura do Direito**, escalonou as normas jurídicas sob a forma de uma pirâmide, em que consta no topo a Constituição e na base as leis infraconstitucionais – aquelas consideradas como as leis de menor hierarquia, quando comparadas com as leis constitucionais. A pirâmide elaborada por Kelsen permite entrever a Constituição como norma hierarquicamente superior a todas as demais normas, permitindo-nos concluir, portanto, que as normas que contrariem o que está disposto na Constituição serão consideradas inconstitucionais. Sublinhe-se, ainda, que a superioridade da Constituição de um país decorre do fato de esta ser obra do poder constituinte originário, enquanto as leis comuns são obra de um poder instituído.

O esquema a seguir permite visualizar a referida hierarquia normativa:

- **Normas Constitucionais** (Constituição Soberana)
 - .N.C. Originárias
 - .N.C. Derivadas (Emendas à Constituição)

- **Normas Infraconstitucionais ou Extraconstitucionais ou Ordinárias**

- . N.I. Primárias (ou Legais)

- . N.I. Secundárias (ou Infralegais).

O quadro, em destaque, ilustra a comparação entre o Estado Mínimo Liberal e o Estado Intervencionista.

Quadro 01

1789

Sec. XX

IDADE MÉDIA

ESTADO MÍNIMO OU
LIBERAL
(não fazer)

ESTADO
INTERVENCIONISTA

MONARCA

(fazer)

Finalidade de proteger o
indivíduo do Estado.

Intervenção do Estado para
proteger o Homem diante da
exploração dos empregadores

Normas programáticas de
eficácia limitada que têm a
finalidade de obter o bem
estar social.

São direitos:
RECONHECIDOS
ABSOLUTOS
IMPRESCRITÍVEIS

São direitos
CONSTRUÍDOS
NÃO ABSOLUTOS
PRESCRITÍVEIS

(Adaptação de BARCELLOS, 2006, p.)

2.3.2 Constituição Brasileira de 1988

A Constituição Brasileira de 1988 apresenta a seguinte classificação, aqui posta em tópicos, em nome da clareza, e para tornar a análise, apresentada na sequência do presente estudo, mais didática:

1. Escrita
2. Promulgada
3. Rígida
4. Conteúdo Formal
5. De Supremacia Formal
6. Dogmática
7. Analítica
8. Programática

Tais características permitem-nos discutir o tema, ora proposto para análise, sem nos desviar dos caracteres que inspiram nossa doutrina e tutelam os Direitos Fundamentais.

2.3.3 JURISPRUDÊNCIA DO STF

Teoria da Recepção:

No que concerne aos diplomas legais anteriores à Carta Magna de 1988, a jurisprudência reiterada do Supremo Tribunal Federal (STF) firma-se no sentido da impossibilidade jurídica de questioná-los, mediante ação direta de inconstitucionalidade (ADIN). Entretanto, pode-se observar que o STF admite controle abstrato, por via de arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) e controle concreto, por via de exceção.

A incompatibilidade vertical superveniente de atos do Poder Público, em face de um novo ordenamento constitucional, traduz hipótese de pura e simples revogação dessas espécies jurídicas, uma vez que são hierarquicamente inferiores. O exame da revogação de leis ou atos normativos do Poder Público constitui matéria absolutamente estranha à função jurídico-processual da ação direta de inconstitucionalidade (ADIN).

2.3.4 Controle da Constitucionalidade

Rigidez e Supremacia Constitucional:

Em relação à estabilidade das regras constitucionais, uma Constituição pode ser classificada como rígida, semi-rígida ou flexível. A Constituição rígida é assim especificada devido à alteração das normas constitucionais somente ocorrer mediante processo especial e qualificado, aplicado com pouca frequência. Se a Constituição for de natureza semi-rígida – classificada dessa forma por ter uma parte rígida e outra flexível – as normas poderão ser

alteradas pela via do processo legislativo ordinário e, em parte, por processo especial. A Constituição Brasileira de 1984 era assim classificada, já a Constituição Federativa do Brasil, de 1988, é considerada rígida, conforme se verifica no item 2.3.2 deste trabalho. A recuperação desses conceitos elementares importa à reflexão sobreposta no presente estudo.

Assim sendo, considerada a natureza da Constituição brasileira, é preciso que se ressalte que esta prescinde de exigências formais especiais para sua alteração, como um procedimento legislativo especial. Procedimento este diferente e mais difícil do que aquele exigido para a elaboração de normas jurídicas ordinárias como as leis complementares e leis ordinárias, além de limitações de ordem material.

A rigidez que caracteriza certas Constituições, como é o caso da atual Constituição Brasileira, confere-lhes supremacia sobre as demais normas jurídicas ordinárias. Reconhece-se, a partir daí, a distinção de duas categorias de normas jurídicas: as normas jurídicas constitucionais e as normas jurídicas ordinárias, em que as primeiras impõem-se sobre as demais. Se, em desconformidade com a Constituição, as normas jurídicas ordinárias sujeitam-se ao controle da constitucionalidade.

A atual Constituição Brasileira reconhece a possibilidade de inconstitucionalidades sob o ponto de vista preventivo, sobre projeto de lei, e repressivo (*a posteriori* ou sucessivo) sobre lei (SILVA, 2010).

2.3.5 Controle Preventivo da Constitucionalidade

Por controle preventivo da constitucionalidade entende-se o controle sobre ato normativo ou lei que ainda se encontra em fase de formação.

O controle preventivo, que busca evitar a infiltração no ordenamento jurídico de leis incompatíveis com a Constituição, é tradicionalmente observado através do controle político, ou seja, é exercido pelos órgãos políticos: Poder Legislativo e Poder Executivo.

Entretanto, é possível observar o controle jurisdicional através do Poder Judiciário, exercido pelo Supremo Tribunal Federal.

2.3.5.1 Controle Político

O controle político assim é denominado porque é realizado por órgãos estatais desvestidos do poder jurisdicional.

a) Controle pelo Legislativo:

O projeto de lei é estudado pelas comissões parlamentares que emitem pareceres favoráveis ou desfavoráveis à sua aprovação e, nesse momento, sofre o exame, pela Comissão Permanente de Constituição e Justiça das Casas Legislativas, da (in)compatibilidade da proposta em confronto com as diretrizes constitucionais, seja aquela que se impõe quanto à forma (regras processuais), seja a que se impõe quanto à matéria (substância, conteúdo). Portanto, um projeto de lei pode estar fulminado por inconstitucionalidade formal e/ou inconstitucionalidade material. Se qualquer vício de inconstitucionalidade passar pelo crivo da Comissão, o projeto ainda estará sujeito ao controle do plenário, quando for o caso (VELOSO, 2005).

b) Controle pelo Executivo:

O controle pelo executivo recai apenas sobre os projetos de lei que admitem, quanto ao procedimento legislativo, o exame da constitucionalidade pelo chefe do executivo, nos termos do art. 66, parágrafos 1º a 3º, da CF. O Presidente da República poderá vetar o projeto (veto jurídico). Cabe lembrar que não incorrerá, neste controle exercido pelo Executivo, o projeto de emenda à Constituição (PEC), que não depende de sanção.

Saliente-se, ainda, que, enquanto o controle da constitucionalidade exercido pelo Legislativo tem o poder de trancar o processo legislativo, o veto presidencial, decorrente do reconhecimento de inconstitucionalidade de proposição dessa lei, tem o condão de alertar o legislativo para a existência de vício, mas não de paralisar o processo legislativo (VELOSO, 2005). Neste caso, o veto é sujeito à apreciação do Legislativo.

2.3.5.2 Controle Jurisdicional

Assim denominado porque é realizado por órgão estatal revestido do poder jurisdicional.

Até recentemente o entendimento doutrinário e jurisprudencial admitia o controle preventivo da constitucionalidade apenas na esfera política. Atualmente, percebe-se a possibilidade excepcional de controle preventivo pelo Judiciário através do Supremo Tribunal Federal. Tal possibilidade surge a partir da existência de projeto de emenda à Constituição

(PEC) ou projeto de lei “que atinja o cerne fixo, o núcleo imodificável, as chamadas cláusulas pétreas da CF” ou que ocorra por procedimento legislativo diverso do que estabelece a Constituição Federal.

Ressalte-se, porém, que essa possibilidade ocorre, até a atual data, por via de exceção e não por ADIN (ação direta de inconstitucionalidade). A princípio permanece inalterada a tese de que a:

ADIN só pode ter por objeto leis e atos normativos já editados e publicados. Por esta via, não poderia ser atacado ato normativo em gestação em fase de discussão e votação, portanto, em período e formação sem estar ultimado e concluído o respectivo processo legislativo (VELOSO, 2008, p.).

2.3.5.2 Controle Repressivo da Constitucionalidade

Trata-se do controle sobre ato normativo ou lei que já se aperfeiçoou enquanto tal. O controle repressivo busca sustar os efeitos da lei incompatível ou ato normativo com a Constituição vigente.

De acordo com José Afonso da Silva, há três sistemas de controle de constitucionalidade:

- 1) Controle político: entrega a verificação da constitucionalidade de lei ou de ato normativo a órgão de natureza política ou a órgão especial;
- 2) Controle jurisdicional: conhecido como *judicial review* (EUA), permite a declaração de inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário;
- 3) Controle misto: a Constituição admite o controle da constitucionalidade das leis ora por órgãos políticos (controle político), ora por órgão judicial (controle jurisdicional) (BASTOS,1997).

No Brasil, o controle repressivo da constitucionalidade é tradicionalmente observado através do controle jurisdicional, ou seja, é exercido pelos órgãos do Poder judiciário. Entretanto, é possível também observar tal controle seja por meio da atuação do Legislativo, seja por meio da atuação do Executivo.

1. Controle Político:

A CF reconhece, expressamente, à declaração de constitucionalidade de ato normativo ou de lei em tese o efeito vinculante, ou seja, aquele oponível aos órgãos administrativo e judicial (art. 102, § 2º, CF). Não obrigando o órgão legislativo, podendo este alterar, modificar ou mesmo revogar a lei em questão.

De acordo com a Lei 9.868, a ADIN tem caráter dúplice (ou ambivalente), ou seja, proclamada a inconstitucionalidade do preceito impugnado ou a improcedência do pedido, os efeitos serão os mesmos da ADIN julgada procedente.

2. Natureza do processo:

Processo objetivo, porque não conta com partes interessadas e não depende da demonstração de um interesse jurídico específico; inexistente lide. O que se busca é a defesa da ordem constitucional objetiva.

3. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Figura processual nova, surgiu a partir da atual Constituição brasileira, e regulamentada pela Lei 9.882, de 03/12/1999, a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) destina-se a reconhecer definitivamente a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo que não possa ser objeto de controle da constitucionalidade por outro meio. A ADPF destina-se a examinar, portanto, qualquer ato do poder público em abstrato, seja em tese ou de efeito concreto, que não possa ser objeto de ADIN. Sujeita-se a esse controle Lei ou ato normativo federal, estadual ou distrital, assemelhado ao estadual, de efeito concreto; lei ou ato normativo municipal ou distrital, assemelhado ao municipal, em tese ou de efeito concreto, e as leis ou atos normativos recepcionados.

Enquanto são admissíveis a ADIN e a ADECON estaduais (frente à Constituição Federal), não se percebe a possibilidade de uma ADPF estadual (frente Constituição Estadual).

Na arguição de descumprimento de preceito fundamental, quem pode suscitar a questão constitucional:

Nessa ação inexistem partes e lide, ou melhor, existem partes meramente formais, já que não se trata de defesa de direitos subjetivos. A Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999, estabelece que são sujeitos os mesmos capazes de propor uma ADIN, diferenciados entre os legitimados universais (que têm interesse em preservar a supremacia da Constituição por força das próprias atribuições institucionais) e os legitimados especiais (que têm que

demonstrar interesse, ou seja, “pertinência entre o ato impugnado e as funções exercitadas pelo órgão ou entidade”, isto é, pertinência temática) (CLEMERSON, 2005, p.).

Competência para decidir a questão constitucional:

Cabe ao STF decidir pela procedência ou improcedência do pedido (art.102, § 1º), após ter ouvido previamente o Procurador Geral da República que funciona como fiscal da lei (*custos legis*), de acordo com o art. 103 § 1º, da CF.

a) Efeitos da decisão:

A atual Constituição Federal Brasileira não estabelece expressamente quais são os efeitos dessa decisão, mas a lei regulamentadora nº 9.882/99, veio esclarecê-los.

Assim como ADIN, a ADPF tem caráter dúplice (ou ambivalente), ou seja, proclamada a inconstitucionalidade do preceito impugnado por procedência do pedido, os efeitos serão os mesmos.

A Constituição Brasileira permite expressamente o exercício do controle da constitucionalidade pelo Legislativo no art. 49, inciso V, quando da sustação de atos normativos exarados pelo Executivo e que ultrapassem os termos estabelecidos pelo art. 68 e § 1º. Por outro lado, o STF tem admitido que o chefe do Legislativo não aplique lei que considere inconstitucional, determinando que seus órgãos subordinados deixem-na de aplicar administrativamente, até que venha a ser examinada definitivamente essa questão.

Outra hipótese é o exame da constitucionalidade da Medida Provisória em razão do atendimento dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência, previstos no art. 62, §§ 5º e 9º (CLÉMERSON, 2005, p.).

b) Controle pelo Executivo:

Igualmente tem o STF admitido que o chefe do Executivo (assim como já vimos antes, o chefe do Legislativo) também tem poder para negar aplicação de lei a de ato normativo com fundamento no argumento de sua inconstitucionalidade.

1. Controle Jurisdicional:

Os sistemas constitucionais conhecem dois critérios de controle da constitucionalidade, a saber:

- Controle difuso (ou jurisdição constitucional difusa)
- Controle concentrado (ou jurisdição constitucional concentrada).

a) Fiscalização concreta da constitucionalidade:

A fiscalização concreta da constitucionalidade ocorre por via da fiscalização incidental ou por via da ação direta interventiva da União nos Estados-membros.

a.1) Fiscalização incidental da constitucionalidade

Fruto da prática jurídica norte-americana, e adotada no Brasil desde a Constituição de 1891, não há ataque direto à lei inquinada de vício; antes, ataca-se o ato, o fato ou a conduta que se pretende praticar com base na lei. Portanto, o que se busca é resguardar um direito concreto e alega-se, como via de defesa ou de exceção, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo que admite lesão a esse direito que se busca proteger. Por isso tal fiscalização também é conhecida por fiscalização concreta por via de exceção ou de defesa (CLÉMERTON, 2005).

Quem pode suscitar a questão constitucional na fiscalização incidental da constitucionalidade:

O juiz pode declará-la de ofício, ainda que nenhuma das partes alegue a inconstitucionalidade do ato normativo ou lei como tese de defesa do direito em questão.

O juiz, ou o tribunal, pode declará-la impulsionado pela alegação de inconstitucionalidade por uma das partes (física ou jurídica, privada ou de direito público, inclusive o Ministério Público através da ação civil pública, quando para a defesa de direitos difusos ou coletivos. Nestes casos o efeito será *erga omnes*) como tese de defesa de direito concreto objeto do litígio. Nesse caso, a alegação pode partir das partes ou de terceiros (assistentes, litisconsortes, oponentes, etc).

Competência para decidir a questão constitucional:

“Decidirá a questão constitucional, incidentalmente suscitada, o juiz ou o tribunal competente para, em primeiro ou em grau de recurso, processar e julgar a causa” (CLÉMERSON, 2005).

A declaração de inconstitucionalidade pelo tribunal exige observância do princípio da reserva de plenário (ou cláusula de reserva de plenário), ou seja, a maioria absoluta do plenário (CF, art. 97) ou do órgão especial (CF, art. 93, inciso XI), numa primeira decisão daquele tribunal sobre aquela matéria. Mas, segundo o STF, já havendo precedente, poderão novas manifestações, neste sentido, ser proferidas por órgãos fracionários (como seções, turmas ou câmaras). Por outro lado, a declaração da constitucionalidade de uma lei pode ser proclamada por órgão fracionário.

Sobre efeitos da decisão:

A declaração de inconstitucionalidade implica o reconhecimento da nulidade da lei em relação ao caso concreto (efeito *inter partes*, deixando de produzir efeitos e desconstituindo os efeitos provocados *ex tunc*).

A declaração de inconstitucionalidade será estendida a todos (*erga omnes*) quando a decisão definitiva do STF (que lá chegou por via de recurso extraordinário, de acordo com o art.102, III, da CF) for comunicada ao Senado Federal e este suspender a sua execução, conforme o art. 52, inciso X, CF. (CLÉMERSON, 2005).

Natureza do processo:

Processo subjetivo (Assim chamado, porque conta com partes interessadas e depende da demonstração de um interesse jurídico específico).

a.2) Ação Direta Interventiva da União nos Estados-membros

Destinada a promover a intervenção federal em Estado ou no Distrito Federal, fundamenta-se na defesa da observância dos chamados princípios sensíveis (ou princípios constitucionais estabelecidos), previstos no art. 34, inciso VII. A função do STF é decidir o caso concreto, ainda que por meio de uma ação direta.

Quem pode suscitar a questão constitucional na Ação Direta Interventiva Federal:

A União representada pelo Procurador-Geral da República, que tem o poder de provocar a tutela jurisdicional (arts. 36, inciso III; e 129, inciso IV).

Competência para decidir a questão constitucional:

Cabe ao STF decidir pela procedência (pelo provimento), autorizando a intervenção federal (devendo então o Presidente da República decretar a intervenção federal para restabelecer a normalidade naquele Estado ou no Distrito Federal), ou decidir pela improcedência (não cabendo então a declaração de intervenção).

Efeitos da decisão:

A admissibilidade (ou não) da intervenção federal constitui mecanismo de solução de controvérsia entre a União e o Estado Federado ou Distrito Federal. A decisão final não reconhece nulidade de lei alguma (CLÉMERTON, p. 130).

Natureza do processo:

Processo subjetivo (Conta com partes interessadas e depende da demonstração de um interesse jurídico específico).

a. Fiscalização abstrata da constitucionalidade:

Ocorre por:

Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN)

Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADECON)

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)

Ação de Inconstitucionalidade por Omissão (AIPO ou ADIO)

b.1) Ação Direta de Inconstitucionalidade:

Somente com uma emenda à Constituição, em 1965, é que o Brasil adotou verdadeiro instrumento provocador da fiscalização abstrata dos atos normativos (CLÉMERTON, 2005, p. 99).

O controle jurisdicional concentrado por via de ação direta de inconstitucionalidade (ADIN) destina-se a alcançar a declaração de inconstitucionalidade, em tese, de lei ou ato normativo federal ou estadual (art.102, inciso I, a, CF) e de emendas à Constituição, de ato

normativo ou lei distrital naquilo que se assemelhar à competência estadual (de acordo com entendimento do STF).

Na ação direta de inconstitucionalidade não se estará julgando uma relação jurídica específica, uma situação particularizada, mas a validade da norma, in abstracto. Portanto, tem por objeto a regra jurídica, em si mesma, sem considerar sua aplicação a um caso concreto (VELOSO, 2005, p.).

Quem pode suscitar a questão constitucional na fiscalização genérica de inconstitucionalidade:

Nessa ação inexistem partes e lide, ou melhor, existem partes meramente formais, já que não se trata de defesa de direitos subjetivos. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, estabelecem diferentes tratamentos entre os legitimados universais (“que têm interesse em preservar a supremacia da Constituição por força das próprias atribuições institucionais”) e os legitimados especiais (que têm que demonstrar interesse, ou seja, “pertinência entre o ato impugnado e as funções exercitadas pelo órgão ou entidade”, isto é, pertinência temática), conforme VELOSO, 2005. Assim como o STF já se posicionava, a Lei 9.868/99 estende a legitimidade ativa (como legitimados especiais) à Mesa da Assembléia Legislativa e ao Governador Distrital.

Quanto à capacidade postulatória, ou seja, se os legitimados podem assinar a petição inicial ou se precisam estar representados por advogado, há uma posição firmada na jurisprudência, quanto à imprescindibilidade da representação por advogado. Como se comprova em: ADIN 109-4, DJU 07.12.1989, RT 651:200 e ADIN 131-1, DJU 07.12.1989, RT 651:201.

Entretanto, existe posicionamento posterior do STF, e em sentido diverso, admitindo capacidade processual plena e capacidade postulatória para todos os legitimados ativos, salvo para as confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional. Ressalte-se, ainda, que o STF não pode declarar a inconstitucionalidade, por essa via, de ofício, ou seja, sem que os legitimados ativos demandem em ação própria (SILVA, 2008).

Competência para decidir a questão constitucional:

Em se tratando do exame da constitucionalidade de ato normativo ou da lei em tese, frente à Constituição Federal, cabe ao STF decidir pela procedência ou improcedência do pedido (art.102, I, a), após ter ouvido previamente o Procurador Geral da República, que

funciona como fiscal da lei (custos legis), de acordo com o art. 103, parágrafo 1, da CF. Observe-se, todavia, que há divergência doutrinária quanto à necessidade dessa participação do PGR quando for ele a impetrar a ADIN. Ainda há de se lembrar da necessária participação do Advogado Geral da União como curador da lei, garantindo a ampla defesa da presunção de constitucionalidade desta lei (CF, 103, parágrafo 2), decorrente do controle preventivo da constitucionalidade anteriormente examinado.

Efeitos da decisão:

A atual Constituição Federal brasileira não estabelece expressamente quais são os efeitos da decisão de uma declaração de inconstitucionalidade de ato normativo ou lei em tese. É a doutrina, a jurisprudência do STF e, recentemente, a lei regulamentadora (L. 9.868/99) que esclarece quanto a tais efeitos.

A Lei 9.868 reproduziu grande parte do entendimento jurisprudencial do STF ao regular o processo e julgamento da ADIN.

A declaração de inconstitucionalidade implica o reconhecimento da nulidade da lei em tese oponível a todos (efeito *erga omnes*), deixando de produzir efeitos e desconstituindo os efeitos provocados, retroagindo até o nascimento da norma impugnada (*ex tunc*). Essa é a regra, admitindo a referida lei, conforme já fazia o STF, que o Pretório Excelso excepcione para determinada situação o efeito *ex nunc*.

No caso, não há necessidade de comunicação ao Senado Federal para que este suspenda a sua execução (art. 52, inciso X). Conforme SILVA, 2008, “a decisão judicial, segundo a doutrina consagrada, é declaratória (reconhece um estado preexistente) e não constitutiva negativa”.

De acordo com o STF e parte da doutrina, o ato normativo ou lei em tese é nula e não anulável, produzindo efeitos ripristinatórios e não de ripristinação (SILVA, 2008).

A Lei 9.868/99 reconhece, ainda, à declaração de inconstitucionalidade de ato normativo ou de lei em tese o efeito vinculante, ou seja, efeito oponível aos órgãos administrativo e judicial, mas não obrigando o órgão legislativo, podendo este alterar, modificar ou mesmo revogar a lei em questão. Diversamente da ADECON, quando esse efeito está previsto expressamente pela própria Constituição Federal, conforme verificamos no seu art. 102, § 2º.

Ainda de acordo com a Lei 9.868, a ADIN tem caráter dúplice (ou ambivalente), ou seja, proclamada a constitucionalidade do preceito impugnado por improcedência do pedido,

os efeitos serão do reconhecimento definitivo da presunção, antes relativa, da constitucionalidade da lei.

Natureza do processo:

Processo objetivo (porque não conta com partes interessadas e não depende da demonstração de um interesse jurídico específico, inexistente lide). O que se busca é a defesa da ordem constitucional objetiva.

b.2) Ação Declaratória de Constitucionalidade

Figura processual nova, mas não propriamente uma inovação (Mendes, 2010, p. 78) da CF/88, a partir da Emenda Constitucional n. 3/93, regulamentada pela Lei 9.868/99, o controle jurisdicional concentrado por via de ação declaratória de constitucionalidade (ADECON) destina-se a alcançar definitivamente o reconhecimento da constitucionalidade, em tese, de lei ou ato normativo federal, dando fim à discussão judicial sobre a legitimidade de uma lei ou ato normativo federal, diversamente da ação direta de inconstitucionalidade, cujo “objetivo é eliminar da ordem jurídica a lei ou ato normativo federal ou estadual” (ou ainda distrital no que se assemelha a competência estadual) “que se apresente em contradição ou antagonismo com a Constituição” (VELOSO, 2005, p. 281).

A ADECON também guarda natureza dúplice ou ambivalente: ao ser julgada improcedente, quanto ao mérito, pelo STF, estará declarando a inconstitucionalidade da norma objeto da ação.

Quem pode suscitar a questão constitucional na ação declaratória de constitucionalidade:

Nesta ação inexistem partes e lide, ou melhor, existem partes meramente formais, já que não se trata de defesa de direitos subjetivos. A Constituição Federal brasileira estabelece, no art. 103, parágrafo 4, os legitimados ativos, sendo todos universais (VELOSO, 2005).

Competência para decidir a questão constitucional:

Em se tratando da busca de confirmação da constitucionalidade de ato normativo ou lei federal em tese frente à Constituição Federal, cabe ao STF decidir quanto à procedência do pedido (art. 102, I, a).

Efeitos da decisão:

A atual Constituição Federal Brasileira estabelece expressamente quais são os efeitos da decisão de uma declaração de constitucionalidade de ato normativo ou lei federal em tese, no art. 102, § 2, referendada pela lei regulamentadora n. 9.868/99.

A declaração de constitucionalidade implica o reconhecimento da legitimidade da lei oponível a todos (efeito *erga omnes*), reconhecimento este que retroage até o nascimento da norma impugnada (*ex tunc*). Essa é a regra, admitindo-se que o Pretório Excelso excepcione, determinando o efeito *ex nunc*.

“A decisão judicial, segundo a doutrina consagrada, é declaratória (reconhece um estado preexistente) e não constitutiva negativa”, de acordo com CLÉMERTON, (2008, p. 244). Se esta for declarada improcedente, terá também os efeitos de um ADI, improcedente.

A declaração de inconstitucionalidade implica no reconhecimento da nulidade da lei em uma tese oponível a todos (efeito *erga omnes*), deixando de produzir efeitos e desconstituindo, em regra, os efeitos provocados, retroagindo até o nascimento da norma impugnada (*ex tunc*). O STF pode, entretanto, decidir por outro efeito.

A lei 9.882/99 reconhece ainda à declaração de inconstitucionalidade de ato normativo ou de lei o efeito vinculante, ou seja, oponível aos órgãos administrativo e judicial.

Natureza do processo:

Processo objetivo (Não conta com partes interessadas e não depende da demonstração de um interesse jurídico específico, inexistente lide). O que se busca neste processo é a defesa da ordem constitucional objetiva.

b.4) Ação de Inconstitucionalidade por Omissão:

A inércia dos poderes públicos, quando do dever de agir imposto constitucionalmente, gera a inconstitucionalidade por omissão. De acordo com MENDES, (2010), “a ação de inconstitucionalidade tem por finalidade a defesa da Constituição integral, configurando mecanismo de declaração de mora do legislador”. Ainda postula o autor que “a inconstitucionalidade por omissão poder ser total ou parcial, consistindo a primeira na não satisfação integral do dever de legislar, enquanto a segunda corresponde a uma não satisfação parcial de referida imposição” (MENDES, 2010, p.). Pra ele, a norma regulamentadora faltante que inviabilize o exercício de um direito constitucional pode ser de qualquer natureza: processual ou material.

Quem pode suscitar a questão constitucional na ação de inconstitucionalidade por omissão:

Os órgãos ou pessoas legitimadas para ingressar com a AIPO são as mesmas autorizadas para intentar a ADIN (art. 103, e seus incisos, além daqueles previstos na Lei 9868/99) de acordo com o entendimento do STF.

Competência para decidir a questão constitucional:

A Constituição Federal não estabelece expressamente sobre a questão, mas é da compreensão doutrinária e jurisprudencial que é de competência do STF julgar e processar originariamente, após se ter ouvido previamente o Procurador Geral da República que funciona como fiscal da lei (*custos legis*), de acordo com o art. 103, § 1, da CF.

A norma jurídica não sofre acusação de inconstitucionalidade, mas ao contrário, busca-se, nesse sentido, confirmar a ausência dela, daí da desnecessidade da participação do Advogado Geral da União (MENDES, 2010).

Efeitos da decisão:

Apesar de a atual Constituição Federal Brasileira não a declarar expressamente, a eficácia da decisão é *erga omnes*. Será comunicada a decisão ao órgão competente, legislativo ou administrativo, neste último caso, para que se cumpra em 30 dias (art. 103, § 2, CF).

Natureza do processo:

Processo objetivo (Não conta com partes interessadas e não depende da demonstração de um interesse jurídico específico, inexistente lide). Nesse processo, o que se busca é a completude da ordem constitucional.

O que se conclui acerca do controle constitucional é basicamente a importância dos conceitos de constitucionalidade e inconstitucionalidade, posto designarem conceitos de relação, como se lê no dizer de Jorge Miranda (2010, p. 1055): “a relação que se estabelece entre uma coisa – a constituição – e outra coisa - um comportamento, que lhe está ou não conforme, que com ela é, ou não, compatível que cabe ou não, compatível que cabe ou não no seu sentido”. (MIRANDA, citado por MENDES, 2010, p. 1055). Trata-se, pois, de uma relação de caráter normativo e valorativo e não de relação lógica ou intelectual, conforme adverte o mestre português acima citado.

Tal relação de índole normativa é que qualifica a inconstitucionalidade, afirma a obrigatoriedade do texto constitucional e a ineficácia de todo e qualquer ato normativo contraveniente.

Mendes (2010, p.1056) lembra que foi Rui Barbosa, talvez, quem primeiro percebeu, entre nós, que a sanção à violação do texto Magno integra o próprio conceito de inconstitucionalidade.

Igualmente indispensável é a existência da sanção qualificada, isto é, do procedimento de anulação do ato inconstitucional por órgão competente.

2.4 Direitos Fundamentais

Os termos direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais têm sido usados indistintamente, os dois primeiros mais frequentemente pelos anglo-americanos e latinos e o último pelos publicistas alemães.

Os primeiros direitos fundamentais a se apresentarem no panorama ocidental foram os direitos individuais, razão por que são conhecidos como direitos de primeira geração, compreendidos como aqueles inerentes ao homem e oponíveis ao Estado (sujeitos as prestações negativas), a saber: o direito à liberdade, especificamente às liberdades civis e políticas – são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado Liberal. Seu surgimento jurídico data de fins de século XVIII, quando houve as declarações de direitos dos Estados Unidos, em 1776: Declaração de Virgínia, Declaração de Pensilvânia e a Declaração de Maryland, seguida das nove emendas da Constituição de 1787. Cite-se também a Revolução Francesa de 1789, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, cuja principal base teórica e filosófica é o Contrato Social, de Rousseau, e as concepções jusnaturalistas. A partir de tais fatos, esses direitos adquiriram as feições da universalidade e da generalização (VELOSO, 2005).

Os próximos direitos a se apresentarem no cenário constitucional foram os direitos sociais, o que lhes confere o epíteto de “direitos de segunda geração”. Sua base histórica vincula-se à instalação do Estado Social, ao término da Primeira Guerra Mundial (1914-1918), quando “a concepção liberal-burguesa do homem abstrato e artificial foi substituída pelo conceito do homem em sua concretude histórica, socializando-se então os direitos humanos”, dominando o século XX, da mesma forma que os direitos de primeira geração dominaram o século XIX. O efeito derivado desses direitos de segunda geração afeta

diretamente o papel do Estado. Este deixa de apenas se abster (prestação negativa) como habitação, moradia, alimentação, segurança social; e o direito de propriedade adquire restrições para atender a sua função social.

No pós-Segunda Guerra (1939-1945) ocorre a internacionalização dos direitos humanos, com a assinatura de tratados internacionais dando proteção à espécie humana tais como: a Declaração Universal dos Direitos do Homem (Paris, 1948); os Pactos Internacionais de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e de Direitos Cívicos e Políticos (em vigor desde 1976) e a Convenção Americana de Direitos do Homem (conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, assinado pelos Estados americanos em 1969), conforme VELOSO, 2005, p..

2.4.1 Direitos Fundamentais e sua relação com o Jusnaturalismo

O direito natural deontológico aflora das elaborações modernas, definindo-se com um conjunto de valores que determinavam o caráter da “obrigação do direito”, especificando sua medida. Sampaio (2010, p. 57), sobre essa perspectiva, sublinha que o fundamento do direito é o dever que se extrai do mundo ético. Todo homem, como um sujeito transcendental, capaz de uma vontade autônoma, transporta uma lei universal, uma lei ética de evitar o mal e fazer o bem, conforme pressupostos de KANT, 1952, p.. Os direitos humanos, nesse sentido, podem ser vistos, como uma síntese dos bens, um dever ético que se impõe a todos (RAMIREZ, 1997, p. 54).

Foi a Idade Moderna que promoveu significativa alteração no conceito de direito natural, enfatizando feições racionais e mais humanas, destacando a pessoa como portadora de dignidade e como titular de pretensões oponíveis às demais pessoas e à organização política.

É conveniente aqui, que se abordem os aspectos gerais dessa doutrina que se tornou expressiva nos séculos XVI, XVII e XVIII, e que tinha como fundadores Grotius, Hobbes, Puffendorf e Thomasius, além dos filósofos Locke, Spinoza, Leibniz, Wolff e Kant. Ressaltando-se as diferenças peculiares de cada um, todos tinham como pressupostos o individualismo antropocêntrico, o racionalismo e a defesa dos direitos naturais.

Na visão de Sampaio (2010, p. 58), trata-se de uma teoria demasiadamente imprecisa, insuficiente para dar conta da complexidade social, conforme defendem os positivistas, posto que não define os mecanismos que transformarão seus postulados em realidade, em direito

efetivo, como ainda traz à tona uma disputa filosófica interna sobre quais direitos seriam, ou deixariam de ser naturais (Tais questões são válidas para os jusnaturalistas modernos).

Para os Jusnaturalistas Clássicos, o direito natural deontológico “não tem nada, uma vez que pulverizou o sentido de justiça em múltiplos direitos, como ainda deixou para o legislador positivo, o crédito de torná-los realidade” (MATA MACHADO, 1981, p.73).

Os pós-modernos viam “o sujeito autônomo e onipotente ou desligado da vida real”. O homem kantiano é um exemplo. No correr do estudo, dar-se-á continuidade ao desenvolvimento de tais ideias.

2.4.2 Direitos Fundamentais no Estado Democrático e Social de Direito

Anteriormente à abordagem específica da concepção de direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira vigente, é oportuno que se apresente uma breve explanação acerca do papel desempenhado pelos direitos fundamentais no âmbito do Estado Constitucional. Preliminarmente, colocar-se-á em evidência a vinculação entre os direitos fundamentais e as noções de Constituição e do Estado de Direito. Tais conceitos apresentam relevância para este estudo, pois a compreensão de tais conceitos, analisados aqui sob a visão de vários autores, em que se procura acentuar nexos de interdependência entre eles, será de boa valia à argumentação que aqui se apresenta.

Partindo-se do pressuposto de que o Estado de Direito é uma “ordenação integral e livre da comunidade política” (Sarlet, 2011, p.58), chega-se, então, à concepção de que direitos fundamentais constituem – para além de sua função limitativa de poderes – critérios de legitimação do poder estatal e da própria ordem constitucional, na medida em que “O poder se justifica por e pela realização dos direitos do homem e que a ideia de justiça é hoje indissociável de tais direitos” (SARLET, 2011, p. 59).

Os direitos fundamentais resultam, pois, da personalização e da positivação constitucional de determinados valores básicos (conteúdo axiológico) e integram a substância propriamente dita, o núcleo formado pelas decisões fundamentais da ordem normativa. Sarlet (2011, p. 61) alerta, neste sentido, que “mesmo num Estado Constitucional democrático se tornam necessárias certas vinculações de cunho material para fazer frente a certos espectros da ditadura e totalitarismo”.

No tocante à vinculação dos direitos fundamentais com a ideia específica de democracia, Sarlet apresenta algumas considerações significativas. A doutrina tem

reconhecido, nesta perspectiva, que, entre os direitos fundamentais e a democracia, verifica-se uma relação de interdependência e reciprocidade (Birembojm, *apud* Sarlet, 2011, p. 61), o que não afasta uma corrente de tensões entre os direitos fundamentais e algumas das dimensões da democracia. Para que não fique sem referência tal aspecto, Sarlet lembra, neste sentido, o caráter permanentemente conflitante com o processo decisório político.

Ainda merece destaque a estreita relação com o princípio do Estado Social, consagrado pela Constituição. A constituição não se refere expressamente ao “Estado Social e Democrático de Direito (art. 1º, *caput*), refere-se apenas aos termos democrático e direito, mas, nem por isso, o princípio fundamental do Estado Social deixou de encontrar guarita em nossa Constituição.

O título I de nossa Carta refere-se a outros princípios expressamente positivados (como a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, etc). Existe, ainda, a previsão de uma grande quantidade de direitos fundamentais sociais e diversos direitos a prestações sociais por parte do Estado (conforme dispõe o art. 6º e outros dispersos no texto constitucional).

Outros valores inerentes à noção de democracia e Estado de Direito: justiça material é a “guia” desses valores, que permeiam o exercício efetivo das liberdades e a garantia da igualdade de oportunidades. Tais pressupostos permitem-me sustentar que, além da última vinculação entre as noções de Estado de Direito, Constituição e direitos fundamentais, estes constituem condição de existência e medida da legitimidade de um autêntico Estado Democrático e Social de Direito, ao concretizarem princípios como o da dignidade humana, liberdade e justiça.

Importa destacar que as proteções previstas são na verdade, proteções juridicamente mediadas, programadas e controladas pelos órgãos estatais.

Pode-se dizer, conclusivamente, que os direitos fundamentais podem ser considerados *conditio sine qua non* do estado constitucional democrático, conforme afirma Schneider (*apud* Sarlet, 2011, p. 59).

2.4.3 O “Mínimo Existencial” e o Estado Social

O mínimo existencial consiste em um grupo menor e mais preciso de direitos sociais formado pelos bens e utilidades básicas imprescindíveis a uma vida humana digna (NOVELINO, 2011). Esta expressão surge na Alemanha, em uma decisão do Tribunal

Federal Administrativo, proferida em 1953, sendo posteriormente incorporada à jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional daquele país. Resultante da conjugação da dignidade da pessoa humana, da liberdade material e do Estado Social, engloba direitos à saúde, educação, assistência aos desamparados (alimentação, vestuário e abrigo) e acesso à justiça, na concepção de Barcellos (apud NOVELINO, 2011, p. 532).

Para Barcellos, na formulação e execução das políticas públicas, o mínimo essencial deve nortear o estabelecimento das metas prioritárias do orçamento. Somente depois de serem disponibilizados os recursos necessários à sua promoção, devem-se discutir, em relação ao remanescente, quais serão as demandas a merecer atendimento.

Em sentido oposto, Sarlet (2011) sustenta que deva ser atribuído ao mínimo existencial um caráter absoluto, não o sujeitando à reserva do possível.

Sarmiento (2009, p. 17), adotando novo entendimento, pondera que “em sociedades pobres, nem sempre é possível assegurar de maneira imediata e igualitária as condições materiais básicas para a vida digna de todas as pessoas”. Por tal razão, entende não existir um direito definitivo ao mínimo existencial, mas sim, a necessidade de um ônus argumentativo pelo Estado, tanto maior quanto mais indispensável for o direito postulado. Em sua análise, Sarmiento propõe uma maior utilização das ações coletivas, por permitirem uma potencial universalização do pedido.

Sobre a questão, Novelino (2011, p.533) opõe-se ao disposto por Sarmiento, argumentando que “o Poder Judiciário brasileiro, talvez pouco acostumado a fazer uma análise de macro justiça, tem se mostrado muito mais generoso nas ações individuais”.

2.4.4 Direitos Sociais em Espécie

Na Constituição de 1988, os direitos sociais foram consagrados em duas partes distintas. No título que trata especificamente dos Direitos e Garantias Fundamentais (capítulo II, do título II) foram elencadas as espécies de direitos sociais (CF, art. 6º) e um extenso e minucioso rol de direitos conferidos aos trabalhadores (CF, art. 7º ao 11). Os demais direitos sociais estão contemplados no título VIII, que trata da Ordem Social (arts 193 e ss).

Ressaltem-se, oportunamente, as considerações de Novelino (2011, p.535): “em que pese parte da doutrina refutar a fundamentalidade dos direitos sociais, parece-nos que este caráter está presente em grande parte desses direitos”. E o teórico justifica sua posição não só em razão de sua expressa consagração entre aqueles direitos considerados fundamentais, mas,

principalmente, no que se refere à sua imprescindibilidade à proteção e promoção da dignidade humana, ainda que com intensidades diversas.

A Constituição da República Federativa do Brasil (1988) elencou no seu artigo 6º, em regra distinta, os seguintes direitos sociais: educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados. Tal dispositivo foi alterado em duas oportunidades a fim de que fossem incluídos os direitos à moradia (EC 26/2000) e à alimentação (EC 64/2010).

2.4.5 O Estado Social

A noção contemporânea de Estado Social surge a partir da busca da superação do antagonismo existente entre a igualdade política e a desigualdade social. Ao contrário do Estado Socialista (Estado proletário), o Estado Social conserva sua adesão ao Capitalismo, sendo este o principal aspecto distintivo entre os dois modelos.

As principais características do Estado Social são apontadas por Novelino (2011, p.362) e aqui postas em destaque: intervenção no âmbito social, econômico e laboral, com o abandono de postura abstencionista; papel decisivo na produção e distribuição de bens; garantia de um mínimo bem-estar, por exemplo, com a criação de um salário social para os mais carentes; estabelecimento de um grande convênio global implícito de estabilidade econômica (pacto keynesiano).

Em geral, as expressões, Estado Social e Estado do bem-estar social (*Welfare State*) são utilizadas para designar o modelo de Estado voltado à satisfação das necessidades individuais e coletivas dos cidadãos. Poderá também, contudo, o conceito de *Welfare State* ser identificado como aspecto político – ou de ação política; no tocante à preocupação com o bem-estar poderá ser associado a outros modelos, como alguns Estados absolutistas, no pensamento de Novelino (2011, p. 363).

2.4.6 O Estado Constitucional Democrático (Estado Democrático de Direito)

A noção de Estado democrático está indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais, porquanto se revela um tipo de Estado que busca uma profunda transformação do modo de produção capitalista, com o objetivo de construir uma sociedade

na qual possam ser implantados níveis reais de igualdade e liberdade (NOVELINO, 2011, p. 369).

Novelino aponta as características principais do Estado Constitucional Democrático: consagração de institutos de democracia direta e indireta que introduzem o povo no governo do Estado, tais como plebiscito, referendo e iniciativa popular (CF, art. 14, I a III); preocupação com a efetividade e dimensão material dos direitos fundamentais assegurados mediante a jurisdição constitucional, limitação do poder legislativo (não apenas no aspecto formal, modo de produção do direito), mas também no âmbito material fiscalizando a compatibilidade do conteúdo das leis com os valores consagrados na Constituição; imposição constitucional não apenas de limites, mas também de deveres ao legislador; aplicação direta da Constituição com o reconhecimento definitivo de sua força normativa; ampliação do conceito de democracia (participação popular, vontade da maioria, eleições periódicas, alternância do poder) para uma dimensão substancial, como decorrência do reconhecimento da força normativa e vinculante dos direitos fundamentais, os quais devem ser usufruídos por todos, inclusive pelas minorias perante a vontade popular (pluralismo, proteção das minorias, papel contra majoritário do Poder Judiciário). (NOVELINO, 2011, p. 364-365).

No seu estudo, duas dimensões de democracia são mencionadas (Streck, *apud* Novelino, 2011, p. 365): democracia política: que tem relação com o “quem” e o “como” das decisões; e a democracia substancial (dimensão material), que obriga a legislação, sob pena de inválido, a respeitar os direitos fundamentais e aos demais princípios axiológicos por ela estabelecidos.

2.5. Os direitos fundamentais enquanto elementos operativo-constitutivo do estado democrático de direito no Brasil

Dentro do previsto na sistemática imposta a este estudo, passa-se a apreciar os Direitos Fundamentais como elementos operativo-constitutivo do Estado Democrático de Direito no Brasil. Sobre os aspectos controvertidos do Estado de Direito no Brasil, no que se refere a momentos significativos de retrocesso libertário e avanços democráticos, há que se mencionar as consequências e os reflexos da Constituição de 1988. Essa apreciação refere-se, ainda, ao papel do Congresso Constituinte e à elaboração de princípios que visem resguardar o direito à dignidade humana e o privilégio dado aos direitos fundamentais.

No tocante à principiologia, enfatiza-se, aqui, o papel dos princípios constitucionais, sua natureza e seus significados. Tais princípios fazem transparecer “uma superlegalidade material” (Leal, 2000, p. 10), que os torna fonte primária do ordenamento.

Destacam-se as referências à Teoria Constitucional Contemporânea, que embasam pontos essenciais para a compreensão dos princípios dos Direitos Fundamentais. Também não se pode desconsiderar apreciações sobre o Poder Judiciário no Brasil e sobre os Direitos Fundamentais.

2.5.1 Aspectos Controvertidos do Estado do Direito no Brasil

Desde a formação da República Nacional até o golpe militar de 1964, tem sido tradição que movimentos políticos e constitucionais no Brasil se caracterizem pela formalização de interesses setoriais da sociedade local, protegendo, como sempre, uma minoria bastante abastada (FAORO, 1979; BONAVIDES, 1999).

Mais contemporaneamente, da década de 1970 até os dias atuais, opera-se uma crescente desnacionalização do poder político (Ianni, 1990), com a progressiva invasão do capital internacional no Brasil. Tal capital estrangeiro, centrado na indústria, na mineração e no aproveitamento hidrelétrico, acaba influenciando, a seu favor, por intermédio de seus advogados enquistados na Administração e no Congresso Nacional, na elaboração de normas de proteção de suas atividades e na formação da estrutura do Estado (LEAL, 2000, p. 164).

As tão acirradas denúncias de Leal ao empoderamento do capital estrangeiro e suas perversas consequências almejavam enfatizar que, até a Constituição de 1988, boa parte da história política e constitucional brasileira, antes de forjar uma tradição democrática e popular na elaboração de seus comandos jurídicos, soube tão somente estabelecer pactos e compromissos com um grupo minoritário de indivíduos, detentores da maior parcela do mercado de produção e capitais (COSTA, 1989).

Como quer Lopes (2000, p. 164-165), o Congresso Constituinte que elaborou a Constituição de 1988, não demonstra, no próprio processo de construção da Nova Carta, respeito à representação popular que a constitui, “deixando, pois, de interagir com as reais e profundas demandas sociais”. Continua Lopes:

Por outro lado, o Congresso se utiliza de práticas fisiológicas e clientelistas, fazendo com que o jogo político continue significativamente dependente das negociações que se travam no âmbito do Executivo (COSTA, 1989, p.).

Lopes atribui o descompasso impressionante que se observa entre uma Constituição que reconhece e assegura direitos e uma sociedade na qual se reconhecem violações constantes e gravíssimas dos citados direitos, a uma causa comum: a história de um Estado no qual o autoritarismo e a centralização do poder político dominaram e continuam a porejar nas mais diferentes estruturas do poder.

Lopes concorda, ao final de suas ponderações, que entre avanços e recuos, a Constituinte consegue – pela insistência de poucos segmentos políticos, inculpir, no texto final, matérias de ampla abrangência social, contemplando então, vários Direitos Fundamentais que a modernidade relegou à sociedade política.

Retomando o viés crítico social, Leal (2000, p. 165) adverte que “tais avanços formais, por si só, não são suficientes para viabilizar mudanças estruturais na forma da constituição e operacionalização do poder político nacional”.

Enquanto referencial jurídico, a Carta de 1988, de fato, alargou significativamente a abrangência dos direitos e garantias fundamentais e, desde o seu preâmbulo, prevê a edificação de um Estado Democrático de Direito no país, com o objetivo de assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, “a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”.

Percebe-se, ainda, que o Congresso Constituinte optou por elevar ao condão de princípios, o resguardo do direito à dignidade humana, na medida em que, explicitamente, privilegia a temática dos Direitos Fundamentais, outorgando-lhes, ainda, a natureza de cláusula pétrea, nos termos do art. 60, 4º, IV.

2.5.2 O Poder Judiciário no Brasil e os Direitos Fundamentais

Diversos exemplos, em todo o mundo contemporâneo, têm demonstrado como os sistemas constitucionais encarecem o papel do Poder Judiciário, enquanto guardião dos direitos constitucionais e infraconstitucionais, como aquele que se dota de melhores condições para assegurar a eficácia jurídica de direitos humanos e fundamentais, especialmente quando se apresentar quadro de ameaça ou violação destes. Neste sentido, conforme Leal (2000, p.

173), servem como exemplos a Constituição Alemã, com emendas até 1983 sob esta temática, e a Constituição Espanhola de 1978 (LEAL, 2000, p. 173).

A jurisdição é, em si, um direito fundamental, expresso tanto no plano internacional (art. 10, da Declaração dos Direitos do Homem, ONU, de 1948), quanto no plano interno dos diferentes Estados (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988).

A importância da jurisdição constitucional eficiente, atrelada à jurisdição internacional efetiva é bastante significativa, posto que, se não existissem, todos os direitos humanos e fundamentais tornar-se-iam vulneráveis e dependentes das eventuais condições das sociedades dos governos e dos governantes, conforme observa Leal (2000, p. 176).

O Estado-Juiz desempenha, pois, papel altamente relevante na garantia efetiva e eficiente daqueles direitos, que são indisponíveis e inadiáveis.

Há que se considerar ainda que, não estando o Estado-Juiz preparado, técnica e doutrinariamente, para compreender os aspectos substantivos dos pleitos a ele submetidos, a magistratura enfrenta dificuldades para interpretar os novos conceitos dos textos legais típicos da sociedade industrial, envolvendo direitos coletivos.

O tema da compatibilização necessária entre os Tratados e Convenções Internacionais e dos Direitos Humanos e o direito interno é matéria das mais preocupantes no âmbito da efetivação destes direitos. Grande parte dos operadores de direito tem dificuldade de se aproximar dos temas que envolvem os direitos humanos e fundamentais, ao mesmo tempo em que se distanciam das normas internacionais vigentes no país (LEAL, 2000, p.179-180).

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais do qual o Brasil é signatário, assevera, no seu art. 12:

1. Os Estados-Partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental;
2. As medidas que os Estados-Partes no presente Pacto deverão adotar, com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar:
 1. A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil bem como o desenvolvimento sadio das crianças.
 2. A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente;
 3. A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras bem como a luta contra essas doenças.

4. A criação de condições de assegurem a todos assistência medica e serviços médicos em caso de enfermidade. (**Tratados Internacionais**, 1988, p. 189).

Vejamos algumas decisões isoladas que, se não buscam fundamentar suas razões de decidir com base nos direitos humanos e fundamentais, buscam outros princípios constitucionais como formuladores de prestações jurisdicionais mais justas e coerentes com o que se tem discutido até aqui:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CRIANÇA PORTADORA DE DISTROFIA MUSCULAR DO TIPO ‘‘DUCHENNE’’ - Inexistindo tratamento curativo para moléstia, de essência genética, no Brasil, o Estado tem o dever de prestar o atendimento chamado pelo menor. A mãe do menino contribui de forma compulsória ao IPERGS, razão por que deve a autarquia, fornecer a contraprestação necessitada. Agravo desprovido. Decisão Unanime (Agravo de Instrumento n.º 59701725 - 7ª Câmara Cível – Rio Grande do Sul – Rel. Des. Eliseu Gomes Torres – Julgado em 09-04-97).

MENOR OBRIGAÇÃO DO ESTADO EM CUSTEAR TRATAMENTO MEDICO. TRANSPLANTE DE MEDULA – O art. 227 da CF obriga o Poder Público a assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, etc Os art.4º e 11, no seu § 2º, do ECA, estabelecem o mesmo dever assegurando atendimento médico à criança e ao adolescente, incumbindo ao Poder Público fornecer gratuitamente àqueles que necessitam os medicamentos, próteses e outros recursos para tratamento, habilitação ou reabilitação. Assim, deve ser mantida a sentença que condena o Estado a custear a importação da medula óssea a ser transplantada no menor, bem como as demais despesas atinentes. Por maioria, confirmaram a sentença em reexame necessário, vencido Relator, que anulava o processo. (Reexame Necessário nº 596035428 – 8ª Câmara Cível – Estrela – Rel. Des. Antônio Carlos Stangler Pereira – julgado em 08-8-96).

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO PELO ESTADO DE MEDICAMENTOS EXCEPCIONAIS PARA PESSOAS NECESSITADAS NA FORMA DA LEI ESTADUAL Nº 9908/93. PACIENTE PORTADOR DO VIRUS HIV. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. GARANTIA CONSTITUCIONAL. OBRIGAÇÃO DO ESTADO DE FORNECER OS MEDICAMENTOS EXCEPCIONAIS DE USO FREQUENTE E PERMANENTE – EPIVIR E ENVIRASE – AOS NECESSITADOS – Todos têm direito à vida e, assim, à saúde, constituindo obrigação inarredável do Estado assegurá-los, independentemente de qualquer vinculação do necessitado a sistema de seguridade social, na forma do disposto nos arts. 5º, caput, 6º, 196 e 203 da CF e da Lei Estadual nº 9.908/93, porquanto a vida e a saúde representam a fonte fundamental e primeira de todos os bens jurídicos. Segurança

concedida. (Mandado de Segurança nº 596159988 – 1º Grupo de Câmaras Cíveis – Porto Alegre – Rel. Des. Salvador Horácio Vizzotto – julgado em 1º-11-96).

Existe sempre certa especificidade das normas constitucionais frente à norma ordinária, aplicada nos casos concretos, e esta se aplica a caso específico.

Leal (2000, p.186) refere-se ao critério de verdade, que deverá ser legítimo e não arbitrário, e que deverá ser controlado pelos mecanismos processuais e pelas chamadas garantias fundamentais tais como: o devido processo legal, a motivação das decisões, o duplo grau de jurisdição. Diante do exposto, o autor enfatiza que direitos fundamentais são elementos racionais (axiológico-normativos) justificadores da sociedade contemporânea, do próprio Estado e da jurisdição.

Quanto às garantias constitucionais, estas estão contidas em procedimentos específicos e institutos concebidos para assegurar, em casos concretos e, quando houver ameaça ou lesão dos direitos humanos e fundamentais, para que se restabeleçam, plena e eficazmente, os direitos comprometidos (Leal, 2000, p. 188).

O princípio da juridicidade limita, informa e legitima os atos do Estado; o da jurisdição, que conforme já foi aqui exposto, é ele mesmo um dos direitos fundamentais por excelência.

A justaposição de vários teóricos e as análises aqui apresentadas permitem que se exponham, em caráter conclusivo, a seguinte observação: a forma e a postura com que o Estado brasileiro vem se comportando não condiz com os compromissos que a nova Carta Política de 1988 está a impor, assim como no que se refere às Convenções e Tratados Internacionais. Uma leitura mais crítica à hermenêutica que faça a leitura dos significados e sentidos do Título Primeiro da Constituição bem como da ideia de Estado Democrático para o Brasil, conforme já feito neste estudo, terá que considerar os desafios e as responsabilidades que demandam à efetivação dos direitos fundamentais e humanos, previstos neste cenário.

O fato é que tais responsabilidades exigem uma nova concepção de Estado de Direito, posto que se sustenta que, no Brasil, a maior parcela de competência e ação é do Poder Público, este sendo capaz de viabilizar, e mesmo de efetivar, prerrogativas sociais inseridas na nossa Constituição 1988.

Leal (2000, p. 203), em complemento ao que se defende neste estudo, sugere haver “uma grande necessidade de se desfundamentalizar alguns direitos considerados fundamentais pela doutrina liberal, como os direitos de propriedade e as liberdades de comércio e indústria,

sempre que estiverem em confronto ou violando direitos humanos ou fundamentais protegidos pela ordem jurídica hodierna”.

6. A Saúde como um Direito Fundamental no Estado Democrático de Direito

Nos termos previstos na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados. (artigo 6º, CF/88).

Tratar-se-á doravante, e especificamente, do direito de proteção à saúde na Constituição Federal de 1988, seu âmbito de proteção, as políticas públicas que atuam neste sentido, e algumas considerações gerais acerca do Sistema Único de Saúde (SUS), bem como o financiamento, a judicialização do direito de proteção à saúde, o direito de proteção à saúde e o Supremo Tribunal Federal, no que concerne aos casos concretos apresentados.

2.6.1 O direito de proteção à saúde – âmbito de proteção

Previsto no artigo 196 da Constituição Federal, o direito de proteção à saúde o nomeia como: direito de todos, dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas, que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos, regido pelo princípio do acesso universal e igualitário, às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Examinando mais detalhadamente cada um desses elementos, Mendes (2011, p. 686-688) comenta a respeito da expressão “direito de todos”: Na redação do artigo constitucional, conforme observa, é possível identificar tanto um direito individual, quanto um coletivo, de proteção à saúde. Oportunamente, cita destaque do Ministro Celso de Mello, do STF, relator do Ag Rg no RE n. 271.286.8/RS ao reconhecer o direito à saúde como um direito público subjetivo, assegurado à generalidade das pessoas, que conduz o indivíduo e o Estado a uma ordem jurídica obrigacional. Segundo a concepção do Ministro citado, “a interpretação da

norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente”, impondo aos entes federados um dever de prestação positiva.

Esse direito subjetivo público é assegurado mediante políticas sociais e econômicas, ou seja, não existe um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize, como enfatiza Mendes (2011, p. 686), que afirma, em seguida: “Há um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde”.

Sobre o postulado “Dever do Estado” é possível auferir que, para além do direito fundamental à saúde, existe o dever fundamental de prestação de saúde por parte do Estado, o que inclui a União, os Estados propriamente ditos, o Distrito Federal e os Municípios, sendo este, pois, uma atribuição comum dos entes da federação, consoante artigo 232, II, da Constituição Federal de 1988.

A expressão “Garantido mediante políticas sociais e econômicas”, analisada na sequência do presente estudo, permite a ressalva de que, aí, cabe a necessidade de formulação de políticas públicas que concretizem o direito à saúde por meio de escolhas alocativas. (Mendes, 2011, p.686).

Com o mesmo teor crítico, Mendes ainda se detém à parte que se refere às “Políticas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos”. Segundo ele, as ações preventivas na área da saúde foram indicadas prioritariamente pelo artigo 198, II, da Constituição (1988), que possui amplo âmbito de abrangência. Pesquisas da Organização Mundial de Saúde (OMS) indicam, por exemplo, uma relação direta entre saneamento básico e acesso à água potável e saúde pública. Políticas de melhoria na rede de esgoto, conforme atesta o estudioso, reduziriam a quantidade de doenças e, conseqüentemente, os gastos com a saúde no Brasil (2011, p. 687).

Sobre a passagem que se refere às “Políticas que visem ao acesso universal e igualitário”, Mendes salienta a responsabilidade solidária entre os entes da Federação, o que garante, inclusive, o previsto no artigo 7º, IV, da Lei nº 8.080/90, conforme se lê, em tela: “a igualdade da assistência à saúde sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie”. Cita, a título de exemplificação, o caso da quebra de patentes de medicamentos no Brasil, que foi transformada em política pública, dando maior efetividade à proteção à saúde. A quebra de patentes para medicamentos contra AIDS e doenças sexualmente transmissíveis (DTS), decorrente de tal mudança, concorreu para modificar uma situação até então dominante: pedidos para obtenção do “coquetel” para tratamento da AIDS eram extremamente comuns no

Supremo Tribunal Federal. Os custos para a compra de tais medicamentos, saliente-se, eram demasiadamente elevados e a reversão do quadro, conforme se observa hodiernamente, trouxe benefícios à sociedade e ao Estado, regularizando uma situação que denotava prejuízos de toda monta. O acesso universal e gratuito a tais medicamentos enfatiza o Brasil como detentor de um dos melhores programas de tratamento e prevenção da AIDS no mundo, caracterizado pelo acesso universal e com significativa redução da mortalidade e do número de internações e infecções (Mendes, 2011, p. 688).

Sobre o tópico que trata das “Ações e Serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde”, Mendes adverte que o problema central, neste sentido, não é de inexistência, mas de execução (administrativa) das políticas públicas pelos entes federados. Os problemas de eficácia social desse direito fundamental devem-se muito mais a questões ligadas às políticas públicas de saúde, já existentes, o que implica também a composição dos orçamentos dos entes da federação (2011, p. 688).

Interessante observar que Gilmar Ferreira Mendes coloca, em tom de “esperança teimosa”, que “o direito de proteção à saúde há de se efetivar mediante ações específicas e mediante amplas políticas públicas que visem à redução do risco de doenças e outros agravos (dimensão coletiva) (2011, p.688).

2.6.2 O Sistema Único de Saúde (SUS) – Considerações Gerais.

O modelo de organização e procedimento para o direito básico de proteção à saúde é estabelecido pela Constituição Federal, de 1988, conforme se verifica a seguir:

A criação do SUS, pela Constituição Federal, foi depois regulamentada através das leis nº 8.080/90, conhecida como lei Orgânica da Saúde, e nº 8.142/90. Tais leis definem as atribuições dos diferentes níveis de governo com a saúde; estabelecem responsabilidades nas áreas de vigilância sanitária, epidemiológica e saúde do trabalhador; regulamentam o financiamento e os espaços de participação popular; formalizam o entendimento da saúde como área de “relevância pública” e a relação do poder público com as entidades privadas com base nas normas do direito público, entre outros princípios fundamentais do SUS. Outros instrumentos têm sido utilizados para possibilitar a operacionalização do Sistema, entre eles as Normas Operacionais Básicas do Sistema Único de Saúde, publicadas pelo Ministério da Saúde, sob a forma de portaria (CUNHA, 2001, p. 303).

Em conformidade com o que prediz o nome, tal sistema é único, ou seja, deve ter a mesma doutrina e a mesma forma de organização em todo país. No entanto, é preciso uma melhor compreensão acerca dessa ideia de unicidade. Num país caracterizado por expressivas diversidades cultural, econômica e social como o Brasil, a organização de um sistema único de saúde que não leve em conta tais diversidades constitui, *a priori*, uma temeridade.

O que se define como único na Constituição é um conjunto de elementos doutrinários e relativos à organização do Sistema de Saúde, bem como os princípios da universalização, da equidade, da integralidade, da descentralização e da participação popular. Esses elementos relacionam-se às peculiaridades e determinações locais, por meio de formas previstas de aproximação da gerência aos cidadãos, seja com a descentralização político-administrativa, seja através do controle social do sistema.

O SUS pode, pois, a partir do preâmbulo, ser entendido por meio da seguinte imagem: um núcleo comum (único), que concentra os princípios doutrinários, e uma forma de organização e operacionalização, que configurariam os princípios organizativos.

Figura 02 - SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – SUS

Fonte: Cunha, 2001, p. 299

2.6.3 Vinculação Constitucional de Recursos para a Saúde –(Emenda Constitucional nº 29/2000)

Com a aprovação da Emenda Constitucional nº 29/2000, que determina a vinculação dos recursos destinados pelos diversos níveis de Governo, União, Estados e Municípios – para a saúde, o Brasil começa a vencer um de seus principais desafios, que é o de encontrar soluções adequadas – e consensuais – para garantir fontes estáveis de financiamento para atender às demandas da população pelo atendimento na área da saúde. A referida emenda objetivou reverter um quadro de desequilíbrios, que se acentuaram na década de 90, entre os recursos disponibilizados à saúde, em face do aumento da demanda da população e da maior complexidade dos procedimentos adotados com as mudanças em curso, na composição da contigente elevação de custos (OLIVEIRA, *et al*, 2010, p. 111).

A criação do Sistema Único de Saúde (SUS) pela Constituição Federal de 1988, ao incluir entre suas diretrizes a descentralização do sistema, com o propósito de melhorar sua organização e aumentar sua eficiência, atribuiu ao Município a responsabilidade de fornecer atendimento público de saúde à população, contando com a cooperação técnica e financeira dos Estados e da União. Apesar disso, por não ter definido nenhum parâmetro para garantir um mínimo de cobertura de suas necessidades pelas esferas subnacionais – Estados e Municípios – o financiamento do sistema permaneceu extremamente dependente de recursos da órbita federal, que até o final da década de 80, respondia por mais 80% das dotações orçamentárias a ela destinadas. Tal percentual foi reduzido, nos anos 90, para cerca de 70%, em consequência do avanço do processo de descentralização das políticas públicas no País (OLIVEIRA, *et al*, 2001, p. 111).

Ainda que o esquema de financiamento desenhado na Constituição de 1988 para a área federal – que contemplou a destinação obrigatória de um mínimo 30% do Orçamento da Seguridade Social (OSS) para a saúde, excluídos os recursos do seguro desemprego – não tenha sido rigorosamente cumprido nesse período, não se afiguravam graves os problemas surgidos, a ponto de produzir fortes desequilíbrios para o sistema (MATUS, 1993, p.).

Tais problemas começaram a gerar maiores preocupações a partir de 1993, quando, diante do expressivo aumento dos benefícios previdenciários, o governo decidiu vincular os recursos arrecadados do INSS – integrantes do OSS –, exclusivamente, à cobertura dos gastos com a Previdência. Com isso, a saúde, para a qual estava prevista a destinação de pelo menos 30% desses recursos, perdeu uma importante fonte de financiamento para a cobertura de suas necessidades, conforme argumenta Matus (1993, p. 33).

Não bastasse isso, complementa Matus, as figuras tributárias vinculadas ao seu financiamento, como a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) e a Contribuição do Financiamento Social (COFINS), além de terem seus recursos disputados por outras áreas

do Governo, enfrentaram, nos primeiros anos da década de 90, fortes questionamentos jurídicos, no meio empresarial, sobre sua legalidade, deixando indisponível por algum tempo, parcela importante de seus recursos (MATUS, 1993, p. 33).

Sensível aos ciclos econômicos, por sua sistemática de incidência indireta e “em cascata”, a receita proveniente da COFINS ainda se viu seriamente prejudicada pelo quadro de recessão, seguido de estagnação – crise que se abateu sobre a economia brasileira até meados da década de 90.

Com a perda dos recursos vinculados do INSS e com as limitações geradas pela própria conjuntura para assegurar, no espaço orçamentário, fontes estáveis e adequadas de recursos para o seu financiamento – para o que também contribuía a ausência de algum tipo de vinculação exigido das esferas subnacionais para sua cobertura -, a oferta de serviços de saúde no Brasil passou a se defrontar com grandes dificuldades, e os programas oferecidos à população passaram por uma acentuada e crescente instabilidade.

Nesse contexto é que começaram a surgir soluções provisórias e *ad hoc*, visando ampliar os recursos para o seu financiamento, como o Imposto Provisório sobre Movimentação Financeiro (IPMF), em 1994, depois prorrogado e rebatizado como Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF). Nesse aspecto, também foi importante o início do processo de contratação de empréstimos contraídos junto ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), para complementar as necessidades de recursos do sistema, embora tal expediente tenha acarretado a elevação das despesas, já vultosas.

Devido ao reconhecido caráter provisório e às limitações desses instrumentos, começaram a surgir propostas, em especial no âmbito do Poder Legislativo, para encontrar uma solução mais duradoura para o financiamento da saúde, para a criação de fontes estáveis e seguras para o atendimento das demandas endereçadas a esse setor (OLIVEIRA *et al*, 2001, p. 112).

Para os Estados e Municípios, os percentuais de vinculação estabelecidos são de 12% e 15%, respectivamente, de sua receita de impostos e de transferências recebidas, deduzindo-se, para o cálculo da base vinculável dos primeiros, as transferências realizadas para os Municípios.

Como regra geral, a EC determina que as esferas que destinam percentuais inferiores a 12% (Estados e DF) e 15% (Municípios) para seu financiamento, deverão elevá-los gradualmente, até o quinto ano após sua aprovação, reduzindo-se essa diferença à razão de, pelo menos, um quinto.

Apesar de reconhecida sua necessidade como alternativa para superar/atenuar as dificuldades para o financiamento da saúde no Brasil, a EC não passou ilesa de críticas. Entre as críticas mais comuns estão as que se referem à perda de flexibilidade na elaboração e execução da peça orçamentária, com o maior “engessamento” que será produzido com as vinculações de receitas e despesas. (OLIVEIRA *et al*, 2001, p.113)

No que se refere ao engessamento da verba orçamentária, reproduz-se aqui, a título de exemplo, a observação do então Ministro da Saúde, José Serra: “onde pululam dezenas de vinculações, as despesas com saúde pública passam a ser, sempre, as principais candidatas a sofrer cortes. Um grande e fofo colchão amortecedor para as crises fiscais” (SERRA, 2000). Com efeito, “a difícil situação financeira dos entes federados” é uma crítica constante.

Desde 2000, a EC 29 passa por revisão da aplicação dos recursos – previstos a cada cinco anos passados.

Atualmente (2011), luta-se pela aprovação de 10% dos recursos federais (EC 29/2000).

2.6.4 O Problema da Eficácia dos Direitos Fundamentais: a eficácia dos direitos sociais na sua dimensão prestacional como problema específico

Direitos Fundamentais são diretamente aplicáveis e, desde logo, aptos a desencadear todos os seus efeitos jurídicos. No entanto, o mesmo não ocorre no âmbito dos direitos fundamentais a prestações, caracterizados pela prestação de natureza fática ou normativa. Neste sentido, Canotilho enfatiza a necessidade de “cimentar juridicamente” o estatuto jurídico-constitucional dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Sobre a questão é pertinente a pergunta: em que medida os direitos a prestações encontram-se em condições de, por força do disposto no artigo 5º, § 1º, da CF, serem diretamente aplicáveis e gerarem sua plena eficácia jurídica? Na medida em que os aspectos mais relevantes, no âmbito da distinção ora efetuada, decorrem diretamente da natureza do objeto dos direitos sociais prestacionais, estes podem, no entanto, estar sujeitos, exatamente, ao limite (relativo) da reserva do possível, aqui discutida. O que se há de questionar, em sentido complementar às reflexões aqui apresentadas, é se, efetivamente, todos os direitos dessa natureza apresentam dimensão econômica.

Já há tempo, asseverou-se que o Estado dispõe apenas de “limitada capacidade de dispor sobre o objeto das prestações reconhecidas pelas normas definidoras de direitos fundamentais sociais” (BRUNNER, *apud* SARLET, 2011, p. 286). A partir do exposto, há como sustentar que a reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplice, que abrange a efetiva disponibilidade tática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais e a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo. Na perspectiva do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante a sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade (SARLET, 2011, p. 287).

2.7 Considerações gerais acerca da gestão do sistema de saúde e o município

A divisão de responsabilidades entre Estados e Municípios na gestão do SUS, tem-se mostrado, desde o início do processo de descentralização, como um ponto polêmico e sensível, até os dias presentes.

Convém que se destaque aqui a conceituação que a NOB-SUS-01/96 faz de “gerência como administração de uma unidade que se caracteriza como prestador de serviços” e da “gestão como a atividade e responsabilidade de dirigir um sistema de saúde, mediante o exercício de funções de coordenação, articulação, negociação, planejamento, acompanhamento, controle, avaliação e auditoria” (NOB – SUS 01/96 –MS).

Pieratoni (2003) chama a atenção para um ponto de tensão, identificado em todas as fases de implantação do SUS, que diz respeito aos aspectos relacionados à gestão do sistema. Em se tratando das questões relativas à gerência, as normas só radicalizaram na obrigatoriedade da transferência dos serviços de atenção básica aos municípios. Até pouco tempo atrás, na Região Norte, por exemplo, alguns Estados, como Pará, Roraima, Amazonas e Acre, ainda não haviam efetivado a transferência de todas as suas unidades básicas de saúde para os municípios. No que diz respeito à transferência da gerência dos serviços de média e alta complexidade, a NOB SUS 01/96 definiu que os serviços deveriam ser transferidos para os municípios, permitindo, no entanto, que a CIB pudesse definir em contrário. Os autores

citados enfatizam, ainda, que os Estados que têm forte vocação para execução de serviços têm mais dificuldades em cumprir o papel de gestor estadual, uma vez que disputam os recursos com os municípios, em lugar de mediar os conflitos existentes.

O fato é que, quando ou enquanto um município não assumir a gestão do sistema municipal, é o Estado que responde provisoriamente pela gestão de um conjunto de serviços capaz de dar atenção integral àquela população que necessita de um sistema que lhe é próprio, de acordo com o Item 4 – SSM da NOB- SUS 01/96, MS.

Importante aspecto a ser ressaltado é que a gerência (o comando) dos estabelecimentos ou órgãos de saúde de um município é da pessoa jurídica que opera o serviço, sejam estes estatais (federal, estadual ou municipal) ou privados. No tocante a esse aspecto, a relação desse gerente deve ocorrer somente com o gestor do município onde o seu estabelecimento está sediado, seja para atender a população local, seja para atender a referenciada de outros municípios.

Assim, o gestor do sistema municipal é responsável pelo controle, avaliação e auditoria dos prestadores de serviços de saúde (estatais ou privados) situados em seu município. No entanto, quando um gestor municipal julgar necessário uma avaliação específica ou auditoria de uma entidade que lhe presta serviços, localizada em outro município, recorre ao Gestor estadual (Vianna, 2003).

Acrescente-se ainda que, um município, que demanda serviços a outro, quando ampliar a sua própria capacidade resolutiva, pode requerer, ao gestor estadual, que a parte de recursos alocados no município vizinho seja realocada para o seu município.

2.8 Gestão Municipal com a Incorporação do “Orçamento Participativo” (OP) na Administração: exemplo Ilustrativo do Município de Montes Claros (MG)

Montes Claros (MG), cidade polo localizada no Norte do Estado de Minas Gerais, conta atualmente com 357.504 habitantes, em conformidade com os dados do IBGE, relativos ao Censo de 2010. Desses habitantes, 51,89% são mulheres e 48,11% são homens. Quanto à faixa etária, os habitantes de 0 a 9 anos somam 8%; dos 10 a 19 anos, 12%; dos 20 a 29 anos, 10%; dos 30 a 68 anos, 66,13%; acima de 69 anos, 3,87%. A taxa de natalidade é de 4,19% e o número de domicílios é igual a 102.740. O Censo (IBGE 2010) revela, ainda, um dado

relevante: em dez anos, o município de Montes Claros cresceu, aproximadamente, 16,47% em número de habitantes.

Conforme se constatou nesta pesquisa, a gestão municipal tem procurado ampliar a participação da sociedade na gestão da saúde, principalmente com o amplo debate da questão no âmbito do Conselho Municipal de Saúde e com a discussão das políticas públicas que devem ser implementadas. As medidas objetivam a participação da sociedade como co-autora das mudanças imprescindíveis, possibilitando ao governo o planejamento em consonância com os interesses e necessidades da população.

Não interessa a este estudo, a defesa político-partidária desta ou daquela Administração Municipal, apenas se almeja ilustrar a questão dos orçamentos e da distribuição de serviços na saúde municipal, tomando um exemplo próximo – o que não se constituirá, especificamente, um estudo de caso.

A gestão municipal do município de Montes Claros conta com a Casa da Cidadania. Trata-se de um espaço público para articulação entre os conselhos municipais e as lideranças comunitárias. Em relação à assistência na área da saúde, há, além da estrutura normal das unidades públicas de saúde e das instituições privadas prestadoras de serviço, a Casa do Servidor, destinada à prestação de serviços médico – odontológicos, via serviço integrado de Atendimento Médico - Odontológico (SIAMO), para encaminhamento e tratamento de servidores com problemas de saúde; visitas domiciliares e consultórios médicos. Eis como se organiza o aparato municipal destinado às questões de saúde pública.

Para ilustrar estatisticamente as questões debatidas neste estudo, seguem quadros referentes aos dados gerais relativos à saúde, colhidos no Relatório de Gestão da Secretaria Municipal de Saúde de Montes Claros (MG) e datados de Janeiro de 2005 a dezembro, de 2008.

Tabela 01

PROGRAMAS IMPLANTADOS E
AMPLIADOS

Serviço/programas	Número de pacientes atendidos
Serviço de Referência em Medicina Física e Reabilitação - Órtese E Prótese	15.050 atendimentos
Programa de Controle de Hanseníase	4.000 Consultas Médicas 6.000 pré-consultas 11.950 administração de medicamentos 2.000 procedimentos prevenção incapacidade 600 visitas domiciliares
Programa de Controle de Tuberculose	750 pacientes
Programa de Controle do Tabagismo e outros fatores de risco câncer	Grupo de 100 pessoas
Programa de Atenção à Saúde da Criança e Adolescente	Teste do Pezinho 15.989 Teste da orelhinha 2.347 Programa Respirar Bem 2.349 Ambulatório <i>Follow-up</i> 55
Programa Saúde da Mulher	Pré Natal 6000 Exames citológicos 30.000
Programa de Saúde do Idoso	4.000 usuários
Serviço Odontológico	71.752
Serviço de Saúde Mental	2.376

(Fonte: Prefeitura Municipal de Montes Claros– Relatório de Gestão – Jan. de 2005 a Dez 2008)

**Tabela 02 - SERVIÇO DE ATENDIMENTO MOVEL DE URGÊNCIA – SAMU
SERVIÇO DE ATENDIMENTO MÓVEL
DE URGÊNCIA – SAMU 192 / 119.332**

Saúde da Família PSF	46 Equipe de Saúde da Família
	5 Equipes de Agentes Comunitária
	44 Equipes Saúde Bucal
Farmácia Popular do Brasil	Mercado Central 168.666
	Mercado Sul-Morrinhos 15.887
	184.553

(Fonte: Prefeitura Municipal de Montes Claros– Relatório de Gestão – Jan. de 2005 a Dez 2008)

**Tabela 03 - ATENÇÃO SECUNDÁRIA - CARTÃO SUS
Atenção Secundária - Cartão SUS**

- 1- Cadastros realizados em Montes Claros (2005/2008)
Domicílios: 47.775
Usuários: 175.553
- 2- Cartões SUS emitidos diariamente (média) 120
- 3- Procedimentos de média complexidade 80 procedimentos/dia
- 4- Usuários de outros municípios 20 usuários/dia

(Fonte: Prefeitura Municipal de Montes Claros – 2008)

Outros Dados:

- Em 2008, foram agendados 20 mil procedimentos mensais, entre exames de média e alta complexidade, com atendimento na Central de Agendamento da Secretaria Municipal de Saúde;
- Procedimentos de Alta Complexidade:

Tabela 04 – Procedimentos de alta complexidade

Exames complementares	Quantidade
Hemodinâmica	4347
Terapia renal	49.690
Radioterapia	72.083
Quimioterapia	8.153
Medicina Nuclear	680
Tomografia	7.556

Fonte: Prefeitura Municipal de Montes Claros (MG) 2008

Tabela 05 - Recursos repassados aos prestadores no período de jan/2005 a set/2008

Unidades	Ambulatorial	Hospitalar	Total geral
Hospitais	Financeiros	Financeiro	
Clinicas	119.43. 958	137.284.865	
Laboratórios			
			R\$ 256.718.822

Fonte: Data/SUS – 2008

O sistema de gestão procura manter a rede permanentemente abastecida dos materiais e serviços essenciais necessários à consecução das atividades assistenciais, trabalhando com planejamento, sob o acompanhamento do Conselho Municipal de Saúde.

A Secretaria Municipal de Saúde do município de Montes Claros (MG) organizou-se para desenvolver sua competência gerencial e operacional da saúde. No tocante às inovações que vêm ocorrendo, estas filiam-se ao dizer de Magalhães Junior (2001): “a criatividade é uma tônica do setor de saúde, e os imensos desafios a serem vencidos na consolidação do SUS se apresentam como um grande caldo de cultura para germinar idéias”

Quanto à área financeira, a questão envolve trabalhos que se originam desde o momento da elaboração do orçamento anual, a partir de uma sólida base real, até a compatibilização orçamentária e financeira, o que é também determinante para o saldo final de resultados, conforme recomenda Magalhães Junior (2001).

O maior risco envolvido nesse esforço é produzir uma nova estrutura organizacional que também não responda aos desafios, os quais poderão perpetuar a “disfuncionalidade organizacional” sobejamente criticada.

CONCLUSÃO

O presente estudo, por meio da revisão de literatura concernente ao assunto abordado e da análise de dados obtidos, permitiu que se fizesse uma reflexão sobre o tema dos Direitos Fundamentais, atrelados à problemática da judicialização do direito à saúde, frente ao princípio da Reserva do Possível.

A Constituição Federal de 1988, ao postular direitos para os indivíduos, primou pela construção de uma sociedade amparada pela justiça social. Entre estes direitos, destacam-se os Direitos Fundamentais, que são direitos imprescindíveis ao ser humano, e os direitos sociais, que representam prestações positivas a ser objetivadas pelo Estado, visando o bem comum de toda a coletividade.

A figura da Reserva do Possível, presente nas jurisprudências com maior frequência do que se supõe, exara a limitação material que os direitos prestacionais supõem, amparados nas limitações das verbas orçamentárias previstas para estes fins. Tal questão autoriza-nos a pensar acerca do tema da saúde, especificamente, de forma mais abrangente, posto que, sobre este tópico, os cenários políticos é que são determinantes.

Este estudo analisou as políticas públicas do Brasil, especificamente nos anos 90, que, em sua primeira metade apresentou significativos impasses, envolvendo as políticas de saúde ditas descentralizantes e democratizantes. Tal quadro decorreu dos seguintes obstáculos: instabilidade do financiamento do SUS; ambiguidade dos textos legais, clientelismo e burocratização na administração pública. Os próximos anos, entretanto, apresentam um novo cenário: consolida-se o SUS, estrutura-se a municipalização da saúde, e articula-se um melhor conhecimento e respeito aos Direitos Constitucionais, especificamente no tocante aos direitos humanos e fundamentais.

Sobre a questão, esta última década apresenta um quadro bastante difuso, quando a indefinição parece ser a regra. As orientações político-ideológicas e partidárias parecem gerir ao seu bel prazer as demandas concernentes à saúde pública. Fica evidente o afastamento gerencial do Estado, numa característica de progressiva desvinculação em relação à saúde, eximindo-se dos gastos e das responsabilidades com o setor, mantendo formas retrógradas de controle e domínio político, sob as figuras perversas e abomináveis do clientelismo e do favorecimento particular.

Quanto ao reconhecimento do direito à saúde, este apresenta duas repercussões operacionais e fáticas: a responsabilidade ética e legal do poder público em assegurar atenção

integral à saúde da população – sob o pressuposto inalienável de que a saúde é direito fundamental social devido a todos – e a possibilidade de o cidadão reivindicar judicialmente o cumprimento dessa obrigação estatal, de forma individual ou coletiva. As observações, assim postas, permitem-nos apresentar as conclusões por categorias enfocadas.

Os Direitos Fundamentais, inseridos constitucionalmente nos Direitos Sociais, parecem ser mais difíceis de defender do que os Direitos de Liberdade. No que se refere aos Direitos Fundamentais, envolvem não apenas direitos negativos – também chamados direitos de proteção – assim como deveres positivos (do Estado na prestação de serviços públicos). O fato é que não se trata apenas de uma discussão acadêmica. O compromisso do Estado brasileiro com a eficiência no dispêndio de recursos públicos é hoje uma imposição constitucional (art. 37, CF/88).

Sobre a Reserva do Possível: Sobre o tópico impera a soberania orçamentária do legislador. Trata-se basicamente da reserva da lei orçamentária e do empenho da despesa por parte da administração, e das leis instituidoras das políticas públicas. O que o cidadão almeja é a política pública e não, necessariamente, a adjudicação particular dos bens públicos. A Reserva do Possível tem aplicabilidade excepcional, nem sempre podendo ser invocada para se deixar de cumprir Direitos Fundamentais.

A respeito do Poder Judiciário, notadamente quando se trata de prestação no âmbito do sistema da saúde, há que se repensar sobre o papel que aquele exerce, considerando as limitações próprias à jurisdição, uma vez que o Magistrado atua, neste sentido, como “Estado Juiz”. As decisões do STF, tantas e tão controversas, estão a demandar análises críticas, para que questões sobre a matéria não continuem a ser decididas de forma ambígua ou apenas concernente à ideologia política dominante.

Em relação ao Mínimo existencial, este estudo adverte sobre sua interpretação bem como para os sentidos que emanam do termo saúde, quando se deverá levar em conta a realidade circundante do titular dos direitos – envolvendo as características culturais, sociais, geográficas, entre outras –, o que se enfatizou com certa veemência em toda a literatura consultada. Impossível admitir que tais pressupostos estejam em consonância com a realidade social brasileira, onde quase nunca, “o pau que quebra em Chico, não quebra em Francisco”.

Sobre o Direito à Saúde, é importante ressaltar que este, dependendo da função que assumo no caso concreto, poderá ser reconduzido – assim como os Direitos Fundamentais de um modo geral – às duas categorias: direitos de defesa (negativos) e direitos a prestação (positivos). Há que se considerar, no tocante a este tópico, os reflexos relevantes em termos

de eficácia e efetividade. O texto constitucional não define exatamente até que ponto a saúde há de ser tutelada negativa ou positivamente.

Em se tratando da questão do orçamento, procurou-se refletir acerca da controversa questão sobre “escassez de recursos” e limites orçamentários, o que acabam por impedir ou dificultar a consecução de serviços públicos para a coletividade (o que tem sido debatido no âmbito de Reserva do Possível ou “Custos dos Direitos”). As prestações vinculadas a Direitos Fundamentais por parte do judiciário limitam-se na eterna questão da existência de limites fáticos e jurídicos, “inevitavelmente”.

Acerca do exemplo ilustrativo do município de Montes Claros (MG): observa-se um esforço das políticas públicas em inovar aspectos de gestão, que, no âmbito da saúde, parecem ter suas ações do “Planejamento Participativo” transformadas em significativos números de atendimentos, no setor.

Não se procurou, no presente estudo, esgotar a questão, posto que se apresentasse para discussão figuras tão complexas quanto delicadas como as que envolvem os Direitos Fundamentais e a figura da Reserva do Possível. As reflexões esboçadas neste trabalho pretendem, principalmente, colocar em cena os entraves, as controvérsias e o excesso de subjetividade no julgamento dessa matéria essencial.

O que se sugere para novas linhas de estudos é que sejam aprofundados os debates e investigações acerca dos mais significativos temas do atual Direito Constitucional que diz respeito aos Direitos Fundamentais e sua vinculação às diversas funções, órgãos, agentes e atos estatais. Tais discussões parecem estar presentes em todo o mundo, na atualidade, e o caso brasileiro permanece ainda velado, protegido de críticas mais comprometidas com interesses da população.

Nota-se, no entanto, de uma maneira geral, que após os anos 90, os Direitos Fundamentais começam, enfim, a germinar. Ainda longe de tornar-se frondosa árvore.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert – **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio – **Conteúdo Jurídico do princípio da Igualdade**, 3ª edição, São Paulo: Malheiros Editora, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília: Imprensa Oficial, 1988.

_____. **Emenda Constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000**. Brasília: Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos: 2000.

CLEMERSON, M.C. **Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: *Rev. dos Tribunais*, 2005.

FARIA, José Eduardo – **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros Editora, 2010.

FREITAS, Luis Fernando Calil. **Direitos Fundamentais Limites e Restrições**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

HARTZ, Zulmira M. de Araújo e Silva, L.M.V. **Avaliação em Saúde**. Salvador: Editora UFBA, 2006.

LEAL, Rogério Gesta – **Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, P. G. Conet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. SECRETARIA MUNICIPAL DA SAUDE. **Relatório de Gestão-Orçamento Participativo**. Minas Gerais, Montes Claros, Jan 2005 a Dez 2008.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

OLIVEIRA, Regis Fernandes. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PAULA, Felipe de. **A (De) Limitação dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PIERATONI, Célia Regina. **Gestão de Sistemas de Saúde**. Rio de Janeiro: UERJ – Instituto de Medicina Social, 2003.

PAIM, J.S. **Saúde, Política e Reforma Sanitária**. Salvador: Inst. Saúde Coletiva, 2002.

SAMPAIO, José Adercio Leite. **Direitos Fundamentais**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang, TIMM, Luciano. **Direitos Fundamentais, Orçamento e “Reserva do Possível”**. 2. ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Constituição, Direitos Fundamentais, Orçamento e Direitos Privados.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais:** Conteúdo essencial, Restrições e Eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2010.

SUNFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenado.** São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2003.

_____. **Fundamentos de Direito Público.** São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2010.

VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade.** Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005.