

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO  
PRÓ-REITORIA ACADÊMICA  
COORDENAÇÃO GERAL DE PÓS-GRADUAÇÃO  
MESTRADO EM DIREITO

RESERVA DO POSSÍVEL COMO UMA ESTRATÉGIA JURÍDICA PARA  
RESTRINGIR O DIREITO À SAÚDE: o argumento da “reserva do possível” na  
jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Charlston Ricardo Vasconcelos dos Santos

Prof. Dr. Gustavo Ferreira Santos  
(Orientador)

Prof. Dr. Marcelo Labanca Correa de Araújo  
(Coorientador)

RECIFE  
2014

Charlston Ricardo Vasconcelos dos Santos

RESERVA DO POSSÍVEL COMO UMA ESTRATÉGIA JURÍDICA PARA  
RESTRINGIR O DIREITO À SAÚDE: o argumento da “reserva do possível” na  
jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Dissertação apresentada ao Programa de  
Pós-graduação em Direito da  
Universidade Católica de Pernambuco –  
UNICAP, como requisito parcial à  
obtenção do título de Mestre em Direito.  
Orientador: Prof. Dr. Gustavo Ferreira  
Santos  
Coorientador: Prof. Dr. Marcelo Labanca  
Correa de Araújo

RECIFE  
2014

Charlston Ricardo Vasconcelos dos Santos

RESERVA DO POSSÍVEL COMO UMA ESTRATÉGIA JURÍDICA PARA  
RESTRINGIR O DIREITO À SAÚDE: o argumento da “reserva do possível” na  
jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Dissertação submetida à comissão examinadora designada pelo colegiado do mestrado da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP/PE, como requisito para obtenção do grau de mestre em Direito.

Banca Examinadora:

---

Presidente e Orientador: Prof. Dr. Gustavo Ferreira Santos  
(UNICAP)

---

Coorientador: Prof. Dr. Marcelo Labanca Correa de Araújo  
(UNICAP)

---

Examinador Externo: Profa. Dra. Liana Cirne Lins  
(UFPE)

RECIFE  
2014

Dedico este trabalho à Sra. Mária de Fátima, minha querida e amada mãe, por seu amor incondicional por mim, e por ela ter me dado forças dia após dia, para que eu fosse em frente na elaboração deste trabalho.

## AGRADECIMENTOS

Este é um momento difícil, não porque seja difícil agradecer às pessoas que nos ajudam, mas porque sinto que, por mais palavras que eu escreva, não conseguirei externar todo o meu agradecimento às pessoas que, de algum modo, me ajudaram a chegar até aqui. Por isso, só me resta ser sucinto e dizer que sou eternamente grato a todos. Gostaria de poder nominar um a um, o que não me disponho a fazer para não correr o risco de deixar de mencionar algum nome.

Contudo, na ânsia de externar a minha gratidão a cada um individualmente, sinto a necessidade de nominar, ao menos, as pessoas que estiveram mais envolvidas com a concretização deste momento.

Antes, agradeço a Deus por Ele ter me concedido a oportunidade de estar aqui, bem como por ter me proporcionado todas as condições física, material e espiritual para concluir este trabalho.

Agradeço à minha mãe, pelo apoio e conforto nas horas difíceis.

Agradeço a Priscila, Juelito, Carlito e Luciano, a minha família, por terem compreendido a minha ausência nos momentos em que faltei com cada um deles.

Agradeço ao meu orientador, o professor Gustavo Ferreira Santos, que com sua tranquilidade me deu o suporte e as orientações necessárias para o desenvolvimento deste trabalho. A ele, que, com sua mensagem de que “vai dar certo”, buscava me tranquilizar e me incentivar a continuar trabalhando, meu muito obrigado.

Agradeço ao professor Marcelo Labanca, meu coorientador e primeiro professor no Mestrado. Ele foi pontual na escolha do tema, quando eu ainda estava na condição de aluno especial. As suas aulas me despertaram ainda mais para a pesquisa e o aprofundamento dos estudos.

Agradeço à professora Virgínia Colares, pela professora e pessoa humana que ela é, por estar sempre disposta a orientar seus alunos, jamais os abandonando, com um entusiasmo constante, e com o ânimo daquele(a) professor(a) que está nos seus primeiros dias de aula. Eu também pude me beneficiar grandiosamente das suas orientações. Agradeço, ainda, à professora pelas orientações formuladas na pré-banca, e por ela ter aceito o convite do professor Gustavo para compor a minha banca de avaliação.

Agradeço à professora Liana Cirne Lins, pelas orientações formuladas quando da pré-banca. As considerações dela foram pontuais para o aprimoramento da minha pesquisa. Os agradecimentos também são por ela ter aceito o convite do professor Gustavo para compor a minha banca de avaliação.

Agradeço aos amigos Vinícius Calado e José Diógenes pelo incentivo na realização deste trabalho, e a compreensão pela minha ausência nos momentos sociais e de trabalho.

Agradeço aos demais professores do Mestrado da Unicap em que tive a oportunidade de trabalhar, por terem contribuído com o meu aprendizado. Cada disciplina e seminário realizado foi uma oportunidade ímpar para o meu aprendizado, ao tempo em que também contribuiu para este trabalho.

Agradeço aos funcionários da Secretária do Mestrado e da biblioteca da Unicap, que sempre estão dispostos a nos auxiliar, o que faço, respectivamente, na pessoa da Sra. Nélia e da Sra. Cristiane (bibliotecária), pois elas bem representam o motivo do meu agradecimento.

Agradeço ainda ao Sr. Altides Nunes, servidor do STF, que mesmo à distância me deu todo o apoio que precisei para a realização da pesquisa junto a esse Tribunal.

RESERVA DO POSSÍVEL COMO UMA ESTRATÉGIA JURÍDICA PARA  
RESTRINGIR O DIREITO À SAÚDE: o argumento da “reserva do possível” na  
jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

RESUMO

A presente dissertação tem como objeto de estudo a Teoria da Reserva do Possível como estratégia jurídica do Estado para restringir, a partir da Constituição Federal do Brasil de 1988, o direito fundamental à saúde nas lides levadas ao Poder Judiciário. A Teoria da Reserva do Possível, extraída de uma decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, conhecida como *numerus clausus*, tem sido suscitada pelo Estado, no Brasil, no momento em que ele é acionado para efetivar o direito à saúde em prol do indivíduo, da coletividade ou da sociedade. O objetivo geral deste trabalho é verificar se os fundamentos dessa decisão alemã também servem para o Estado brasileiro sustentar a Teoria da Reserva do Possível diante do direito fundamental à saúde. Como objetivo específico, busca-se identificar se o Supremo Tribunal Federal (STF) acolhe essa Teoria diante desse direito fundamental, bem como quais são os requisitos, condições, circunstâncias e fundamentos que o levam a acolher ou não tal Teoria. O presente trabalho se justifica porque, apesar de haver estudos doutrinários sobre a Teoria da Reserva do Possível, não se constatou a presença de doutrina que investigue se os fundamentos da decisão alemã são capazes de impor essa Teoria ao direito fundamental à saúde no Brasil; também não se localizou pesquisa que investigue os requisitos, condições, circunstâncias e fundamentos que levam o STF a admitir ou não a Reserva do Possível diante do direito fundamental à saúde. Outro fator que justifica esta pesquisa é o aumento considerável de demandas judiciais envolvendo esse direito e essa Teoria, ante a insegurança jurídica que se instaura quando o Estado é chamado a efetivar o direito à saúde e ele alega que o mesmo está delimitado pela Reserva do Possível. Utilizou-se como metodologia para esta dissertação a pesquisa bibliográfica e *booleana*. A bibliográfica permitiu uma análise da doutrina sobre direitos humanos; direitos fundamentais; direitos sociais; mínimo existencial; não retrocesso social; políticas públicas; separação dos poderes; judicialização das políticas públicas; Reserva do Possível; orçamento público e ônus da prova. A pesquisa *booleana*, com base na busca de expressões chaves na jurisprudência do STF, possibilitou a pesquisa documental das decisões do STF e a pesquisa empírica, que permitiram identificar a posição do STF quando este julga casos que envolvam simultaneamente o direito fundamental à saúde e a Reserva do Possível. Também como metodologia, utilizou-se a Análise de Conteúdo bardiniana para analisar os fundamentos da decisão alemã, bem como para apurar quais são os requisitos, condições, circunstâncias e fundamentos que levam o STF a acolher ou não a Teoria da Reserva do Possível frente ao direito fundamental à saúde. Como resultados, a análise de conteúdo da decisão alemã permitiu deduzir que os fundamentos dessa decisão não permitem que o Estado sustente a reserva do possível como delimitadora do direito à saúde, a não ser adaptada aos fundamentos atuais. A pesquisa empírica sobre a posição do STF permitiu identificar que ele admite a Reserva do Possível se o Estado provar um justo motivo para a delimitação do direito fundamental à saúde.

Palavras-Chave: Direito fundamental à Saúde; Teoria da Reserva do Possível; Dignidade da Pessoa Humana; Tribunal Constitucional Federal Alemão; Judicialização da saúde; STF.

# RESERVATION POSSIBLE AS A LEGAL STRATEGY TO RESTRICT THE RIGHT TO HEALTH: THE ARGUMENT OF "POSSIBLE RESERVE" IN THE JURISPRUDENCE OF THE FEDERAL SUPREME COURT

## ABSTRACT

The present dissertation has as object of study the Theory of Possible Reserve as legal strategy of the State to restrict, from the Federal Constitution of Brazil of 1988, the fundamental right to health in the deal taken to the judiciary. The Theory of the Reservation possible, extracted from a decision given of the German Federal Constitutional Court, known as *numerus clausus*, has been raised by the State, in Brazil, at the moment when he is added for effect the right to health on behalf of individual, the collective or society. The overall objective of this study is to verify if the fundamentals of this German decision also serve for the Brazilian State support the theory of Possible reservation against the fundamental right to health. As a specific objective, the aim is to identify if the Supreme Federal Court (STF) accepts this theory on this fundamental right as well as what are the requirements, conditions, circumstances and reasons that leading to accept or not this theory. The present work whether justified because, although there are doctrinal studies on the theory of Possible reservation, not found the presence of doctrine which investigate the foundations of German decision are able to impose this theory to the fundamental right to health in Brazil; also not located to investigate the requirements, conditions, circumstances and reasons that lead the STF to admit or not the possible reservation on the fundamental right to health. Another factor that justifies this research is the considerable increase of judicial demands involving this right and this theory against legal insecurity that establishes when the State is called upon to implement this right and he claims that it is bounded by booking possible. It was used as a methodology for this dissertation bibliographic search and Boolean. The bibliographical allowed an analysis of doctrine about human rights; fundamental rights; social rights; existential minimum; no social backlash; public policies; separation of powers; judicialization of public policies; booking possible; public budget and burden of proof. The Boolean search, as base on the search for key expressions in the jurisprudence of the STF, enabled the documentary research of the decisions of the STF and the empirical research, which allowed identified the position of the STF when judges cases involving both the fundamental right to health and the possible reservation. As well as methodology, we used the *bardiniana* content analysis to analyze the fundamentals of the German decision, as well as to investigate what are the requirements, conditions, circumstances and reasons that led the STF to accept or not the theory of possible Reserve facing the fundamental right to health. As results, the content analysis of the German decision allowed deduce that the fundamentals of this decision not allow that the State maintains the reservation possible as bounding of the right to health, unless adapted to current fundamentals. The empirical research on the position of the STF has identified that he admits the Possible Reservation if the State proved a fair reason for the delimitation of the fundamental right to health.

**Keywords:** Fundamental right to health; Theory of possible reservation; Dignity of the human person; German Constitutional Court; Judicialization of health; STF.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>11</b>
<b>1 O DIREITO À SAÚDE E O ACESSO À JUSTIÇA COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA DA SAÚDE</b> .....	<b>17</b>
1.1 OS DIREITOS SOCIAIS E A OBRIGAÇÃO DO ESTADO DE GARANTIR O BEM-ESTAR SOCIAL .....	17
1.2 AS POLÍTICAS PÚBLICAS E O BEM-ESTAR SOCIAL .....	22
1.3 O DIREITO À SAÚDE .....	27
<b>1.3.1 O Direito Fundamental à Saúde</b> .....	<b>36</b>
<b>1.3.2 O Direito à Saúde como Núcleo do Mínimo Existencial</b> .....	<b>39</b>
1.4 ACESSO À JUSTIÇA COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA SOCIAL.....	44
<b>2 A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO COMO GARANTIA DA EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE</b> .....	<b>66</b>
2.1 O CONSTITUCIONALISMO: DAS REVOLUÇÕES LIBERAIS AO NEOCONSTITUCIONALISMO.....	66
2.2 A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO .....	72
2.3 A DESMISTIFICAÇÃO DA SEPARAÇÃO DE PODERES E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE .....	84
<b>3 O DIREITO À SAÚDE E A RESERVA DO POSSÍVEL</b> .....	<b>109</b>
3.1. A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL E A IMPOSSIBILIDADE DE DISCRIMINAÇÃO .....	109
3.2 OS LIMITES DO ORÇAMENTO PÚBLICO PARA O DIREITO À SAÚDE .....	114
3.3 A RESERVA DO POSSÍVEL.....	170
3.4 O ÔNUS DE PROVAR A ESCASSEZ DE RECURSOS.....	174
<b>4 A DECISÃO PARADIGMA ALEMÃ SOBRE A RESERVA DO POSSÍVEL SOB A ANÁLISE DE CONTEÚDO</b> .....	<b>184</b>
4.1. A ANÁLISE DE CONTEÚDO .....	184
4.2. A PRÉ-ANÁLISE .....	198
<b>4.2.1 O Levantamento do <i>Corpus</i> que Constitui a Decisão Alemã para a realização da Análise de Conteúdo</b> .....	<b>199</b>
4.3. A EXPLORAÇÃO DO MATERIAL .....	209
4.4. TRATAMENTO DO RESULTADO, INFERÊNCIAS E INTERPRETAÇÃO.....	215
<b>4.4.1 Categoria-A: a decisão alemã BVERFGE 33, 303, sobre o <i>Numerus Clausus</i>, submete a concessão de um direito fundamental (social) à reserva do possível?</b> .....	<b>217</b>
<b>4.4.2 Categoria-B: se a decisão alemã BVERFGE 33, 303, sobre o <i>Numerus Clausus</i>, submeter um direito fundamental à reserva do possível, quais são os fatores, situações ou condições que permitem essa submissão?</b> .....	<b>220</b>
<b>4.4.3 Categoria-C: baseado no referencial teórico em análise neste trabalho e de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro é possível a aplicação da Reserva do Possível ou dos fundamentos da decisão alemã em análise para solucionar um caso concreto pátrio que envolva o direito fundamental à saúde?</b> .....	<b>221</b>
<b>5 O STF E O DIREITO À SAÚDE DIANTE DA ALEGAÇÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL SOB A ANÁLISE DE CONTEÚDO</b> .....	<b>225</b>

5.1 DA ANÁLISE DE CONTEÚDO DAS DECISÕES DO STF .....	225
5.2 A PRÉ-ANÁLISE .....	229
5.2.1 O Levantamento de Dados Quantitativos para a Constituição do <i>Corpus</i> da Análise de Conteúdo sobre as Decisões do STF .....	230
5.2.2 O Levantamento de Dados Qualitativos para a Constituição do <i>Corpus</i> da Análise de Conteúdo sobre as Decisões do STF .....	237
5.3 A EXPLORAÇÃO DO MATERIAL .....	242
5.3.1 A Análise de Conteúdo do Acórdão do STA 223 AgR / PE.....	258
5.3.1.1 Categoria-A: Quais são os fundamentos do autor em relação ao direito à saúde?.....	259
5.3.1.2 Categoria-B: Quais são os fundamentos do Estado para justificar a sua negativa em implementar o direito à saúde nos moldes postulados pelo autor? .....	259
5.3.1.3 Categoria-C: Quais são os fundamentos que foram utilizados pelo STF para proferir sua posição acerca da possibilidade da Reserva do Possível limitar ou não o direito à saúde? .....	260
5.3.1.4 Categoria-D: Quais são as condições que são necessárias para a admissão da Reserva do Possível?.....	269
5.3.2 A Análise de Conteúdo do Acórdão do RE 581352 AgR/ AM .....	270
5.3.2.1 Categoria-A: Quais são os fundamentos do autor em relação ao direito à saúde?.....	278
5.3.2.2 Categoria-B: Quais são os fundamentos do Estado para justificar a sua negativa em implementar o direito à saúde nos moldes postulados pelo autor? .....	279
5.3.2.3 Categoria-C: Quais são os fundamentos que foram utilizados pelo STF para proferir sua posição acerca da possibilidade da Reserva do Possível limitar o direito à saúde? .....	279
5.3.2.4 Categoria-D: Quais são as condições que são necessárias para a admissão da Reserva do Possível?.....	280
5.4 TRATAMENTO DO RESULTADO, INFERÊNCIAS E INTERPRETAÇÃO.....	281
5.4.1 A Posição do STF sobre a Teoria da Reserva do Possível.....	281
5.4.2 Há Simetria entre as Razões de Decidir do STF e às do Tribunal Constitucional Federal Alemão?.....	286
CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	288
REFERÊNCIAS .....	293
ANEXO A - ESCLARECIMENTOS EM RELAÇÃO À COMPOSIÇÃO DA BASE DE DADOS DA PESQUISA JURISPRUDENCIAL NO PORTAL DO STF.....	309
ANEXO B – DECISÃO ALEMÃ PARADIGMA DA RESERVA DO POSSÍVEL.....	312
ANEXO C – INTEIRO TEOR DO ACÓRDÃO DO STA 223 AGR / PE.....	319
ANEXO D – INTEIRO TEOR DO ACÓRDÃO RE 581352 AGR/ AM.....	350

## INTRODUÇÃO

O objeto de estudo da presente dissertação é o direito fundamental à saúde e a Teoria da Reserva do Possível, temas que se inter cruzam no dia a dia das relações jurídicas, pois os sujeitos dessas relações, quais sejam, o indivíduo, aqui destacado como também titular desse direito, e o Estado, como sujeito passivo da relação, põem-se a levantar suas pretensões sob os fundamentos dos respectivos institutos. Estes, a propósito, como verdadeiros institutos jurídicos, na medida em que se desdobram em outros temas correlatos, como se verifica pelos capítulos que seguem.

As relações jurídicas que envolvem o tema aqui trabalhado está no dia a dia da sociedade, pois dizem respeito a bens jurídicos que chegam a se sobrepor em relação a tantos outros.

O direito fundamental à saúde ou à saúde pública, ou simplesmente à saúde, diz respeito a bem que tem sido apontado como indispensável para uma existência digna da pessoa humana; já a Teoria da Reserva do Possível, ou como preferem alguns autores, a Reserva do Possível, guarda relação com o interesse público, cuja tutela também foi atribuída ao Estado, quer esteja ele na condição de Administrador, Legiferante ou Judicial.

O titular do direito fundamental à saúde busca a satisfação desse bem sob a assertiva de que o tem como direito subjetivo, que lhe foi garantido por força da norma constitucional, e que cabe ao Estado fornecê-lo na medida das suas necessidades; ao passo em que o Estado sustenta que esse direito está delimitado por sua capacidade orçamentária e financeira, pela denominada Reserva do Possível, ou seja, que tal direito está reservado ao que por possível, aos moldes do que foi delineado pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, quando foi chamado a se pronunciar sobre o caso conhecido como *numerus clausus*, que traz a decisão paradigmática da Reserva do Possível.

Diante da incerteza sobre a delimitação do direito à saúde, surge o desequilíbrio social, em que as partes envolvidas na relação são levadas à perda do equilíbrio e ao conflito, ante a insegurança jurídica que se instaurou no ordenamento jurídico.

Essa instabilidade tem se acentuado de forma considerável, ao ponto de ter desencadeado um fenômeno jurídico que tem sido reconhecido como a judicialização da saúde ou judicialização das políticas públicas, o que colocou a questão como um dos pontos de contato da Teoria da Separação de Poderes, pois, em sendo o Estado, via de regra, o Estado Executivo e o Estado Legislativo os sujeitos que se põem a resistir à pretensão à saúde do indivíduo, remanesce ao Estado Juiz a incumbência de solucionar o conflito, até pela função precípua que carrega no Estado Democrático de Direito. Ocorre que a convocação do Poder Judiciário tem causado celeuma no ordenamento jurídico pátrio, pois o Executivo e o Legislativo questionam se há legitimidade do Judiciário para solucionar a questão posta.

Nota-se, assim, que do primeiro conflito, surge um outro, qual seja, o de que a separação de poderes não está sendo preservada, pois o Poder Executivo e o Poder Legislativo levantam a ideia de que não cabe ao Poder Judiciário intervir nas questões que envolvam políticas públicas, por estarem estas submetidas ao chamado mérito administrativo, no qual a conveniência e a oportunidade se fazem presentes como prerrogativas dos dois primeiros poderes.

Assim sendo, emergem do problema inicialmente proposto outros que, num momento inicial, não eram objeto deste trabalho, o que levou à necessidade de enfrentá-los nesta pesquisa, sob pena de não se cumprir o objetivo específico do estudo aqui proposto, qual seja, o de evidenciar se o direito fundamental à saúde pode ser delimitado pela Teoria da Reserva do Possível no ordenamento jurídico pátrio, isto é, se o ordenamento jurídico interno recepciona essa Teoria quando se estiver diante do direito à saúde, o que se desdobra pela necessidade de identificação do entendimento doutrinário e jurisprudencial, neste caso pelo entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), já que os fundamentos das partes envolvidas perpassam pela Constituição Federal, que tem esse Tribunal como guardião. Daí o motivo pelo qual foi atribuída a esta dissertação o título “RESERVA DO POSSÍVEL COMO UMA ESTRATÉGIA JURÍDICA PARA RESTRINGIR O DIREITO À SAÚDE” e o subtítulo “o argumento da ‘reserva do possível’ na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”.

Portanto, há que se ter como relevante o tema aqui trabalhado, pois ele guarda relação com os preceitos fundantes do Estado Democrático de Direito, uma

vez que dizem respeito à dignidade da pessoa humana, envolta com a necessidade de garantia dos direitos fundamentais; à separação de poderes e ao respeito ao primado da lei, neste caso, em última palavra, à obediência ao mandamento constitucional, que retrata a vontade do povo. Outrossim, o presente trabalho também se justifica porque, apesar de haver estudos doutrinários sobre a Teoria da Reserva do Possível, não se constatou a presença de doutrina que investigue se os fundamentos da decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão sobre o *numerus clausus* são capazes de impor essa Teoria ao direito fundamental à saúde no Brasil; além disso, também não se localizou pesquisa que investigue os requisitos, condições, circunstâncias e fundamentos que levam o STF a admitir ou não a Reserva do Possível diante do direito fundamental à saúde.

Assim sendo, numa última palavra, é objetivo específico deste trabalho investigar se o STF acolhe a Reserva do Possível diante de uma demanda que envolva o direito à saúde, bem como quais são os requisitos, condições, circunstâncias e fundamentos que o levam a acolher ou não tal Teoria. E o objetivo geral é verificar se os fundamentos da decisão alemã, paradigma da Reserva do Possível, são juridicamente sustentáveis no ordenamento jurídico brasileiro para que o Estado continue a se valer deles para sustentar a Teoria da Reserva do Possível diante de uma pretensão sobre o direito fundamental à saúde.

O trabalho foi desenvolvido com o suporte da pesquisa bibliográfica, ou seja, por meio de uma pesquisa teórica dos trabalhos doutrinários que versam sobre o tema central e correlatos ao estudo aqui desenvolvido, e, para tanto, foi utilizado material de primeira e segunda mão, tais como livros, artigos científicos e pesquisas. Outrossim, também foi utilizada a pesquisa documental, como atestam os levantamentos estatísticos e as decisões judiciais analisadas. Ainda como metodologia de pesquisa, utilizou-se a pesquisa *booleana*, a qual, sob a utilização de palavras-chaves, permitiu a coleta de dados documentados nas decisões ou jurisprudência do STF, o que se deu por meio da pesquisa *booleana* dessas palavras no site desse Tribunal. E, para o tratamento dos dados dessas decisões e dos da decisão alemã, utilizou-se, como metodologia, a Análise de Conteúdo *bardiniana*, o que contribuiu para o viés empírico da pesquisa, na medida em que possibilitou que, metodologicamente, fossem extraídas, da jurisprudência do STF e do conteúdo da decisão alemã as inferências que possibilitaram a interpretação do

conteúdo desses documentos e, por conseguinte, a identificação da solução para o problema posto.

Durante a pesquisa buscou-se a neutralidade, muito embora isto seja algo difícil de se conseguir, pois, como é sabido, o pesquisador busca interpretar dados, quer sejam qualitativos ou quantitativos, e a interpretação já é um ato que “foge” à neutralidade, porque por ela o pesquisador apresenta a sua interpretação sobre o que fora coletado. Por isso, a pesquisa também foi desenvolvida com o cuidado de se manter a imparcialidade, tanto no que diz respeito à coleta do material a ser analisado como em relação à interpretação dos respectivos dados, o que justificou, inclusive, o uso da pesquisa *boolena* e da Análise de Conteúdo bardiniana.

No presente trabalho, a análise bibliográfica, que retrata o referencial teórico, serviu de guia para o desenvolvimento da análise dos dados coletados, bem como ainda serviu para que fosse constituído o *corpus* da Análise de Conteúdo da decisão alemã paradigma da Reserva do Possível, já que essa decisão foi retirada de uma obra que traz a tradução do alemão para o português dessa decisão.

Portanto, no primeiro momento, foi feita uma revisão de literatura, com a pesquisa bibliográfica e, posteriormente, desenvolveu-se a pesquisa *booleana*, que permitiu a coleta de dados do STF, para o desenvolvimento da Análise de Conteúdo.

Conforme inicialmente apontado, o tema aqui trabalhado guarda relação com outros temas correlatos, o que exigiu um estudo deles neste trabalho. Tais temas foram dispostos em capítulos, que se subdividiram em subcapítulos, ante o desdobramento dos mesmos em outros temas também correlatos. Além dos três capítulos que tratam sobre o tema aqui desenvolvido, este trabalho também traz outros dois capítulos, um que versa sobre a Análise de Conteúdo da decisão alemã e outro que traz a Análise de Conteúdo da jurisprudência do STF. Assim sendo, o trabalho está articulado em cinco capítulos ou seções primárias, que se desdobram em subcapítulos, alguns como seções secundárias e outros como terciárias.

O primeiro capítulo desta dissertação versa sobre o direito à saúde como um direito fundamental da pessoa humana, partindo-se do pressuposto de que ele está garantido em norma constitucional, que o registrou no rol dos direitos e garantias fundamentais, sob o título de “Direitos Sociais”. Os direitos sociais, por sua vez, exigem do Estado uma posição ativa, já que os mesmos são efetivados por meio de prestações positivas do Estado, que exigem um planejamento para tal, o que se dá

pelas chamadas políticas públicas. Assim sendo, esse capítulo foi subdividido nos subcapítulos que versam sobre os direitos sociais; e as políticas públicas, bem como sobre o próprio direito à saúde. O direito à saúde, como direito fundamental da pessoa humana, está compreendido dentro do que se intitulou de “mínimo existencial”; desta feita, o capítulo também foi desdobrado nos subcapítulos que abordam o direito à saúde como um direito fundamental e na perspectiva do mínimo existencial. Todavia, ainda que o direito à saúde seja qualificado como direito fundamental, muitas vezes ele é tolhido do seu titular, o que torna necessária a utilização de um outro direito fundamental, qual seja, o acesso à justiça, o que exigiu a abertura de um ponto, isto é, de um subcapítulo sobre este tema.

O direito à saúde é garantido por norma constitucional e, quanto a isso não há maior celeuma no ordenamento jurídico pátrio, ao menos sob o ponto de vista de que o direito à saúde está previsto na Constituição Federal. Ocorre que a doutrina se põe a divagar sobre a força normativa, isto é, sobre uma tipologia da norma constitucional, levando ao questionamento sobre em qual condição se encontra a norma constitucional que versa sobre os direitos fundamentais, o que exigiu um capítulo próprio para a investigação da norma constitucional que versa sobre os direitos fundamentais, mais especificamente, sobre o direito à saúde. Desta feita, o segundo capítulo investiga a força normativa da Constituição. E esse capítulo foi subdividido em três partes: a primeira versa sobre o constitucionalismo, a segunda trata da força normativa da Constituição e a terceira aborda a separação de poderes, neste caso pela divergência de entendimento acerca da possibilidade do Poder Judiciário intervir em questões que envolvam o direito à saúde.

O terceiro capítulo trata da Teoria da Reserva do Possível, que tem sido apresentada como o argumento de que o Estado não comporta despesas ilimitadas. Ao apresentar tal argumento, o Estado sustenta que o direito à saúde está limitado à sua capacidade orçamentária, o que é questionado pelo titular do direito. Diante da celeuma, surge a necessidade de comprovação de que a capacidade econômica do Estado foi esgotada. Por isso, o terceiro capítulo foi desdobrado em subcapítulos que tratam sobre a Reserva do Possível, sobre o orçamento público e sobre o ônus da prova.

O quarto e quinto capítulos trazem, respectivamente, a análise da decisão alemã e o estudo das decisões do STF, que foram trabalhadas por meio da Análise

de Conteúdo, a qual se desdobrou em três fases, denominadas, respectivamente, de pré-análise; exploração do material e tratamento do resultado, inferência e interpretação.

Espera-se que este trabalho possa corroborar com a chamada doutrina antecipante, a qual, parafraseando Judith Martins Costa, busca apresentar solução para problemas do presente e promover a reconstrução dos conceitos para a solução dos problemas práticos e concretos que decorrem da relação aqui em estudo, contribuindo para a segurança jurídica e a superação do desequilíbrio social.

# 1 O DIREITO À SAÚDE E O ACESSO À JUSTIÇA COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA DA SAÚDE

## 1.1 OS DIREITOS SOCIAIS E A OBRIGAÇÃO DO ESTADO DE GARANTIR O BEM-ESTAR SOCIAL

O presente capítulo trata sobre o direito à saúde, e sobre direito do acesso à justiça como instrumento de garantia para a efetivação daquele primeiro direito.

Ao lado da evolução do constitucionalismo há o desenvolvimento dos chamados direitos fundamentais. José Afonso da Silva, ao trabalhar o conceito de direitos fundamentais, traz que

No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados.<sup>1</sup>

Assim sendo, os direitos fundamentais são aqueles que são imprescindíveis para a garantia da vida ou sobrevivência humana, sem os quais ele sucumbe. Fábio Konder Comparato diz que os direitos humanos ou do homem são inerentes à própria condição humana, e ao se perguntar como reconhecer a vigência efetiva desses direitos, ele aponta, como solução, a caracterização deles como direitos fundamentais, o que se dá pela incorporação dos mesmos ao ordenamento jurídico positivado<sup>2</sup>.

No primeiro momento, o constitucionalismo, de matiz liberal, como lembra Gustavo Ferreira Santos<sup>3</sup>, preocupava-se em estimular o desenvolvimento de uma Constituição que pudesse ser utilizada como um instrumento capaz de limitar o poder do soberano, do Estado, preconizando a liberdade do indivíduo, do particular, pois só assim os direitos do homem, os direitos humanos, do cidadão, inicialmente consagrados pelo ideal de liberdade e igualdade, estariam protegidos, conforme fora

---

<sup>1</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 178.

<sup>2</sup> COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 58/59.

<sup>3</sup> SANTOS, Gustavo Ferreira. Neoconstitucionalismo, poder judiciário e direitos fundamentais. Curitiba: Juruá, 2011, p. 64.

demarcado naquele momento, isto é, no século XVIII, com destaque quando das *Bills of Rights* norte-americana, em 1776 e, em 1789, com a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão<sup>4 5</sup>. Alexandre Douglas Zaidan Carvalho esclarece qual era o pensamento da época pela passagem abaixo

é possível situar o pensamento iluminista como a tese político-humanista carregada de uma ética sustentada pela classe de intelectuais e membros de um segmento social em crescimento, a burguesia, cuja idéia opunha-se à antítese do poder absoluto exercido por uma monarquia desgastada, cuja síntese resultou na própria Revolução Francesa<sup>6</sup>

Paulo Bonavides traz que

Dentro da Sociedade liberal, os direitos fundamentais eram os direitos da liberdade, traçados segundo uma imagem isolante e individualista, pertinente à liberdade pessoal, à propriedade, à inviolabilidade do domicílio e da correspondência, às liberdades de opinião, assembleia, reunião e crença religiosa, entre outras.<sup>7</sup>

Portanto, nesse momento preponderava o ideário mais individualista.

Na ânsia de mitigar o poder do soberano, cujo exercício do poder passou a ser centralizado na mão do Estado, surge a teoria da Separação dos Poderes,

---

<sup>4</sup> “São polémicas as origens históricas dos direitos fundamentais. Apenas é ponto assente que estão indissolavelmente ligadas às origens do Estado constitucional. A discussão bem conhecida, entre Jellinek e o politólogo francês Emil Boutmy, travada no princípio deste século, resume-se a isto: para o primeiro, as origens dos direitos fundamentais estão na Declaração de Direitos de Virgínia, de 1776 e nas dos outros Estados da Nova Inglaterra, cuja fundamentação jusnaturalista os distingue dos direitos dos ingleses consagrados desde a Magna Carta; para o segundo, as origens dos direitos fundamentais estão na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Não que, de facto, aquelas declarações não sejam anteriores a esta, ou que a esta não tenham servido como fonte de inspiração. No entanto, só nesta Declaração é que os direitos fundamentais adquirem a sua plena dimensão universal, destinando-se a servir de exemplo a todo o mundo, enquanto que os direitos fundamentais consagrados nas Declarações de Direitos americanas se destinam apenas a ser fruídos pelos cidadãos dos respectivos Estados.” PIÇARRA, Nuno. A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra, 1989, p. 191/192.

<sup>5</sup> Por Fábio Konder Comparato, “O artigo I da Declaração que ‘o bom povo da Virgínia’ tornou pública, em 16 de junho de 1776, constitui o registro do nascimento dos direitos humanos na História”. COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 50.

<sup>6</sup> CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan. Montesquieu e a releitura da separação de poderes no Estado contemporâneo: elementos para uma abordagem crítica. Lex Humana, <http://seer.ucp.br/seer/index.php/LexHumana>, v. 1, n. 2, Dez. 2010. ISSN 2175-0947. Disponível em: <<http://seer.ucp.br/seer/index.php?journal=LexHumana&page=article&op=view&path%5B%5D=21&path%5B%5D=20>>. Acesso em: 30 Jul. 2014

<sup>7</sup> BONAVIDES, Paulo. A constituição aberta. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 183.

desenvolvida por Montesquieu<sup>8</sup>, segundo qual o exercício do poder passaria a ser exercido de forma tripartida, dividido em três funções, a serem exercidas por meio ou por intermédio do Legislativo, Executivo e Judiciário, cujo tema será mais bem trabalhado em capítulo próprio.

Ultrapassada a ideia do estado liberal, do total afastamento do Estado do indivíduo, surge o Estado de Bem-Estar Social, do *Welfare State*, que toma fôlego no período pós-II Guerra Mundial, reforçado ainda pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, datada de 1948<sup>9</sup>, a qual reacendeu o ideário de fraternidade, “isto é, a exigência de uma organização solidária da vida em comum”<sup>10</sup>. Sob essa premissa, o constitucionalismo passa a primar pela busca da igualdade material e de fato, ao passo em que confere uma nova leitura para a liberdade, o que deu margem para o surgimento dos chamados direitos sociais. De acordo com Vera Maria Ribeiro Nogueira,

O termo bem-estar social aparece em finais da década de 40 e início dos anos 50. A vinculação do homem ao entorno social passa a fazer parte da preocupação de acadêmicos e políticos, os quais indicam que o bem-estar não pode ser apreendido unicamente como condição individual, mas também social e dependente de uma intervenção do Estado<sup>11</sup>

Paulo Bonavides também esclarece que

Os direitos sociais são nomeadamente os direitos à segurança social, ao trabalho, ao salário condigno, à assistência social, à liberdade sindical, às condições humanas, justas e saudáveis de trabalho, à formação profissional, à proteção da maternidade, da infância e da família, à subsistência, ao vestuários, à habitação, à educação e aos bens culturais.<sup>12</sup>

<sup>8</sup> “entende-se como indispensável a indicação da antiguidade clássica como embrião da doutrina da divisão de poderes no seio da organização política”, ante “a aparente preocupação em dividir atribuições típicas do exercício do poder político”. CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan. Montesquieu e a releitura da separação de poderes no Estado contemporâneo: elementos para uma abordagem crítica. *Lex Humana*, <http://seer.ucp.br/seer/index.php/LexHumana>, v. 1, n. 2, Dez. 2010. ISSN 2175-0947. Disponível em: <<http://seer.ucp.br/seer/index.php?journal=LexHumana&page=article&op=view&path%5B%5D=21&path%5B%5D=20>>. Acesso em: 30 Jul. 2014.

<sup>9</sup> Há que se destacar aqui um documento anterior a esse que merece relevo no cenário internacional, qual seja, a Convenção de Genebra, de 1864, pois, como lembra Fábio Konder Comparato, “ela inaugura o que se convencionou chamar direito humanitário em matéria internacional [...] É a primeira introdução dos direitos humanos na esfera internacional. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 173.

<sup>10</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 51.

<sup>11</sup> NOGUEIRA, Vera Maria Ribeiro. Bem-Estar, Bem-Estar Social ou Qualidade de Vida: A Reconstrução De Um Conceito. in *Semina: ciências sociais e humanas / Universidade Estadual de Londrina*, v. 23, p. 107-122, set. 2002.

<sup>12</sup> BONAVIDES, Paulo. *A constituição aberta*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 183.

Por isso prepondera sobre os direitos sociais a ideia de direitos materiais, pois há que se materializá-los, por exemplo, a segurança social, com a assistência à saúde; a habitação, com o fornecimento de moradias; e a educação, com o fornecimento do serviço de educação. O que exige do Estado uma série de atos com o objetivo de materializar esses bens em favor do indivíduo.

Maria Paula Dallari Bucci diz que “os direitos sociais representam uma mudança de paradigma no fenômeno do direito, a mobilizar a postura abstencionista do Estado para o enfoque prestacional, característico das obrigações de fazer que surgem com os direitos sociais”<sup>13</sup>.

Há algumas teorias que buscam apontar uma qualificação para o bem-estar<sup>14</sup>, ou o viver bem, o bem-viver ou ainda a qualidade de vida<sup>15</sup>, mas, de um modo geral, elas são desenvolvidas a partir da satisfação, do que é bom, das necessidades e capacidades humanas ou sociais, e estão relacionadas com o contexto histórico, econômico, político e local. Percorrendo o desenvolvimento da expressão bem-estar, Vera Maria Ribeiro traz que

As referências iniciais de bem-estar são a saúde física, felicidade e o prazer – sinônimos de bem-viver. Bem-estar é um conceito recente nas ciências humanas e se distingue tanto do prazer, da alegria e da felicidade, quanto do welfare, que tem um sentido mais próximo de ação para o bem-estar. Alguns enfoques consideram que o estado de bem-estar é concernente as condições da pessoa de satisfazer suas necessidades materiais e suas aspirações espirituais. Denota um estado subjetivo e, portanto, apreciado pela pessoa. Entretanto, é também um conceito social, uma vez que necessidades são construções sociais que pertencem ao domínio da sociologia, da antropologia, da ecologia e da economia.<sup>16</sup>

Os direitos sociais, nesta contextualização, foram alçados à condição de direitos com garantia constitucional, pois, incorporados à Constituição Federal,

---

<sup>13</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In Maria Paula Dallari Bucci. Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 3.

<sup>14</sup> “Quatro tendências podem ser identificadas em relação ao bem, vinculando-o ao bem-estar – a utilitarista, a focalizada em bens e serviços, a que deriva das necessidades básicas e a das capacidades (capability) e efetividades (functionings) humanas” (NOGUEIRA, Vera Maria Ribeiro. Bem-Estar, Bem-Estar Social ou Qualidade de Vida: A Reconstrução De Um Conceito. in Semina: ciências sociais e humanas / Universidade Estadual de Londrina, v. 23, p. 107-122, set. 2002.)

<sup>15</sup> NOGUEIRA, Vera Maria Ribeiro. Bem-Estar, Bem-Estar Social ou Qualidade de Vida: A Reconstrução De Um Conceito. in Semina: ciências sociais e humanas / Universidade Estadual de Londrina, v. 23, p. 107-122, set. 2002.

<sup>16</sup> NOGUEIRA, Vera Maria Ribeiro. Bem-Estar, Bem-Estar Social ou Qualidade de Vida: A Reconstrução De Um Conceito. in Semina: ciências sociais e humanas / Universidade Estadual de Londrina, v. 23, p. 107-122, set. 2002.

passaram a ser tratados como direitos fundamentais<sup>17</sup>, conforme se verifica na Constituição Federal de 1988, ao elencar, no rol de direitos e garantias fundamentais, dentre outros, o direito à saúde, à educação, ao trabalho e à moradia. Posteriormente, será melhor desenvolvida a questão em relação ao direito à saúde. De acordo com o disposto no art. 193 da CF, o bem-estar social ainda ganhou relevo por estar compreendido como objetivo da ordem social.

João Maurício Adeodato suscita que “os direitos sociais são apresentados como ‘tutelares’. Numa distinção teleológica, diferem dos coletivos por destinarem-se a proteger os mais fracos, chamados ‘hipossuficientes’ pela doutrina”<sup>18</sup>, todavia, entende-se que nem por isso eles deixam de pertencer à coletividade e ao indivíduo enquanto membro dessa coletividade, isto é, de ter expressão coletiva e ao mesmo tempo individual, para não dizer social, conforme sustentado mais abaixo.

Certo é que alçados os direitos sociais à condição de direitos fundamentais, diante do Estado de Bem-Estar Social ou do *Welfare State*, o Estado, por meio dos três Poderes, assume o papel de agir para promover e efetivar a concretização dos direitos sociais. Nessa condição, exige-se do Estado uma conduta proativa, capaz de concretizar direitos como à saúde e à educação. Por isso, Andreas Joachim Krell sustentar que “os Direitos Fundamentais Sociais não são direitos contra o Estado, mas sim direitos através do Estado”<sup>19</sup>. Gilmar Ferreira Mendes destaca que

Sabe-se que os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição de excesso (Übermassverbot), mas também uma proibição de proteção insuficiente (Untermassverbot).

Portanto, os direitos fundamentais conferem ao indivíduo o direito a uma proteção suficiente para garantir a sua dignidade humana.

Tatiana Wargas de Faria, ao discorrer sobre a História das políticas de saúde no Brasil, diz que

---

<sup>17</sup> “os direitos fundamentais são os direitos humanos garantidos por cada Estado aos seus cidadãos, mediante uma estrutura institucional de <poderees separados>, em que um deles, pelo menos, possa manter, repor ou reconstituir o direito violado por algum ou alguns dos outros poderees.” (PIÇARRA, Nuno. A separação dos poderees como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra, 1989, p. 192.)

<sup>18</sup> ADEODATO, João Maurício. A retórica constitucional. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 183.

<sup>19</sup> KRELL, Andreas Joachim. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 19.

Os Estados de Bem-Estar consistem em uma política sustentada e pactuada entre a área econômica e a área social com o objetivo de garantir o bem-estar da população e manter a produção econômica. Os pilares dessa política eram: o pleno emprego, a provisão pública de serviços sociais universais – como saúde, educação, saneamento, habitação, lazer, transporte etc. e a assistência social para aqueles não incluídos no sistema produtivo<sup>20</sup>

O bem-estar da população é garantido com uma série de atos que o Estado precisa praticar, o quais vão desde a edição de leis à instalação de serviços voltados para a concessão dos direitos sociais, que se consubstanciam por meio, dentre outros, do direito à saúde e à educação.

## 1.2 AS POLÍTICAS PÚBLICAS E O BEM-ESTAR SOCIAL

O ideário da fraternidade ensejou uma sociedade solidária, e foi a partir dessa solidariedade que os direitos sociais passaram a ser reconhecidos como direitos humanos<sup>21</sup>, e, à medida que passaram a ser tutelados por norma constitucional, passaram a ser recepcionados como direitos fundamentais.

A política do Bem-Estar Social exige que o Estado atue positivamente para garantir os direitos decorrentes dessa política, pois, como regra, ao contrário dos direitos individuais, que exigem, no primeiro momento, uma abstenção do Estado, ou seja, uma atuação negativa, em prol do direito de liberdade, os direitos sociais requerem uma postura comissiva dele, isto é, uma atuação positiva<sup>22</sup>. Nos termos expressos por Mauro Cappelletti,

---

<sup>20</sup> BAPTISTA, Tatiana Vargas de Faria. História das Políticas de Saúde no Brasil: a trajetória do direito à saúde. In. MATTA, Gustavo Corrêa / PONTES, Ana Lúcia de Moura. Políticas de saúde: organização e operacionalização do sistema único de saúde. Rio de Janeiro: EPSJV / Fiocruz, 2007. p. 39

<sup>21</sup> COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 65.

<sup>22</sup> Nas palavras de André de Carvalho Ramos, em apertada síntese, a teoria das três gerações pugna pela classificação dos direitos de acordo com o dístico da Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade). Os direitos de primeira geração seriam os direitos de liberdade, tais como a vida, integridade física, liberdade de expressão, informação, entre outros, que exigem deveres de abstenção por parte do Estado (as chamadas prestações negativas); já os direitos de segunda geração seriam direitos sociais (como saúde, educação, moradia etc.) que exigem prestações positivas por parte do Estado. Finalmente, a terceira geração seria composta por direitos de solidariedade, que exigem deveres do Estado e da coletividade, como é o caso do

Diversamente dos direitos tradicionais, para cuja proteção requer apenas que o estado não permita sua violação, os direitos sociais – como o direito à assistência médica e social, à habitação, ao trabalho – não podem ser simplesmente ‘atribuídos’ ao indivíduo. Exigem eles, ao contrário, permanente ação do estado, com vistas a financiar subsídios, remover barreiras sociais e econômicas, para, enfim, promover a realização dos programas sociais, fundamentos desses direitos e das expectativas por eles legitimadas.<sup>23</sup>

Aqui cabe um “à parte” para ponderar que a suscitada abstenção do Estado em relação aos direitos individuais só se dá no primeiro momento, para afastar o governo tirânico e corrupto - bem nas palavras de Stephen Holmes e Cass Robert Sunstein - no afã de proteção e cumprimento dos direitos básicos<sup>24</sup>. Porque, como sustentam esses autores, o direito à propriedade privada, à liberdade de contratar, à liberdade de expressão, à informação, ou seja, à liberdade pessoal do indivíduo não pode ser assegurada simplesmente por limitar a interferência do governo na liberdade de ação e de associação das pessoas, já que para a tutela desses direitos, o Estado precisou criar condições para tutelá-los, por exemplo, com a criação de instituições judiciais, que garantam o direito de propriedade quando um indivíduo tenha esse direito perturbado; outro exemplo destacado por esses autores é a elaboração do processo (ou procedimento) eleitoral, que garante aos indivíduos o livre exercício do direito de voto<sup>25</sup>. Eles sustentam que todos os direitos são reivindicações de uma resposta afirmativa governamental, motivo pelo qual, ao fim e ao cabo, todos são direitos positivos<sup>26</sup>. Por isso, há que se concordar com José Casalta Nabais, quando este sustentou que “não tem a menor base real a separação tradicional entre, de um lado, os direitos negativos, que seriam alheios a custos

---

direito do meio ambiente. (RAMOS, André de Carvalho Processo internacional de direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 195)

<sup>23</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

<sup>24</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass Robert. The cost of rights: why liberty depends on taxes. New York: W. W. Norton & Company, 2000, p. 41.

<sup>25</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass Robert. The cost of rights: why liberty depends on taxes. New York: W. W. Norton & Company, 2000, p. 15/53.

<sup>26</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass Robert. The cost of rights: why liberty depends on taxes. New York: W. W. Norton & Company, 2000, p. 48.

comunitários e, de outro lado, os direitos positivos, que desencadeariam sobretudo custos comunitários”<sup>27</sup>.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao julgar o Caso Ximenes Lopes *versus* Brasil, cuja sentença foi prolatada em 4 de julho de 2006, foi categórica ao responsabilizar o Brasil por ter sido omissivo na garantia, dentre outros, do direito à vida e à integridade física do senhor Damião Ximenes Lopes. Essa Corte condenou o Brasil sob o fundamento de que os Estados Partes devem adotar as medidas necessárias para salvaguardar os direitos humanos, conforme trecho abaixo destacado da respectiva sentença:

No âmbito da referida Convenção, as obrigações constantes dos artigos 1.1 e 2 constituem a base para a determinação de responsabilidade internacional de um Estado. O artigo 1.1 da Convenção atribui aos Estados Partes os deveres fundamentais de respeitar e de garantir os direitos, de tal modo que todo menoscabo aos direitos humanos reconhecidos na Convenção que possa ser atribuído, segundo as normas do direito internacional, à ação ou omissão de qualquer autoridade pública, constitui fato imputável ao Estado, que compromete sua responsabilidade nos termos dispostos na mesma Convenção. Por sua vez, o dever geral do artigo 2 da Convenção Americana implica a adoção de medidas em duas vertentes. Por um lado, a supressão das normas e práticas de qualquer natureza que impliquem violação das garantias previstas na Convenção e, por outro, a expedição de normas e o desenvolvimento de práticas que levem à efetiva observância dessas garantias.<sup>28</sup>

À propósito, quanto ao entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Paulo Velten traz à tona que para ela o direito à vida “é um Direito Humano, mas que a vida deve ser vista com um ‘plus’ de dignidade, não basta possibilitar a existência, mas a que garantir a existência com dignidade”<sup>29</sup>.

De acordo com Jones Figueiredo Alves, “os comandos constitucionais estão a exigir, sempre, uma denominada ‘regulação da dignidade’, mediante políticas

---

<sup>27</sup> NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15184-15185-1-PB.pdf>> Acesso em: 20 de maio de 2012.

<sup>28</sup> CORTE IDH. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Sentença de 4 de julho de 2006. Serie C No. 149. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_149\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf)>. Acesso em: 24 de agosto de 2014.

<sup>29</sup> VELTEN, Paulo. Introdução aos fundamentos dos direitos humanos nas cortes internacionais. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/textos/a\\_pdf/intro\\_fund\\_dh\\_cortes\\_internacionais.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/textos/a_pdf/intro_fund_dh_cortes_internacionais.pdf)> Acesso em: 30 de abril de 2014.

públicas e legais, assecuratórias dos direitos fundamentais”.<sup>30</sup> A dignidade aí disposta é a da pessoa humana, que Ingo Wolfgang Sarlet define como

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direito e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.<sup>31</sup>

Info Wolfgang Sarlet, ao conceituar a dignidade da pessoa humana, fez uma remissão, em nota de rodapé, à Organização Mundial de Saúde, para dizer que uma vida saudável se dá por um completo bem-estar físico, mental e social. Portanto, a dignidade da pessoa humana é garantida por um completo bem-estar, que se consubstancia pela garantia de condições mínimas ao indivíduo. Advém disso o fato de Maria Cristina Irigoyen Peduzzi ter dito que sob o paradigma do Estado Social, “o princípio da dignidade é visualizado no seu aspecto protetivo, obrigando o Estado a prover o cidadão das garantias que a própria Constituição lhe concede”<sup>32</sup>. Por isso, há que se concordar com Flavia Piovesan quando ela diz que “o valor da dignidade da pessoa humana impõe-se como núcleo básico e informador de todo ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional”<sup>33</sup>.

Assim sendo, o Bem-Estar Social se dá pela implementação e concretização de serviços públicos, como a educação e a saúde, em prol do bem estar da sociedade, o que exige uma atuação do Estado efetiva para suprir esses serviços. Para tanto, o Estado precisa desenvolver as chamadas políticas públicas, que por Maria Paula Dallari Bucci corresponde a um

---

<sup>30</sup> ALVES, Jones Figueiredo. Uma retórica do homem dignificado. In João Maurício Adeodato. A retórica constitucional. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 18.

<sup>31</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 73.

<sup>32</sup> PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. O princípio da dignidade da pessoa humana na perspectiva do direito como integridade. São Paulo: LTr, 2009, p. 31.

<sup>33</sup> PIOVESAN, Flávia. A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, SP, v. 11, n. 45, out.-dez. 2003, p. 216-236.

programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados<sup>34</sup>

Fábio Konder Comparato, ao discorrer acerca do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, diz que “uma política pública não é um ato isolado nem, menos ainda, a abstenção de praticar determinados atos. Ela consiste numa atividade”<sup>35</sup>, pela qual o Estado deve programar e planejar ações necessárias para implementar os direitos sociais.

Oswaldo Canela Júnior, sob a tese do sistema ético de referência<sup>36</sup>, é categórico ao sustentar que as políticas públicas devem ser voltadas para a efetivação dos direitos fundamentais, ante o preceito constitucional insculpido no art. 3º, da Constituição Federal.

José Reinaldo Lima Lopes, ao demonstrar que as políticas públicas se agrupam em gêneros diversos, apresenta que a saúde está compreendida entre as políticas sociais, de prestação de serviços essenciais e públicos, bem como a educação.<sup>37</sup>

A Constituição Federal ao tratar do direito à saúde fixou no art. 196 que o Estado deve garantir esse direito por meio de políticas sociais e econômicas, ao tempo em que no art. 197 o circunscreveu como de relevância pública, ao prever que as ações e serviço de saúde são de relevância pública. Ivanilda Figueiredo destaca que

As políticas públicas instituídas por quaisquer dos níveis de governo têm de obedecer aos imperativos da Carta brasileira, que está permeada por direitos fundamentais de toda ordem (civis, políticos, sociais...),

---

<sup>34</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In Maria Paula Dallari Bucci. Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39.

<sup>35</sup> COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 339.

<sup>36</sup> CANELA JÚNIOR, Oswaldo. Controle Judicial de Políticas Públicas. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 89/91.

<sup>37</sup> LOPES, José Reinaldo Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no estado social de direito. In José Eduardo Faria. Direitos humanos, direitos sociais e justiça. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 133.

resguardados pela blindagem do artigo 60, § 4º, o qual garante a impossibilidade de se ameaçar o núcleo essencial destas disposições.<sup>38</sup>

As políticas públicas, por sua vez, precisam ser custeadas e, para tanto, o Estado deve prever um orçamento público que conte com uma receita que comporte as despesas necessárias para os serviços públicos. Aqui cabe trazer uma interessante passagem de uma decisão do Tribunal Constitucional do Peru, que ao analisar uma demanda sobre o direito à saúde suscitou que o custeio dos fins sociais deve ser considerado como um investimento social e não como um gasto. O Tribunal Constitucional peruano apontou que, pelo cotejo da decisão em questão, ele entende que é responsabilidade do Estado priorizar a coleta e as dotações orçamentárias suficientes para implementar as políticas sociais necessárias que garantam uma máxima realização dos direitos das pessoas.<sup>39</sup>

Parafraseando Stephen Holmes e Cass Robert Sunstein, é inútil ter o direito se os cofres públicos estão vazios ou se eles são incapazes de custear esse direito, outrossim, os direitos só serão expandidos na medida em que os recursos públicos também sejam expandidos<sup>40</sup>.

### 1.3 O DIREITO À SAÚDE

Costas Douzinas reforça a tese de que a ideia dos direitos humanos expandiu-se da França e dos Estados Unidos para toda a humanidade, após a aprovação dos documentos revolucionários do século XVIII, oriundos desses dois países.<sup>41</sup> Esses documentos, conforme já enunciado mais acima, são as *Bills of Rights* americanas, de 1776, e a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos é, hoje, o documento de referência em matéria de direitos humanos. Ela foi proclamada pela Assembleia

---

<sup>38</sup> FIGUEIREDO, Ivanilda. Políticas públicas e a realização dos direitos sociais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006, p. 166.

<sup>39</sup> PERU. Tribunal Constitucional. Sentença do Tribunal Constitucional. EXP. N.º 2945-2003-AA/TC. Lima. 20.04.2004. Disponível em: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02945-2003-AA.html>>. Acesso em: 23 de agosto de 2014.

<sup>40</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass Robert. The cost of rights: why liberty depends on taxes. New York: W. W. Norton & Company, 2000, p. 97.

<sup>41</sup> DOUZINAS, Costas. O fim dos direitos humanos. Porto Alegre: Unisinos, 2009, p. 99.

Geral da ONU, em 10 de dezembro de 1948, após a Segunda Guerra Mundial, com a prenúnciação já anunciada do Estado do Bem-Estar Social, pela ideia da fraternidade, e dela se originaram diversos diplomas internacionais que versam sobre os direitos humanos. A partir daí, a dignidade da pessoa humana passou a ser o referencial, e “o núcleo da dignidade da pessoa humana é o direito à vida”<sup>42</sup>, reforçando a ideia do constitucionalismo voltado para a efetividade das normas constitucionais, em especial das que versam sobre direitos e garantias fundamentais. Nas palavras de João Paulo de Allain Teixeira e Rodrigo Ferraz de Castro Remígio,

Isto fez eclodir uma nova forma de pensar o Direito, por meio da qual a dignidade da pessoa humana torna-se o objetivo de todo Estado Democrático de Direito, sendo indispensável que a Constituição de um Estado positive os direitos humanos e forneça formas de viabilização e instrumentos de garantia.<sup>43</sup>

Fábio Konder Comparato traz que ao “emergir da Segunda Guerra Mundial, após três lustros de massacres e atrocidades de toda sorte, [...], a humanidade compreendeu, mais do que em qualquer outra época da História, o valor supremo da dignidade humana”<sup>44</sup>.

A partir desse paradigma, ganha fôlego a ideia da garantia de uma vida digna, “o direito à vida significa não apenas o direito à própria existência como também a uma existência digna, com integridade física e moral”<sup>45</sup>.

Antônio Augusto Cançado Trindade aponta que

a Declaração Universal dos direitos Humanos de 1948 constituiu um ímpeto decisivo no processo de generalização da proteção dos direitos humanos testemunhado pelas quatro últimas décadas, permanecendo como fonte de inspiração e ponto de irradiação e convergência dos instrumentos de direitos humanos a níveis global e regional<sup>46</sup>

---

<sup>42</sup> MAIA, Fernando Joaquim Ferreira. O neoconstitucionalismo, o acesso à justiça e o fim teleológico e democrático do direito processual. In Arnaldo Fonseca de Albuquerque Maranhão Neto. Direitos humanos e fundamentais: temas contemporâneos. Recife: Bagaço, 2012, p. 171.

<sup>43</sup> TEIXEIRA, João Paulo de Allain. REMÍGIO, Rodrigo Ferraz de Castro. Elementos de direito constitucional internacional: a emenda 45/2004 e a tutela dos direitos humanos no Brasil. In Arnaldo Fonseca de Albuquerque Maranhão Neto. Direitos humanos e fundamentais: temas contemporâneos. Recife: Bagaço, 2012, p. 39.

<sup>44</sup> COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 56.

<sup>45</sup> ADEODATO, João Maurício. A retórica constitucional. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 181.

<sup>46</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 1.

E foi a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos que diversos diplomas internacionais se desenvolveram, formando o Sistema Global dos Direitos Humanos, que é composto pela Organização das Nações Unidas (ONU), organismo principal de defesa mundial dos direitos humanos, e pelo sistema Regional de Direitos Humanos, do qual se destaca o da Europa, formado pelo Conselho da Europa, e o Interamericano, formado pela Organização dos Estados Americanos. Dentre outros, destacam-se dos diplomas internacionais, além da própria Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais; o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e a Convenção Americana de Direitos Humanos.

No cenário internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi o primeiro diploma legal a consagrar, expressamente, a saúde como um direito da pessoa humana.<sup>47</sup>

Em 07 de abril de 1948, foi fundada, pela Organização das Nações Unidas, uma agência especializada em saúde, que é reconhecida como “A Organização Mundial de Saúde - OMS”. Essa agência traz, em sua Constituição, que a saúde “é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade.”<sup>48</sup>

Antônio Gelis Filho defende a tese de que a saúde é evidenciada sob dois aspectos (ou vertentes conceituais, como disse ele): o objetivo, que corresponde a uma condição orgânica, e o subjetivo, referente ao bem-estar. Ele chega a essa conclusão partindo da definição de duas palavras da língua inglesa que são antônimos de saúde e que, traduzidas para o português, equivalem a doença, quais

---

<sup>47</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 11, setembro/outubro/novembro, 2007. P. 3. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>> Acesso em: 20 de dezembro de 2011.

<sup>48</sup> OMS. Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) – 1946. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>> Acesso em: 22/07/2014.

sejam: a *disease*, que designa um fenômeno clínico, o qual atinge partes do corpo, e a *illness*, cujo significado corresponde ao estado de quem não se sente bem<sup>49</sup>.

Outro diploma internacional que merece relevo neste momento é o Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, de 19 de dezembro de 1966. De acordo com o art. 12 desse instrumento, internacional, “Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental”, o que guarda sintonia com um dos princípios da Constituição da Organização Mundial de Saúde, que visa garantir a felicidade dos povos, qual seja, “Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social”. Aqui se denota que o objetivo é garantir o mais elevado nível de saúde possível à pessoa.

Apesar do Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais só ter sido promulgado, formalmente, pelo ordenamento jurídico pátrio em 1992, por força do Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991 e do Decreto Presidencial nº 591, de 6 de julho de 1992, a verdade é que os ditames desse Pacto, assim como os dos acima indicados, influenciaram, ainda que, indiretamente, o ordenamento jurídico pátrio muito antes de sua entrada em vigor no território nacional, “não por acaso o conteúdo do Título II da Constituição Federal – que trata dos direitos fundamentais – assemelha-se bastante do conteúdo dos principais tratados e declarações internacionais sobre direitos humanos atualmente em vigor”<sup>50</sup>.

O Brasil é signatário dos diplomas internacionais acima destacados, e de acordo com o art. 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988, as disposições deles configuram a garantia de direitos fundamentais no ordenamento jurídico interno, porque, pela norma disposta nesse dispositivo da Constituição, os direitos e garantias expressos nos tratados internacionais, em que a República Federativa do

---

<sup>49</sup> GELIS FILHO, Antonio. Sistemas de saúde e constituição: análise da relação entre a presença de proteção constitucional do direito à saúde e mortalidade infantil em 112 países. 2005. 177 f. Tese (Doutorado) Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas

<sup>50</sup> SILVA, Maria de Fátima Miranda de Oliveira e. Queiroz. Maria Emília Miranda de Oliveira. A dignidade da pessoa humana no novo paradigma de direitos do homem. In Arnaldo Fonseca de Albuquerque Maranhão Neto. Direitos humanos e fundamentais: temas contemporâneos. Recife: Bagaço, 2012, p. 107.

Brasil seja parte, reconhecem direitos subjetivos ao indivíduo no território nacional. E como ponderam Maria de Fátima Miranda de Oliveira e Silva e Maria Emília Miranda de Oliveira Queiroz, “as considerações em âmbito internacional tornam-se hoje imprescindíveis a qualquer Estado, ante o atual paradigma que se firma a partir do término da segunda Guerra Mundial, com registro na Declaração Universal dos Direitos do Homem”<sup>51</sup>.

Até a promulgação da Constituição de 1988, esse direito era para poucos, ou seja, era, via de regra, apenas para uma parcela da sociedade, para quem pudesse custear o serviço privado de saúde, e para quem fosse trabalhador<sup>52</sup>, e como tal contribuísse de alguma forma para o sistema de previdência, neste caso garantindo-se também o serviço de saúde pública para seus dependentes, portanto, a saúde era um direito de poucos. Tatiana Vargas de Faria Baptista, em trabalho sobre a História das políticas de saúde no Brasil, propõe-se a apresentar a trajetória do direito à saúde, e nesse sentido traz que inicialmente

A história das políticas de saúde no Brasil está inserida em um contexto maior da própria história do Brasil como Estado-Nação. As primeiras ações de saúde pública implementadas pelos governantes foram executadas no período colonial com a vinda da família real para o Brasil (1808) e o interesse na manutenção de uma mão-de-obra saudável e capaz de manter os negócios promovidos pela realeza.<sup>53</sup>

Pela passagem acima, fica fácil compreender porque, anterior à Constituição de 1988, apenas uma parcela da população tinha direito à saúde pública. A restrição era tamanha que “as pessoas levavam suas carteiras de trabalho ou carnê de

---

<sup>51</sup> TEIXEIRA, João Paulo de Allain. REMÍGIO, Rodrigo Ferraz de Castro. Elementos de direito constitucional internacional: a emenda 45/2004 e a tutela dos direitos humanos no Brasil. In Arnaldo Fonseca de Albuquerque Maranhão Neto. Direitos humanos e fundamentais: temas contemporâneos. Recife: Bagaço, 2012, p. 58.

<sup>52</sup> Esclareça-se, não qualquer trabalhador, pois “o trabalhador que não contribuísse com os institutos estava excluído do sistema de proteção. Portanto, estavam excluídos: o trabalhador rural, os profissionais liberais e todo trabalhador que exercesse uma função não reconhecida pelo Estado. A proteção previdenciária era um privilégio de alguns incluídos, o que fazia com que grande parcela da população, principalmente os mais carentes, fosse vítima de uma injustiça social.” (BAPTISTA, Tatiana Vargas de Faria. História das Políticas de Saúde no Brasil: a trajetória do direito à saúde. In. MATTA, Gustavo Corrêa / PONTES, Ana Lúcia de Moura. Políticas de saúde: organização e operacionalização do sistema único de saúde. Rio de Janeiro: EPSJV / Fiocruz, 2007. p. 37.)

<sup>53</sup> BAPTISTA, Tatiana Vargas de Faria. História das Políticas de Saúde no Brasil: a trajetória do direito à saúde. In. MATTA, Gustavo Corrêa / PONTES, Ana Lúcia de Moura. Políticas de saúde: organização e operacionalização do sistema único de saúde. Rio de Janeiro: EPSJV / Fiocruz, 2007. p. 30.

contribuição previdenciária quando procuravam os hospitais ou qualquer outro tipo de assistência, a fim de comprovar sua inclusão no sistema”<sup>54</sup>.

A bem da verdade, ainda havia outras pessoas que se beneficiavam do direito à saúde, neste caso, também é verdade, quando a saúde da coletividade<sup>55</sup> estivesse em perigo, por exemplo, quando se estivesse diante de uma endemia.

Esse foi o cenário que preponderou no Brasil até meados de 1970, pois, a partir daí, toma fôlego a ideia de um serviço de saúde integral e igualitário, em que todos teriam direito a um mesmo serviço público de saúde, a ser garantido pelo Estado, conforme ficou assentado na VIII Conferência Nacional de Saúde, que ocorreu em 1986, e na qual se concluiu que

Direito à saúde significa a garantia, pelo Estado de condições dignas de vida e de acesso universal e igualitário as ações e serviços de promoção, proteção e recuperação de saúde, em todos os seus níveis, a todos os habitantes do território nacional, levando ao desenvolvimento pleno do ser humano em sua individualidade.<sup>56</sup>

E que “em seu sentido mais abrangente, a saúde é a resultante das condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio-ambiente, trabalho, transporte, emprego, lazer, liberdade, acesso e posse da terra e acesso a serviços de saúde”<sup>57</sup>.

José Afonso da Silva, dizia-se pasmo, com a leitura que se fazia do direito à saúde até a Constituição Federal de 1988, ao dizer que “é espantoso como um bem extraordinariamente relevante à vida humana só agora é elevado à condição de direito fundamental do homem”<sup>58</sup>.

---

<sup>54</sup> BAPTISTA, Tatiana Vargas de Faria. História das Políticas de Saúde no Brasil: a trajetória do direito à saúde. In. MATTA, Gustavo Corrêa / PONTES, Ana Lúcia de Moura. Políticas de saúde: organização e operacionalização do sistema único de saúde. Rio de Janeiro: EPSJV / Fiocruz, 2007. p. 41.

<sup>55</sup> Isso para não arriscar dizer quando a saúde do trabalhador (da mão de obra) estivesse em perigo.

<sup>56</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. VIII Conferência Nacional de Saúde – Relatório Final. 17 A 21 DE MARÇO DE 1986. [http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8\\_conferencia\\_nacional\\_saude\\_relatorio\\_final.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8_conferencia_nacional_saude_relatorio_final.pdf). Acesso em: 13 de julho de 2014.

<sup>57</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. VIII Conferência Nacional de Saúde – Relatório Final. 17 A 21 DE MARÇO DE 1986. <[http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8\\_conferencia\\_nacional\\_saude\\_relatorio\\_final.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8_conferencia_nacional_saude_relatorio_final.pdf)>. Acesso em: 13 de julho de 2014.

<sup>58</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 308.

Assim sendo, no plano nacional, foi a partir da Constituição Federal de 1988 que o direito à saúde passou a ser garantido por força de norma constitucional, a qual, a teor do art. 6º, fixou que, dentre outros direitos, o direito à saúde é um direito fundamental social da pessoa humana, e que pelo art. 196 esse direito é de todos, cujo dever de garanti-lo é do Estado.

Esse é o norte que levou o legislador pátrio a trazer, na Lei do Sistema Único de Saúde – SUS, ou seja, na Lei 8.080/90<sup>59</sup>, no art. 3º, que são condicionantes para a manutenção da saúde, dentre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer, o acesso aos bens e serviços essenciais e, nos termos do parágrafo único desse artigo, o bem-estar físico, mental e social.

Cabe abrir um parêntese para se suscitar que a felicidade ou o direito à felicidade está compreendido no núcleo do direito à saúde ou vice-versa. De acordo com Antônio Houaiss, bem-estar é significado de felicidade<sup>60</sup>. E não é a toa que a Constituição da Organização Mundial de Saúde trouxe, em seu preambulo, que a saúde é basilar para a felicidade dos povos. Portanto, saúde e felicidade estão correlacionadas.

Como visto, o ordenamento jurídico traz disposições que têm como objetivo a garantia de uma saúde que está circunscrita por um grau de amplitude incomensurável, ao menos no primeiro momento. Foi visto acima que se buscará o mais elevado nível possível de saúde. E é preciso que se esclareça o que se tem por possível, para não se ficar no entendimento apriorístico de uma ideia de delimitação sob o ponto de vista reducionista. Porque, como o possível está relacionado com o “mais elevado”, depreende-se que nele está compreendido tudo o que for necessário para alcançar esse ponto, por exemplo, tudo o que for indispensável para que um determinado serviço de saúde seja implementado.

Ou seja, o significado que se sobrepõe é no sentido do que for necessário para a existência e a realização do mais elevado nível de saúde da pessoa, por isso, ter-se dito acima que a saúde é incomensurável.

---

<sup>59</sup> Ou Lei Orgânica da Saúde – LOS.

<sup>60</sup> HOUAISS, Antônio. Houaiss eletrônico. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2009.

Assim sendo, só no segundo momento é que se pode destacar como significado do possível o aspecto delimitador, isto é, daquilo “que está ao alcance de ser feito”<sup>61</sup>.

A Assembleia Constituinte de 1988 não só conferiu ao indivíduo o direito à saúde, ela também estabeleceu que esse direito fosse garantido integralmente a todos<sup>62</sup>, ou seja, via de regra, a todos os indivíduos, ou, na melhor expressão, a todas as pessoas humanas; no primeiro momento, sem exceção. Muito embora, por uma interpretação sistemática<sup>63</sup>, possa-se sustentar que os beneficiários desse direito estão delimitados pela composição de brasileiros e de estrangeiros, estes se estiverem residindo no Brasil, a teor do *caput* do art. 5º, da CF, haja vista que todos são iguais e os estrangeiros residentes no país são tutelados pelo direito à vida e à igualdade. Esse entendimento também se sustenta pelo disposto no art. 196, da CF, pois, aqui também se constata a eleição desse direito em favor de todos. E isso para não destacar, neste momento, que o ordenamento jurídico pátrio tem como princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana<sup>64</sup>; a prevalência dos direitos humanos e a promoção do bem de todos, sem quaisquer formas de discriminação, nos termos dispostos na CF, no art. 1º, inciso III; art. 4º, inciso II e art. 3º, inciso IV, o que daria margem a sustentação de que esse direito é de todos, sem distinção dos estrangeiros não residentes, até porque, como é comezinho, os direitos humanos são universais<sup>65</sup>, e a saúde como direito fundamental também compõe os direitos humanos, o que se depreende por uma ampliação da interpretação sistemática

---

<sup>61</sup> HOUAISS, Antônio. Houaiss eletrônico. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2009.

<sup>62</sup> “Com esse modelo, rompe-se definitivamente com o padrão político anterior excludente e baseado no mérito e afirma-se o compromisso com a democracia.” (BAPTISTA, Tatiana Vargas de Faria. História das Políticas de Saúde no Brasil: a trajetória do direito à saúde. In. MATTA, Gustavo Corrêa / PONTES, Ana Lúcia de Moura. Políticas de saúde: organização e operacionalização do sistema único de saúde. Rio de Janeiro: EPSJV / Fiocruz, 2007. p. 51.)

<sup>63</sup> “O elemento sistemático, que opera considerando os elementos gramatical e lógico, consiste na pesquisa do sentido e alcance das expressões normativas, considerando-as em relação a outras expressões contidas na ordem jurídica, mediante comparações. O intérprete, por este processo, distingue a regra da exceção, o geral do particular.” (NADER, Paulo. Introdução ao estudo do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 278.)

<sup>64</sup> A qual, parafraseando o Ministro Eros Grau, é para todos que são humanos. (BRASIL. STF. ADPF 153, voto do Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 29-4-2010, Plenário, DJE de 6-8-2010)

<sup>65</sup> “A partir disso é possível sustentar-se, em linha de princípio, a titularidade universal do direito à saúde, respalda em sua estreita vinculação com os direitos à vida e à integridade física e corporal, sendo de afastar a tese que, de forma generalizada e sem exceções, procura cingi-lo somente aos brasileiros e estrangeiros residentes no país.” SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da constituição federal de 1988. In Tânia Margarete Mezzomo Keinert, Sílvia Helena Bastos de Paula e José Rubens de Alcântara Bonfim. São Paulo: Instituto de Saúde, 2009, p. 34/35.

proposta<sup>66</sup>. Até porque, como pontua Flavia Piovesan, ao tratar sobre direitos humanos, “a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos”<sup>67</sup>.

A propósito, sobre a distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos, cabe aqui trazer uma passagem esclarecedora de Ingo Wolfgang Sarlet

Em que pese sejam ambos os termos (‘direitos humanos’ e ‘direitos fundamentais’) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)<sup>68</sup>

E é essa a distinção que se toma como referência para as manifestações que aqui forem feitas sobre esses temas.

Ainda quanto à universalização, Gustavo Ferreira Santos diz que,

a estreita ligação entre os diversos direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana desautorizariam um catálogo de direitos dirigido à proteção de apenas um indivíduo ou que excluísse determinadas pessoas do seu âmbito de abrangência.<sup>69</sup>

Não fossem as normas que são extraídas dos dispositivos acima, ainda poderia se destacar o princípio da universalidade, encontrado no art. 194, parágrafo único, inciso I, da CF, que, nas palavras de Tatiana Wargas de Faria Baptista, “consiste na garantia de que todos os cidadãos, sem privilégios ou barreiras, devem

---

<sup>66</sup> Tercio Sampaio Ferraz Junior, ao tratar de métodos de interpretação, chama a atenção para a seguinte observação: “A primeira e mais importante recomendação, nesse caso, é de que, em tese, qualquer preceito isolado deve ser interpretado em harmonia com os princípios gerais do sistema, para que se preserve a coerência do todo.” (FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do direito : técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2003, p. 288.)

<sup>67</sup> PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas e direitos humanos. Revista USP, São Paulo, SP , n. 69, mar./maio, 2006, p. 36-43.

<sup>68</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 29.

<sup>69</sup> SANTOS, Gustavo Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do supremo tribunal federal: limites e possibilidades. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 73.

ter acesso aos serviços de saúde públicos e privados conveniados, em todos os níveis do sistema”<sup>70</sup>.

E não é por outro motivo que o legislador dispôs, no art. 2º, §§ 1º e 2º, e no art. 7º, incisos I e IV, da Lei 8.080/90, que a saúde é um direito fundamental do ser humano, e que é dever do Estado<sup>71</sup> prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício, bem como que ele deve estabelecer condições que assegurem não só a promoção e proteção da saúde, mas também a recuperação da saúde, de todos.

### 1.3.1 O Direito Fundamental à Saúde

O direito à saúde que, como visto, é um direito social, foi erigido à condição de direito fundamental da pessoa, conforme se evidencia na Constituição Federal brasileira, o que é fruto das mudanças que ocorreram sobre o constitucionalismo e os direitos humanos, cujo marco precursor foi a Revolução Norte-Americana e a Francesa, a teor do já exposto.

No início deste capítulo, com base no pensamento de José Afonso da Silva, apresentou-se o conceito de direito fundamental, quando foi possível identificar que fundamental é aquilo que permita a pessoa se realizar, conviver e sobreviver, ou seja, em última palavra, que permita a manutenção da própria vida em sociedade com dignidade. Para Hannah Arendt, “o que quer que toque a vida humana ou mantenha uma duradoura relação com ela assume imediatamente o caráter de condição da existência humana”<sup>72</sup>.

Contudo, conforme já dito, para garantir os direitos humanos não basta apenas normas que formalmente digam que os respectivos direitos são direitos humanos reconhecidos ao ser humano, é preciso efetivá-los, ou seja, concretizá-los

---

<sup>70</sup> BAPTISTA, Tatiana Vargas de Faria. História das Políticas de Saúde no Brasil: a trajetória do direito à saúde. In. MATTA, Gustavo Corrêa / PONTES, Ana Lúcia de Moura. Políticas de saúde: organização e operacionalização do sistema único de saúde. Rio de Janeiro: EPSJV / Fiocruz, 2007. p. 52.

<sup>71</sup> Art. 2º. [...] § 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade. BRASIL. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. D.O.U. de 20/09/1990.

<sup>72</sup> ARENDT, Hannah. A condição humana. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013. p. 11.

no plano real. Por isso a elevação dos direitos sociais à condição de direitos fundamentais, pois, por meio deles se busca uma garantia material da vida.

De acordo com Norberto Bobbio, os direitos sociais exigem uma posição ativa do Estado<sup>73</sup>,

Do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido em novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. [...] Ao lado dos direitos sociais, que foram chamados de segunda geração, emergiram hoje os chamados direitos de terceira geração, que constituem uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender do que efetivamente se trata. O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído. Mas já se apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo. [...] Às primeiras, correspondem os direitos de liberdade, ou um não-agir do Estado; aos segundo, os direitos sociais, ou uma ação positiva do Estado. Embora as exigências dos direitos possam estar dispostas cronologicamente em diversas fases ou gerações, suas espécies são sempre – com relação aos poderes instituídos – apenas duas: ou impedir os malefícios de tais poderes ou obter seus benefícios. Nos direitos de terceira e quarta geração podem existir direitos tanto de uma quando de outras espécies.

O direito à saúde, conforme apontado alhures, é um direito social, que foi alçado à condição de direito fundamental, e no ordenamento constitucional pátrio está elencado no capítulo dos direitos fundamentais da Constituição Federal brasileira, aos quais é garantida à eficácia plena, pela qual deve ser conferida a máxima efetividade aos direitos fundamentais, a teor do §1º, do art. 5º, da CF, conforme doutrina aqui destacada, na medida em que goza de aplicação imediata. Por serem de aplicação imediata, são normas intituladas de autoaplicáveis. Gustavo Ferreira Santos esclarece que as normas autoaplicáveis “têm os elementos necessários para que incidam diretamente na realidade, ao passo que as não auto aplicáveis dependem da intervenção mediadora de um órgão regulamentador”<sup>74</sup>.

A eficácia jurídica da norma “designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e

---

<sup>73</sup> BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

<sup>74</sup> SANTOS, Gustavo Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do supremo tribunal federal: limites e possibilidades. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 193.

comportamentos de que cogita; nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica”<sup>75</sup>. E a efetividade significa, “portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social”<sup>76</sup>.

É sob as perspectivas acima que há as normas constitucionais que versam sobre os direitos fundamentais, por isso diz-se no art. 5º, § 1º, da CF, que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, pois elas, além de poderem ser aplicadas imediatamente e de gerarem efeitos imediatos, devem ser materializadas no plano fático, sob pena de subverter a fundamentabilidade desses direitos e garantias. Por isso, concorda-se com Osvaldo Canela Júnior quando ele diz que “a admissão de que determinados direitos fundamentais, sobretudo os sociais, não possuem plena eficácia representa a declaração de que o cidadão brasileiro não possui o direito à integralidade da dignidade humana”<sup>77</sup>. A norma disposta no art. 5º, § 1º, deixa claro que os direitos fundamentais podem ser invocados imediatamente, ainda que não haja lei específica versando sobre o respectivo direito, sob pena de subverter o próprio ordenamento jurídico, invertendo a ordem das coisas, submetendo um mandamento constitucional a um ditame legal, quando o Constituinte foi claro ao dizer que as normas sobre direitos fundamentais gozam de aplicação imediata.

De acordo com José Afonso da Silva, “eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais constituem fenômenos conexos, aspectos talvez do mesmo fenômeno, encarados por prismas diferentes: aquela como potencialidade; esta como realizabilidade, praticidade”<sup>78</sup>.

Ingo Wolfgang Sarlet, ao se posicionar sobre a eficácia e efetividade da norma, conclui que

---

<sup>75</sup> SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 66.

<sup>76</sup> BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 241.

<sup>77</sup> CANELA JÚNIOR, Osvaldo. Controle Judicial de Políticas Públicas. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 59.

<sup>78</sup> SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 60.

podemos definir a eficácia jurídica como a possibilidade (no sentido de aptidão) de a norma vigente (juridicamente existente) ser aplicada aos casos concretos e de – na medida de sua aplicabilidade – gerar efeitos jurídicos, ao passo que a eficácia social (ou efetividade) pode ser considerada como englobando tanto a decisão pela efetiva aplicação da norma (juridicamente eficaz), quanto o resultado concreto decorrente – ou não – dessa aplicação.<sup>79</sup>

José Joaquim Gomes Canotilho diz que “o estado é obrigado pela Constituição a manter e desempenhar um papel relevante no âmbito de direitos sociais<sup>80</sup>; do seu pensamento destaca-se ainda que

o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas [...] deve considerar-se constitucionalmente garantido, [...] sobretudo quando o núcleo essencial se reconduz à garantia do mínimo de existência condigna inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana<sup>81</sup>

Ao que se depreende do art. 5º, § 1º, da CF, as normas sobre direitos fundamentais são de aplicação imediata. Ainda mais diante da teoria constitucional moderna, balizada pelo neoconstitucionalismo, que “é hoje utilizado para dar nome a uma postura constitucionalista forte, na qual a Constituição não se basta como parâmetro orientador da política, mas se faz efetiva, com a fiscalização de uma jurisdição constitucional atuante e expansiva”<sup>82</sup>.

Assim sendo, às normas constitucionais que versam sobre os direitos humanos, tecnicamente sobre os direitos fundamentais, caracterizam a força normativa da Constituição, como se pode extrair do art. 5º, § 1º, da CF.

### 1.3.2 O Direito à Saúde como Núcleo do Mínimo Existencial

A partir da pesquisa bibliográfica, buscou-se investigar o que se compreende por mínimo existencial e, por conseguinte, identificar se o direito à saúde está

<sup>79</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 29.

<sup>80</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 342.

<sup>81</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 340

<sup>82</sup> SANTOS, Gustavo Ferreira. Constituição e Constitucionalismo/Neoconstitucionalismo e Democracia. Curitiba: Juruá, 2010. P. 217.

compreendido como bem que faz parte do chamado mínimo existencial, ou seja, se ele faz parte do conjunto de condições materiais que garantam uma sobrevivência digna ao ser humano<sup>83</sup>.

Foi visto que o direito à saúde é um direito social que foi erigido à condição de direito fundamental, com a entrada em vigor da atual Constituição brasileira.

O Poder Judiciário tem atribuído ao direito à saúde a condição de mínimo existencial<sup>84</sup>. Rogério Cesta Leal justifica essa postura em face de que a saúde como condição de possibilidade da dignidade da pessoa humana, em verdade, passa a constituir o que chamo de ‘indicador constitucional parametrizado do mínimo existencial’<sup>85</sup>.

De acordo com Cláudio de Mello Tavares, “o direito à saúde é, em última análise, consequência inafastável do próprio direito à vida”<sup>86</sup>.

O Tribunal Constitucional do Peru, nos autos do processo EXP. No. 2945-2003-AA / TC, em decisão datada de 20/04/2004, condenou o Estado do Peru a fornecer assistência integral à saúde a um indivíduo que postulou a concessão do serviço de saúde integral para o tratamento de HIV / AIDS. A pretensão desse indivíduo foi formulada com base no princípio da dignidade humana, no direito à vida e à saúde, bem como no direito à atenção integral à saúde. O Estado do Peru, por sua vez, sustentou que apesar da proteção constitucional à dignidade da pessoa, à vida e a integridade física, há impossibilidade de concessão do serviço pleiteado, o que disse sob o fundamento de que apenas determinadas pessoas, sob situações excepcionais, teriam o direito ao serviço em questão, apontando a gestante infectada e a criança nascida de uma mãe infectada como os beneficiários desse tratamento. O Estado do Peru também alegou que de acordo com os artigos 7 e 9, da Constituição peruana, o direito à saúde e as normas do programa nacional da política de saúde estão representando um mero plano de ação para o Estado, e não um direito particular. Também foi alegado que há um orçamento previsto para o

---

<sup>83</sup> LOPES, Maurício Caldas. *Judicialização da saúde*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 78.

<sup>84</sup> BRASIL. STF. ARE 639.337-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23-8-2011, Segunda Turma, DJE de 15-9-2011.

<sup>85</sup> LEAL, Rogério Gesta. A efetivação do direito à saúde por uma jurisdição-serafim: limites e possibilidades. In Jorge Renato dos Reis e Rogério Gesta Leal. *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2006, p. 1529.

<sup>86</sup> TAVARES, Cláudio de Mello. *Direito à vida*. Revista da Escola Nacional da Magistratura - Ano II, ed. nº 5 -- Brasília: Escola Nacional da Magistratura, 2008, p 123/127.

custeio da saúde. O Tribunal Constitucional peruano apontou que o direito à saúde não está expressamente caracterizado na Constituição como direito fundamental, por está situado no rol de direitos sociais e econômicos. Todavia, o Tribunal Constitucional peruano, com base na posição da Corte Constitucional da Colômbia, entendeu que quando a violação do direito à saúde envolver outros direitos fundamentais, como o direito à vida, a integridade física ou o livre desenvolvimento da personalidade, esse direito se torna um direito fundamental, a merecer proteção como se direito fundamental fosse. O Tribunal Constitucional peruano considerou ainda que as normas sobre o direito à saúde não são normas meramente programáticas, e que apesar dos direitos sociais - como saúde, educação, habitação e serviço social - não serem direitos civis e políticos, eles são indispensáveis para o gozo destes direitos, pois sem eles dificilmente a liberdade e a igualdade social estaria garantida. O Tribunal Constitucional peruano conclui que os direitos humanos são constituídos por um complexo de direitos indivisível, inter-relacionados e interdependentes. Apesar desse entendimento, o Tribunal Constitucional peruano entende que a implementação do direito à saúde pela via judicial depende dos fatores que estejam presentes no caso concreto, apontando como tal a gravidade do caso e o envolvimento de outros direitos, além da disponibilidade orçamentária do Estado, neste caso mediante a verificação de ações concretas do Estado para a implementação das políticas públicas. Contudo, acaba por entender que a limitação a um orçamento legalmente prefixado não é suficiente para que se deixe de priorizar situações concretas de maior gravidade ou emergência como a que envolve o caso analisado.<sup>87</sup> A posição do Tribunal Constitucional peruano caminha com o disposto na Declaração e Programa de Ação de Viena, decorrente da Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, de 1993, pela qual ficou assentado que

Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados promover e proteger todos os

---

<sup>87</sup> PERU. Tribunal Constitucional. Sentença do Tribunal Constitucional. EXP. N.º 2945-2003-AA/TC. Lima. 20.04.2004. Disponível em: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02945-2003-AA.html>> Acesso em:: 23 de agosto de 2014.

direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais.<sup>88</sup>

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais expressa, em seu Preâmbulo, que o ideal do ser humano livre não se sustenta sem a garantia dos direitos econômicos, sociais e culturais. Por isso, acolhe-se aqui o entendimento de Osvaldo Canela Júnior, quando ele diz que “os direitos fundamentais constituem uma integralidade a compor a dignidade humana”<sup>89</sup>, pois há que haver uma complexidade de direitos e garantias suficientemente erigidos em favor da pessoa para que sua dignidade seja preservada. Por isso Antônio Augusto Cançado Trindade ter dito que

As propostas “categorias” de direitos (individuais e sociais ou coletivos), complementares e não concorrentes, com variações em sua formulação, podem ser apropriadamente examinados à luz da unidade fundamental da concepção dos direitos humanos. Logo tornou-se patente que tal unidade conceitual – e indivisibilidade – dos direitos humanos, todos inerentes à pessoa humana, na qual encontram seu ponto último de convergência, transcendia as formulações distintas dos direitos reconhecidos em diferentes instrumentos, assim como nos respectivos e múltiplos mecanismos ou procedimentos de implementação.<sup>90</sup>

Portanto, há que se entender que o direito à saúde é corolário do próprio direito à vida, assim como é indispensável para o direito à liberdade e a igualdade material, por isso é possível sustentar que os direitos civis e políticos estão correlacionados com os direitos sociais, pois estes servem de sustentação do primeiro e vice-versa. Maurício Caldas Lopes diz que ‘o direito à vida, pressuposto do valor fundamentador da dignidade da pessoa, é garantido pelo conteúdo mínimo do direito à saúde’<sup>91</sup>.

Ingo Wolfgang Sarlet faz uma reflexão que bem caracteriza a condição do direito à saúde como direito fundamental, ou como direito fundamentalíssimo, como colocou esse autor na seguinte passagem

---

<sup>88</sup> ONU. Conferência Mundial sobre Direitos Humanos. Declaração e programa de ação de viena. 1993. Disponível em:

<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/viena.htm>> Acesso em: 24 de agosto de 2014.

<sup>89</sup> CANELA JUNIOR, Osvaldo. Controle Judicial de Políticas Públicas. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 21.

<sup>90</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 41/42.

<sup>91</sup> LOPES, Maurício Caldas. Judicialização da saúde. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 76.

Já no que diz com a fundamentalidade em sentido material, esta encontra-se ligada à relevância do bem jurídico tutelado pela ordem constitucional, o que - dada a inquestionável importância da saúde para a vida (e vida com dignidade) humana - parece-nos ser ponto que dispensa maiores comentários.

Por tudo isso, não há dúvida alguma de que a saúde é um direito humano fundamental, aliás fundamentalíssimo, tão fundamental que mesmo em países nos quais não está previsto expressamente na Constituição, chegou a haver um reconhecimento da saúde como um direito fundamental não escrito (implícito), tal como ocorreu na Alemanha e em outros lugares. Na verdade, parece elementar que uma ordem jurídica constitucional que protege o direito à vida e assegura o direito à integridade física e corporal, evidentemente, também protege a saúde, já que onde esta não existe e não é assegurada, resta esvaziada a proteção prevista para a vida e integridade física.<sup>92</sup>

Por isso, há que se concordar com Edinilson Donisete Machado Luiz e Henrique Martim Herrera quando conceituam o mínimo existencial como

um conjunto de direitos básicos que integram o núcleo da dignidade da pessoa humana, formado pela seleção dos direitos sociais, econômicos e culturais, e, por terem efetividade imediata, deveriam ser sempre garantidos pelo poder público, independentemente de recursos orçamentários (obstáculo financeiro relativizado).<sup>93</sup>

Desta feita, por estar o direito fundamental à saúde compreendido no núcleo do mínimo existencial, na medida em que ele dá suporte à vida, tem-se como regra que o mesmo não pode ser suprimido, sob pena de se está diante do retrocesso social, o que não se admite, já que “a exigência de condições sociais aptas a propiciar a realização de todas as virtualidades do ser humano é, assim, intensificada no tempo, e traduz-se, necessariamente, pela formulação de novos direitos humanos” e não pela supressão dos já existentes. Fábio Konder Comparado, ao apresentar a afirmação histórica dos direitos humanos, destaca um princípio que bem evidencia a impossibilidade do retrocesso social, qual seja, o

<sup>92</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 11, setembro/outubro/novembro, 2007. P. 3. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>> Acesso em: 20 de dezembro de 2011.

<sup>93</sup> MACHADO, Edinilson Donisete. HERRERA, Luiz Henrique Martim. O mínimo existencial e a reserva do possível: ponderação Hermenêutica reveladora de um substancialismo mitigado. Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3480.pdf>> Acesso em: 13 agosto de 2014.

princípio da irreversibilidade dos direitos já declarados oficialmente, ante o conjunto de direitos fundamentais vigentes. De acordo com ele, os Estados, seja no plano local ou internacional, e os organismos internacionais, bem como o próprio Poder Constituinte, estão impedidos juridicamente de suprimir direitos fundamentais<sup>94</sup>.

Evidenciado que o direito fundamental à saúde faz parte do conjunto de condições materiais mínimas para a garantia da sobrevivência digna da pessoa, ou seja, que ele está compreendido no núcleo do mínimo existencial, restaria a indagação se há um conteúdo mínimo de saúde a ser garantido à pessoa, e sobre esse ponto destaca-se o que já foi retratado mais acima, para dizer que, no primeiro momento, não há um mínimo de saúde, pois o direito à saúde é incomensurável, e ele só se limita pelo que for necessário para a garantia de uma vida digna à pessoa, já que o objetivo do ordenamento jurídico é garantir o mais elevado nível de saúde possível à pessoa, conforme ficou pactuado no art. 12, do Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a teor do já suscitado.

#### 1.4 ACESSO À JUSTIÇA COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA SOCIAL

Nesse diapasão, no Brasil, o Estado tem sido frequentemente chamado a efetivar o direito à saúde e, para tanto, o Poder Judiciário<sup>95</sup> tem sido convocado; particularmente quando o Executivo e o Legislativo se omitem no exercício das suas funções<sup>96</sup>, pois, o direito à saúde, como direito social alçado à condição de direito fundamental<sup>97</sup>, demanda uma prestação positiva do Estado, de natureza fática, por intermédio, como já visto, da implementação de políticas públicas, que vinculam não

---

<sup>94</sup> COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 66/67.

<sup>95</sup> O Poder Judiciário faz parte do denominado Poder Público, e a teor do art. 194, da CF, tem competência para fazer valer os mandamentos constitucionais que versam sobre a seguridade social, a despeito da separação dos poderes.

<sup>96</sup> “Se, de outra forma, há inércia do legislador, evidentemente outros órgãos do Estado apresentam-se legitimamente para garantir o cumprimento dos fins estatais.” (LINS, Liana Cirne. A Justiciabilidade dos Direitos Fundamentais Sociais. Uma avaliação crítica do tripé denegatório da sua exibibilidade e da concretização constitucional seletiva. Revista de Informação Legislativa, v. 182, 2009, p. 55.)

<sup>97</sup> “tomada a expressão no sentido mais amplo, que abrange os direitos individuais (liberdades públicas), os direitos políticos e de nacionalidade e os direitos econômicos, sociais e culturais;” (SILVA, José Afonso da. Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a constituição. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 70.)

só a atuação dos Poderes Executivo e Legislativo, mas também o Judiciário.<sup>98</sup> A Corte Interamericana de Direitos Humanos, quando do julgamento do Caso Ximenes Lopes versus Brasil, não deixou dúvidas quanto à obrigação do Brasil em adotar as medidas necessárias para assegurar a efetiva proteção dos direitos humanos, a teor do seguinte trecho

As obrigações erga omnes que têm os Estados de respeitar e garantir as normas de proteção e de assegurar a efetividade dos direitos projetam seus efeitos para além da relação entre seus agentes e as pessoas submetidas a sua jurisdição, porquanto se manifestam na obrigação positiva do Estado de adotar as medidas necessárias para assegurar a efetiva proteção dos direitos humanos<sup>99</sup>

Destarte, como último recurso à efetivação e concretização do direito à saúde, o indivíduo tem buscado implementar esse direito na via judicial, pois para garantir os direitos humanos não bastam apenas normas que formalmente digam que os respectivos direitos são direitos humanos reconhecidos ao ser humano, é preciso efetivá-los, concretizá-los no mundo real, como disse Ramiro Rockenbach da Silva Matos Teixeira de Almeida<sup>100</sup>.

Foi visto que os direitos sociais estão elencados no capítulo dos direitos fundamentais da Constituição Federal brasileira, aos quais é garantida à eficácia plena, pela qual deve ser conferida aos direitos fundamentais a máxima efetividade, a teor do §1º do art. 5º da CF, por força da aplicação imediata da norma aí disposta, ante a fundamentabilidade desses direitos, que conferem aos indivíduos o direito subjetivo de implementá-los<sup>101</sup>. De acordo com Luís Roberto Barroso,

---

<sup>98</sup> XIMENES, Julia Maurmann; RIBEIRO, Ana Cândida Eugênio Pinto. Efetivação dos direitos fundamentais e ativismo judicial. Uma proposta de análise empírica. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2306, 24 out. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13752>>. Acesso em: 9 mar. 2014.

<sup>99</sup> CORTE IDH. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Sentença de 4 de julho de 2006. Serie C No. 149. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_149\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf)>. Acesso em: 24 de agosto de 2014.

<sup>100</sup> ALMEIDA, Ramiro Rockenbach da Silva Matos Teixeira de. Direitos humanos, reserva do possível e ônus da prova. In Ruben Rockenbach Manete. Teoria Crítica dos Direitos Humanos: das lutas aos direitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 214.

<sup>101</sup> “O direito subjetivo decorre da vontade do ser humano, não da vontade do Estado. Esses direitos não existem porque o Estado os concede, mas este os reconhece a partir da vontade dos indivíduos.” (ADEODATO, João Maurício. A retórica constitucional. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 171). Muito embora essa vontade esteja tutelada por uma outra manifestação de vontade que ele (ser humano) em algum momento manifestou e levou o Estado a cumprir o dever de dispor, isto é, de circunscrevê-la (a vontade) em uma norma. Isto é suscitado sem a pretensão de adentrar na discussão sobre quem tutela a tutela, ou seja, é a vontade que tutela a norma ou é a norma que tutela a vontade, e sem o objetivo de alargar a questão sobre a necessidade de uma manifestação

Nessa conformidade, das normas constitucionais que geram direitos subjetivos resultam para seus beneficiários - os titulares dos direitos - situações jurídicas imediatamente desfrutáveis, efetivadas por prestações positivas ou negativas, exigíveis do Estado ou de outro eventual destinatário da norma. Quando a prestação a que faz jus o titular do direito não é entregue voluntariamente, nasce para ele uma pretensão, a ser veiculada através do exercício do direito de ação, pela qual se requer a órgão do Poder Judiciário que faça atuar o direito objetivo e promova a tutela dos interesses violados ou ameaçados.<sup>102</sup>

Todavia, para que essa efetividade seja preservada, necessário se faz que haja instrumentos apropriados para garanti-la. Nas palavras de Daniele Corrêa Santa Catarina, “o que qualificará a existência de um direito social como direito pleno não é simplesmente a conduta cumprida por parte do Estado, mas a existência de algum poder jurídico de ação por parte do titular do direito em caso de não cumprimento da obrigação devida.”<sup>103</sup> Por Marcelo Labanca Corrêa de Araújo e Luciano José Pinheiro Barros, “a mera previsão de direitos fundamentais no texto constitucional não é suficiente para o cumprimento da respectiva pauta. Os meios para tornar os direitos fundamentais efetivos devem ser acessíveis ao cidadão”<sup>104</sup>.

O direito à saúde é um direito fundamental, pertencente a toda coletividade, e deve ser prestado “para atender toda coletividade, respeitando-se os princípios que norteiam o atendimento aos serviços públicos, vale dizer, universalidade e impessoalidade.”<sup>105</sup> Todavia, é preciso considerar que essa coletividade é constituída por indivíduos, os quais, enquanto em si mesmos, são titulares desse

---

de vontade qualificada, e se a mesma estaria presente na representação ou na assistência, para que o direito subjetivo fosse reconhecido como tal.

<sup>102</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 250.

<sup>103</sup> CATARINA, Daniele Corrêa Santa. *Teoria Crítica dos Direitos Humanos: uma análise comparativa com a teoria tradicional*. In Ruben Rockenbach Manete. *Teoria Crítica dos Direitos Humanos: das lutas aos direitos..* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 82.

<sup>104</sup> ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. BARROS, Luciano José Pinheiro. *A repercussão geral nos recursos extraordinários à luz da aproximação dos modelos difuso e concentrado de controle de constitucionalidade*. In. Manoel Severo Neto. *Direito, cidadania & processo*. Recife: FASA, 2006, p. 11.

<sup>105</sup> LINS, Liana Cirne. *A prevalência da tutela coletiva do direito fundamental à saúde sobre a tutela individual: considerações processuais sobre a judicialização da saúde*, p. 9706. Trabalho publicado nos Anais do XIX Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Florianópolis – SC nos dias 13, 14, 15 e 16 outubro de 2010. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/florianopolis/Integra.pdf>> Acesso em: 9 jan. 2014.

direito individualmente<sup>106</sup>. Por conseguinte, pode-se falar em um direito cuja titularidade é *sui generis*, pois se tem “todos”<sup>107</sup> como titular coletivo, e o indivíduo, enquanto compreendido nessa coletividade, como titular (e beneficiário) direto do direito.<sup>108</sup> Parafrazeando Fernando Joaquim Ferreira Maria, é a condição de pessoa o requisito para a titularidade desse direito<sup>109</sup>. Na linha de raciocínio de Andreas Joachim Krell,

O fato que os direitos sociais geralmente não são fruíveis ou exequíveis individualmente não quer dizer que juridicamente não possam, em determinadas circunstâncias, ser exigidos como se exigem judicialmente outros direitos subjetivos.<sup>110 111</sup>

Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtner Figueiredo ao tratarem da titularidade e dos destinatários do direito à saúde defendem que ainda que esse direito seja considerado como coletivo ou mesmo difuso isso não elide a titularidade individual, o que sustentam pelos fundamentos abaixo

a caracterização do direito à saúde como um direito coletivo, ou mesmo como um interesse difuso em certas hipóteses, não lhe serve para afastar a titularidade individual que apresenta, visto que, a despeito das questões ligadas à saúde pública e coletiva, jamais perderá o cunho individual que o liga à proteção individual da vida, da integridade física e corporal da pessoa, assim como da dignidade da pessoa humana individualmente considerada

<sup>106</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, *passim*.

<sup>107</sup> Muito embora não se pretenda neste momento enfrentar a discussão sobre a titularidade e ou legitimidade para pleitear e ou se beneficiar do direito à saúde, suscita-se que o titular do direito, no primeiro momento, são todos, ou seja, a coletividade, composta pelos brasileiros e os estrangeiros residentes (podendo-se considerar até mesmo os estrangeiros não residentes) no país e, por conseguinte, cada pessoa que está contida nesse grupo. Isso pode ser extraído da conjugação dos arts. 1º, III; 3º, IV; 4º, II; art. 196 da CF, conjugados com o art. 2º da lei 8.080/90 e o art. 12 do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

<sup>108</sup> “Conclui-se então pela co-titularidade dos direitos sociais, que não invalida a titularidade individual de um direito social, nem tampouco amputa as demais esferas de exigibilidade do mesmo direito; ao contrário, as co-implica.” LINS, Liana Cirne. A Tutela Inibitória Coletiva das Omissões Administrativas: Um Enfoque Processual Sobre a Justiciabilidade dos Direitos Fundamentais Sociais. RDE. Revista de Direito do Estado, v. 12, p. 223-262, 2008.”

<sup>109</sup> MAIA, Fernando Joaquim Ferreira. O neoconstitucionalismo, o acesso à justiça e o fim teleológico e democrático do direito processual. In Arnaldo Fonseca de Albuquerque Maranhão Neto. Direitos humanos e fundamentais: temas contemporâneos. Recife: Bagaço, 2012, p. 176.

<sup>110</sup> KRELL, Andreas Joachim. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 102.

<sup>111</sup> Nesse mesmo sentido tem-se José Reinaldo Lima Lopes. (LOPES, José Reinaldo Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no estado social de direito. In José Eduardo Faria. Direitos humanos, direitos sociais e justiça. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 129.

em suas particularidades, até mesmo em termos de garantia das condições que constituam o mínimo existencial de cada um.<sup>112</sup>

Cabe aqui trazer uma passagem interessante que foi extraída do Relatório Final da VIII Conferência Nacional de Saúde<sup>113</sup>, que ocorreu em 1986, por permitir que se contextualize qual era a pretensão da sociedade naquele momento, no qual se discutia a extensão do direito à saúde<sup>114</sup>. Assim sendo, esse relatório apontou a necessidade de se inscrever na Constituição “a caracterização da saúde de cada indivíduo como de interesse coletivo, como dever do Estado, a ser contemplado de forma prioritária por parte das políticas sociais”<sup>115</sup>, por isso, na proteção do direito à saúde há que se considerar ainda o interesse da coletividade pela proteção da saúde de cada indivíduo, o que equivale a dizer que há um direito individual à saúde, na medida em que se tem a saúde de cada indivíduo como interesse a ser tutelado; ao menos essa era a pretensão da sociedade no calor da reforma constituinte, essa interpretação sufraga os anseios da sociedade no momento em que o espírito do Constituinte estava mais presente.

Contudo, apesar do direito à saúde ser um direito fundamental, por vezes o mesmo é sonogado dos seus titulares, o que tem ensejado o uso de outro direito fundamental, qual seja, o do acesso à justiça, que pode ser exercido por meio de ações coletivas, como a ação civil pública, mais também por uma ação individual,

---

<sup>112</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da constituição federal de 1988. In Tânia Margarete Mezzomo Keinert, Silvia Helena Bastos de Paula e José Rubens de Alcântara Bonfim. São Paulo: Instituto de Saúde, 2009, p 35.

<sup>113</sup> “Este relatório, com todas as afirmações nele contidas, serviu como instrumento de pressão política no contexto da Nova República. E mais: serviu de referência na discussão da Assembleia Nacional Constituinte em 1987/88, sendo reconhecido como um documento de expressão social” (BAPTISTA, Tatiana Vargas de Faria. História das Políticas de Saúde no Brasil: a trajetória do direito à saúde. In. MATTA, Gustavo Corrêa / PONTES, Ana Lúcia de Moura. Políticas de saúde: organização e operacionalização do sistema único de saúde. Rio de Janeiro: EPSJV / Fiocruz, 2007. p. 50.)

<sup>114</sup> Todavia, há quem considere que “na Constituinte, o segmento do projeto de Constituição elaborado pela Comissão Afonso Arinos ‘sequer foi considerado’, uma vez que não contemplava as contribuições da 8ª CNS”. GOMES, Fábio de Barros Correia. Impasses no financiamento da saúde no Brasil: da constituinte à regulamentação da emenda 29/00. Saúde em Debate. Revista do Centro Brasileiro de Estudos de Saúde. Volume 38, Número 100. Rio De Janeiro, Jan-Mar 2014, p. 6-17

<sup>115</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. VIII Conferência Nacional de Saúde – Relatório Final. 17 A 21 DE MARÇO DE 1986. <[http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8\\_conferencia\\_nacional\\_saude\\_relatorio\\_final.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8_conferencia_nacional_saude_relatorio_final.pdf)> Acesso em: 13 de julho de 2014.

neste caso, supletivamente, quando um determinado membro<sup>116</sup> daquela coletividade deixa de obter, da Administração Pública, o serviço de saúde necessário para salvaguardar a sua saúde ou vida, pois aí está caracterizada a sonegação do interesse do indivíduo que compõe a coletividade, bem como a da própria coletividade, já que a saúde de cada indivíduo também é de interesse coletivo. Argumente-se ainda que o indivíduo também poderá lançar mão de uma ação individual quando as ações processuais que inicialmente serviriam de meios para tutelar o direito à saúde em favor da coletividade não forem propostas pelos legitimados para a propositura dessas ações, ou seja, quando eles não se desincumbirem do seu mister na propositura, por exemplo, de uma ação civil pública, de uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão ou da impetração de um mandado de injunção<sup>117</sup>.

Assim, na busca de garantir a máxima efetividade ao direito à saúde, o indivíduo, perseguindo a preservação de sua dignidade humana, tem se utilizado de outro direito fundamental que lhe foi conferido pela Constituição, qual seja, o do acesso à justiça, pelo que se depreende do art. 5º, inciso XXXV. Liana Cirne Lins traz que

O acesso à justiça é a institucionalização do reconhecimento de que a consagração dos direitos no plano meramente formal sem se fazer acompanhar por mecanismos de sua efetivação implicava, na realidade, a que estes direitos não correspondessem a absolutamente nada.<sup>118</sup>

José Mário Wanderley Gomes Neto e Maria Lucicleide Cavalcanti da Silva Holanda dizem que

---

<sup>116</sup> “Assim, propõe-se a transição da categoria de titularidade para a de co-titularidade do direito à saúde, [...]. A titularidade social do direito social à saúde é, portanto, uma co-titularidade.” LINS, Liana Cirne. A prevalência da tutela coletiva do direito fundamental à saúde sobre a tutela individual: considerações processuais sobre a judicialização da saúde, p. 9706. Trabalho publicado nos Anais do XIX Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Florianópolis – SC nos dias 13, 14, 15 e 16 outubro de 2010. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/florianopolis/Integra.pdf>> Acesso em: 9 jan. 2014.

<sup>117</sup> LOPES, José Reinaldo Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no estado social de direito. In José Eduardo Faria. Direitos humanos, direitos sociais e justiça. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 134.

<sup>118</sup> LINS, Liana Cirne . A Tutela Inibitória Coletiva das Omissões Administrativas: Um Enfoque Processual Sobre a Justiciabilidade dos Direitos Fundamentais Sociais. RDE. Revista de Direito do Estado, v. 12, p. 223-262, 2008.

O estado democrático de direito caracteriza-se pela inclusão de uma série de direitos individuais e sociais nos textos constitucionais. O direito de acesso à justiça faz parte do rol, e, por ser considerado um instrumento de reivindicação e defesa dos demais, ganhou status de direito fundamental do ser humano, inclusive com a indicação dos meios para efetivá-lo<sup>119</sup>

A Constituição Federal traz em seu art. 5º, incisos XXXIV e XXXV, o que se denomina de princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional e do direito de petição, que garante ao indivíduo o direito de judicializar<sup>120</sup> sua pretensão, acaso haja resistência sobre esta, conforme abaixo:

Art. 5º

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Por isso, “Não é necessário recorrer-se a interpretações sofisticadas para concluir que os responsáveis pela justiça institucionalizada têm compromisso consistente com a multiplicação de portas de acesso à proteção dos direitos lesados”<sup>121</sup>, sob pena, inclusive, de responder perante a Corte Interamericana dos Direitos Humanos, por força dos arts. 8º e 25, da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, como ocorreu no Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil, pelo qual a Corte considerou

que, de acordo com a Convenção Americana, os Estados Partes estão obrigados a proporcionar recursos judiciais efetivos às vítimas de violações dos direitos humanos (artigo 25), os quais devem ser substanciados em conformidade com as regras do devido processo legal (artigo 8.1), tudo isso compreendido na obrigação geral, a cargo dos próprios Estados, de garantir

---

<sup>119</sup> NETO, José Mário Wanderley Gomes. HOLANDA, Maria Lucicleide Cavalcanti da Silva. Cidadania e acesso à justiça: modelo de assistência judiciária oferecido pelo estado de Pernambuco a partir da constituição de 1988. In. Manoel Severo Neto. Direito, cidadania & processo. Recife: FASA, 2006, p. 85.

<sup>120</sup> Essa palavra é um neologismo e aqui significa a submissão de uma pretensão ao Poder Judiciário, que também corresponderá à judicialização, quando esta estiver posta como sinônimo desse significado de judicializar. Por isso, quando judicialização estiver no sentido de ampliação dos poderes do Judiciário em relação às políticas públicas essa condição será destacada.

<sup>121</sup> NALINI, José Renato. O juiz e o acesso à justiça. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 28.

o livre e pleno exercício dos direitos reconhecidos pela Convenção a toda pessoa que se encontre sob sua jurisdição (artigo 1.1).<sup>122</sup>

Portanto, sonogado o direito à saúde, nasce para o titular desse direito o direito de judicializar a sua pretensão, no caso, da saúde, que é exercido por meio do acesso à justiça. Nas palavras de Gustavo Ferreira Santos, “os direitos fundamentais são passíveis de proteção jurídico-processual pelo simples fato de serem direitos”<sup>123</sup>.

Parafraseando Mauro Cappelletti e Bryant Garth, o acesso à justiça deve ser promovido sob o desejo de tornar efetivos os direitos do cidadão, e não meramente simbólicos.<sup>124</sup>

Por isso, para que esse instrumento possa ser utilizado de forma eficiente e efetivo, é necessário que o Estado promova condições para tanto, motivo pelo qual a Assembleia Constituinte<sup>125</sup> inseriu o direito ao pleno acesso à justiça no rol dos direitos fundamentais, que não deve ser apenas formal, mais também material, conforme Mauro Cappelletti e Bryant Garth, quando apontam, em sua obra intitulada de Acesso à Justiça, as ondas de acesso à justiça, das quais se destaca, neste momento, precipuamente, a primeira onda, que versa sobre assistência judiciária para os pobres, e depois a segunda onda, no sentido da tutela do interesse coletivo.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth, ao buscarem esclarecer o significado da expressão “acesso à justiça” dizem que ela “é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado”.<sup>126</sup> E aqui cabe uma advertência formulada por Stephen Holmes e Cass Robert Sunstein, os quais, ainda que sob outra vertente, ressaltaram que dá acesso aos cidadãos (indivíduos) aos tribunais e fóruns não é como dar-lhes

---

<sup>122</sup> CORTE IDH. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Sentença de 4 de julho de 2006. Serie C No. 149. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_149\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf)>. Acesso em: 24 de agosto de 2014.

<sup>123</sup> SANTOS, Gustavo Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do supremo tribunal federal: limites e possibilidades. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 72.

<sup>124</sup> CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 8.

<sup>125</sup> E “uma Assembleia Nacional Constituinte constitui momento culminante da atuação da soberania popular, porque nela, como vimos, se encarna e se exerce o poder constituinte originário, que é inicial, uno e indivisível. Por isso, encarnação da soberania do povo, não reconhece outro poder de maior hierarquia nem de igual hierarquia, porque lhe cabe definir todos os demais poderes estatais.” (SILVA, José Afonso da. Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a constituição. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 74.)

<sup>126</sup> Ibidem.

acesso aos portos naturais e as águas navegáveis, porque aí o Governo deve criar instituições pelas quais o acesso será concedido<sup>127</sup>.

Assim como a saúde, o acesso à justiça também é um direito de todos, portanto, inclusive, dos hipossuficientes economicamente, o que exige medidas concretas do Estado, que possibilitem o amplo acesso à justiça a todos. Mauro Cappelletti e Bryant Garth traz que para haver o efetivo acesso à justiça, o sistema jurídico deve ser igualmente acessível a todos e ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos, estes resultados também são corolários da garantia da igualdade de acesso. Então, para acesso efetivo à justiça, não basta o direito ao acesso à proteção judicial, ou seja, o direito de petição. Pois, “sem dúvida, a ampliação do acesso à justiça atende a uma necessidade óbvia de efetivação ou ‘congregação’ dos direitos fundamentais na sociedade a que se dirige a Constituição”<sup>128</sup>.

Preocupado com a garantia do acesso efetivo à justiça, a Assembleia Constituinte fixou como direito fundamental do indivíduo a assistência jurídica integral e gratuita aos pobres na forma da lei. Ao tratar sobre a justiça gratuita, Augusto Tavares Rosa Marcacini, traz que

A assistência judiciária envolve o patrocínio gratuito da causa por advogado. A assistência judiciária é, pois, um serviço público organizado, consistente na defesa em juízo do assistido, que deve ser oferecido pelo Estado, mas que pode ser desempenhado por entidades não estatais, conveniadas ou não com o Poder Público.<sup>129</sup>

Nos termos do art. 2º, da Lei 1.060/50, que estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados, pobre na forma da lei é todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

A teor do art. 4º, da Lei 1.060/50, presume-se pobre na forma da lei a pessoa que simplesmente declarar na petição inicial que não possui condições de

---

<sup>127</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass Robert. The cost of rights: why liberty depends on taxes. New York: W. W. Norton & Company, 2000, p. 54.

<sup>128</sup> ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. BARROS, Luciano José Pinheiro. A repercussão geral nos recursos extraordinários à luz da aproximação dos modelos difuso e concentrado de controle de constitucionalidade. In: Manoel Severo Neto. Direito, cidadania & processo. Recife: FASA, 2006, p. 14.

<sup>129</sup> MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 31.

pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família. Portanto, ao menos em regra, o critério legal para a aferição da condição de necessitado é apenas a declaração na própria inicial. Embora haja a Resolução nº 13, do Conselho Superior da Defensoria Pública da União – CSDPU, que no art. 1º traz outro parâmetro para constatação da condição de pobreza do necessitado, pois diz que “Presume-se necessitado todo aquele que integre família cuja renda mensal não ultrapasse o valor da isenção de pagamento do imposto de renda.”, o qual é discutível, porque, além de contrariar a norma do art. 4º, supraindicado, vai de encontro ao inciso LXXIV, do art. 5º, da Constituição Federal, na medida em que restringe o meio para o reconhecimento da condição de necessitado, quando a Constituição e a lei de regência não faz essa restrição, o que dá margem a inconstitucionalidade dessa Resolução. Nesse sentido destaca-se a posição de José Mário Wanderley Gomes Neto e Maria Lucicleide Cavalcanti da Silva Holanda, quando sustentam que “a lei não faz qualquer referência à renda, não vincula ao salário mínimo nem faz objeção ao fato de a parte estar acompanhada de advogado particular”<sup>130</sup>. José Mário Wanderley Gomes Neto é enfático ao dizer que “inexiste, portanto, a utilização de qualquer critério numérico, enquadrando os beneficiários conforme o estabelecimento de faixas de rendimento ou fixando um valor teto para este enquadramento”<sup>131</sup>.

Ainda com José Mário Wanderley Gomes Neto e Maria Lucicleide Cavalcanti da Silva Holanda,

Visando reduzir os obstáculos ao acesso à justiça, a constituição de 1988 reafirmou o dever do Estado na prestação de assistência jurídica integral e gratuita todos que preenchem os requisitos legais, bem como determinou a instituição das Defensorias Públicas, órgãos responsáveis pela prestação do serviço tanto no âmbito federal como no estadual.<sup>132</sup>

---

<sup>130</sup> NETO, José Mário Wanderley Gomes. HOLANDA, Maria Lucicleide Cavalcanti da Silva. Cidadania e acesso à justiça: modelo de assistência judiciária oferecido pelo estado de Pernambuco a partir da constituição de 1988. In. Manoel Severo Neto. Direito, cidadania & processo. Recife: FASA, 2006, p. 106.

<sup>131</sup> NETO, José Mário Wanderley Gomes. O acesso à justiça em Mauro Cappelletti: análise teórica desta concepção como “movimento” de transformação das estruturas do processo civil brasileiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005, p. 76.

<sup>132</sup> NETO, José Mário Wanderley Gomes. HOLANDA, Maria Lucicleide Cavalcanti da Silva. Cidadania e acesso à justiça: modelo de assistência judiciária oferecido pelo estado de Pernambuco a partir da constituição de 1988. In. Manoel Severo Neto. Direito, cidadania & processo. Recife: FASA, 2006, p. 82.

Nesse diapasão, para garantir o previsto nos incisos XXXIV (alínea “a”), XXXV e LXXIV, do art. 5º, da Constituição Federal, a própria Constituição traz, no art. 134, a previsão de criação da Defensoria Pública, que foi criada por meio da Lei Complementar nº 80/1994, a qual tem a função precípua de prestar orientação jurídica e defender os necessitados, conforme abaixo destacado:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.)

A função típica da Defensoria Pública é prestar assistência jurídica integral e gratuita às pessoas que não podem pagar um advogado particular, ou seja, é defender gratuitamente as pretensões dos financeiramente hipossuficiente. Além da função típica, a Defensoria Pública também desenvolve funções atípicas, que consistem em defender o acusado que não tenha constituído advogado em processo criminal e curatela especial, ou seja, por hipossuficiência jurídica do acusado, promovendo ainda a defesa de grupos hipossuficientes, como consumidor, idoso e criança, por meio de ações civis públicas.

No intuito de promover o pleno acesso à justiça, há a chamada justiça itinerante, que está prevista nos arts. 107, 115, 125, que funciona, normalmente, em unidade móvel, em um ônibus adaptado e preparado para levar os serviços do Poder Judiciário às comunidades.

Assim sendo, pode-se dizer que há mecanismos para que se possa buscar a efetivação do direito à saúde quando do inadimplemento por parte da Administração Pública. O que possibilitou o processamento de parte dos 240.000 processos envolvendo o direito à saúde no Poder Judiciário, conforme Fórum do Judiciário para a Saúde, que foi instituído pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ.<sup>133</sup>

Contudo, como esclarecem Mauro Cappelletti e Bryant Garth, apesar dos avanços na melhoria dos sistemas de assistência judiciária, para que o sistema seja eficiente, antes de mais nada, “é necessário que haja um grande número de advogados, um número que pode até exceder a oferta, especialmente em países em desenvolvimento.”.<sup>134</sup>

<sup>133</sup> BRASIL. Fórum Nacional da Saúde – Relatório atualizado da Resolução 107. <[http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/relatorio\\_atualizado\\_da\\_resolucao107.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/relatorio_atualizado_da_resolucao107.pdf)>. Acesso em: 20 de dezembro de 2011.

<sup>134</sup> CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 47.

Destarte, a Defensoria Pública, seja ela Federal ou Estadual, precisa contar com um número tal de defensores públicos que sejam capazes de comportar a demanda, sob pena de tornar esse mecanismo ineficiente.

De acordo com uma representante da Defensoria Pública Federal, em 2005, a Defensoria Pública Federal contava com apenas 100 defensores públicos federais. Em 2012, quando ela apresentou esses dados, o quadro era de 481 defensores federais no Brasil. Essa representante ressalta que,

Porém, ainda estamos muito aquém do necessário, já que o Brasil conta apenas com 1,5 defensor público para cada 100 mil habitantes. Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), 73% da população brasileira não têm condições de pagar um advogado.<sup>135</sup>

Atualmente, ou seja, agora em 2014, o déficit ainda é considerável, porque, de acordo com o levantamento da Defensoria Pública da União, considerando as 140 milhões de pessoas no país, que se enquadram nas condições de hipossuficiente economicamente por esse órgão, seriam necessários 1.469 defensores públicos federais, e o Brasil só tem 506 defensores públicos federais, que estão espalhados pelas capitais e municípios da federação. De acordo com a matéria divulgada pela Defensoria Pública da União, o estudo mostra déficit de 66% no total de defensores públicos federais<sup>136</sup>.

O Ministério da Justiça e a Associação Nacional dos Defensores Públicos apontaram, em 2010, o seguinte resultado para a Defensoria Pública Estadual, tomando-se como exemplo o Estado de Pernambuco:

Pernambuco tem, atualmente, 245 defensores públicos para suprir a demanda de 76 das 160 comarcas do Estado. Apenas no ano passado foram feitos cerca de 700 mil atendimentos [...] Pernambuco precisa de, pelo menos, outros 255 defensores<sup>137</sup>

---

<sup>135</sup> Consultor Jurídico. "Brasil só tem 1,5 defensor para cada 100 mil pessoas". Disponível na internet: <<http://www.conjur.com.br/2012-fev-15/entrevista-patricia-bettin-chaves-defensora-publica-uniao-rs>> Acesso em 10 de maio de 2012.

<sup>136</sup> BRASIL. DPU na mídia. " Estudo mostra déficit de 66% no total de defensores públicos federais". Disponível na internet: <[http://www.dpu.gov.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=20677:estudo-mostra-deficit-de-66-no-total-de-defensores-publicos-federais&catid=34:noticias12&Itemid=223](http://www.dpu.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=20677:estudo-mostra-deficit-de-66-no-total-de-defensores-publicos-federais&catid=34:noticias12&Itemid=223)> Acesso em 27 de julho de 2014.

<sup>137</sup> ANADEP - Associação Nacional dos Defensores Públicos. Ministério diz que Pernambuco tem a pior defensoria do País. Disponível na internet: <<http://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=8378> Acesso em 10 de maio de 2012.>

O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) e a Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADEP) fizeram um mapeamento dos defensores públicos estaduais, e a conclusão foi a seguinte:

Os únicos estados que não apresentam déficit de defensores públicos, considerando o número de cargos providos, são Distrito Federal e Roraima; os que possuem déficit de até 100 defensores públicos são Acre, Tocantins, Amapá, Mato Grosso do Sul, Paraíba, Rondônia e Sergipe. Os estados com os maiores déficits em números absolutos são São Paulo (2.471), Minas Gerais (1.066), Bahia (1.015) e Paraná (834). O déficit total do Brasil é de 10.578 defensores públicos.<sup>138</sup>

De acordo com o mapeamento, o déficit de defensores públicos estaduais nos respectivos estados é o que segue abaixo<sup>139</sup>:

Quadro-1. Quantidade de defensores públicos estaduais existentes nos Estados e o respectivo déficit

Tabela 4. Para cada 10.000 pessoas com até três salários-mínimos

Estados	DF	RR	PB	TO	AC	MS	RJ	MT	ES	SE	PA	RS	CE	MG	PE	RO	PI	AL	SP	MA	BA	AM	RN	PR	AP	GO	SC	Brasil
<b>Cargos providos</b>	208	37	271	97	49	153	796	143	150	86	280	385	293	596	270	41	86	72	610	110	224	47	40	10	0	0	0	5054
<b>Déficit</b>			64	25	13	55	412	119	142	93	346	484	453	1066	494	87	210	194	2471	452	1015	233	244	834	53	510	509	10578
<b>Total</b>	208	37	335	122	62	208	1208	262	292	179	626	869	746	1662	764	128	296	266	3081	562	1239	280	284	844	53	510	509	15632

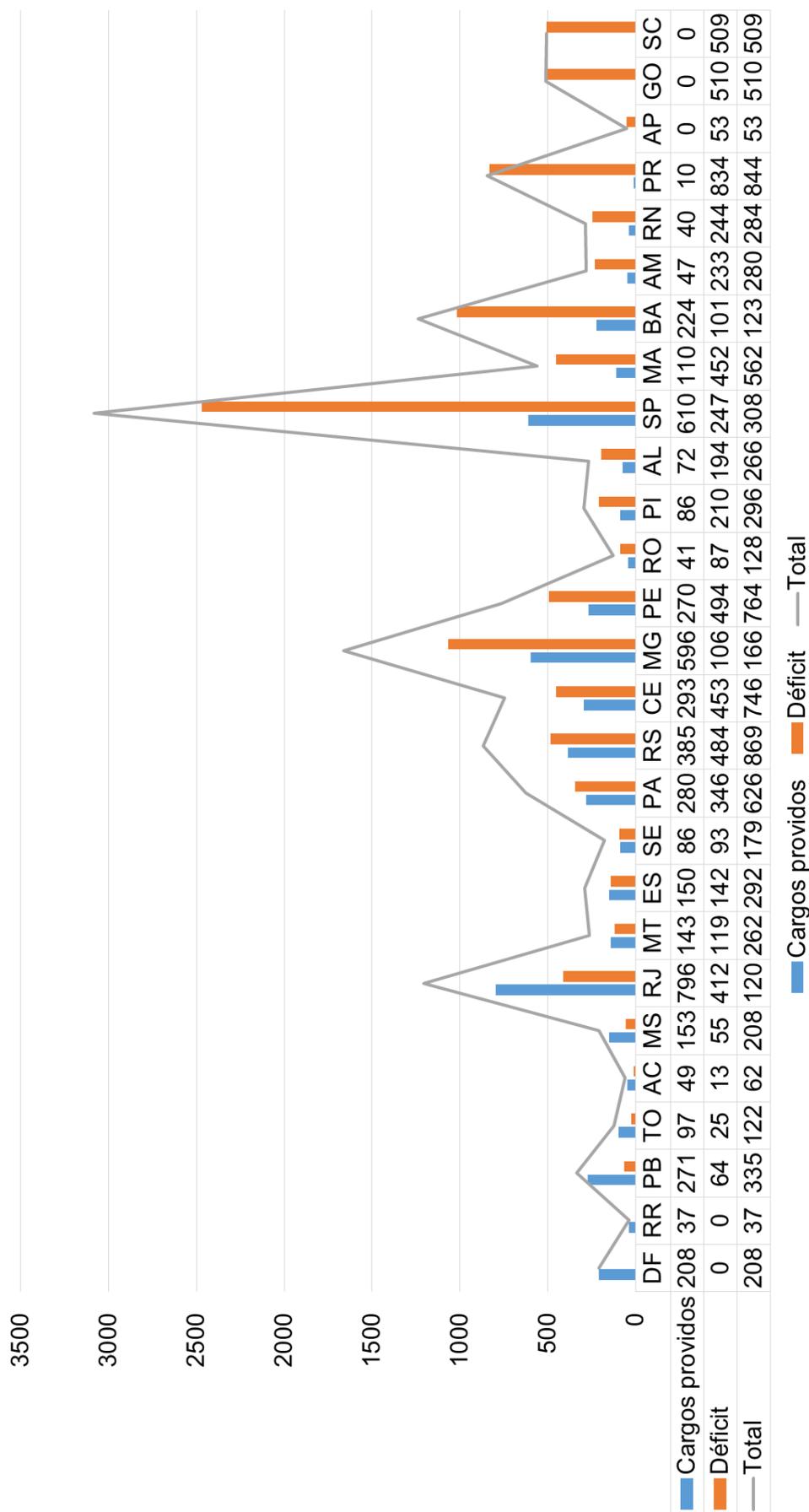
Fonte: ANADEP, 2013; IBGE, C<sup>140</sup>

<sup>138</sup> BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Ipea. Mapa da defensoria pública no Brasil. Disponível em < <http://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria/deficitdedefensores> > Acesso em 27 de julho de 2014.

<sup>139</sup> BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Ipea. Mapa da defensoria pública no Brasil. Disponível em < [http://www.ipea.gov.br/sites/images/downloads/mapa\\_da\\_defensoria\\_publica\\_no\\_brasil\\_impreso.pdf](http://www.ipea.gov.br/sites/images/downloads/mapa_da_defensoria_publica_no_brasil_impreso.pdf) > Acesso em 27 de julho de 2014.

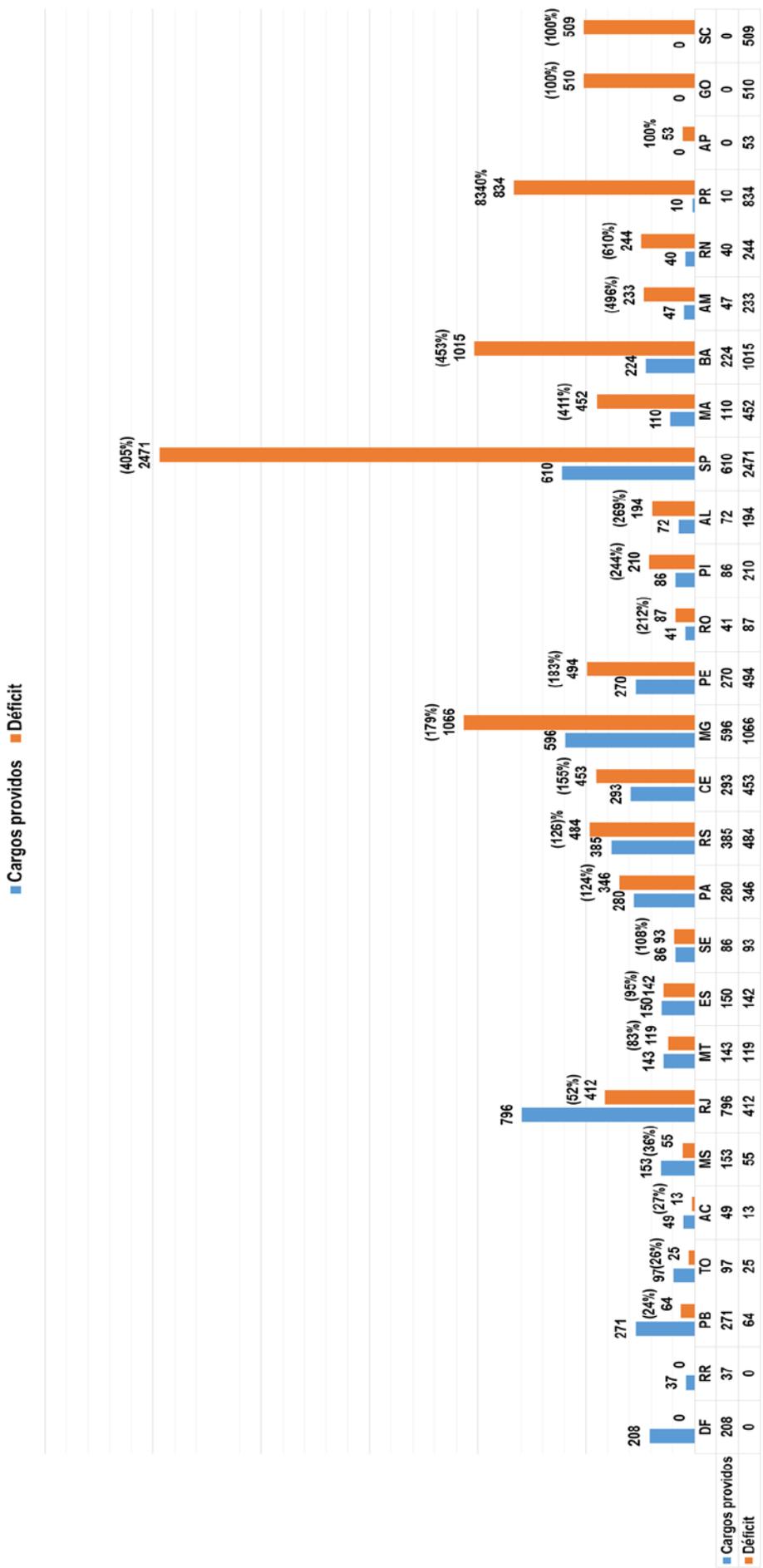
<sup>140</sup> [http://www.anadep.org.br/wtksite/mapa\\_da\\_defensoria\\_publica\\_no\\_brasil\\_impreso\\_.pdf](http://www.anadep.org.br/wtksite/mapa_da_defensoria_publica_no_brasil_impreso_.pdf)

**Gráfico 1 - Quantidade de defensores públicos existentes nos Estados e o respectivo déficit**

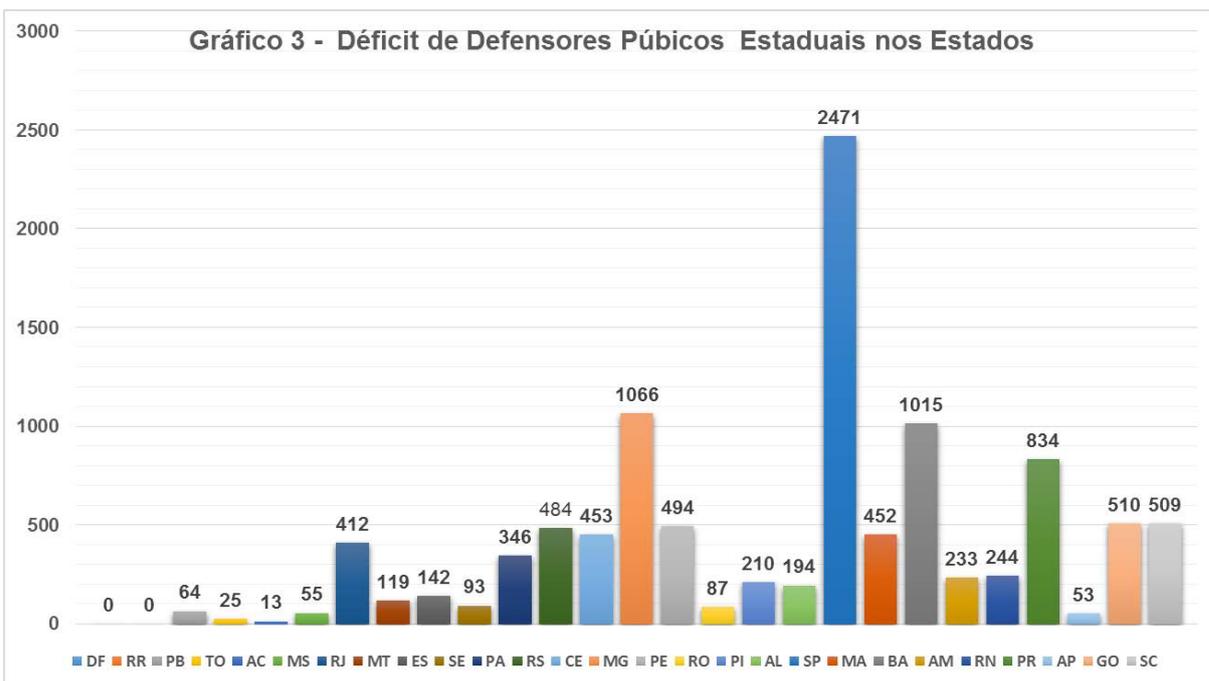


Elaborado pelo próprio autor a partir da Quadro-1

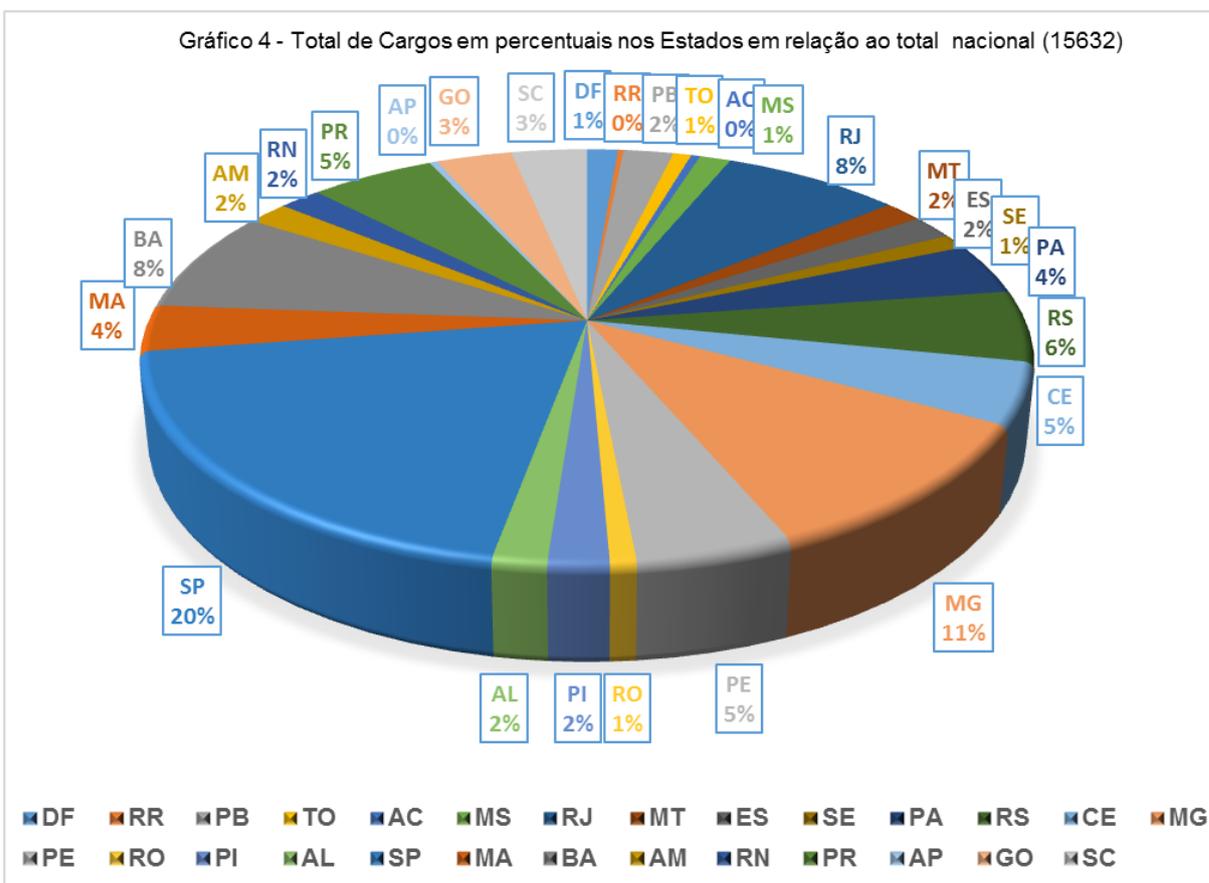
Gráfico 2 - Déficit de Defensores Públicos Estaduais em percentuais por Estado



Elaborado pelo próprio autor a partir da Grade-1



Elaborado pelo próprio autor a partir da Grade-1



Elaborado pelo próprio autor a partir da Grade-1

Das informações tabuladas no gráfico 1 é possível constatar que na maioria dos Estados o efetivo acesso à justiça não está sendo garantido nos moldes necessários, pois, pelos dados levantados, observa-se que Estados como São Paulo; Maranhão; Bahia; Amazonas e Rio Grande do Norte têm um déficit de Defensores Públicos alarmante, mas, ainda mais estarrecedor são os Estados que sequer apontam defensores nomeados, como é o caso de Amapá, Goiás e Santa Catarina. O Estado de Pernambuco, cujo número de demandas será apresentado, apresenta um déficit de 183%.

A demanda por mais defensores públicos é crescente, veja que em Pernambuco houve uma elevação do número de defensores públicos estaduais; o levantamento feito anteriormente pelo Ministério da Justiça e a Associação Nacional dos Defensores Públicos aponta que esse Estado contava com 245 defensores e, atualmente, pelo mapeamento do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada e da Associação Nacional dos Defensores Públicos, ele tem 270, mas precisa de mais 494 defensores, ou seja, a demanda ainda exige, aproximadamente, o dobro do número de defensores atuais, portanto, ainda está muito aquém do necessário para garantir um efetivo acesso à justiça.

Ao que parece, o Estado não está preocupado em garantir um efetivo acesso à justiça aos indivíduos, pois o cenário acima apresentado não data de agora, de há muito que a Administração Pública possui dados suficientes para constatar que para fazer valer o mandamento constitucional, sobre o acesso à justiça, o mínimo a ser feito é promover concurso público para a contratação de novos defensores públicos. Em trabalho realizado por José Mário Wanderley Gomes Neto e Maria Lucicleide Cavalcanti da Silva Holanda já se denunciava que a Defensoria Pública do Estado de Pernambuco dispõe de 356 cargos, dos quais apenas 218 estavam ocupados, conforme dados fornecidos pelo Corregedor-Geral da Defensoria Pública, em entrevista concedida a esses autores em 14/09/2005<sup>141</sup>. Pelos dados da tabela 1, é possível inferir que a realidade do Estado de Pernambuco se replica na maioria dos Estados brasileiro.

---

<sup>141</sup> NETO, José Mário Wanderley Gomes. HOLANDA, Maria Lucicleide Cavalcanti da Silva. Cidadania e acesso à justiça: modelo de assistência judiciária oferecido pelo estado de Pernambuco a partir da constituição de 1988. In. Manoel Severo Neto. Direito, cidadania & processo. Recife: FASA, 2006, p. 97.

O legislador constituinte derivado editou a Emenda Constitucional nº 80/2014, de 04 de junho de 2014, que por meio do art. 2º dessa emenda incluiu o art. 98 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, cujo mandamento fixa que no prazo de 8 (oito) anos a União, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais, cujo número de defensores deverá ser proporcional à efetiva demanda pelo serviço da Defensoria Pública e à respectiva população.

O último concurso para o cargo de defensor público da União ocorreu em 2010, por força da Resolução nº 36 do Conselho Superior da Defensoria Pública da União, de 16 de dezembro de 2009. Já o último concurso para o cargo de defensor público do Estado de Pernambuco ocorreu em 2006, pelo Edital 001/2006. Recentemente, já por força da Emenda Constitucional nº 80/2014, foi publicada, em 16 de julho de 2014, a Portaria Nº 874/2014, da Defensoria Pública do Estado de Pernambuco, pela qual foi constituído um grupo de trabalho que recebeu a incumbência de elaborar estudo para viabilização de concurso público para o cargo de defensor público do estado. Em 31 de janeiro de 2014, foi publicada a Resolução nº 78, de 21 de janeiro de 2014, do Conselho Superior da Defensoria Pública da União, que prevê a abertura de concurso público para o cargo de defensor público da União.

Nenhum dos diplomas legais acima que estão prevendo a abertura de concurso público para o cargo de defensor público traz o número de vagas do certame, todavia, espera-se que os anseios da sociedade e os ditames da norma constitucional sejam preservados, com a abertura do concurso com número de vagas que permita atender a demanda da sociedade e, por conseguinte, garantir um efetivo acesso à justiça, sob pena de estar-se diante de inconstitucionalidade por omissão do administrador.

A segunda onda trazida por Mauro Cappelletti e Bryant Garth versa sobre a tutela dos direitos transindividuais, quer sejam difusos ou coletivos. E em sendo os direitos sociais e, por conseguinte, a saúde, no primeiro momento, um direito da coletividade (sob a perspectiva de que é de todos), há que haver instrumentos apropriados para a tutela do interesse da coletividade. Desta feita, o ordenamento jurídico pátrio traz remédios constitucionais que se prestam a tutelar esse interesse, como é o caso da ação civil pública, do mandado de segurança coletivo e do

mandado de injunção. Além desses remédios, a tutela do interesse coletivo pode contar com a tutela do Ministério Público, bem como com o patrocínio da Defensoria Pública, dentre outros substitutos<sup>142</sup>, na busca da tutela do interesse da coletividade<sup>143</sup>.

Quadro-2 Estatísticas da Defensoria do Estado de Pernambuco<sup>144</sup>

ÁREA DE ATUAÇÃO	CÍVEL	CRIMINAL	JUIZADOS	ASSISTÊNCIA JURÍDICA A CRIANÇA E AO ADOLESCENTE	COTEL	CAUSAS COLETIVAS	RECURSOS CÍVEIS E CRIMINAIS P/ SEMESTRE	TOTAL
JANEIRO	13.901	6.683	Recesso	Recesso	86	0	0	20.670
FEVEREIRO	31.837	6.964	1.949	1.522	14	0	0	42.286
MARÇO	38.619	7.302	2.041	1.253	92	0	0	49.307
ABRIL	34.856	7.381	2.556	811	66	0	0	45.670
MAIO	35.123	8.812	2.806	1.078	67	0	0	47.886
JUNHO	33.504	5.924	1.658	1.746	102	0	0	42.934
JULHO	32.187	5.754	2.147	1.027	129	0	0	41.244
AGOSTO	33.156	7.134	2.462	1.354	26	0	0	44.132
SETEMBRO	33.597	7.308	3.143	1.031	62	0	0	45.141
OUTUBRO	33.458	5.313	2.153	2.223	11	0	0	43.158
NOVEMBRO	30.312	5.458	2.451	1.054	2	17.560	0	56.837
DEZEMBRO	25.021	4.788	3.304	1.181	25	0	0	34.319
TOTAL GERAL	375.571	78.821	26.670	14.280	682	17.560	404	513.988

<http://www.defensoria.pe.gov.br/defensoria/?x=texto&z=estatistica>

<sup>142</sup> “a saber, [...] os sindicatos, os partidos políticos, as entidades de classe e, num extremo avanço para o sistema brasileiro, as associações civis.” (NETO, José Mário Wanderley Gomes. O acesso à justiça em Mauro Cappelletti: análise teórica desta concepção como “movimento” de transformação das estruturas do processo civil brasileiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005, p. 84)

<sup>143</sup> “A Lei n. 11.448/07, incluindo a Defensoria Pública entre os legitimados para a ação civil pública, foi alvo de ação direta de inconstitucionalidade, proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), que alegou, apesar da norma expressa do art. 129, § 1º, da Constituição (“A legitimidade do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei”), que “a norma impugnada (...) afeta diretamente atribuição do Ministério Público, pois ele é, entre outros, o legitimado para tal propositura. A inclusão da Defensoria Pública no rol dos legitimados impede, pois, o Ministério Público de exercer, plenamente, as suas atividades”. A ADIn 3.943-1 foi distribuída à Min. Cármen Lúcia Antunes Rocha, não tendo havido julgamento até o tempo da elaboração do presente texto (março de 2013). Mais recentemente, em novembro de 2012, à matéria da legitimidade da Defensoria foi reconhecida repercussão geral pelo plenário virtual do Supremo Tribunal Federal, no ARE 690.838 (rel. Min. Dias Toffoli), que receberá assim decisão paradigmática.” (ANADEP. I Relatório Nacional de Atuações Coletivas da Defensoria Pública : um estudo empírico sob a ótica dos “consumidores” do sistema de justiça / [Coordenação, José Augusto Garcia de Sousa]. – Brasília : ANADEP, 2013. Disponível em: <<http://www.forumjustica.com.br/wp-content/uploads/2013/06/I-RELAT%C3%93RIO-NACIONAL.pdf>> Acesso em: 29 de julho de 2014.)

<sup>144</sup> Em contato verbal com a Defensoria Pública do Estado de Pernambuco foi informado que essa estatística de atendimento é um consolidado do número de procedimentos em 2013.

### Gráfico 5 - Estatísticas da Defensoria Pública do Estado de Pernambuco

■ JANEIRO ■ FEVEREIRO ■ MARÇO ■ ABRIL ■ MAIO ■ JUNHO ■ JULHO ■ AGOSTO ■ SETEMBRO ■ OUTUBRO ■ NOVEMBRO ■ DEZEMBRO ■ TOTAL GERAL

	JANEIRO	FEVEREIRO	MARÇO	ABRIL	MAIO	JUNHO	JULHO	AGOSTO	SETEMBRO	OUTUBRO	NOVEMBRO	DEZEMBRO	TOTAL GERAL
<b>CÍVEL</b>	13.901	31.837	38.619	34.856	35.123	33.504	32.187	33.156	33.597	33.458	30.312	25.021	375.571
<b>CRIMINAL</b>	6.683	6.964	7.302	7.381	8.812	5.924	5.754	7.134	7.308	5.313	5.458	4.788	78.821
<b>JUIZADOS</b>	0	1.949	2.041	2.556	2.806	1.658	2.147	2.462	3.143	2.153	2.451	3.304	26.670
<b>ASSISTÊNCIA JURÍDICA A CRIANÇA E AO ADOLESCENTE</b>	0	1.522	1.253	811	1.078	1.746	1.027	1.354	1.031	2.223	1.054	1.181	14.280
<b>COTEL</b>	86	14	92	66	67	102	129	26	62	11	2	25	682
<b>CAUSAS COLETIVAS</b>	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	17.560	0	17.560
<b>RECURSOS CÍVEIS E CRIMINAIS P/ SEMESTRE</b>	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	404
<b>TOTAL</b>	20.670	42.286	49.307	45.670	47.886	42.934	41.244	44.132	45.141	43.158	56.837	34.319	513.988

Elaborado pelo próprio autor a partir da Quadro-2

Apesar da relevância dos dados estatísticos da Defensoria Pública do Estado de Pernambuco, para uma melhor compreensão dos valores indicados seria necessários um estudo mais detalhado sobre as informações ali constantes, de modo que se identificasse, por exemplo, se no mês de novembro foram realizados 17.560 atos referentes à causas coletivas, bem como sobre o que compreende as causas coletivas.

A Associação Nacional dos Defensores Públicos realizou um estudo nos anos de 2012/2013, pelo qual ela diz ter realizado um amplo levantamento empírico, “abrangendo 50 atuações coletivas da Defensoria Pública em prol das pessoas carentes, nos mais diversos pontos do território brasileiro e versando sobre situações materiais as mais variadas, notadamente no campo dos direitos difusos (a maioria dos casos)”<sup>145</sup>.

Portanto, apesar do direito à saúde e o acesso à justiça ser um direito fundamental, bem como da Constituição Federal trazer mecanismos que busquem a efetivação desses direitos, observa-se que mesmo com avanços significativos, como a criação da justiça itinerante, o Estado precisa promover uma maior promoção na efetivação desses direitos.

Por isso, o Estado necessita suprir as carências apontadas em relação à Defensoria Pública, tornando possível um maior número de defensores, capaz de atender a demanda, nos estritos termos apontados por Mauro Cappelletti e Bryant Garth.

Desta feita, só assim os direitos fundamentais serão implementados nos moldes do art. 5º, § 1º da Constituição Federal, garantindo-se que eles não sejam meramente simbólicos.

Assim sendo, o direito à saúde é um direito fundamental da pessoa, que muitas vezes necessita do exercício do acesso à justiça para implementá-lo, o que exige medidas eficientes do Estado para suprir esse acesso, sob pena de subverter não só o acesso à justiça, mais também o direito à saúde.

Nesse contexto, os direitos fundamentais não se esgotam isoladamente, pois, ao que se percebe, um é ponto de sustentação (ou complemento) do outro. Na

---

<sup>145</sup> ANADEP. I Relatório Nacional de Atuações Coletivas da Defensoria Pública : um estudo empírico sob a ótica dos “consumidores” do sistema de justiça / [Coordenação, José Augusto Garcia de Sousa]. – Brasília : ANADEP, 2013. Disponível em: <<http://www.forumjustica.com.br/wp-content/uploads/2013/06/I-RELAT%C3%93RIO-NACIONAL.pdf>> Acesso em: 29 de julho de 2014.

doutrina há quem aponte que o direito à vida é o mais fundamental de todos, no entanto, dando margem a ideia de que os direitos fundamentais se completam, Mauro Cappelletti e Bryant Garth suscitam que o acesso à justiça é o mais básico dos direitos humanos, conforme passagem abaixo transcrita:

De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direito é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.<sup>146</sup>

Outrossim, o acesso à justiça pode ser visto como o mais fundamental de todos os direitos fundamentais na medida em que é por ele que se poderá buscar a preservação ou restauração dos demais direitos fundamentais.

---

<sup>146</sup> CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 12.

## 2 A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO COMO GARANTIA DA EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE

### 2.1 O CONSTITUCIONALISMO: DAS REVOLUÇÕES LIBERAIS AO NEOCONSTITUCIONALISMO

O fenômeno do constitucionalismo, nos moldes preconizados atualmente, conforme já anunciado, teve seu marco precursor a partir dos processos revolucionários do século XVIII, ou seja, o americano, de 1776, e o francês, de 1789, muito embora tenha se desencadeado sob prisma que vai além daquele preconizado em seus primórdios, especialmente a partir das grandes guerras<sup>147 148</sup>.

Portanto, o constitucionalismo data de pouco mais de 200 anos<sup>149</sup>. Contudo, Luís Roberto Barroso destaca que as ideias centrais do Constitucionalismo remontam à Antiguidade Clássica, mais notadamente ao ambiente da Polis grega, com alguns institutos adotados por Roma até a queda da República e início do Imperialismo. Só tendo sido retomado no final da Idade Média<sup>150</sup>.

O constitucionalismo surgiu como solução de contenção do poder que era concentrado nas mãos do monarca e do absolutismo da época, bem como da necessidade de se garantir direitos mínimos aos membros da sociedade, ao ponto

---

<sup>147</sup> Não se pretende aqui cometer o engodo anunciado por Luciano Oliveira em seu trabalho intitulado de Não fale do Código de Hamurabi, ao sustentar que o jurista que ingressa na pós-graduação “não pode pretender, de uma hora para outra, escrever capítulos de história ou de sociologia que mereçam o reconhecimento de sociólogos e historiadores”, justamente por, no momento, faltar o que ele denominou de traquejo para a elaboração de um capítulo com essa finalidade, pois, para tanto, há, ainda nas palavras de Luciano Oliveira, “exigências metodológicas e critérios de validade com os quais o jurista não está habituado”, porque, no caso, são próprias dos historiadores e sociólogos. OLIVEIRA, Luciano. Não fale do Código de Hamurabi. <[http://www.uniceub.br/media/180293/Texto\\_IX.pdf](http://www.uniceub.br/media/180293/Texto_IX.pdf)> Acesso em: 10 de agosto de 2012.

<sup>148</sup> Assim, ao tempo em que se evita o engodo, atenta-se para o primeiro conselho de Salo de Carvalho, ou seja, que é necessário respeitar a história. Por isso, pertinente é esclarecer que não se pretende neste capítulo fazer uma apresentação da História do Constitucionalismo, mas apenas apontar os momentos mais marcantes do desenvolvimento do constitucionalismo moderno. CARVALHO, Salo de. Como (não) se faz um trabalho de conclusão: provocação úteis para orientadores e estudantes de direito. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 24.

<sup>149</sup> BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2011. p.26.

<sup>150</sup> Ibid., P.28.

do art. 16, da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, trazer que o país que não divide poderes e nem declara direitos não tem uma Constituição<sup>151</sup>.

Luís Roberto Barroso diz que “Constitucionalismo significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei”<sup>152</sup>.

Nesse diapasão, a limitação do poder se dá pela constituição de valores básicos e garantia de direitos fundamentais; formação de uma estrutura orgânica, com funções de legislar, administrar e julgar, independentes entre si, mas que se controlem reciprocamente, e sob submissão as limitações processuais, com a atenção para o devido processo legal.<sup>153</sup>

Apesar do fenômeno do constitucionalismo tomar fôlego com as revoluções norte-americana e francesa, já se observava na sociedade algumas experiências precursoras, que remontam, em certa medida, como destacado acima no pensamento de Luís Roberto Barroso, a Antiguidade Clássica.

Por isso, balizado por essa doutrina - mas sem a pretensão de traçar a evolução do constitucionalismo - cabe destacar alguns acontecimentos mais atuais que marcaram o desenvolvimento do constitucionalismo, tomando por parâmetro o Reino Unido, os Estados Unidos da América, a França e a Alemanha, para desaguar no Brasil, neste caso com a Constituição Federal de 1988.

Desta feita, no Reino Unido (Inglaterra, País de Gales, Escócia e Irlanda do Norte), em 1215, foi editado um documento intitulado de *Magna Charta*, a qual impunha limites ao rei João Sem Terra, resguardando ao mesmo tempo direitos relativamente à propriedade, à tributação e às liberdades aos barões. Paolo Biscaretti Di Ruffia esclarece que

essa Carta foi considerada como o primeiro documento em que se afirmou alguns direitos públicos dos cidadãos britânicos, deve situar-se num particular ambiente jurídico-social. Apenas o caráter genérico de seus termos permitiu às gerações posteriores encontrarem, em seus artigos, princípio de alcance muito mais geral do que o simples reconhecimento solene dos antigos privilégios impostos pelos assinantes ao Monarca.<sup>154</sup>

---

<sup>151</sup> SANTOS, Gustavo Ferreira. Neoconstitucionalismo, Poder Judiciário e Direitos Fundamentais. Curitiba: Juruá, 2011. p. 19.

<sup>152</sup> BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2011. p.27.

<sup>153</sup> BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 27/28.

<sup>154</sup> DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. Direito constitucional: instituições de direito público. São Paulo; Revista dos Tribunais, 1984. p. 515/516.

Em 1628, já sob o Parlamento inglês, este submete ao rei a *Petition of Rights*, com limitações ao poder do rei, pela qual se questionava, por exemplo, os lançamentos de tributos sem aprovação do Parlamento<sup>155</sup>.

Em 1689, foi editada a *Bill of Rights*, limitando ainda mais o poder do monarca, ao prever a convocação regular do Parlamento, inclusive, tornando-o imprescindível para a criação de leis, nesse documento foi reafirmado que o Soberano também estava submetido às leis fundamentais<sup>156</sup>.

Luís Roberto Barroso destaca que atualmente a “estrutura de poder do Reino Unido funda-se em três grandes instituições: o Parlamento, a Coroa e o Governo” e que a “supremacia do Parlamento é o princípio constitucional maior, e não a supremacia da Constituição, como ocorre nos países que admitem o controle de constitucionalidade dos atos legislativos”<sup>157</sup>.

A Constituição inglesa não é formada por uma constituição escrita, mas há convenções e leis de cunho constitucional, e nas últimas décadas está ocorrendo um processo de transformação do direito constitucional inglês, passando a caracterizar-se por um direito legislado<sup>158</sup>.

E mesmo diante da supremacia do parlamento, onde, como regra, não há o controle de constitucionalidade por um Tribunal Constitucional, em 2005, foi criada a Suprema Corte ou a Corte Constitucional, cujo início das atividades ocorreram em 2009, com independência do Parlamento inglês, denotando a transformação do ordenamento jurídico inglês.

Ao contrário do constitucionalismo inglês, que se pautava pela supremacia do parlamento, o constitucionalismo norte americano foi sempre guiado pela superelevação da constituição, e ao contrário do inglês, de há muito conta com uma corte constitucional, a Suprema Corte, que realiza o controle de constitucionalidade e implementa a constituição dos Estados Unidos da América com suas decisões.

O constitucionalismo norte americano decorre inicialmente do conflito entre as então colônias inglesas e a Coroa britânica do Século XVIII, motivado, no primeiro

---

<sup>155</sup> DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. Direito constitucional: instituições de direito público. São Paulo; Revista dos Tribunais, 1984. p. 516.

<sup>156</sup> DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. Direito constitucional: instituições de direito público. São Paulo; Revista dos Tribunais, 1984. p. 517.

<sup>157</sup> BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 34.

<sup>158</sup> BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 35.

momento, pela opressão que se deu pela insatisfação das colônias pela criação dos tributos, desencadeada a partir de 1763<sup>159</sup>.

Assim, os conflitos entre as colônias e a Coroa se deram porque as colônias não concordavam com a imposição de tributos, bem como com as restrições às atividades econômicas e ao comércio.

Em 1774, ocorreu o Primeiro Congresso Continental, marco inicial da reação organizada das colônias à Coroa britânica. E, em 1775, ocorreu o Segundo Congresso Continental, a partir do qual se incentivou que as ex-colônias adotassem constituições escritas. Em 1776, em 04 de julho desse ano, foi assinada a Declaração de Independência das 13 colônias americanas. E, em 17 de setembro de 1787, ocorreu a aprovação da primeira constituição escrita do mundo moderno<sup>160</sup>.

A constituição norte-americana concretizou a independência das colônias; superação do modelo monárquico e promoveu a implantação de um governo constitucional, fundado na separação de Poderes, igualdade e supremacia da lei. Todavia, só em 1791, com as primeiras 10 emendas (*Bill of Rights*), é que houve a inclusão de uma declaração de direitos. E a escravidão só veio a ser abolida com a Emenda 13, de dezembro de 1865, ou seja, após mais de 70 anos da Constituição. Luís Roberto Barroso lembra que “mais de duzentos anos após sua entrada em vigor, a Constituição norte-americana ainda conserva sete artigos apenas, tendo sofrido o número reduzido de vinte e sete emendas ao longo desse período.”<sup>161</sup>

O sistema jurídico norte americano é fundado na *common law*, e dá aos tribunais um amplo poder de criação e adaptação do Direito, “a história do direito constitucional americano é contada pelas decisões da Suprema Corte, órgão supremo do Poder Judiciário, composto por nove membros (*Justices*)”<sup>162</sup>.

Assim como nos Estados Unidos, o constitucionalismo francês teve início com uma revolução, a Revolução Francesa, em 1789. Luís Roberto Barroso esclarece que “a Revolução não foi contra a monarquia, que, de início, manteve-se

---

<sup>159</sup> BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 37.

<sup>160</sup> BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 39.

<sup>161</sup> BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 40.

<sup>162</sup> BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 42.

inquestionada, mas contra o absolutismo, os privilégios da nobreza, do clero e as relações feudais”<sup>163</sup>.

Em 17 de junho de 1789, o terceiro estado, que era composto pelas camadas remanescentes da população, ou seja, que não faziam parte da nobreza e do clero, declarou Assembleia Nacional e, em 09 de julho de 1789, transformou-se em Assembleia Constituinte. E sob o lema liberdade, igualdade e fraternidade<sup>164</sup> promoveu-se a elaboração de uma nova Constituição.

A Revolução Francesa foi responsável pelo fim do absolutismo real, nobreza, estamentos privilegiados, corporativismo e do poder incontestável da Igreja Católica<sup>165</sup>.

Em 1789 foi criada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de caráter universal, e, em 1791, foi promulgada a primeira Constituição francesa.

Atualmente, a constituição francesa data de 1958, criada após a edição de quatro constituições anteriores.

O Poder Judiciário, ao contrário do sistema americano, é mitigado pelo sistema de jurisdição administrativa, uma vez que a jurisdição francesa se divide em jurisdição judicial e jurisdição administrativa, e ao Poder Judiciário é vedado apreciar atos do Parlamento e do governo. Apesar de não haver o controle de constitucionalidade nos moldes norte-americano, há um controle prévio, preventivo de verificação dos atos legislativos com a Constituição, que é feito perante o Conselho Constitucional e, a partir de 2008, passou a contar com um controle de constitucionalidade repressivo, particularmente em relação à inconstitucionalidade de lei que afronte direitos e liberdades garantidos pelo texto constitucional.<sup>166</sup>

Na Alemanha, destaca-se a Constituição de Weimar, promulgada após a Primeira Guerra Mundial, em 11 de agosto de 1919, que juntamente com a Constituição do México, de 1917, marcou o cenário constitucional com previsão de

---

<sup>163</sup> BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 48.

<sup>164</sup> “É significativo, a esse respeito, que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, só se refere à liberdade e à igualdade. A fraternidade fez sua entrada na Constituição de 1791, como um dos objetivos da celebração de festas nacionais [...] O tríptico famoso só veio a ser proclamado oficialmente com a Constituição republicana de 1848 (Preâmbulo IV).” COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 136.

<sup>165</sup> BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 50.

<sup>166</sup> BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 55.

direitos sociais, como direitos trabalhistas, previdenciário e à educação. Por isso, são consideradas os marcos da ascensão do Estado Social. Todavia, ainda que àquela seja “considerada um marco do constitucionalismo social, essa Carta jamais logrou verdadeira efetivação”<sup>167</sup>.

A Constituição de Weimar foi superada pelo regime político adotado pelo nazismo imposto por Hitler, que ficou para trás com fim da Segunda Guerra Mundial, quando foi promulgada a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha<sup>168</sup>, em 23 de maio de 1949.

Há na Alemanha uma corte de justiça constitucional, o Tribunal Constitucional Federal, que exerce o controle concentrado de constitucionalidade, e cuja atuação se restringe à jurisdição constitucional. Ao contrário do modelo de controle de constitucionalidade norte-americano, ou seja, do controle difuso, onde todos os juízes têm a competência de exercer esse controle, o controle alemão é concentrado, cabendo aos juízes, diante de uma questão que envolva uma suposta inconstitucionalidade, suspender o processo e enviar o caso ao Tribunal Constitucional Federal.

O cenário até agora apresentado favoreceu o chamado Estado Democrático de Direito, cujo primado deve ser o respeito pela lei, prestigiando a maioria sem que a minoria seja desprezada, garantindo não apenas os direitos individuais, mais também outros direitos fundamentais, como os direitos sociais, que são necessários para um mínimo de igualdade material, como garantia de uma efetiva liberdade. Para Luís Roberto Barroso, “o direito constitucional já não é apenas o Direito que está por trás da realidade social, cristalizando-a, mas o que tem a pretensão de ir à frente da realidade, prefigurando-a na conformidade dos impulsos democráticos”<sup>169</sup>.

Assim, o direito constitucional moderno

investido de força normativa, ordena e conforma a realidade social e política, impondo deveres e assegurando direitos. A juridicização do direito constitucional e a atuação profícua dos tribunais constitucionais ou das

---

<sup>167</sup> BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 57.

<sup>168</sup> Também conhecida por Lei Fundamental de Bonn, por ter sido promulgada na cidade de Bonn, na Alemanha.

<sup>169</sup> BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 69.

cortes a eles equiparáveis deram especial destaque à jurisprudência constitucional, característica marcante do novo direito constitucional<sup>170</sup>

Portanto, sob esse novo cenário do constitucionalismo, as normas constitucionais são dotadas de supremacia dentro do sistema jurídico, o direito constitucional é tomado como sendo capaz de garantir o exercício do direito subjetivo do cidadão, isto é, do indivíduo, que passa a contar com a admissibilidade da invocação da norma constitucional para assegurar o direito ou a garantia assegurada na Constituição. A Constituição tem o papel, no mundo moderno, de transportar o fenômeno político para o mundo jurídico, convertendo o poder em Direito. Destaca Luís Roberto Barroso que “em seu estágio atual, o direito constitucional assumiu, na Europa e no Brasil, uma dimensão claramente normativa. Nos Estados Unidos, desde sempre, esta fora sua característica essencial.”<sup>171</sup>.

No Brasil, “a força normativa e as conquistas de efetividade pela Constituição são fenômenos recentes, supervenientes ao regime militar, e que somente se consolidaram após a redemocratização e a promulgação da Constituição de 1988.”<sup>172</sup>.

## 2.2 A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

Rui Barbosa proferiu uma mensagem que tem sido repetida na doutrina de diversos autores, ele disse que “não há, numa Constituição, cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor de conselhos, avisos ou lições. Todas têm força imperativa de regras, ditadas pela soberania ou popular a seus órgãos”<sup>173</sup>.

Por isso mesmo é que a ideia de Ferdinand Lassalle, de que a constituição escrita seria apenas um pedaço de papel, como sustentado em sua obra intitulada de A Essência da Constituição, tem se tornado cada vez mais mitigada, pois, como destaca Luís Roberto Barroso,

---

<sup>170</sup> BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 69.

<sup>171</sup> BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2011. p.69.

<sup>172</sup> BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 108.

<sup>173</sup> BARBOSA, Rui. Comentários à Constituição Federal brasileira. São Paulo: Saraiva, 1933, t. II, p. 489.

o Direito contemporâneo é caracterizado pela passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, onde desfruta não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica. Compreendida como uma ordem objetiva de valores e como um sistema aberto de princípios e regras, a Constituição transforma-se no filtro através do qual deve ler todo o direito infraconstitucional. Esse fenômeno tem sido designado como constitucionalização do Direito, uma verdadeira mudança de paradigma que deu novo sentido e alcance a ramos tradicionais e autônomos do Direito, como o civil, o administrativo, o penal e o processual<sup>174</sup>

Para Ferdinand Lassalle, a Constituição que não se adéqua aos fatores reais de poder não passa de um pedaço de papel. Para ele a Constituição real é aquela que é movida pelos fatores reais de poder, por exemplo, o poder social representado pelos latifundiários e o econômico representado pela grande indústria e capital. Na visão dele ou a Constituição jurídica se adapta a esses poderes ou está fadada ao insucesso. Ferdinand Lassalle sustenta que questões constitucionais não são questões jurídicas, mas sim questões políticas. E diz que a Constituição real é uma constante ameaça à Constituição Jurídica, acaso esta não se adeque aquela. Sustentando que as relações fáticas resultantes da conjugação dos fatores reais de poder constituem a força ativa determinante das leis e das instituições da sociedade, fazendo com que estas expressem, tão-somente, a correlação de forças que resulta dos fatores reais de poder. Assim, para ele, esses fatores reais do poder formam a Constituição real do país.<sup>175</sup>

Em contraponto à teoria de Ferdinand Lassalle, que pretende transformar a Constituição jurídica no mero pedaço de papel, destaque-se também a doutrina de Konrad Hesse, ao trazer que “como toda ciência jurídica, o Direito Constitucional é ciência normativa”<sup>176</sup>. Portanto, as normas constitucionais são dotadas de imperatividade e, como tal, é heterônoma.

Konrad Hesse diz que há um condicionamento recíproco entre a Constituição jurídica e a realidade político-social, denominada por Ferdinand Lassalle de Constituição real, para se evitar norma despida de qualquer elemento de realidade ou de uma realidade esvaziada de elemento normativo, por isso, há uma relação de interdependência e coordenação. Ele destaca que “o significado da ordenação jurídica na realidade e em face dela somente pode ser apreciado se

---

<sup>174</sup> BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 109.

<sup>175</sup> LASSALLE, Ferdinand. A Essência da Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 33/40.

<sup>176</sup> HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Porto Alegre: FABRIS EDITOR, 1991. p. 11.

ambas – ordenação e realidade – forem consideradas em sua relação, em seu inseparável contexto, e no seu condicionamento recíproco”<sup>177</sup>. Até mesmo porque, como sustenta Konrad Hesse, “a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade”<sup>178</sup>.

Destarte, em que pese haver o condicionamento recíproco, a norma constitucional, conforme acima destacado, goza de imperatividade, assim sendo, não se limita a essa coordenação. Por isso, cabe destacar abaixo o que diz José Joaquim Gomes Canotilho:

A força normativa da constituição visa exprimir, muito simplesmente, que a constituição sendo uma lei como lei deve ser aplicada. Afasta-se a tese generalizadamente aceite nos fins do século XIX e nas primeiras décadas do século XX que atribuía à constituição um “valor declaratório”, “uma natureza de simples direção política”, um carácter programático despido da força jurídica actual caracterizadora as verdadeiras leis<sup>179</sup>

A constituição continua a ser uma ordem-quadro moral e racional do discurso político e uma norma fundante e superior do ordenamento jurídico, estruturada com base em regras e princípios identificadores da nossa comunidade jurídica.<sup>180</sup>

Realizar a constituição significa tornar juridicamente eficazes as normas constitucionais. Qualquer constituição só é juridicamente eficaz (pretensão de eficácia) através da sua realização. Esta realização é uma tarefa de todos os órgãos constitucionais que, na atividade legiferante, administrativa e judicial, aplicam as normas da constituição. Nesta <tarefa realizadora> participam ainda todos os cidadãos ‘pluralismo de intérpretes’ que fundamentam na constituição, de forma directa e imediata, os seus direitos e deveres.<sup>181</sup>

Outrossim, apesar de a doutrina dividir a norma constitucional quanto à sua eficácia jurídica, como faz José Afonso da Silva, ao classificá-la em norma de eficácia plena, eficácia contida e de eficácia limitada, caracterizando essa tipologia em relação à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma<sup>182</sup>, certo é que a norma constitucional é dotada de força normativa, pois ainda que haja a

<sup>177</sup> HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Porto Alegre: FABRIS EDITOR, 1991. p. 13.

<sup>178</sup> HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Porto Alegre: FABRIS EDITOR, 1991. p. 14.

<sup>179</sup> CANOTILHO. José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. Teoria da constituição. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1150.

<sup>180</sup> CANOTILHO. José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. Teoria da constituição. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1153.

<sup>181</sup> CANOTILHO. José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. Teoria da constituição. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1200.

<sup>182</sup> SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 67.

necessidade do legislador infraconstitucional editar uma determinada lei para implementar o mandamento constitucional, a norma constitucional emana força suficiente para obrigá-lo a adotar as providências fixadas na constituição, sob pena dos mecanismos previamente previstos pela norma constitucional tornar capaz o cumprimento do mandamento, como é o caso, por exemplo, do mandado de injunção<sup>183 184</sup>. Até porque, como sustenta Luís Roberto Barroso,

as ciências sociais, nas quais se inclui o Direito, sem desprezo ao estudo descritivo dos sistemas reais, ocupam-se, também, do estudo e elaboração de sistemas ideais, ou seja, da prescrição de um dever-ser. Deste modo, não se limita a ciência jurídica à explicação dos fenômenos sociais, mas, antes, investe-se de um caráter normativo<sup>185</sup>

A doutrina ainda divide, dentre outras, as normas constitucionais em normas de organização e de comportamento, em cogentes e dispositivas, e, como na jurisprudência norte-americana, em normas mandamentais e diretórias e, na doutrina italiana, em normas constitucionais preceptivas e diretivas<sup>186</sup>.

Contudo, essas teorias não tem o condão de tirar a força normativa da norma constitucional, o que se sustenta até mesmo em relação às normas diretivas, da teoria italiana, pois o limite, o peso, o sentido da força normativa se dá na medida em que a norma constitucional fixa, ou seja, a força se dá na medida do necessário, isto é, proporcionalmente ao seu desiderato.

Assim sendo, há que se concordar com a observação feita por Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres de Brito, quando eles dizem “que todas as normas

<sup>183</sup> Porque, “reconhecida a eficácia da norma constitucional (estabelecida no plano constitucional), competiria ao Judiciário ordenar à entidade pública ou privada que atendesse ao preceito constitucional cujo gozo estivesse inviabilizado.” LINS, Liana Cirne . Da Jurisdição Constitucional ao Direito Processual Constitucional: Delineamentos de um Direito Processual Constitucionalmente Adequado a Partir da Reflexão Sobre a Judicialização dos Direitos Fundamentais Sociais. In: MARTEL, Leticia de Campos Velho. (Org.). Estudos Contemporâneos de Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 267-287.

<sup>184</sup> Se alguns sistemas constitucionais, como aquele fundado pela Lei Fundamental de Bonn, admitem discussão sobre a existência de direitos fundamentais de caráter social (soziale Grundrechte), é certo que tal controvérsia não assume maior relevo entre nós, uma vez que o constituinte, embora em capítulos destacados, houve por bem consagrar os direitos sociais, que também vinculam o Poder Público, por força inclusive da eficácia vinculante que se extrai da garantia processual-constitucional do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. Revista Jurídica Virtual. Brasília, vol. 2, n. 13, junho/1999.

<sup>185</sup> BARROSO. Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 75.

<sup>186</sup> O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 76/79.

constitucionais são dotadas de eficácia, sem exceção.”<sup>187</sup>; o que também fora dito, em certa medida, por José Afonso da Silva, mesmo quando ele apresentou a norma constitucional de eficácia limitada. Pela fala de Liana Cirne Lins, é possível concluir que, “logo, pode-se afirmar que toda norma, mesmo programática, é vinculante e possui carga eficaz, restando analisar as condições de vinculação de cada norma em particular.”<sup>188</sup>

José Joaquim Gomes Canotilho arremata a questão posta com o seguinte argumento:

O sentido histórico, político e jurídico da constituição escrita continua hoje válido: a constituição é a ordem jurídica fundamental de uma comunidade. Ela estabelece em termos de direito e com os meios do direito os instrumentos de governo, a garantir direitos fundamentais e a individualização de fins e tarefas. As regras e princípios jurídicos utilizados para prosseguir estes objectivos são, como se viu atrás, de diversa natureza e densidade. Todavia, no seu conjunto, regras e princípios constitucionais valem como «lei»: o direito constitucional é direito positivo. Neste sentido se fala na «constituição como norma» (GARCIA DE ENTERRIA) e na «força normativa da constituição» (K. HESSE).<sup>189</sup>

Portanto, ainda que a doutrina pondere sobre a tipologia das normas constitucionais, entendendo, em alguns casos, que a norma constitucional não goza de eficácia plena, quando necessita, por exemplo, de implementação por parte do legislador infraconstitucional; contrariando essa posição, cabe dizer que a norma constitucional, dentro do seu objetivo, sempre goza de eficácia plena. Então, por exemplo, se a implementação de um determinado direito ou garantia ficou a cargo de uma atividade legiferante, mediante a edição de uma lei regulamentadora, essa foi a vontade do Constituinte, porque a norma constitucional assim previu, e a eficácia se esgota com a fixação da obrigação imposta ao legislador infraconstitucional, ou seja, a força normativa atinge a sua plena eficácia na medida em que esse legislador passa a ser o sujeito passivo da obrigação de fazer, isto é, de editar a respectiva lei, nos termos fixados na Constituição, o Estado ficou

---

<sup>187</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982. P. 34.

<sup>188</sup> LINS, Liana Cirne. A Justiciabilidade dos Direitos Fundamentais Sociais. Uma avaliação crítica do tripé denegatório da sua exibibilidade e da concretização constitucional seletiva. *Revista de Informação Legislativa*, v. 182, p. 51-74, 2009.

<sup>189</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993. p. 183.

vinculado ao cumprimento da obrigação por força da norma constitucional. Desta feita,

Logo, devem-se destacar dois aspectos: o primeiro é o fato de que se a Constituição impõe um dever de atuação concreto à Administração, seja diretamente, seja por via de mediação legislativa, não há discricionariedade quanto ao seu cumprimento ou não, sendo inadmissíveis omissões inconstitucionais, que se submetem ao controle jurisdicional sem que se possa falar em invasão da discricionariedade administrativa.<sup>190</sup>

De acordo com Robert Alexy,

Os direitos que o cidadão tem, contra o Estado, a ações estatais positivas podem ser divididos em dois grupos: aquele cujo objeto é uma ação fática e aquele cujo objeto é uma ação normativa. Trata-se de um direito a uma ação positiva fática quando [...] se fundamenta um direito a um mínimo existencial [...]. Direitos a ações positivas normativas são direitos a atos estatais de criação de normas<sup>191</sup>

Perfeitamente justificável assim a conclusão de Celso Antonio Bandeira de Mello, ao concluir que “pode-se perceber que o eixo metodológico do Direito Público não gira em torno da ideia de poder, mas gira em torno da ideia de dever”<sup>192</sup>.

Portanto, ainda que haja o inadimplemento da obrigação por parte do legislador infraconstitucional, isto é, ainda que ele não se desincumba do dever de editar a lei, a norma constitucional atingiu seu efeito quando fixou a responsabilidade dele, quer dizer, quando atribuiu essa obrigação a ele. Parafraseando Celso Antônio Bandeira de Mello, mesmo quando se está diante de normas ditas programáticas, se está diante de normas dotadas de força normativa, por serem imperativas no sentido de constituir o Estado no dever jurídico de implementá-las.<sup>193</sup> De acordo com José Afonso da Silva, “o caráter imperativo das normas jurídicas revela-se no determinar uma conduta positiva ou uma omissão, um agir ou um não-agir”.<sup>194</sup> Por Gustavo Ferreira Santos suscita-se que é questionável uma teoria que sustenta a inexistência

<sup>190</sup> LINS, Liana Cirne . A Tutela Inibitória Coletiva das Omissões Administrativas: Um Enfoque Processual Sobre a Justiciabilidade dos Direitos Fundamentais Sociais. RDE. Revista de Direito do Estado, v. 12, p. 223-262, 2008.

<sup>191</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 201/202.

<sup>192</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Discricionariedade e controle jurisdicional. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 14.

<sup>193</sup> DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais. São Paulo: Malheiros, 2011. p.121.

<sup>194</sup> SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 67.

de normas constitucionais que prescindem da intervenção do legislador para ter uma aplicabilidade imediata ou, especificamente, isoladamente, como ele colocou<sup>195</sup>.

Ivanilda Figueiredo sustenta que a Constituição brasileira caminha em sentido oposto à ideia de que as normas constitucionais sobre direitos sociais são normas programáticas, sob o fundamento de que os princípios fundamentais que consagram a justiça social tornam inadmissível essa visão delimitadora sobre a norma constitucional<sup>196</sup>.

Reforçando o argumento acima, destaque-se ainda que, diante do inadimplemento por parte do legislador infraconstitucional, a norma constitucional fixa instrumentos apropriados para implementar *in totum* a sua vontade, como é o caso do mandado de injunção, para aquelas previsões que também tem por finalidade implementar um direito por meio de norma infraconstitucional. Para o que corrobora o princípio da unidade da constituição, como evidenciado por Luís Roberto Barroso, ao citar uma decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão, nos seguintes termos:

uma disposição constitucional não pode ser considerada de forma isolada nem pode ser interpretada exclusivamente a partir de si mesma. Ela está em uma conexão de sentido com os demais preceitos da Constituição, a qual representa uma unidade interna<sup>197</sup>

Cabe apontar também que um dispositivo pode conter duas ou mais normas, cada uma contendo sua força própria em relação ao seu respectivo objetivo. Como destaca Nagib Slaibi Filho, “não se restringe, assim, a norma ao dispositivo; este é a expressão gráfica, o significante; aquela o significado, o comando que se extrai do dispositivo”.<sup>198</sup> Portanto, da norma pode-se extrair mais de um comando ou significado.

Ainda sob o pálio das palavras de Luís Roberto Barroso,

---

<sup>195</sup> SANTOS, Gustavo Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do supremo tribunal federal: limites e possibilidades. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 195.

<sup>196</sup> FIGUEIREDO, Ivanilda. Políticas públicas e a realização dos direitos sociais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006, p. 167.

<sup>197</sup> BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 193.

<sup>198</sup> SLAIBI FILHO, Nagib. A norma constitucional. Disponível na Internet: <[http://www.tjrj.jus.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=c05f448c-47e2-423e-a4c0-94f6b1273724&groupId=10136](http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=c05f448c-47e2-423e-a4c0-94f6b1273724&groupId=10136)> Acesso em: 02 de agosto de 2012.

As normas constitucionais, como espécie do gênero normas jurídicas, conservam os atributos essenciais destas, dentre os quais a imperatividade. De regra, como qualquer outra norma elas contêm um mandamento, uma prescrição, uma ordem, como força jurídica e não apenas moral. Logo, a sua inobservância há de deflagrar um mecanismo próprio de coação, de cumprimento forçado, apto a garantir-lhe a imperatividade, inclusive pelo estabelecimento das consequências da insubmissão ao seu comando.<sup>199</sup>

Todavia, como dito por Konrad Hesse, isso não quer dizer que o Direito desconsidera os fatos sociais, pelo contrário, a teor da teoria tridimensional de Miguel Reale, Direito é fato, valor e norma. Destaque-se também o pensamento de Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres de Brito, pois coaduna com a tese de que a norma constitucional não é um mero pedaço de papel, porque “os seus enunciados não remanescem ao nível puramente teórico das prescrições abstratas, mas descem ao nível concreto das suas incidências fáticas”<sup>200</sup> Nesse sentido é o pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, ao sustentar que a

Constituição não é um simples ideário. Não é apenas uma expressão de anseios, de aspirações, de propósitos. É a transformação de um ideário, é a conversão de anseios e aspirações em regras impositivas. Em comandos, Em preceitos obrigatórios para todos: órgãos e do Poder e cidadãos<sup>201</sup>

José Joaquim Gomes Canotilho destaca que a Constituição é a *lex superior*, quer seja por ser fonte da produção normativa do ordenamento jurídico, por isso ele a chama de norma *normarum*, quer seja porque a ela se reconhece um valor normativo hierarquicamente superior, o que a torna de observação para todos os atos estatais.

A constituição é a norma das normas, a lei fundamental do Estado, o estalão normativo superior de um ordenamento jurídico. Daí resulta uma pretensão de validade e de observância como norma superior diretamente vinculante em relação a todos os poderes públicos.<sup>202</sup>

---

<sup>199</sup> BARROSO. Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 78.

<sup>200</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 34.

<sup>201</sup> DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais. São Paulo: Malheiros, 2011. p.11.

<sup>202</sup> CANOTILHO. José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. Teoria da constituição. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1150.

À norma constitucional deve ser conferida a máxima efetividade, haja vista o princípio da máxima efetividade, como José Joaquim Gomes Canotilho denomina, ao trazer que

Este princípio, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efectiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).<sup>203</sup>

Corroborando ainda com a força normativa da constituição o próprio princípio da força normativa da constituição, que contribui para a adoção dos pressupostos que favorece as soluções hermenêuticas, ou seja, de interpretação da norma constitucional, que possibilitem a atualização normativa, preservando não só a eficácia dessa norma, mais também a sua permanência, isto é, a sua atualidade<sup>204</sup>.

Evidenciada a força normativa que há na constituição, inclusive, no que diz respeito à sua condição de norma *normarum*, há que se destacar o princípio da interpretação das leis em conformidade com a constituição, pelo qual, diante de interpretação que comporte vários significados da norma, deve-se dar preferência ao que dê um sentido em conformidade com a constituição.<sup>205</sup>

Parafraseando Gustavo Ferreira Santos, os princípios acima são indispensáveis para a interpretação da norma constitucional, porque, por meio deles se compreende a norma de maneira mais adequada<sup>206</sup>; acresça-se, aos seus fins.

Leonardo Carneiro da Cunha sustenta que

O reconhecimento dessa força normativa da Constituição, juntamente com a nova hermenêutica constitucional e com a ampliação da jurisdição constitucional, são os três elementos que viabilizaram a constitucionalização do direito, entendida como um fenômeno de expansão da aplicabilidade das normas constitucionais, cujo conteúdo axiológico se irradia, com força

---

<sup>203</sup> CANOTILHO. José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. Teoria da constituição. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1224.

<sup>204</sup> CANOTILHO. José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. Teoria da constituição. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1226.

<sup>205</sup> CANOTILHO. José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. Teoria da constituição. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1206.

<sup>206</sup> SANTOS, Gustavo Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do supremo tribunal federal: limites e possibilidades. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 25.

normativa, sobre todo o sistema jurídico. Os princípios constitucionais passam a condicionar a validade e o sentido de todo o ordenamento.<sup>207</sup>

Por isso, via de regra, quando uma lide é levada ao Poder Judiciário ele tem o dever de agir no estrito cumprimento de sua função classicamente concebida pela teoria da separação dos poderes, ou seja, no exercício de fazer cumprir o mandamento legal, no caso, da norma constitucional. Motivo pelo qual o indivíduo ao desejar a satisfação de sua pretensão sobre o direito à saúde judicializa a lide, e não impõe a judicialização da saúde, ou seja, que o Poder Judiciário haja por uma judicialização das políticas públicas, pois, como já destacado, as normas sobre os direitos fundamentais são de aplicação imediata, e exige uma ampla efetivação e eficácia. Sendo despiciente o questionamento sobre a legitimidade ou não do Poder Judiciário para se manifestar sobre as políticas públicas que digam respeito aos direitos fundamentais, como mais abaixo reafirmado.

Argumente-se, a Emenda Constitucional brasileira nº 29/2000 foi proposta com a finalidade de definir os critérios de investimentos a serem feitos na implementação do direito à saúde, transferindo, no primeiro momento, a manutenção desses critérios à Lei Complementar. Ultrapassou-se mais de 10 (dez) anos e o legislador não se desincumbira do que fora determinado pela norma constitucional, permitindo-se sustentar que o Poder Judiciário poderia ser chamado, por meio do Mandado de Injunção, ou até mesmo por uma Ação Civil Pública, a implementar a norma constitucional, em especial pela previsão do art. 77, inciso I, alíneas a) e b) c/c o § 4º do art. 77, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, nos termos da redação conferida pela Emenda Constitucional nº 29/2000, porque, a partir de 2005, a União deveria observar, ano a ano, o montante empenhado, no exercício anterior, em ações e serviços públicos de saúde, e corrigi-lo com a variação nominal do Produto Interno Bruto – PIB.

A interpretação acima está balizada pelos argumentos mais acima apresentados, com destaque para os que versam sobre o princípio da força normativa da constituição, da máxima efetividade e o da interpretação das leis em conformidade com a constituição.

---

<sup>207</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. O processo civil no estado constitucional e os fundamentos do projeto do novo código de processo civil brasileiro. Revista de Processo. São Paulo: RT, julho-2012, v. 209, p. 349-374.

Ainda que não seja preciso lembrar, a elevação do orçamento para a saúde, nos moldes traçados na Emenda Constitucional nº 29/2000, tem por finalidade garantir a implementação integral do direito à saúde, isso tanto é verdade que o critério para adequação do orçamento foi o montante empenhado em ações e serviços públicos de saúde no exercício financeiro anterior, corrigido pela variação nominal do PIB. E, em sendo o direito à saúde um direito fundamental, a norma trazida na referida emenda deve ser de aplicação imediata ou direta. E nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho, “aplicabilidade *directa* significa, desde logo, nesta sede – direitos, liberdades e garantias – a rejeição da <ideia criacionista> conducente ao desprezo dos direitos fundamentais enquanto não forem positivados a nível legal”.<sup>208</sup>

A propósito, sobre a possibilidade da Ação Civil Pública, cabe trazer a lume, mais uma vez, o pensamento de José Joaquim Gomes Canotilho, quando ele trata sobre a aplicabilidade direta da norma constitucional, por isso

Deve ter-se aqui em conta o sentido da aplicabilidade *directa* de preceitos consagradores de direitos, liberdades e garantias a que atrás se fez referência. Recorde-se o sentido fundamental desta aplicabilidade *directa*: os direitos, liberdades e garantias são regras e princípios jurídicos, imediatamente eficazes e actuais, por via *directa* da Constituição e não através da auctoria interpositivo do legislador. Não são simples norma *normarum* mas norma *normata*, isto é, não são meras normas para a produção de outras normas, mas sim normas diretamente reguladoras de relações jurídico-materiais.<sup>209</sup>

Por isso mesmo foi possível afirmar acima que a norma constitucional que confere ao legislador a obrigação de regulamentar um determinado direito ou garantia constitucional goza de eficácia plena, pois ela estabeleceu uma relação jurídico-material entre o sujeito titular da obrigação e o sujeito passivo dessa relação, ou seja, entre a coletividade e o indivíduo e o Estado. Afinal de contas, como pondera Nagib Slaibi Filho, a força normativa é inerente a todas as normas constitucionais<sup>210</sup>.

---

<sup>208</sup> CANOTILHO. José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. Teoria da constituição. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1178.

<sup>209</sup> CANOTILHO. José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. Teoria da constituição. Coimbra: Almedina, 2003. p. 438.

<sup>210</sup> SLAIBI FILHO, Nagib. A norma constitucional. Disponível na Internet: <[http://www.tjrj.jus.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=c05f448c-47e2-423e-a4c0-94f6b1273724&groupId=10136](http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=c05f448c-47e2-423e-a4c0-94f6b1273724&groupId=10136)> Acesso em: 02 de agosto de 2012.

E ainda que se diga que mesmo diante dessa força normativa e da aplicabilidade imediata das normas sobre direitos fundamentais ainda assim o direito à saúde estará submetido ao crivo discricionário do Estado, que elegerá, pelas políticas públicas, qual a medida desse direito, há que se considerar que a discricionariedade deve estar pautada na finalidade da norma constitucional, a qual, em se tratando de direitos fundamentais, tem por objetivo garantir o mínimo necessário para tutelar a vida e a dignidade da pessoa. A discricionariedade da Administração Pública não tem o condão de elidir a finalidade que está por detrás da norma que confere o direito à saúde a condição de direito fundamental, ou seja, de garantir o mínimo existencial ao indivíduo. Celso Antonio Bandeira de Mello levanta a seguinte indagação acerca da discricionariedade da Administração Pública: quando a lei regula uma dada situação em termos dos quais resulta discricionariedade, terá ela aberto mão do propósito e da imposição de que seja adotado o comportamento plenamente adequado à satisfação de sua finalidade?<sup>211</sup>

Para em seguida apresentar a seguinte resposta:

É de presumir que, não sendo a lei um ato meramente aleatório, só pode pretender, tanto nos casos de vinculação, quanto nos casos de discricção, que a conduta do administrador atenda excelentemente, à perfeição, a finalidade que a animou. Em outras palavras, a lei só quer aquele específico ato que venha a calhar à fivela para o atendimento do interesse público. Tanto faz que se trate de vinculação, quanto de discricção. O comando da norma sempre propõe isto. Se o comando da norma sempre propõe isto e se uma norma é uma imposição, o administrador está, então, nos casos de discricionariedade, perante o dever jurídico de praticar, não qualquer ato dentre os comportados pela regra, mas, única e exclusivamente aquele que atenda com absoluta perfeição à finalidade da lei [...] tem-se de concluir que a única razão lógica capaz de justificar a outorga de discricção reside em que não se considerou possível fixar, de antemão, qual seria o comportamento administrativo pretendido como imprescindível e reputado capaz de assegurar, em todos os casos, a única solução prestante para atender com perfeição ao interesse público que inspirou a norma<sup>212</sup>.

Portanto, ainda que se admita que o Estado goze de certa margem de liberdade para escolher como será implementado o direito à saúde, certo é que ele está margeado pela finalidade da norma, a qual, sob o que já foi apurado, deve visar garantir o mais elevado nível de saúde possível ao indivíduo. Por isso, ao fim e ao

---

<sup>211</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Discricionariedade e controle jurisdicional. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 32.

<sup>212</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Discricionariedade e controle jurisdicional. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 32/33.

cabo, a escolha se restringirá única e exclusivamente aquele ato que atenda com absoluta perfeição à finalidade da norma.

### 2.3 A DESMISTIFICAÇÃO DA SEPARAÇÃO DE PODERES E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

O exercício do poder passou a ser centralizado na mão do Estado, por vontade do povo, que detém o poder e o exerce pelas “mãos” dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Assim, tal qual a Declaração de Direitos de Virgínia, todo o poder emana do povo<sup>213</sup>, por isso se diz que ele é uno e indivisível. O Estado age como mandatário do povo<sup>214</sup>, que lhe atribuiu o exercício do poder por meio (considerando-os como funções<sup>215</sup>) ou por intermédio (considerando-os como agentes<sup>216</sup>) dos Poderes acima indicados. Pensar diferente é abolir a condição de estado democrático da República Federativa do Brasil. De acordo com Charles Louis de Secondat, ou melhor, com Montesquieu - que com o trabalho intitulado de “O Espírito das Leis” inspirou a teoria da separação dos poderes tripartida<sup>217 218</sup> - “quando, na república,

<sup>213</sup> “Art. 1º [...]Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.” (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. D.O.U. de 05/10/1988.)

<sup>214</sup> “O modelo de Estado em análise parece, então, postular como titular do poder constituinte um povo soberano que apenas o exerça por delegação, com o efeito limitativo que tal, desde logo, comporta e com o fim exclusivo de criar uma constituição, a ela ficando vinculado, sem que haja, portanto, lugar à contraposição entre soberania popular e soberania da constituição” (PIÇARRA, Nuno. A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra, 1989, p. 197.)

<sup>215</sup> “Hoje, esse princípio é tomado muito mais como um reconhecimento de naturezas distintas para as funções que o Estado exerce” (SANTOS, Gustavo Ferreira. Jurisdição constitucional e separação de poderes: limites e legitimidade do controle da constitucionalidade das leis. Revista da Pós-Graduação em Direito da UNICAP, Recife, v. 1, n. 1., p. 61-110, jan. 2002)

<sup>216</sup> “Na sua dimensão orgânico-funcional, o princípio da separação dos poderes deve continuar a ser encarado como princípio de moderação, racionalização e limitação do poder político-estadual no interesse da liberdade. Tal constitui seguramente o seu núcleo imutável.” (PIÇARRA, Nuno. A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra, 1989, p. 26.)

<sup>217</sup> “Montesquieu introduziu, de forma científica, a tripartição dos poderes, acrescentando à observação inglesa e aos estudos de Locke, o Poder Judiciário, como poder independente.” (MARTINS, Ives Gandra da Silva. A separação de poderes no Brasil. Brasília: Programa Nacional de Desburocratização. São Paulo: Instituto dos Advogados de São Paulo, 1985, p. 27.)

<sup>218</sup> “Todavia, “não foi uma ideia original de Montesquieu a previsão de funções distintas a serem exercidas pelo Estado. A referência necessária à sua obra, quando se estuda a separação de funções estatais, foi estabelecida em razão da importância que suas reflexões adquiriram, seja pelo momento em que foram produzidas, seja pela forma sistemática e inovadora como o tema foi abordado” (SANTOS, Gustavo Ferreira. Jurisdição constitucional e separação de poderes: limites

o povo em conjunto possui o poder soberano, trata-se de uma Democracia. Quando o poder soberano está nas mãos de uma parte do povo, chama-se uma Aristocracia.”<sup>219 220</sup> Cabe aqui a seguinte passagem de Celso Antônio Bandeira de Mello, sobre a origem do poder no estado moderno

Com efeito, o pensamento de Jean Jacques Rousseau, que em sua última e derradeira instância se apoia na ideia da igualdade, sustenta a soberania popular. Sendo todos os homens iguais, todo o poder a eles pertenceria. O Estado receberia parcelas de poder deferidas pelos vários indivíduos. De sorte que a origem, a justificação do poder, não mais residiria em algum direito divino, ou na simples positividade derivada da força, mas, pelo contrário, seria uma resultante direta da vontade consonante dos vários indivíduos que compõem o todo social. É a ideia da soberania popular, é a ideia de democracia<sup>221</sup>

Parafraseando Ernst Wolfgang Bockenförde, a Democracia, como forma de Estado e de Governo, de acordo com a Lei Fundamental, está vinculada ao princípio da soberania popular. Outrossim, a organização do Estado e o exercício do poder deriva sempre da vontade do povo. Portanto, todo o poder do Estado emana do povo.<sup>222</sup>

Por Reinhold Zippelius,

de acordo com a concepção democrática, o poder constituinte deverá ser o povo. Sob o ponto de vista histórico, esta ideia esta associada à doutrina do contrato político, de acordo com a qual a comunidade política deveria basear no consenso dos seus membros<sup>223</sup>.

---

e legitimidade do controle da constitucionalidade das leis. Revista da Pós-Graduação em Direito da UNICAP, Recife, v. 1, n. 1,, p. 61-110, jan. 2002.)

<sup>219</sup> Montesquieu, Charles de Secondat, Baron de, O espírito das leis. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 19.

<sup>220</sup> Ives Gandra da Silva Martins, ao sustentar a tese da superação da tripartição de poderes, com o discurso da criação de cinco poderes, destaca uma passagem de Lord Acton, qual seja: que o poder corrompe e o poder absoluto corrompe absolutamente. A melhor forma de controlar o poder é fazer com que o próprio poder se autocontrole. (MARTINS, Ives Gandra da Silva. A separação de poderes no Brasil. Brasília: Programa Nacional de Desburocratização. São Paulo: Instituto dos Advogados de São Paulo, 1985, p. 67.)

<sup>221</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Discricionariedade e controle jurisdicional. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 11.

<sup>222</sup> BOCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Estudios sobre el estado de derecho y la democracia. Madrid: Editorial Trotta, 2000, p. 47.

<sup>223</sup> ZIPPELIUS, Reinhold. Teoria Geral do Estado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 79.

Ainda com Celso Antônio Bandeira de Mello, como já visto mais acima, a Administração Pública tem o dever, acresça-se, de cumprir a função a ele atribuída pelo povo.

Parte da doutrina, ao considerar esses Poderes como agentes, aponta que falta legitimidade ao Poder Judiciário quando o assunto é políticas públicas, e ela faz isso sob a assertiva, via de regra, de que os membros desse poder, ou seja, os magistrados, não são eleitos pelo povo, o que em certa medida seria razoável se não o fossem. Montesquieu já apontava,

O povo que possui o poder soberano deve fazer por si mesmo tudo o que pode fazer bem; e o que não puder fazer bem, deve fazê-lo por meio de seus ministros.  
Seus ministros não são seus se ele não os nomeia; logo, é uma máxima fundamental deste governo que o povo nomeie seus ministros, isto é, seus magistrados.<sup>224</sup>

No entanto, como pontua Ernst Wolfgang Bockenförde, há diferentes formas de legitimação democrática, pois há a legitimação funcional e institucional, a orgânica-pessoal e a legitimação de conteúdo ou material. A primeira forma de legitimação indicada se dá por força da designação feita pelo Constituinte Originário, ou seja, pelo povo, quando da Assembleia Constituinte, que atribui funções específicas aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. De acordo com esse autor, essa atribuição específica impede que um dos poderes esteja totalmente submetido a outro poder. Por isso se diz que os poderes se reconhecem por si mesmo, isto é, são independentes entre si. Já as outras formas de legitimação apontadas, pode-se dizer que harmonizam os poderes, na medida em que dizem respeito a uma legitimação que Ernst Wolfgang Bockeförde colocou como concreta, que se faz necessária para que o respectivo órgão (ou poder) no âmbito de sua ação ou função desenvolva a sua atividade com legitimidade democrática. Esse autor esclarece que estas formas de legitimação são necessárias como complemento da primeira, pois, de outra forma, cada um dos poderes, que são independentes entre si, a partir do momento em que foram constituídos pelo povo, poderiam valer-se

---

<sup>224</sup> Montesquieu, Charles de Secondat, Baron de, O espírito das leis. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 20.

dessa independência para acesso à condição ou função do outro poder, sem a dependência do povo.<sup>225</sup>

Desta feita, de logo se denota que todos os Poderes estão legitimados diretamente pelo povo, uma vez que já na Assembleia Constituinte recebem as respectivas funções de forma direta, ou seja, são legitimados funcional e institucionalmente, com a designação das respectivas matérias em que exerceram suas funções. Então, a legitimação se dá no primeiro momento por terem sido constituídos diretamente pela vontade do povo e, em seguida, isto é, paralelamente, por também receberem as respectivas funções pelo próprio povo quando da Constituinte. Por isso, também é perfeitamente admissível apontar que eles têm sua legitimidade fundada na absoluta prevalência da Constituição.

Pela legitimação democrática orgânico-pessoal, é possível se depreender que a legitimação também se faz presente quando os servidores públicos ocupantes dos cargos públicos exercem esses cargos por força de uma relação ininterrupta e em cadeia com as relações anteriores que o vinculam ao povo. Tanto é que Ernst Wolfgang Bockenförde suscita que essa forma de legitimação não tem necessariamente que ser reconduzida de forma imediata pelo povo, o que é reafirmado quando ele expressa que tanto a designação mediata (direta) como a imediata (indireta) pelo povo são admissíveis, muito embora ressalte que a primeira resulte numa condição democrática mais elevada<sup>226</sup>.

Nesse diapasão, além de evidenciar-se que o Poder Judiciário goza de uma legitimidade que lhe foi conferida diretamente pelo povo, pela forma de legitimação acima, verifica-se que os próprios magistrados que compõem o Judiciário também estão legitimados pelo povo, senão diretamente, ao menos indiretamente, já que os mesmos ocupam o cargo público por uma relação ininterrupta e em cadeia, que os relaciona com a vontade do povo, na medida em que chegam a esse cargo, por exemplo, por meio de concurso público, que foi estabelecido como critério de admissão pelo Constituinte, ou seja, pelo povo. E neste momento se faz presente a legitimação democrática material ou de conteúdo, porque, por ela o que se observa é a presença da legitimação por ter-se preservado a vontade do povo no exercício

---

<sup>225</sup> BOCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Estudios sobre el estado de derecho y la democracia. Madrid: Editorial Trotta, 2000, p. 56.

<sup>226</sup> BOCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Estudios sobre el estado de derecho y la democracia. Madrid: Editorial Trotta, 2000, p. 58.

do poder pelo Estado, ou seja, o que se sobrepõe aqui para justificar a legitimação é se o conteúdo do exercício do próprio poder se deu nos moldes preconizados pelo povo ou se o mesmo guarda relação com a vontade do povo.<sup>227</sup>

Gustavo Ferreira Santos ao tratar sobre a legitimação democrática do Poder Judiciário defende que

Não há o que se questionar quanto à legitimação democrática funcional e institucional, afinal, os órgãos do Judiciários exercem funções constitucionalmente determinadas. A legitimação democrática orgânico-pessoal, ao menos em nosso sistema, não se dá pelo voto direito para a escolha de magistrados. Decorre da nomeação para cargos criados por decisão dos representantes, através de leis. Quanto à legitimação material ou de conteúdo, observa-se na atividade do Judiciário quando a ela não é dado agir contra o Direito, mas, ao contrário, vê-se o magistrado vinculado aos preceitos legitimamente fixados pelo legislador e, em ordenamentos nos quais há revisão judicial da legislação, compatíveis com a Constituição.<sup>228</sup>

Por isso, considerando que o povo também exerce seu poder por intermédio ou sob representação do Executivo e do Legislativo, há que se preservar mesmo a ideia de que os juízes, desembargadores e ministros são escolhidos pelo povo.

Montesquieu, ao se referir da concentração do poder nas mãos do povo, suscita que o povo

Tem necessidade, como os monarcas, e até mais do que eles, de ser conduzido por um conselho ou senado. Mas, para que nele tenha confiança, deve eleger seus membros, quer os escolhendo por si mesmo, como em Atenas, quer por algum magistrado que estabeleceu para elegê-los, como se praticava em Roma em algumas oportunidades.<sup>229</sup>

Considere-se também que a escolha do Chefe do Executivo, dos Deputados, Senadores e Vereadores, no ordenamento jurídico pátrio atual, se dá por meio da seleção direta, realizada pelo povo em eleição, mas, até bem pouco tempo, essa eleição ocorria de forma indireta, e nem por isso se questionava a legitimidade do Legislativo quando havia a necessidade de se legislar sobre políticas públicas.

Dentre outras ponderações, ainda há quem levante o que Mauro Cappelletti intitulou de incompetência institucional da magistratura para agir com força criadora

<sup>227</sup> BOCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Estudios sobre el estado de derecho y la democracia. Madrid: Editorial Trotta, 2000, p. 62.

<sup>228</sup> SANTOS, Gustavo Ferreira. Neoconstitucionalismo, poder judiciário e direitos fundamentais. Curitiba: Juruá, 2011, p. 50.

<sup>229</sup> Montesquieu, Charles de Secondat, Baron de, O espírito das leis. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 20.

do direito,<sup>230</sup> sob a assertiva de que o Poder Judiciário não está adequadamente aparelhado para analisar questões que extrapolam a questão jurídica, como as econômicas e sociais, isto é, políticas. No entanto, quanto a isso, evidencia-se que, assim como o Poder Legislativo e o Poder Executivo, o Poder Judiciário goza de ampla autonomia administrativa e financeira, a teor dos arts. 96 e 99 da Constituição Federal, o que lhe confere (ou melhor, exige) plenas condições para que se estruture de modo a melhor atender as demandas da sociedade, ainda que essas lhe cheguem sob a forma de lides.

Portanto, o Poder Judiciário há que sanar essa eventual incompetência com, por exemplo, a promoção da contratação de economistas e sociólogos, dentre outros profissionais que detenham um conhecimento mais específico para lidar com os temas que envolvam a ceara das políticas públicas, como a saúde e a educação, alias, como ocorre no Legislativo e Executivo. Até porque, como pondera Maria Paula Dallari Bucci, “na verdade, o fenômeno do direito, especialmente o direito público, é inteiramente permeado pelos valores e pela dinâmica da política”<sup>231</sup>, o que reforça a ideia de que o Judiciário precisa estar aparelhado para lidar com o próprio direito. Por isso, o Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010, que “recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde”<sup>232</sup>.

Nesse mister, o Poder Judiciário poderá lançar mão ainda das chamadas audiências públicas, como as previstas nas Leis 9.868/99 e 9.882/99, que versam sobre o processo e julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade; das ações declaratórias de constitucionalidade e da arguições de descumprimento de preceito fundamental, e as estabelecidas em seus Regimentos Internos, como as do STF, que no art. 13, inciso XVII e art. 154, prevê a possibilidade de realização de

---

<sup>230</sup> . CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 86.

<sup>231</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In Maria Paula Dallari Bucci. Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1.

<sup>232</sup> “I. Recomendar aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais que: a) até dezembro de 2010 celebrem convênios que objetivem disponibilizar apoio técnico composto por médicos e farmacêuticos para auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes das ações relativas à saúde, observadas as peculiaridades regionais;” BRASIL. CNJ. Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010. Publicado no DJ-e nº 61/2010, em 07/04/2010, p. 4-6.

audiência pública “para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral ou de interesse público relevante”<sup>233</sup>. Destaque-se ainda, para tanto, a contribuição advinda com o *amicus curiae*, que tem por função, de acordo com Cassio Scarpinella Bueno, municiar os magistrados “com os elementos mais importantes e relevantes para o proferimento de uma decisão ótima”.<sup>234</sup> O que fortalece a própria democracia, com a abertura para uma participação popular, à luz, inclusive, da sociedade aberta dos intérpretes de Peter Häberle<sup>235</sup>, como apresenta Gilmar Ferreira Mendes e André Rufino do Vale na seguinte passagem:

No âmbito legislativo, a Lei nº 9.868/99, ao institucionalizar a figura do *amicus curiae* na jurisdição constitucional brasileira, representa um eloquente exemplo da forte influência da doutrina de Häberle que propugna por uma interpretação aberta e pluralista da Constituição.

[...]

A propósito, observe-se que Peter Häberle defende a necessidade de que os instrumentos de informação dos juízes constitucionais sejam ampliados, especialmente no que se refere às audiências públicas e às “intervenções de eventuais interessados”, assegurando-se novas formas de participação das potências públicas pluralistas como intérpretes em sentido amplo da Constituição<sup>236</sup>

Assim sendo, ainda que no primeiro momento seja pertinente a ponderação sobre a incompetência institucional, como fez Stephen Holmes e Cass Robert Sunstein, ao levantarem que os tribunais não têm as mesmas habilidades das agências de execução e que eles contam com fontes de informação tendenciosa<sup>237</sup>, acima foi visto que essas questões podem ser perfeitamente superadas, o que, por conseguinte, supera a apontada incompetência.

<sup>233</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Regimento Interno: [atualizado até junho de 2014] – consolidado e atualizado até maio de 2002 por Eugênia Vitória Ribas. Brasília: STF, 2014.

<sup>234</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. Quatro Respostas sobre o Amicus Curiae. Revista da Escola Nacional da Magistratura - Ano II, ed. nº 5 -- Brasília: Escola Nacional da Magistratura, 2008, p 132/138.

<sup>235</sup> HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição sociedade aberta dos intérpretes. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2002, passim.

<sup>236</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. VALE, André Rufino. O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: IDP, Ano 2, 2008/2009.

<sup>237</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass Robert. The cost of rights: why liberty depends on taxes. New York: W. W. Norton & Company, 2000, p. 94/95.

Considere-se ainda, sob outra vertente, que o devido processo legal exige que o juiz seja imparcial, e sua forma de admissão, ou seja, o concurso público, lhe garante uma independência funcional; permitindo-lhe um afastamento das injunções político-partidárias<sup>238</sup> que movem os membros dos outros poderes; ao tempo em que lhe dar condições de exercer os auspícios do Constituinte de forma mais independente, isto é, sem a influência político-partidária.

A Assembleia Constituinte de 1988 não vedou ao Poder Judiciário a possibilidade dele se manifestar sobre políticas públicas, como fez o Constituinte de 1934, ao trazer no art. 68, da Carta de 34, uma vedação expressa, no seguinte sentido: “Art. 68 - É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas.”, o que também afasta a suposta incompatibilidade apontada pela doutrina. Assim sendo, é possível sustentar que o Constituinte Originário não recepcionou a denominada doutrina das *political questions*<sup>239</sup>, apesar dela ter tido alguma influência no Brasil, como pondera Gustavo Ferreira Santos ao trazer que

essa doutrina teve alguma influência no Brasil, sendo adotada pelo Supremo Tribunal Federal como motivo para não declaração de inconstitucionalidade. Porém, vítima de diversos questionamentos, tem conhecido declínio, não sendo mais tomada restritivamente.<sup>240</sup>

Mais uma vez com Montesquieu,

Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil.

Com o primeiro, o príncipe ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas

<sup>238</sup> CANELA JUNIOR, Osvaldo. Controle Judicial de Políticas Públicas. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 100.

<sup>239</sup> “A doutrina das questões políticas, ou *political questions*, como é chamada nos Estados Unidos, país de onde se originou, tem sido utilizada ao longo da história do constitucionalismo sempre que se quer afastar matérias ou fatos da apreciação do Poder Judiciário” TESSMANN, Erotides Kniphoff. SANGOI, Trícia Schaidhauer. As “questões políticas”: aportes teóricos e repercussões no âmbito da jurisdição constitucional. Revista de Direito Dom Alberto, v. 1, n. 1, 2010. Disponível em: < <http://domalberto.ning.com/page/rdda-01-artigos> > Acesso em:: 28 de agosto de 2014.

<sup>240</sup> SANTOS, Gustavo Ferreira. Neoconstitucionalismo, poder judiciário e direitos fundamentais. Curitiba: Juruá, 2011, p. 84/85.

entre os particulares. Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado.<sup>241</sup>

O art. 2º, da Constituição Federal, aponta que esses Poderes são autônomos e ao mesmo tempo harmônicos entre si. A autonomia permite que eles se desenvolvam ou atuem de forma independente, e a harmonia dá a ideia de que eles estão ligados entre si, ela confere uma mitigação à autonomia, o que é perfeitamente admissível, já que constituem um poder que é único e indivisível. Antônio Houaiss aponta como significado de harmonia a “1 combinação de elementos ligados por uma relação de pertinência, que produz uma sensação agradável e de prazer”<sup>242</sup>. A relação de pertinência entre esses Poderes está para o poder, que é único, e para o alcance dos interesses do povo, que desde o Preâmbulo da Constituição Federal o indica. Por essa harmonia é possível concordar com a seguinte conclusão de Celso Ribeiro Bastos, “é óbvio que dentro do Estado não pode haver três órgãos que se ignorem reciprocamente e que queiram ser absolutamente bastantes a si mesmos”<sup>243</sup>. Por Karl Loewenstein, sem adentrar no desdobramento dado por ele sobre a separação de poderes, um ato do Estado constitucional só tem validade quando os vários detentores do poder, isto é, das funções, estão dispostos a agir conjuntamente, bem como quando um poder está submetido a outro. Esse autor defende que a separação de poderes não é nada mais do que a necessidade de separação de funções, uma divisão de trabalhos, que beneficia os destinatários, ante a divisão e controle do poder político, ele chega a dizer que a concepção da separação de poder deve ser entendida sob uma perspectiva meramente figurativa<sup>244</sup>.

Reinhold Zippelius também sustenta que

A constituição e outras normas jurídicas podem, pois, repartir as funções da legislação, administração e jurisdição por diferentes órgãos do Estado, e isto de modo a que se crie também um sistema de checks and balances (divisão dos poderes, § 3 31 II). Mesmo assim não se devem, contudo, entender os

---

<sup>241</sup> Montesquieu, Charles de Secondat, Baron de, O espírito das leis. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 167/168.

<sup>242</sup> HOUAISS, Antônio. Houaiss eletrônico. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2009.

<sup>243</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de teoria do Estado e ciência política. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 78.

<sup>244</sup> LOEWENSTEIN, Karl. Teoria de la constitucion. Barcelona: Ariel, 1970, p. 61/70.

diversos poderes como poderes isolados mais sim como factores jurídica e funcionalmente coordenados<sup>245</sup>

É interessante notar que a Assembleia Constituinte de 1988 deixou de optar por fazer a restrição que fora feita anteriormente na Constituição Federal quando da separação dos poderes, ou seja, ela não repetiu a disposição posta no art. 6º, da Constituição Federal de 1967, isto é, não vedou, como regra, a qualquer dos Poderes delegar atribuições, o que mitiga a ideia de uma separação rígida das atribuições dos Poderes. Considere-se ainda que todas as vezes que o Constituinte Originário entendeu por proibir ou vedar algum ato ou comportamento ele foi expresso, ao menos sob o ponto de vista literal.

Outrossim, é sabido que a tripartição de poderes tem por pano de fundo a “descentralização” do poder, melhor dizendo, a descentralização do exercício do poder, considerando que o poder é uno. Então, considerar que o exercício das políticas públicas é exclusiva, deste ou daquele Poder, é ir de encontro à própria teoria clássica da separação dos poderes. A ideia de exclusividade é temerosa, pois ela está acompanhada do privado, o que refoge ao pensamento de que o poder é do povo, ou seja, é público.

Oscar Godoy Arcaya critica a interpretação que pregue radicalmente uma absoluta separação funcional, pessoal e material das funções do Estado, e ao fazer isso ele sustenta que Montesquieu defende uma separação de poderes relativa, e não total ou absoluta, e muito menos excludente, conforme se verifica na transcrição da seguinte passagem:

La teoría de la separación de poderes ha sido interpretada de distintos modos. Una de las versiones más radicales sostiene que Montesquieu atribuye las tres funciones esenciales del Estado a órganos —conformados por autoridades individuales o colegiadas— completamente distintos e independientes entre sí.

Esas funciones, en consecuencia, estarían completamente separadas. Y esta radical separación sería funcional, personal y material: cada órgano ejercería la totalidad de una función —legislativa, ejecutiva o judicial— en forma plenamente independiente y monopólica; ninguna autoridad podría revocar las decisiones de las otras; y a todas les estaría prohibida cualquier relación o comunicación entre ellas.

Sin embargo, esa interpretación extrema, además de inaplicable a la realidad, no parece desprenderse de los textos de Montesquieu. Pues, si

---

<sup>245</sup> ZIPPELIUS, Reinhold. Teoria Geral do Estado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 81.

analizamos el famoso capítulo sexto del libro XI, que trata acerca de la monarquía inglesa, nos encontramos con un cuadro diferente.

Un punto crucial de la argumentación de Montesquieu es que la separación de poderes no es total o absoluta, sino relativa. No se atribuye “en exclusiva” cada poder del Estado a una autoridad individual o colegiada.<sup>246</sup>

<sup>247</sup>

Oscar Godoy Arcaya conclui sua crítica à ideia absolutista do poder exclusivista com a afirmação de que a acumulação de poder em um único órgão estimula a ilegalidade,<sup>248</sup> o que, por conseguinte, justifica a atuação do Poder Judiciário; ainda mais quando se considera que “o poder entregue ao Estado pode se voltar contra a comunidade, o que requer a limitação na sua atuação”<sup>249</sup>, pelo controle de um Poder sobre o outro. Para Mauro Cappelletti,

Na verdade, a expansão do papel do judiciário representa o necessário contrapeso, segundo entendo, num sistema democrático de ‘*checks and balances*’, à paralela expansão dos ‘ramos políticos’ do estado moderno. [...] A verdade é que apenas um sistema equilibrado de controles recíprocos pode, sem perigo para a liberdade, fazer coexistir um legislativo forte com um executivo forte e um judiciário forte<sup>250</sup>.

A premissa sobre a separação dos poderes é a de melhor tutelar os interesses dos indivíduos, mitigando-se o arbítrio de algum dos poderes, pelo controle que um exerce sobre o outro, garantindo-se ao cidadão o que Montesquieu

<sup>246</sup> ARCAYA, Oscar Godoy. Antologia Política de Montesquieu. Revista Estudios Públicos., otoño, 1996. p. 337/406. Disponível em: <[http://www.cepchile.cl/dms/archivo\\_1025\\_234/rev62\\_godoy.pdf](http://www.cepchile.cl/dms/archivo_1025_234/rev62_godoy.pdf)> Acesso em:: 30 de julho de 2014.

<sup>247</sup> A teoria da separação de poderes tem sido interpretada de diferentes modos. Uma das versões mais radicais defende que Montesquieu atribui as três funções essenciais do Estado a órgãos formados por autoridades individuais ou colegiadas, completamente distintos e independentes entre si. Essas funções, por conseguinte, seriam completamente separadas. E esta radical separação seria funcional, pessoal e material: cada órgão exerceria a totalidade de uma função – legislativa, executiva e judiciária – totalmente independente e exclusiva; nenhuma autoridade poderia anular as decisões das outras; e elas estariam proibidas de qualquer relação ou comunicação entre elas. No entanto, essa interpretação extrema também é inaplicável à realidade, e não aparece nos textos de Montesquieu. Pois se analisarmos o famoso capítulo sexto, do livro XI, que trata da monarquia inglesa, nós encontramos um quadro diferente. Um ponto crucial da argumentação de Montesquieu é que a separação de poderes não é total ou absoluta, mas relativa. (tradução livre)

<sup>248</sup> ARCAYA, Oscar Godoy. Antologia Política de Montesquieu. Revista Estudios Públicos., otoño, 1996. p. 337/406. Disponível em: <[http://www.cepchile.cl/dms/archivo\\_1025\\_234/rev62\\_godoy.pdf](http://www.cepchile.cl/dms/archivo_1025_234/rev62_godoy.pdf)> Acesso em:: 30 de julho de 2014.

<sup>249</sup> SANTOS, Gustavo Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do supremo tribunal federal: limites e possibilidades. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 39.

<sup>250</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 19 e 54.

chamou de paz de espírito; não era outro o entendimento dele<sup>251</sup>, conforme leitura da passagem abaixo

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.<sup>252</sup>

O aporte feito sobre a fundamentação de Montesquieu se deu apenas<sup>253</sup> para desmistificar a tese que sustenta, a partir desse pensador, uma tripartição de poderes estanque, pois, no ordenamento jurídico pátrio, por força da Constituição Federal, o poder é do povo, que o exerce por meio e ou por intermédio do Legislativo, Executivo e Judiciário, ou seja, sob representação<sup>254</sup> desses Poderes, o que é feito de forma independente, porém, harmonicamente. Por isso, pode-se dizer

<sup>251</sup> Muito embora, Alexandre Douglas Zaidan Carvalho pondere que “a separação de poderes proposta visava não a efetiva guarda dos direitos dos cidadãos, mas a preocupação de que o titular do poder, egoísta e arbitrário por natureza, tivesse o exercício de suas funções contido pelo próprio poder. CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan. Montesquieu e a releitura da separação de poderes no Estado contemporâneo: elementos para uma abordagem crítica. *Lex Humana*, <http://seer.ucp.br/seer/index.php/LexHumana>, v. 1, n. 2, Dez. 2010. ISSN 2175-0947. Disponível em:

<<http://seer.ucp.br/seer/index.php?journal=LexHumana&page=article&op=view&path%5B%5D=21&path%5B%5D=20>>. Acesso em: 30 Jul. 2014.

<sup>252</sup> Montesquieu, Charles de Secondat, Baron de, *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 168.

<sup>253</sup> E isso não corresponde ao desprezo pela teoria de Montesquieu, até porque o constitucionalismo foi inspirado no pensamento dele, que mesmo tendo sido elaborado em um contexto diferente, quando colocado sob o contexto atual é perfeitamente aplicável. “As críticas dirigidas à concepção racionalista e liberal da tripartição dos poderes, cuja aplicação restou ainda mais difícil com as mudanças na configuração política e econômica da organização estatal com o advento do Estado Social ‘como fruto da superação ideológica do antigo liberalismo’, levaram o constitucionalismo contemporâneo a realizar uma releitura da doutrina da separação de poderes.” CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan. Montesquieu e a releitura da separação de poderes no Estado contemporâneo: elementos para uma abordagem crítica. *Lex Humana*, <http://seer.ucp.br/seer/index.php/LexHumana>, v. 1, n. 2, Dez. 2010. ISSN 2175-0947. Disponível em:

<<http://seer.ucp.br/seer/index.php?journal=LexHumana&page=article&op=view&path%5B%5D=21&path%5B%5D=20>>. Acesso em: 30 Jul. 2014.

<sup>254</sup> Quanto à representação democrática, Reinhold Zippelius destaca que “o povo actua através da vontade dos seus representantes a quem confere mandato para ‘expressar a vontade em seu lugar’. A formação da vontade destes é, pois imputada ao povo, ou, melhor dito, à comunidade organizada num Estado”. ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 238.)

que o povo não só possui ou domina o poder, ele também governa pelo domínio que tem sobre o poder.<sup>255</sup>

Alhures já foi dito que o Poder Judiciário faz parte do denominado Poder Público, e a teor do art. 194, da CF, tem competência para fazer valer os mandamentos constitucionais que versam sobre a seguridade social, a despeito do entendimento exclusivista de parte da doutrina sobre a separação dos poderes.

Parte da doutrina, sob o argumento de que é vedado ao Poder Judiciário legislar, também critica a atuação do Poder Judiciário quando se está diante das políticas públicas. Contudo, indiscutivelmente, sabe-se que ao Judiciário foi atribuída a função de fazer cumprir a norma constitucional, por isso, legitimada está a atuação do Poder Judiciário quando se estiver diante das políticas públicas sobre o direito à saúde, ainda mais quando se considera que “legislar também é aplicar a Constituição”.<sup>256</sup>

Além disso, não se pode esquecer que Direito, segundo a teoria tridimensional de Miguel Reale, é fato, valor e norma<sup>257 258</sup>, e a essa premissa também deve estar atento o juiz. Com Miguel Reale,

para nós, como para os que se alinham numa compreensão concreta do Direito, a norma jurídica, não obstante a sua estrutura lógica, assinala o “momento de integração de uma classe de fatos segundo uma ordem de valores”, e não pode ser compreendida sem referência a esses dois fatores, que ela dialeticamente integra em si e supera<sup>259</sup>

Portanto, a bem da verdade, sob essa premissa, via de regra, o Juiz aplica a norma jurídica no caso concreto, sem se desvencilhar da lei, já que a partir dela ele procura enxergar o fato, o valor e a norma, o que mitiga a tese de um Poder Judiciário legiferante.

---

<sup>255</sup> BOCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Estudios sobre el estado de derecho y la democracia. Madrid: Editorial Trotta, 2000, p. 52.

<sup>256</sup> CAMPOS, Hélio Sílvio Ourem. Segurança jurídica: valores e expressões objetivas. In: Manoel Severo Neto. Direito, cidadania & processo. Recife: FASA, 2006, p. 289.

<sup>257</sup> “tais elementos ou fatores (fato, valor e norma) não existem separados um dos outros, mas coexistem numa unidade concreta” (REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 65)

<sup>258</sup> “Invocar a visão tridimensional talvez possa auxiliar a explicação desse enfoque. O direito é fenômeno concebido sob a face fática, a valorativa e a normativa.” (NALINI, José Renato. O juiz e o acesso à justiça. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 16)

<sup>259</sup> REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. São Paulo: Saraiva, 2002, 104.

Assim sendo, quanto à convocação do Poder Judiciário, a ele cabe a tarefa da defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos das pessoas, como sustenta José Joaquim Gomes Canotilho, no primeiro momento, ao tratar da constituição portuguesa<sup>260</sup>, o que se adequa perfeitamente ao ordenamento jurídico brasileiro, ainda mais quando esses direitos são de garantia constitucional<sup>261</sup>.

Já foi visto que após a Segunda Guerra Mundial o Estado do Bem-Estar Social tomou folego e passou a guiar o ordenamento jurídico internacional e pátrio, o que desencadeou

uma remodelação do Estado e do Direito, aqui designada “passagem do paradigma do Estado de Direito para o do Estado Social ou de Bem-Estar Social”, em que o Direito é materializado e, precisamente em razão dessas exigências de materialização do Direito, não somente o Estado tem a sua seara de atuação extraordinariamente ampliada para abranger tarefas vinculadas a essas novas finalidades econômicas e sociais que, agora, lhe são atribuídas, como o próprio ordenamento ganha um novo grau de complexidade. O juiz agora não pode ter a sua atividade reduzida a uma mera tarefa mecânica de aplicação silogística da lei tomada como a premissa maior sob a qual se subsume automaticamente o fato. A hermenêutica jurídica reclama métodos mais sofisticados como as análises teleológica, sistêmica e histórica capazes de emancipar o sentido da lei da vontade subjetiva do legislador na direção da vontade objetiva da própria lei, profundamente inserida nas diretrizes de materialização do Direito que a mesma prefigura, mergulhada na dinâmica das necessidades dos programas e tarefas sociais. Aqui o trabalho do juiz já tem que ser visto como algo mais complexo a garantir as dinâmicas e amplas finalidades sociais que recaem sobre os ombros do Estado.<sup>262</sup>

Julia Maurmann Ximenes e Ana Cândida Eugênio Pinto Ribeiro destacam que a Constituição Federal de 1988 permitiu um resgate do papel ativo do Judiciário, em uma percepção mais ampla de “dizer o Direito”. E como esclarecido por elas, “o ‘dizer o direito’ pelo Judiciário está no contexto da efetivação dos direitos fundamentais e do pleno exercício da cidadania.”<sup>263</sup>

<sup>260</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional. Teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 446.

<sup>261</sup> “Que nesse aspecto é idêntica a nossa” SILVA, Maria de Fátima Miranda de Oliveira e. Queiroz. Maria Emília Miranda de Oliveira. *A dignidade da pessoa humana no novo paradigma de direitos do homem*. In Arnaldo Fonseca de Albuquerque Maranhão Neto. *Direitos humanos e fundamentais: temas contemporâneos*. Recife: Bagaço, 2012, p. 110.

<sup>262</sup> CARVALHO NETO, Menelick de. *A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado democrático de direito*. In Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. *Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático do direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 36.

<sup>263</sup> XIMENES, Julia Maurmann; RIBEIRO, Ana Cândida Eugênio Pinto. *Efetivação dos direitos fundamentais e ativismo judicial. Uma proposta de análise empírica*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2306, 24 out. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13752>>. Acesso em: 9 mar. 2014.

Outrossim, como destaca Liana Cirne Lins, “aos juízes compete a defesa dos direitos dos cidadãos e da ordem jurídica, isto somente pode dar-se através de mecanismos especializados, e estes são os processos.”<sup>264</sup>

Assim sendo, levada a juízo uma pretensão que verse sobre o direito à saúde, por mais que a mesma careça de uma política pública para ser satisfeita, justificada está a atuação do Poder Judiciário para fazer cumpri-la e, por conseguinte, implementá-la, isto é, mandar cumprir ou condenar ao cumprimento, pois, como defende Osvaldo Canela Júnior, diante da ausência de satisfação espontânea dos direitos fundamentais, por conta de omissão dos Poderes Legislativo e Executivo, justificada está o exercício do direito de ação para amparar a lesão pela via judicial<sup>265</sup>.

A frequente submissão de questões que envolvem as políticas públicas, no caso, em relação à saúde, tem sido intitulada como a judicialização da saúde, sobre essa submissão Nelson Juliano Cardoso Matos se posiciona no seguinte sentido

tem sido as consequências sobre o poder judiciário do fenômeno que ficou conhecido como judicialização da política; que passa a exigir dos juízes e principalmente dos tribunais uma atuação diferente do que se entendia por jurisdição; que vai desde o poder criativo dos juízes até o poder normativo dos tribunais.<sup>266</sup>

Nelson Juliano Cardoso Matos chega a apontar que a judicialização da política é um aspecto da crise da doutrina da separação de poderes, para depois concluir que ela (a judicialização) é a materialização da superação dessa crise, o que sustenta pela seguinte passagem:

A judicialização da política, que será tratada detalhadamente na Parte IV, também não passa de um aspecto da crise da doutrina da separação de poderes e, portanto, também, da crise paradigmática no direito. Talvez, mais do que um aspecto da crise, a judicialização seja a própria materialização da superação da crise, uma constatação nos fatos de que os fundamentos

---

<sup>264</sup> LINS, Liana Cirne . Da Jurisdição Constitucional ao Direito Processual Constitucional: Delineamentos de um Direito Processual Constitucionalmente Adequado a Partir da Reflexão Sobre a Judicialização dos Direitos Fundamentais Sociais. In: MARTEL, Letícia de Campos Velho. (Org.). Estudos Contemporâneos de Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 267-287.

<sup>265</sup> CANELA JUNIOR, Osvaldo. Controle Judicial de Políticas Públicas. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 21.

<sup>266</sup> MATOS, Nelson Juliano Cardoso. O Dilema da liberdade: alternativas republicanas à crise paradigmática no direito (o caso da judicialização da política no Brasil). 476 f. Tese (Doutorado). Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2008.

teóricos da doutrina da separação de poderes não se aplicam coerente e satisfatoriamente à explicação dos fenômenos presentes.<sup>267</sup>

Pode-se mesmo afirmar que é a superação da crise, no momento em que também se considera a posição apresentada por Maria Fernanda de Toledo Rodovalho, ou seja, de que a judicialização é um fenômeno que se refere a um reposicionamento de todas as funções e atividade do Estado<sup>268</sup>. O direito ao acesso à justiça e o princípio da inafastabilidade da jurisdição vinculam o Poder Judiciário a toda sorte de demandas, inclusive as decorrentes das políticas públicas, ante a judicialização das mesmas<sup>269</sup>.

É bem verdade que ainda prepondera no ordenamento jurídico o entendimento de que ao Poder Judiciário não é dado a intervenção no mérito administrativo, ainda mais pela conveniência e oportunidade que goza o Estado administrador e legiferante na prática de determinados atos administrativos. Todavia, é cediço que o Estado é regido pelos princípios, dentre outros, da legalidade e da eficiência. Portanto, o Estado tem que se pautar pelos ditames da lei, a qual precisa estar em sintonia com a Constituição Federal, sob pena de ser invalidada, o que vincula o Estado aos ditames da norma constitucional. Outrossim, como o Estado também tem que visar a eficiência na realização do seu mister, há que se vigiar sempre os atos administrativos em relação à eficiência dos mesmos. Além disso, para que o ato administrativo seja válido é preciso que nele esteja presente a pretensão de se atingir o interesse público, à luz da teoria dos fins dos atos administrativos.<sup>270</sup> Antônio Carlos de Araújo Cintra traz que

os motivos não integram o ato administrativo, mas lhes são externos e anteriores no tempo. É à vista dos motivos que se editam os atos administrativos, que eles ensejam ou determinam. É a verificação dos fatos (motivos de fato) previstos na lei (motivos de direito) que autoriza ou ordena ao agente público a prática do ato, na conformidade do preceito legal (isto é,

---

<sup>267</sup> MATOS, Nelson Juliano Cardoso. O Dilema da liberdade: alternativas republicanas à crise paradigmática no direito (o caso da judicialização da política no Brasil). 476 f. Tese (Doutorado). Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2008

<sup>268</sup> RODOVALHO, Maria Fernanda de Toledo. Ativismo judicial e proteção dos direitos. In Fredie Didier Jr. Ativismo Judicial e Garantismo Processual. Salvador: Editora JusPoDIVM, 2013. p. 489.

<sup>269</sup> AHUALLI, Tânia Mara. SENA, Jaqueline. Ativismo judicial e proteção dos direitos. In Fredie Didier Jr. Ativismo Judicial e Garantismo Processual. Salvador: Editora JusPoDIVM, 2013. p. 330.

<sup>270</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. Motivo e motivação do ato administrativo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979, p. 70.

com conteúdo conforme a tal preceito). A edição do ato administrativo, portanto, é o resultado ou a decorrência da existência dos motivos<sup>271</sup>

Ainda com Antônio Carlos de Araújo Cintra,

os motivos desempenham um papel indispensável no funcionamento do princípio da legalidade. Porque são eles que indicam as situações em que o agente público pode agir ou fica adstrito a agir, no exercício da potestade pública, dentro da sua competência, por forma prescrita ou não defesa em lei, através do ato administrativo, com conteúdo correspondente ao preceito legal.<sup>272</sup>

Daí o entendimento de que ao Poder Judiciário é atribuído o poder-dever de intervir no mérito administrativo quando este estiver eivado de ilegalidade, de ineficiência e desviado do interesse público. Assim sendo, constatado que o Estado deixou de observar o motivo previamente fixado na lei e a finalidade a ser alcançada, outro caminho não há ao Poder Judiciário quando ele for convocado a intervir na atuação omissiva ou comissiva do Estado, ainda que se esteja diante de um caso sobre políticas públicas, até porque as mesmas estão previamente estabelecidas pela norma constitucional, ainda que elas sejam admitidas como meramente programáticas.

Outrossim, quando a própria Constituição impõe ao Estado uma obrigação cogente e irrevogável, seja ela positiva ou negativa, não há que se falar em discricionariedade do Estado administrador e legiferante, sob pena da intervenção do Estado juiz, especialmente quando se estiver diante de obrigação que tenha por finalidade garantir a dignidade humana.<sup>273</sup>

E, sem a pretensão de discutir as técnicas legislativas, o próprio Legislativo tem utilizado, na criação de leis, como lembra Tânia Mara Ahualli e Jaqueline Sena, uma técnica legislativa que cria normas abertas<sup>274</sup>, ou melhor dizendo, nas palavras

---

<sup>271</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. Motivo e motivação do ato administrativo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979, p. 102.

<sup>272</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. Motivo e motivação do ato administrativo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979, p. 103.

<sup>273</sup> GAYER, Reinhard. Pretensões positivas contra o Estado e a Reserva do Possível na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal. Seminário Internacional Brasil – Alemanha : Thompson Flores (2. : 2011: Florianópolis, SC). II Seminário Internacional Brasil – Alemanha : Thompson Flores (português – alemão) : 16 e 17 de junho de 2011, Florianópolis, Brasil / Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários ; coordenação científica Márcio Flávio Mafra Leal – Brasília : CJF, 2011, p. 19.

<sup>274</sup> “Não se trata de simples normas de caráter aberto como o são os tipos penais abertos, ou que necessitam de complementação, a exemplo das normas penais em branco. As cláusulas gerais

dessas autoras, normas de estrutura propositalmente vaga, que se dão por cláusulas gerais, “que visam a possibilitar, justamente através de seu conteúdo indeterminado, o desempenho de atividade judicial de cunho eminentemente criativo”<sup>275</sup>.

Alhures foi visto o quão amplo é o conceito de saúde, assim como é a caracterização do direito à saúde. A norma constitucional sobre o direito à saúde, em que pese a sua força normativa<sup>276</sup> e a sua condição de norma que tutela direito fundamental, é uma norma geral, especialmente quando considerado os ditames do art. 6º e 196 da Constituição Federal, isto para não trazer à tona, aqui, a disposição do ordenamento internacional que foi incorporado ao pátrio, ou seja, o disposto no art. 12, do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, cujo teor foi acima transcrito, e do qual se reescreve apenas o seguinte trecho, para não se perder de vista a “medida” de sua abertura: mais elevado nível possível de saúde física e mental. E, parafraseando Judith Martins-Costa, a Constituição é repleta de normas abertas<sup>277</sup>. Ainda sob o pensamento dessa autora,

Dotadas que são de grande abertura semântica, não pretendem as cláusulas gerais dar, previamente, resposta a todos os problemas da realidade, uma vez que essas respostas são progressivamente construídas pela jurisprudência.

Na verdade, por nada regulamentarem de modo completo e exaustivo, atuam tecnicamente como metanormas, cujo objetivo é enviar o juiz para critérios aplicativos determináveis ou em outros espaços do sistema ou por meio de variáveis tipologias sociais, dos usos e costumes objetivamente - vigorantes em determinada ambiência social.

[...]

Considerada, pois, do ponto de vista da técnica legislativa, a cláusula geral constitui uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente “aberta”, “fluida” ou “vaga”,

---

constituem-se numa espécie de texto normativo em que o antecedente fático é vago e, por sua vez, o conseqüente jurídico, é indeterminado. AHUALLI, Tânia Mara Ahualli e SENA, Jaqueline. *Ativismo judicial e proteção dos direitos*. In Fredie Didier Jr. *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Salvador: Editora JusPoDIVM, 2013. p. 330.

<sup>275</sup> AHUALLI, Tânia Mara Ahualli e SENA, Jaqueline. *Ativismo judicial e proteção dos direitos*. In Fredie Didier Jr. *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Salvador: Editora JusPoDIVM, 2013. p. 330.

<sup>276</sup> “Ainda em busca da força normativa que ensejará a sua eficácia social, não pode a norma constitucional fugir de conceitos jurídicos indeterminados, que são aqueles que vão permitir ao sujeito concretizante uma margem maior de atuação na busca do seu sentido normativo” (SLAIBI FILHO, Nagib. A norma constitucional. Disponível em: <[http://www.tjrj.jus.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=c05f448c-47e2-423e-a4c0-94f6b1273724&groupId=10136](http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=c05f448c-47e2-423e-a4c0-94f6b1273724&groupId=10136)> Acesso em: 02 de agosto de 2012.)

<sup>277</sup> COSTA-MARTINS, Judith. *Direito Privado como um “sistema em construção”*: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. In *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 35 n. 139 jul./set. 1998, p. 5/22. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/383/r139-01.pdf?sequence=4>> Acesso em: 25 de julho de 2014.

caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico. Esta disposição é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemento ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema; esses elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo pelo qual não só resta assegurado o controle racional da sentença como, reiterados no tempo fundamentos idênticos, será viabilizada, por meio do recorte da *ratio decidendi*, a ressystematização desses elementos, originariamente extrassistemáticos, no interior do ordenamento jurídico<sup>278</sup>

De acordo com Judith Martins-Costa, “a função que é, em primeiro lugar, atribuída às cláusulas gerais é a de permitir, num sistema jurídico de direito escrito e fundado na separação das funções estatais, a criação de normas jurídicas com alcance geral pelo juiz”<sup>279</sup>. Mauro Cappelletti, ao se referir a esse tipo de disposições legais, traz que “quanto mais vaga uma lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais”.<sup>280</sup> Outrossim, como levanta Sir Garfield Edward John Barwick,

a melhor arte de redação das leis, e mesmo o uso da mais simples e precisa linguagem legislativa, sempre deixam, de qualquer modo, lacunas que devem ser preenchidas pelo juiz e sempre permitem ambiguidades e incertezas que, em última análise, devem ser resolvidas na via judiciária.<sup>281</sup>

Portanto, aqui não se nega a tripartição de poderes, pelo contrário, a mesma é reforçada na medida em que se suscita uma divisão de funções que não seja excludente, por isso, também não se refuta a ideia de que os poderes têm funções que se sobrepõe no exercício das respectivas atividades, ou seja, que são típicas e atípicas. Nas palavras de Gustavo Ferreira Santos,

<sup>278</sup> COSTA-MARTINS, Judith. Direito Privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. In Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 35 n. 139 jul./set. 1998, p. 5/22. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/383/r139-01.pdf?sequence=4>> Acesso em: 25 de julho de 2014.

<sup>279</sup> COSTA-MARTINS, Judith. Direito Privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. In Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 35 n. 139 jul./set. 1998, p. 5/22. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/383/r139-01.pdf?sequence=4>> Acesso em: 25 de julho de 2014.

<sup>280</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 42.

<sup>281</sup> BARWICK, Sir Garfield Edward John. Judiciary Law: some observations thereon, em current legal problems. apud Mauro Cappelletti. Juízes Legisladores? Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 20/21.

Os órgãos criados para o exercício das funções estatais as exercem não com exclusividade, mas meramente com prioridade, podendo a mesma função ser excepcionalmente entregue a órgão criado com a finalidade precípua de exercer outra função. Fala-se, nesse sentido, em funções típicas e em funções atípicas.<sup>282</sup>

A propósito, acolhe-se a separação de poderes sob as acepções apontadas por Nuno Piçarra, quais sejam

1º Distinção entre os conceitos legislativo, executivo e judicial, para designar quer funções estaduais distintas quer os órgãos que respectivamente as exercem. 2º Independência ou imunidade de um órgão estadual, quanto ao(s) seu(s) titular(es) ou quanto aos seus actos, perante a ação ou interferência de outro. 3º Limitação ou controle do poder de um órgão estadual mediante o poder conferido a outro órgão de anular ou impedir a perfeição dos actos do primeiro, ou mediante a responsabilização de um perante outro. 4º Participação de dois ou mais órgãos, independentes entre si, da mesma função estadual, em ordem à prática de um acto imputável a todos. 5º Incompatibilidade de exercício simultâneo de cargos em diferentes órgãos estaduais.<sup>283</sup>

Mas isso sem deixar de lado a ideia de que o poder é do povo, que dita a sua vontade desde a constituinte, cujo espírito se enxerga por uma passagem do Relatório Final da VIII Conferência Nacional de Saúde, que ocorreu em 1986, conforme já trazido mais acima, por permitir que se contextualize qual era a pretensão da sociedade naquele momento, bem como que se aponte uma preocupação com cada indivíduo em si mesmo, numa denotação de equilíbrio no interesse a ser tutelado, ou seja, tutela tanto da maioria como da minoria, na medida em que também há uma preocupação com a tutela individual.

Nuno Piçarra lembra que

é clássica a associação entre direitos fundamentais e separação de poderes, lapidarmente estabelecida no artigo 16º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: direitos fundamentais e separação dos poderes são condições *sine qua non* para a existência de uma constituição.<sup>284</sup>

<sup>282</sup> SANTOS, Gustavo Ferreira. Jurisdição constitucional e separação de poderes: limites e legitimidade do controle da constitucionalidade das leis. Revista da Pós-Graduação em Direito da UNICAP, Recife, v. 1, n. 1,, p. 61-110, jan. 2002.

<sup>283</sup> PIÇARRA, Nuno. A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra, 1989, p. 12.

<sup>284</sup> PIÇARRA, Nuno. A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra, 1989, p. 185.

Ainda por Nuno Piçarra,

Direitos fundamentais e separação dos poderes constituem, enquanto peças essenciais do Estado constitucional, a negação de um soberano dentro dele. No Estado constitucional há, apenas, <princípios> e <competências> constitucionais distribuídas pelos vários Órgãos constitucionais, de modo a que nenhum possa erigir-se em poder soberano, sobrepondo-se à constituição, sem pôr fim ao próprio Estado constitucional.<sup>285</sup>

Vige no ordenamento jurídico pátrio o controle de constitucionalidade, concentrado e difuso, o que caracteriza a supremacia da constituição, pois, havendo afronta a ela, os instrumentos apropriados poderão ser utilizados para expurgar a ofensa do mundo jurídico, conforme arts. 97 e 102 da Constituição Federal brasileira. Quanto à essa possibilidade, Luís Roberto Barroso destaca que “por força da supremacia constitucional, nenhum ato jurídico, nenhuma manifestação de vontade pode subsistir validamente se for incompatível com a Lei Fundamental”<sup>286</sup>.

Nas palavras de Paolo Biscaretti Di Ruffia,

sendo, com efeito, a constituição, no seu significado mais lato e genérico [...] a própria ordenação suprema do Estado –ou seja, a esfera mais elevada daquela que se apresenta como a mais perfeita e complexa entre as ordenações jurídicas contemporâneas - não pode existir uma norma ulterior, de grau superior, que a proteja; por conseguinte, ela deve encontrar, em geral, em si mesma, isto é, em seus elementos e posições institucionais, a própria tutela e garantia<sup>287</sup>

Além dos remédios constitucionais, a Constituição Federal brasileira ainda traz as chamadas cláusulas pétreas, previstas no art. 60, que de igual modo à cláusula pétrea firmada na Lei Fundamental da Alemanha (Art. 79, 3), pode-se dizer, tem por objetivo impedir que a “ordem constitucional vigente seja destruída na sua substância ou nos seus fundamentos”, como destacado por Gilmar Ferreira Mendes, ao apresentar nota que traz essa posição sobre a Lei Fundamental alemã na tradução da obra a Força Normativa da Constituição de Konrad Hesse.<sup>288</sup>

<sup>285</sup> PIÇARRA, Nuno. A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra, 1989, p. 190.

<sup>286</sup> BARROSO. Luís Roberto. Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 158.

<sup>287</sup> DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. Direito constitucional: instituições de direito público. São Paulo; Revista dos Tribunais, 1984. p. 03/04.

<sup>288</sup> HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Porto Alegre: FABRIS EDITOR, 1991. p. 33.

Por isso, a constituição é composta por normas dotadas de imperatividade, o que evidencia a sua força normativa e, parafraseando Mauro Cappelletti, isso exige que o Judiciário se desincumba do dever de garantir essas normas, especialmente as que dizem respeito à proteção dos direitos mais fundamentais<sup>289</sup>.

O fato de ser delegado ao legislador infraconstitucional a obrigação de editar norma infraconstitucional para implementar um direito ou uma garantia não desqualifica a força normativa da constituição, pois, como dito, o respectivo dispositivo constitucional poderá ser constituído por mais de uma norma, por exemplo, a primeira, estabelecer que é obrigação do Poder Legislativo a edição de lei para regulamentar o aviso prévio proporcional do empregado, e, por outra, o de garantir o aviso prévio proporcional do empregado, ou, como tem exemplificado a doutrina, o de garantir o exercício do direito de greve ao servidor. Acaso não observada a norma constitucional, a própria constituição conta com instrumentos apropriados para impor a sua vontade, como no caso do direito de greve dos servidores, cuja força normativa foi implementada por meio do mandado de injunção, por intermédio do Poder Judiciário.

A depender do direito e garantia fixado na norma constitucional, a imperatividade, ou seja, a força normativa é identificada expressamente, como no caso dos direitos e garantias fundamentais, que a teor do art. 5º, § 1º, gozam de aplicação imediata.

Portanto, em sendo o direito à saúde um direito decorrente da norma constitucional, ele deve ser efetivado em favor do indivíduo, sob pena do exercício da força da norma constitucional ser exercitado por meio dos instrumentos capazes para fazer valer a sua força, que, como visto, pode ser exercido pelo exercício de outro direito, qual seja, o do acesso à justiça, o qual permite a instrumentalização das garantias constitucionais por intermédio do Poder Judiciário. Assim sendo, a judicialização, por exemplo, da saúde, exige dos magistrados “uma atuação diferente daquilo que se entendia por jurisdição; que vai desde o poder criativo dos juízes até o poder normativo dos tribunais”<sup>290</sup>. Outrossim, por Celso Antonio

---

<sup>289</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, passim.

<sup>290</sup> CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan. Montesquieu e a releitura da separação de poderes no Estado contemporâneo: elementos para uma abordagem crítica. Lex Humana, <<http://seer.ucp.br/seer/index.php/LexHumana>>, v. 1, n. 2, Dez. 2010. ISSN 2175-0947. Disponível em:

Bandeira de Mello, o Poder Judiciário, como controlador da legitimidade do ato administrativo, deverá averiguar se o ato administrativo é adequado, no caso concreto, para atender perfeitamente a finalidade da norma, ainda que se esteja diante de um ato discricionário<sup>291</sup>. Ainda com esse autor, “isto posto, não há fugir à conclusão de que o controle dos atos administrativos se estende, inevitavelmente, ao exame dos motivos. A ser de outra sorte, não haveria como garantir-se a legitimidade dos atos administrativos”<sup>292</sup>, conforme, inclusive, já asseverado mais acima.

Defende Luís Roberto Barroso que para garantir a efetividade da norma constitucional é preciso que o Poder Judiciário se liberte de certas noções arraigadas, e assuma um papel mais ativo em relação à concretização das normas constitucionais,<sup>293</sup> pois,

Houve, por assim dizer, uma ‘politização’ do Direito e porque não, uma ‘juridicização’ da Política, à medida que as normas constitucionais se convertem em instrumentos para a solução de impasses políticos, legitimando mandatos eletivos públicos e servindo de fundamento à concretização das aspirações dos cidadãos frente ao Estado.<sup>294</sup>

De acordo com Nelson Juliano Cardoso “a crença na doutrina cartesiana da separação de poderes vem sendo negada pelos fatos. Um novo contexto, bem diferente do contexto do século XVIII, impõe a necessidade de adaptação da crença sobre a organização do poder político”,<sup>295</sup> até porque a obra que inspirou a teoria da separação dos poderes, ou seja, O Espírito das Leis, data de 1741, ou seja, é de meados do século XVIII, e as primeiras constituições advindas sob o contexto das

---

<<http://seer.ucp.br/seer/index.php?journal=LexHumana&page=article&op=view&path%5B%5D=21&path%5B%5D=20>>. Acesso em: 30 Jul. 2014

<sup>291</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Discricionariedade e controle jurisdicional. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 48.

<sup>292</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Discricionariedade e controle jurisdicional. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 88.

<sup>293</sup> BARROSO. Luís Roberto. Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 250/251.

<sup>294</sup> CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan. Montesquieu e a releitura da separação de poderes no Estado contemporâneo: elementos para uma abordagem crítica. Lex Humana, <http://seer.ucp.br/seer/index.php/LexHumana>, v. 1, n. 2, Dez. 2010. ISSN 2175-0947. Disponível em:

<<http://seer.ucp.br/seer/index.php?journal=LexHumana&page=article&op=view&path%5B%5D=21&path%5B%5D=20>>. Acesso em: 30 Jul. 2014.

<sup>295</sup> MATOS, Nelson Juliano Cardoso. O Dilema da liberdade: alternativas republicanas à crise paradigmática no direito (o caso da judicialização da política no Brasil). 476 f. Tese (Doutorado) Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2008.

grandes revoluções são as de 1787 e 1791, respectivamente, a norte-americana e a francesa, do final do XVIII, que se desenrolaram sob o espírito da necessidade de se criar mecanismos que preservassem os direitos mínimos do indivíduo, que passaram a ser de garantia constitucional, bem como da busca por um equilíbrio no exercício do poder”<sup>296</sup>.

Valendo-se do manifesto de Menelick de Carvalho Netto, “assim, acreditamos que o Judiciário ocupe um papel central na árdua tarefa de promover não somente a segurança jurídica, mas a crença no próprio Direito, na justiça”<sup>297</sup>, pois, hodiernamente, superou-se a ideia de um juiz meramente “boca da lei”, ao ponto de João Maurício Adeodato, em sua obra intitulada de “A Retórica Constitucional”, em capítulo que versa sobre o Judiciário e a dissociação entre texto e norma, ao apontar a existência de uma jurisdição constitucional brasileira, ter dito que: “fica claro, a partir do referencial teórico já exposto, que este resultado de litígios e decisões passa a fazer parte da Constituição. Daí por que se tem ‘mais Constituição’ hoje do que em 1988, em um sentido bem literal.”<sup>298</sup>. A propósito, a jurisdição constitucional ganha relevo, porque, como suscita Gustavo Ferreira Mendes,

Ela faz a intermediação entre a atual decisão legislativa, submetida à sua análise, e a decisão já expressa no texto da Constituição. Os órgãos responsáveis pela Jurisdição Constitucional atuam entre o jurídico e o político, interpretando uma Constituição viva. Não podem tais órgãos ser tratados como aqueles responsáveis pela atividade jurisdicional ordinária, pois a tarefa entregue à jurisdição constitucional envolve diversas variáveis não presentes quando da aplicação da legislação infraconstitucional.  
[...]

A justiça constitucional tem, em si, um elemento político do qual não pode desprender-se.<sup>299</sup>

<sup>296</sup> MATOS, Nelson Juliano Cardoso. O Dilema da liberdade: alternativas republicanas à crise paradigmática no direito (o caso da judicialização da política no Brasil). 476 f. Tese (Doutorado). Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2008.

<sup>297</sup> CARVALHO NETO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado democrático de direito. In Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático do direito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 36.

<sup>298</sup> ADEODATO, João Maurício. A retórica constitucional. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 203.

<sup>299</sup> SANTOS, Gustavo Ferreira. Jurisdição constitucional e separação de poderes: limites e legitimidade do controle da constitucionalidade das leis. Revista da Pós-Graduação em Direito da UNICAP, Recife, v. 1, n. 1., p. 61-110, jan. 2002.

Em capítulo cujo título é denominado de “Adeus à separação de poderes?”, João Maurício Adeodato, antes de concluir que a tradicional separação de poderes é obsoleta, aponta que

o juiz deixa de ser considerado neutro, pois, na sociedade complexa, espera-se dele (e do Estado em geral) uma concretização de sucessivas gerações de direitos, que não têm mais caráter meramente declaratório e de respeito passivo, como os direitos fundamentais individuais, mas exigem intervenção para serem realizados, como é o caso dos direitos à saúde e ao meio ambiente. Isso faz o judiciário assumir também um papel político, como se percebe da superexposição de juízes nos meios de comunicação, outro fato que não tem apenas interesse sociológico, mas também diz respeito ao tema dos papéis dos poderes.<sup>300</sup>

Andreas Joachim Krell sustenta que

Onde o processo político (Legislativo, Executivo) falha ou se omite na implementação de políticas públicas e dos objetivos sociais nelas implicados, cabe ao Poder Judiciário tomar uma atitude ativa na realização desses fins sociais através da correção da prestação dos serviços básicos<sup>301</sup>

Os três Poderes, seja o Legislativo, o Executivo ou Judiciário, não podem agir a margem da Constituição Federal, pois todo ato emanado do Estado, seja ele político ou jurídico, deve observar os ditames da norma fundante, portanto, mesmo os atos políticos precisam observar a vontade expressa na Constituição, sob pena de ser revisto, pois “a vida da Constituição está no cotidiano da política”<sup>302</sup>.

---

<sup>300</sup> ADEODATO, João Maurício. A retórica constitucional. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 225/224.

<sup>301</sup> KRELL, Andreas Joachim. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 101.

<sup>302</sup> SANTOS, Gustavo Ferreira. Jurisdição constitucional e separação de poderes: limites e legitimidade do controle da constitucionalidade das leis. Revista da Pós-Graduação em Direito da UNICAP, Recife, v. 1, n. 1, p. 61-110, jan. 2002.

### 3 O DIREITO À SAÚDE E A RESERVA DO POSSÍVEL

#### 3.1. A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL E A IMPOSSIBILIDADE DE DISCRIMINAÇÃO

Este capítulo versa sobre o direito à saúde e a reserva do possível, e não tem a pretensão de esgotar o tema, pois como esclarece Ingo Wolfgang Sarlet, “escrever sobre a saúde e sua proteção na ordem jurídico-constitucional constitui, sem dúvida, desafio para todos os que se ocupam do tema, seja pela sua relevância, seja pela miríade de aspectos que suscita”<sup>303</sup>.

O direito à saúde é um direito social, elevado à condição de direito fundamental, fruto das mudanças que ocorreram sobre o constitucionalismo e os direitos humanos, a teor do já apresentado em capítulos anteriores.

E as normas constitucionais que versam sobre os direitos fundamentais, só para não perder de vista as peculiaridades dessas normas, são caracterizadas pela força normativa da Constituição, independente de serem sobre os direitos sociais, como se pode extrair do art. 5º, § 1º, da CF; ao que se ajusta a doutrina de Ingo Wolfgang Sarlet e de Mariana Filchiner Figueiredo, ao exporem o seguinte:

os direitos sociais (negativos e positivos) encontram-se sujeitos à lógica do artigo 5º, § 1º, da CF, no sentido de que a todas as normas de direitos fundamentais há de se outorgar a máxima eficácia e efetividade possível, no âmbito de um processo em que se deve levar em conta a necessária otimização do conjunto de princípios (e direitos) fundamentais, sempre à luz das circunstâncias do caso concreto. Em outras palavras, também as normas de direitos sociais (inclusive de cunho prestacional) devem, em princípio, ser consideradas como dotadas de plena eficácia e, portanto, direta aplicabilidade, o que não significa (e nem o poderia) que sua eficácia e efetividade deverão ser iguais.<sup>304</sup>

---

<sup>303</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>> Acesso em: 20 de dezembro de 2011

<sup>304</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchiner. Direitos fundamentais orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.19.

E, conforme já dito anteriormente, na busca de garantir a máxima efetividade ao direito à saúde, o titular deste direito tem se valido do direito fundamental ao acesso à justiça para fazer valer esse direito pela judicialização<sup>305</sup> da saúde.

O direito à saúde está cercado por uma série de controvérsias, que vão da sua origem à sua implementação como direito fundamental. E dentre essas controvérsias, destaca-se, neste momento, a tese que, com amparo na Teoria da Reserva do Possível<sup>306</sup>, busca limitar ou delimitar o acesso à saúde.

Envolta a limitação pela reserva do possível, encontra-se o argumento de que a intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas beneficia uma determinada parcela da população em detrimento de outras, sustentando-se assim que apenas os mais abastados economicamente estariam sendo beneficiados com a interveniência do Judiciário, por terem condições de buscar a tutela judicial por intermédio de advogados particulares, quando os menos favorecidos economicamente não têm.

Contudo, ao se analisar a norma constitucional, não se constata que o serviço de saúde pública deve ser conferido apenas aos hipossuficientes economicamente, pois a Constituição não faz distinção entre eles e os hipersuficientes economicamente, conforme se depreende dos arts. 6º, 194, 196 e inciso II do 198, dos quais é possível se extrair que a saúde é um direito de todos<sup>307</sup>, garantido integral e universalmente, conforme já apontado em capítulo anterior agora destacado pela transcrição do art. 196:

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

Acaso o constituinte de 1988 tivesse a intenção de restringir o direito à saúde a uma determinada parcela da sociedade ele teria feito expressamente,

---

<sup>305</sup> No sentido de judicializar, ou seja, levar ao Poder Judiciário a pretensão.

<sup>306</sup> Um dos obstáculos que compõe o que Liana Cirne Lins denominou de tripé denegatório da justiciabilidade das normas de direito social. (LINS, Liana Cirne. A Justiciabilidade dos Direitos Fundamentais Sociais. Uma avaliação crítica do tripé denegatório da sua exibilidade e da concretização constitucional seletiva. Revista de Informação Legislativa, v. 182, p. 51-74, 2009.)

<sup>307</sup> “A pluralidade é a condição da ação humana porque somos todos iguais, isto é, humanos” (ARENDETT, Hannah. A condição humana. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013. p. 9/10.)

semelhante ao que fez o constituinte do Uruguai, como apresentado por Antônio Gelis Filho, na seguinte passagem, ao destacar que:

a Constituição do Uruguai refere-se à saúde de forma distinta, em seu artigo 44: “todos os cidadãos têm o dever de cuidar da própria saúde e de assistirem-se em caso de enfermidade. O Estado proporcionará gratuitamente os meios de prevenção e de assistência tão somente aos indigentes e aos carentes de recursos próprios” (URUGUAI, 1967).<sup>308</sup>

O Conselho Nacional de Secretários de Saúde – CONASS, em trabalho intitulado de “Para entender a gestão do SUS”, se propõe a levar esclarecimentos sobre a gestão do SUS, e ao fazer isso, referindo-se ao art. 196, da Constituição Federal, destaca que

Nestes termos, fica explícito que o Brasil optou por um sistema público e universal de saúde, que deve garantir atendimento integral para todos os cidadãos, não cabendo, em nenhuma hipótese, a limitação de seus atendimentos a um “pacote” mínimo e básico de serviços de saúde, destinado à parcela mais pobre da população.<sup>309</sup>

De acordo com esse Conselho, a defesa de que o serviço de saúde pública é destinado à parcela mais pobre da população é uma “‘tentação’ que tende a aumentar entre os governantes, na medida do encarecimento dos procedimentos de maior complexidade tecnológica em saúde”<sup>310</sup>.

Pautado na Constituição, o legislador infraconstitucional editou diversos diplomas infraconstitucionais que versam sobre o direito à saúde, como a Lei do SUS, Lei 8.080/1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, e traz, como já visto, em seu art. 2º, que “A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”<sup>311</sup>. E, pelo Estatuto do Idoso, ou seja, a Lei nº 10.741/2003,

<sup>308</sup> GELIS FILHO, Antonio. Sistemas de saúde e constituição: análise da relação entre a presença de proteção constitucional do direito à saúde e mortalidade infantil em 112 países. 2005. 177 f. Tese (Doutorado) Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas.

<sup>309</sup> Brasil. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Assistência de Média e Alta Complexidade no SUS / Conselho Nacional de Secretários de Saúde. – Brasília : CONASS, 2007, p. 13.

<sup>310</sup> Brasil. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Assistência de Média e Alta Complexidade no SUS / Conselho Nacional de Secretários de Saúde. – Brasília : CONASS, 2007, p. 15.

<sup>311</sup> BRASIL. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. D.O.U. de 20/09/1990.

no art. 9º, o legislador é taxativo ao dizer que “É obrigação do Estado, garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade<sup>312</sup>. Destaque-se ainda dos diplomas legais a Lei 8.142/90, que em seu texto detalha o denominado Fundo Nacional de Saúde - FNS<sup>313</sup>, a teor do seguinte dispositivo:

Art. 2º Os recursos do Fundo Nacional de Saúde (FNS) serão alocados como:

I - despesas de custeio e de capital do Ministério da Saúde, seus órgãos e entidades, da administração direta e indireta;

II - investimentos previstos em lei orçamentária, de iniciativa do Poder Legislativo e aprovados pelo Congresso Nacional;

III - investimentos previstos no Plano Quinquenal do Ministério da Saúde;

IV - cobertura das ações e serviços de saúde a serem implementados pelos Municípios, Estados e Distrito Federal.

Parágrafo único. Os recursos referidos no inciso IV deste artigo destinar-se-ão a investimentos na rede de serviços, à cobertura assistencial ambulatorial e hospitalar e às demais ações de saúde.

Outro diploma legal que versa sobre o SUS e merece destaque neste momento é a Lei 8.689/93, por trazer em seu art. 14 que após a extinção do INAMPS a União se obriga a custear o sistema único de saúde com o aporte anual de recursos financeiros equivalentes, no mínimo, à média dos gastos dessa autarquia nos últimos cinco exercícios fiscais, isto sem prejuízo de um orçamento próprio para a saúde no Orçamento Fiscal.

Tomando emprestado o pensamento de Antônio José Avelãs Nunes, “assim como o sol, quando nasce, é para todos, também a gratuidade destes serviços públicos tem de ser para todos”<sup>314</sup>, assim também se deve considerar em relação a saúde pública. Fernando Facury Scaff, na mesma obra que o autor acima citado, a despeito de sua posição quanto aos beneficiários do serviço de saúde pública, diz que “verifica-se pela dicção do preceito que a saúde é um direito garantido a todos,

<sup>312</sup> BRASIL. Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. D.O.U. de 03/10/2003.

<sup>313</sup> O FNS é uma espécie de conta especial, onde são depositados os recursos financeiros para o custeio da saúde. E cada ente possui um Fundo próprio, pelos quais são feitos os repasses dos recursos, que recebem a denominação de transferência fundo a fundo. SERRA, Carlos Gonçalves. RODRIGUES, Paulo Henrique. O Financiamento da Saúde no Brasil. In. MATTA, Gustavo Corrêa / PONTES, Ana Lúcia de Moura. Políticas de saúde: organização e operacionalização do sistema único de saúde. Rio de Janeiro: EPSJV / Fiocruz, 2007, p. 209/210.

<sup>314</sup> NUNES, Antônio José Avelãs. Os tribunais e o direito à saúde. In Antônio José Avelãs Nunes. Fernando Facury Scaff. Os tribunais e o direito à saúde. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 20.

independente de raça, sexo, credo, origem e outros possíveis discrimenes fáticos ou jurídico”<sup>315</sup>.

A não garantia do efetivo acesso à justiça aos menos favorecidos economicamente, seja para buscar a tutela judicial para implementar o direito à saúde ou qualquer outro bem, também caracteriza a sonegação do próprio direito ao acesso à justiça, conforme já apontado em capítulo próprio.

Então, denota-se que a sonegação do efetivo acesso à justiça ao hipossuficiente economicamente não pode ter o condão de legitimar a concessão do serviço de saúde pública a qualquer parcela da população, inclusive quando postulado por intermédio do Poder Judiciário, sob pena de legitimar uma torpeza do Estado por outra cometida por ele, pois todos têm o direito à saúde e ao acesso à justiça, quer seja por intermédio de advogado particular ou por defensor público.

De acordo com a norma constitucional, o tratamento discriminatório só é possível em situações excepcionais, conforme *caput* do art. 5º. E não se verifica na Constituição Federal norma que permita ao Estado tratar diferentemente um titular do direito à saúde por ele ser hiper ou hipossuficiente economicamente.

Valendo-se das palavras de Gustavo Ferreira Santos, no que diz respeito à saúde, “é possível concluir que não há como o Estado abster-se de prestar serviços na área”<sup>316</sup>.

Portanto, o fato do próprio Estado não garantir a efetividade plena do amplo acesso à justiça não o legitima a sustentar a reserva do possível, pelo contrário, só evidencia uma postura omissiva, ao tempo em que legitima o interesse pela tutela judicial, quiçá por intermédio de uma advogado particular, custeado pelo próprio Estado, com a judicialização não só do direito à saúde, mais também do direito ao acesso à justiça, neste caso pela falta de defensor público suficiente para atender a demanda do hipossuficiente.

---

<sup>315</sup> SCAFF, Fernando Facury. Direito à saúde e os tribunais. In Antônio José Avelãs Nunes. Fernando Facury Scaff. Os tribunais e o direito à saúde. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 78 e 96.

<sup>316</sup> SANTOS, Gustavo Ferreira. Direito, cidadania & processo. Eficácia Judicial do Direito Fundamento à Saúde – Reflexões Iniciais. Recife: FASA, 2006. p. 147

### 3.2 OS LIMITES DO ORÇAMENTO PÚBLICO PARA O DIREITO À SAÚDE

A Administração Pública tem sustentado a delimitação do direito à saúde a um orçamento público previamente fixado, o que também tem embasado a sustentação da Teoria da Reserva do Possível. Contudo,

No Brasil, entretanto, o princípio da reserva do possível tem, muitas vezes, exercido função de mero topos retórico destinado à desqualificação a priori dos direitos sociais, visto que é lançado mão à revelia mesmo da verificação da disponibilidade efetiva do livro-caixa do Estado, como se se partisse do pressuposto de que o Estado não terá recursos financeiros suficientes à efetivação daqueles direitos. A pressuposição de que a alegação de ausência de recursos não necessita de demonstração acaba por conferir ao instituto certos contornos místicos.<sup>317</sup>

Assim sendo, a reserva do possível tem sido mais um argumento de contestação do Estado quando ele é chamado a efetivar o direito fundamental à saúde<sup>318</sup>.

Por isso, busca-se aqui investigar se o Estado-Executivo e o Estado-Legislativo se desincumbem do mandamento constitucional que confere o direito à saúde à pessoa e atribui ao Poder Público o ônus de adotar políticas públicas sociais e orçamentárias capaz de efetivar esse direito.

O Poder Executivo, que precipuamente é o responsável por implementar políticas públicas de saúde, ou seja, por concretizar e efetivar o direito à saúde do indivíduo, é o principal expoente que sustenta o condicionamento desse direito fundamental ao orçamento público, pois, por intermédio das suas Procuradorias e da Advocacia Geral da União, tem argumentado que o direito à saúde está limitado pela reserva do possível, o que faz balizado por parte da doutrina que tem entendimento nesse sentido.

Por ser bastante objetivo e esclarecedor cabe trazer a lume uma passagem de Fernando Facury Scaff, pois bem explica o que seria a reserva do possível, ao dizer que “é um conceito econômico que decorre da constatação da existência da

---

<sup>317</sup> LINS, Liana Cirne . A Justiciabilidade dos Direitos Fundamentais Sociais. Uma avaliação crítica do tripé denegatório da sua exibibilidade e da concretização constitucional seletiva. Revista de Informação Legislativa, v. 182, 2009, p. 63.

<sup>318</sup> LOPES, Maurício Caldas. Judicialização da saúde. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 150.

escassez dos recursos, públicos ou privados, em face da vastidão das necessidades humanas, sociais, coletivas ou individuais”<sup>319</sup>.

Como visto alhures, a Constituição Federal traz em seu bojo que os direitos sociais são de garantia fundamental, e que eles gozam de aplicação imediata, nos termos do art. 5º, § 1º, bem como que a saúde é um direito fundamental de todos, e, além de integral e universal, deve ser desfrutado no mais elevado nível possível de saúde física e mental; ao passo que é dever do Estado<sup>320</sup> praticar as ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde, a teor dos arts. 6º e 196 da Constituição Federal e dos diplomas internacionais que foram incorporados pelo ordenamento jurídico pátrio.

Então, surge o problema, o particular se vê no direito de cobrar a completa efetivação do direito à saúde, e, por outro lado, o Estado, representado pelo Executivo, alega que esse direito está limitado ao orçamento público, e que cabe a ele e ao Legislativo estipularem a porção desse direito.

Diante desse problema, os estudiosos do Direito se põem a discutir sobre a possibilidade ou não da limitação do direito à saúde ao orçamento público. Nesse debate argumenta-se que esse direito é fundamental, portanto, que ele faz parte do núcleo do denominado mínimo existencial para preservar a dignidade da pessoa, sem o qual a mesma estaria prejudicada, e que ele deve ser garantido na medida do necessário para a preservação dessa dignidade, em última análise da própria vida ou do direito à vida. Por outro lado, sustenta-se que apesar disso há que haver uma limitação, que é imposta pelo orçamento público, pois os recursos públicos são escassos e, por isso, tal direito está delimitado pela capacidade dos cofres públicos.

A Assembleia Constituinte fixou que o direito à saúde é de todos, sem distinção de qualquer natureza, quer seja de nacionalidade, sexo, cor, classe social, econômica ou qualquer outra forma de distinção, bem como que a saúde é integral e

---

<sup>319</sup> SCAFF, Fernando Facury. Direito à saúde e os tribunais. In Antônio José Avelãs Nunes. Fernando Facury Scaff. Os tribunais e o direito à saúde. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 96.

<sup>320</sup> A bem da verdade, parafraseando Liana Cirne Lins, é um dever de todos, na medida em que a sociedade também tem a obrigação de financiar esse serviço, por ter o dever de custear a seguridade social, “assim, não poderia o direito à saúde ser interpretado apenas como o enunciado segundo o qual a saúde é direito de todos e dever do Estado, uma vez que esse direito é garantido mediante política sociais e econômicas custeadas pela sociedade”. (A prevalência da tutela coletiva do direito fundamental à saúde sobre a tutela individual: considerações processuais sobre a judicialização da saúde, p. 9703/9704. Trabalho publicado nos Anais do XIX Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Florianópolis – SC nos dias 13, 14, 15 e 16 outubro de 2010. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/florianopolis/Integra.pdf>> Acesso em: 9 jan. 2014.)

universal, independente da personalização dos beneficiários<sup>321</sup>. E, “mais: o desafio da promoção da saúde consiste na transformação das relações excludentes e na conciliação dos interesses econômicos e sociais objetivando bem-estar para todos.”<sup>322</sup>

A bem da verdade, pode-se identificar que a Assembleia Constituinte chegou a fazer ao menos uma discriminação em relação ao acesso ao direito à saúde, pois, de acordo com a Constituição Federal, é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à saúde, conforme se verá adiante. Portanto, é bom que se ressalte, a discriminação é em relação à prioridade de titularidade.

Desta feita, elencado o direito à saúde como uma necessidade para que a pessoa possa viver com dignidade, a Constituição Federal, como suscitado alhures, imputou ao Estado a obrigação de assegurar esse direito a todos, o qual, por meio de sua atividade financeira, deve buscar meios para implementar e efetivar esse direito. Dejalma de Campos aponta que “a missão primordial do Estado é assegurar ao homem os meios necessários para que ele possa viver com dignidade. Esta procura de meios para satisfazer as necessidades públicas é denominada atividade financeira do Estado”.<sup>323</sup>

A saúde, como visto, é uma necessidade pública que deve ser garantida pelo Estado, contudo, como bem pondera Regis Fernandes de Oliveira, “entre o ser e o dever ser há bastante distância. O que deve o Estado atender, seja por definição jusnaturalista, seja por posição positivista, e aquilo que, dentro da realidade pode ele resolver, fica o imponderável econômico”.<sup>324</sup>

Por isso, o Constituinte fixou parâmetros para a realização da atividade financeira do Estado, que são desencadeados pelos momentos constitutivos dela,

---

<sup>321</sup> CAMPOS, Dejalma de. Direito financeiro e orçamentário. São Paulo: Atlas, 2001. p. 24.

<sup>322</sup> LINS, Liana Cirne. A prevalência da tutela coletiva do direito fundamental à saúde sobre a tutela individual: considerações processuais sobre a judicialização da saúde, p. 9705. Trabalho publicado nos Anais do XIX Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Florianópolis – SC nos dias 13, 14, 15 e 16 outubro de 2010. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/florianopolis/Integra.pdf>> Acesso em: 9 jan. 2014.

<sup>323</sup> CAMPOS, Dejalma de. Direito financeiro e orçamentário. São Paulo: Atlas, 2001. p. 23.

<sup>324</sup> OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Manual de direito financeiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 9.

ou seja, pela obtenção de recursos, a gestão dos mesmos e sua respectiva aplicação.<sup>325</sup>

Portanto, para o custeio da atividade financeira do Estado, isto é, para que os serviços públicos sejam realizados, o Estado age obtendo recursos, gerindo os mesmos e os aplicando nesses serviços.

Assim sendo, certo é que para atender as necessidades públicas o Estado precisa custear as despesas dos serviços públicos a serem prestados ao indivíduo ou a coletividade, e para tanto conta com as receitas públicas, conforme reza a Constituição Federal e a Lei nº 4.320/64, esta por estatuir normas gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

Destarte, é no chamado orçamento público que o Estado, pautado nos mandamentos constitucionais e nas diretrizes da lei de regência, declara previamente o estabelecimento da receita e da despesa pública.<sup>326</sup> Allan D. Manvel esclarece que o orçamento público consiste em “um plano expressando, em termos de dinheiro, para um determinado período de tempo, o programa de operações do governo e os meios de financiá-lo”<sup>327</sup>

O orçamento público ou o planejamento orçamentário se consubstancia por meio da lei orçamentária, que prevê o planejamento anual e plurianual, este prevê o programa orçamentário do plano de governo, e aquele as despesas e as receitas que serão realizadas no respectivo ano. Há ainda a lei de diretrizes orçamentárias, que fixa o *modos operandi* do orçamento anual. A Constituição Federal consagra o princípio da anualidade, que “objetiva proporcionar a possibilidade de alterações do seu conteúdo, em vista das oscilações econômicas que envolvem a receita e a despesa”<sup>328</sup>.

Segundo Ana Lúcia Abrahão,

O planejamento constitui uma possibilidade de aproximação real às necessidades e demandas da população, uma forma de conjugar aquilo que realmente a população necessita para manutenção de uma vida equilibrada e autônoma na saúde, e aquilo que os serviços de saúde ofertam. [...]De um

<sup>325</sup> CAMPOS, Dejalma de. Direito financeiro e orçamentário. São Paulo: Atlas, 2001. p. 24.

<sup>326</sup> CAMPOS, Dejalma de. Direito financeiro e orçamentário. São Paulo: Atlas, 2001. P. 71.

<sup>327</sup> MANVEL, Allan D. apud Dejalma de Campos. Direito financeiro e orçamentário. São Paulo: Atlas, 2001. p. 72.

<sup>328</sup> CAMPOS, Dejalma de. Direito financeiro e orçamentário. São Paulo: Atlas, 2001. p. 75.

modo geral, o planejamento consiste em uma análise da realidade para uma pretensa ação<sup>329</sup>

Nesse diapasão, o Estado, pautado pela necessidade pública, precisa auferir a receita necessária para prestar o serviço público adequado ao indivíduo, ou seja, no caso, deve buscar recursos públicos para custear o serviço de saúde pública. James Giacomoni, ao lembrar Hugh Dalton, esclarece que

os recursos públicos podem ser definidos *lato sensu* ou *stricto sensu*. No primeiro caso – em sentido amplo – estão todos os recebimentos ou entradas de dinheiro; no segundo caso – em sentido estrito – os recursos recebidos sem reservas ou redução no ativo e que não serão devolvidos<sup>330</sup>

Na passagem acima está implícita as receitas que constituem os recursos públicos, na típica divisão em receitas originárias e derivadas, correntes e de capital, e aqui interessa precipuamente as receitas derivadas e correntes, pois, como regra, o Estado custeia os serviços públicos pela arrecadação de tributos, o que produz variação positiva no patrimônio público, ou seja, aumento de valor do ativo, o que se dá pela cobrança de tributos a terceiros, isto é, aos membros da sociedade. Muito embora, em situações excepcionais, as receitas originárias e de capital também possam ser vertidas para o custeio do serviço público, por exemplo, quando diante de uma calamidade pública o Estado precise lançar mão do tributo denominado de empréstimo compulsório, que apesar da entrada emergencial nos cofres públicos, precisará ser ressarcido posteriormente ao contribuinte, ou até mesmo da desafetação de um bem público para ser levado a alienação.

José Reinaldo Lima Lopes é pontual ao sustentar que “o Estado não só deve planejar seu orçamento anual mas também suas despesas de capital e programas de duração continuada (art. 165, § 1º),” e é categórico ao dizer que “sem os planos, sem os orçamentos, nada de política pública pode ser implementado.”<sup>331</sup>

João Maurício Adeodato levanta que

---

<sup>329</sup> ABRAHÃO, Ana Lúcia. Notas sobre o Planejamento em Saúde. In. MATTA, Gustavo Corrêa / PONTES, Ana Lúcia de Moura. Políticas de saúde: organização e operacionalização do sistema único de saúde. Rio de Janeiro: EPSJV / Fiocruz, 2007, p. 164 e 169.

<sup>330</sup> GIACOMONI, James. Orçamento público. São Paulo: Atlas, 2009. p. 139/140.

<sup>331</sup> LOPES, José Reinaldo Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no estado social de direito. In José Eduardo Faria. Direitos humanos, direitos sociais e justiça. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 133.

No contexto de um país periférico como o Brasil, com graves problemas infraestruturais imediatos, a efetivação de certas normas constitucionais é empiricamente impossível, diante dos recursos governamentais disponíveis, pois não se pode transformar o Brasil em um Estado social e democrático de direito unicamente por meio da promulgação de textos normativos ou até de concretização de normas jurídicas.<sup>332</sup>

Assim sendo, o Estado deve buscar recursos públicos que possam fazer parte da receita<sup>333</sup> que vai custear as despesas públicas e, por conseguinte, o serviço de saúde pública.

Em relação à saúde, a norma constitucional brasileira fixa previamente parâmetros que permitem identificar o mínimo de receita que deve ser despendido para custear esse serviço, o que impõe que a decisão política expressada no orçamento seja pautada sob esses parâmetros, vinculando-a aos mesmos.

De acordo com a doutrina, as despesas públicas são ordinárias ou extraordinárias<sup>334</sup>. A saúde, considerando que é um dever do Estado garantir esse direito, corresponde, via de regra, a uma despesa ordinária, podendo, sob determinadas circunstâncias, desencadear uma despesa extraordinária. Pois a saúde, assim como outros serviços, por exemplo, a segurança pública, corresponde a uma despesa ordinária, cabendo ao Estado manter o serviço de segurança pública de forma permanente, o que possibilita uma previsibilidade de despesa e receita para custear esse serviço, no entanto, por exemplo, no caso de uma guerra, haverá o surgimento de uma despesa extraordinária e, por conseguinte, uma receita também extraordinária ou complementar. A propósito, a Lei 8.080/90, prevê no art. 36, § 2º, que é possível a transferência de recursos para financiamento de ações que não foram previamente previstas, quando se estiver diante de situações emergenciais ou de calamidade pública na área de saúde, o que denota uma prioridade do serviço de saúde. Essa prioridade é reforçada com a norma disposta no art. 52, dessa mesma lei, que tipifica como crime a utilização de recursos financeiros do SUS em finalidades diversas das previstas naquela lei.

---

<sup>332</sup> ADEODATO, João Maurício. *A retórica constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 186.

<sup>333</sup> “A classificação das receitas orçamentárias, em Receitas Correntes que compreendem aquelas de natureza contínua que se originam do poder tributante do Estado, e em Receitas de Capital, que contemplam as receitas de natureza eventual, permitem identificar no momento da programação o comportamento de arrecadação de cada uma de forma diferenciada, em face da sazonalidade específica no momento da arrecadação.” CRUZ, Flávio. et al. *Comentários à lei nº 4.320*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 43.

<sup>334</sup> GRIZIOTTI apud OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Manual de direito financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 65.

Do orçamento público, destaquem-se dois princípios, o da anualidade e o do equilíbrio, o primeiro porque permite que o orçamento seja atualizado anualmente e o segundo porque busca a ponderação entre despesas e receitas, pois ao tempo em que permite que o orçamento se adeque as necessidades públicas exige que haja um equilíbrio entre despesa e receita. Segundo Regis Fernandes de Oliveira, o princípio da anualidade “significa que o orçamento deva ser atualizado todos os anos”,<sup>335</sup> “nada impedindo, portanto, que um orçamento posterior assuma a despesa relativa aos gastos sociais”.<sup>336</sup>

A regra é a não vinculação da receita (dos impostos), todavia, assim como para a educação, a Constituição Federal prevê a vinculação de receita para a saúde, conforme art. 167, inciso IV.

Art. 167. São vedados:

[...]

IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo;

A Assembleia Constituinte fixou que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios zelar e cuidar da saúde, portanto, é dever de todos os entes federados promover a saúde, conforme se verifica no art. 23, da Constituição Federal:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público;

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

A saúde faz parte da seguridade social, que também é composta pela previdência e assistência social, nos termos do art. 194 da Constituição Federal:

<sup>335</sup> OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Manual de direito financeiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 71.

<sup>336</sup> LINS, Liana Cirne . A Justiciabilidade dos Direitos Fundamentais Sociais. Uma avaliação crítica do tripé denegatório da sua exibibilidade e da concretização constitucional seletiva. Revista de Informação Legislativa, v. 182, p. 63, 2009.

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Diante da necessidade de custear a seguridade social, por conseguinte, a saúde, a Constituição Federal traz as fontes de receitas para tanto, bem como os responsáveis por custeá-la, ao que se verifica abaixo:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

b) a receita ou o faturamento; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

c) o lucro; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

III - sobre a receita de concursos de prognósticos.

IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

Art. 198. [...]

§ 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. (Parágrafo único renumerado para § 1º pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

I – no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

§ 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

I – os percentuais de que trata o § 2º; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

Portanto, ao que se constata, a norma constitucional deixa muito bem definido quem são os responsáveis pelo custeio da saúde, assim como também deixou estabelecido os critérios mínimos para a constituição da receita para custear a despesa com a saúde. O preambulo da Constituição Federal abre o texto da carta constitucional de 88 proclamando uma sociedade fraterna, e o art. 3º, inciso I, num verdadeiro mandamento de otimização dessa proclamação, traz como objetivo da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade solidária. José Casalta Nabais, ao discorrer sobre os custos dos direitos fundamentais, faz uma abordagem muito interessante que retrata muito bem esses ditames constitucionais, conforme se constata pela transcrição abaixo:

os direitos, todos os direitos, porque não são dádiva divina nem frutos da natureza, porque não são auto-realizáveis nem podem ser realisticamente protegidos num estado falido ou incapacitado, implicam a cooperação social e a responsabilidade individual<sup>337</sup>

Essa cooperação é fruto do amadurecimento da relação jurídica, pois na medida em que as pessoas se relacionam com o objetivo de satisfazer suas necessidades elas precisam ser solidárias umas com as outras, sob pena de subverter a própria relação social, porque “a solidariedade prende-se à ideia de responsabilidade de todos pelas carências ou necessidades de qualquer indivíduo ou grupo social”<sup>338</sup>.

Por isso, além de se identificar se é possível ultrapassar os limites do orçamento para o custeio da saúde, é preciso averiguar se os responsáveis pelo custeio estão se desincumbindo de sua obrigação, ou seja, se estão contribuindo e se o montante da contribuição que deve constituir a receita para a saúde está sendo realizado nos moldes estabelecidos na Constituição Federal<sup>339</sup>.

Assim sendo, constatando-se que o Estado está arrecadando a receita necessária para custear a saúde, ou seja, que ele se desonera do poder-dever de arrecadar as contribuições sociais, os impostos e as demais contribuições,

---

<sup>337</sup> NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15184-15185-1-PB.pdf>> Acesso em: 20 de maio de 2012.

<sup>338</sup> COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 65.

<sup>339</sup> O que permitirá o desdobramento dessa pesquisa em um outro trabalho. Numa pesquisa em que se buscará levantar, *in loco*, se o *quantum debeatur* da saúde supera o que está minimamente previsto para o seu custeio.

importante é examinar se ele está aplicando essa receita na saúde, de acordo com o mandamento constitucional.

Por isso, além dos dispositivos acima destacados sobre a fixação dos parâmetros para a constituição da receita para custear a despesa com a saúde, cabe destacar os arts. 55 e 71 do Ato Das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), haja vista que os mesmos também trazem critérios para a constituição dessa receita, conforme se extrai dos enunciados abaixo:

Art. 55. Até que seja aprovada a lei de diretrizes orçamentárias, trinta por cento, no mínimo, do orçamento da seguridade social, excluído o seguro-desemprego, serão destinados ao setor de saúde.

Art. 71. É instituído, nos exercícios financeiros de 1994 e 1995, bem assim nos períodos de 01/01/1996 a 30/06/97 e 01/07/97 a 31/12/1999, o Fundo Social de Emergência, com o objetivo de saneamento financeiro da Fazenda Pública Federal e de estabilização econômica, cujos recursos serão aplicados prioritariamente no custeio das ações dos sistemas de saúde e educação, incluindo a complementação de recursos de que trata o § 3º do art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, benefícios previdenciários e auxílios assistenciais de prestação continuada, inclusive liquidação de passivo previdenciário, e despesas orçamentárias associadas a programas de relevante interesse econômico e social. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 17, de 1997) (Vide Emenda Constitucional nº 17, de 1997)

Nos termos do art. 55, do ADCT, o percentual fixado inicialmente para o custeio da saúde pública foi de 30%, no mínimo, do orçamento da Seguridade Social, esse foi o norte deixado para o legislador.

Cabe examinar ainda a Emenda Constitucional brasileira nº 29/2000, pois, como já ventilado, e a teor do art. 198, da Constituição Federal, por ela se define os critérios de investimentos a serem feitos para implementar o direito à saúde, transferindo, no primeiro momento, a manutenção desses critérios à Lei Complementar, que só entrou em vigor em 16 de janeiro de 2012, por meio da Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012.

Todavia, apesar da regulamentação ter ocorrido em 2012, a verificação anual do cumprimento do limite mínimo dos recursos aplicados em ações e serviços públicos de saúde só passou a ser exigido a partir de 2014, de acordo com o art. 27, § 1º, do Decreto nº 7.827, de 16 de outubro de 2012, no que diz respeito às disposições desse Decreto e da Lei Complementar nº 141, de 2012.

Assim, não bastasse a espera de mais de 10 (dez) anos para a regulamentação, ainda há que se esperar mais 2 (dois) anos para que se verifique o cumprimento da regulamentação, estendendo, sob o ponto de vista prático, os efeitos da regulamentação para 2014.

Só após 10 (dez) anos é que o legislador veio a se desincumbir do que fora determinado pela norma constitucional, ao menos sob o ponto de vista formal, isto é, da regulamentação.

A inércia do legislador infraconstitucional, acrescente-se ao que ora se discute, possibilita que o Poder Judiciário possa ser chamado, por meio do Mandado de Injunção, ou até mesmo por uma Ação Civil Pública, nos termos já apontados em momento anterior, a implementar a norma constitucional, em especial pela previsão do art. 77, inciso I, alíneas a) e b) c/c o § 4º do art. 77, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, nos termos da redação conferida pela Emenda Constitucional nº 29/2000, porque, a partir de 2005, a União deveria observar o montante empenhado em ações e serviços públicos de saúde no exercício anterior e corrigi-lo com a variação nominal do Produto Interno Bruto – PIB. E como lembra Antônio José Avelãs Júnior, “O STF tem sustentado a tese de que cabe ao Poder Judiciário a missão de garantir o cumprimento das leis vigentes e a efetivação do direito à saúde e à vida das pessoas”<sup>340</sup>.

A previsão do orçamento para a saúde, nos moldes traçados na Emenda Constitucional nº 29/2000, tem por finalidade garantir que a saúde, como uma necessidade pública capaz de preservar a dignidade humana, seja efetivada de forma integral e universal, conforme anseios da constituição. E nos termos já expostos, isso tanto é verdade que nas disposições constitucionais transitórias, com a entrada em vigor dessa Emenda, o critério para adequação do orçamento foi o montante empenhado em ações e serviços públicos de saúde no exercício financeiro anterior, corrigido pela variação nominal do PIB, ao menos em relação à União. Ou seja, até a implementação da lei complementar, a União deve apurar toda a despesa despendida no ano anterior com a saúde, corrigi-la com a variação nominal do PIB, para, em seguida, incluir a previsão dessa despesa no orçamento anual seguinte. Não é preciso dizer que na despesa apurada deve estar incluída aquela que foi

---

<sup>340</sup> NUNES, Antônio José Avelãs. Os tribunais e o direito à saúde. In Antônio José Avelãs Nunes. Fernando Facury Scaff. Os tribunais e o direito à saúde. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 33.

gerada após uma decisão judicial, pois, “quanto ao impacto orçamentário das decisões judiciais que ordenarem a satisfação dos direitos fundamentais sociais, cumprirá aos agentes públicos, no exercício das atividades legislativa e administrativa, promover o necessário rearranjo contábil”<sup>341</sup>, sob pena de incorrer na inconstitucionalidade por omissão.

Fernando Facury Scaff sustenta que “prescreve a norma transitória que, não tendo sido editada a Lei Complementar acima referida, ‘a partir do exercício financeiro de 2005, aplicar-se-á à União, aos Estados, ao distrito Federal e aos Municípios o disposto’ no art. 77 do ADCT”<sup>342</sup>.

Fábio de Barros Correia Gomes, ao discorrer sobre os projetos apresentados como propostas de regulamentação da Emenda Constitucional nº 29/2000, apresenta um quadro que sintetiza as estimativas do Ministério da Saúde sobre o montante de recursos que seria disponibilizado por essas propostas, conforme Quadro-3 abaixo<sup>343</sup>

Quadro-3. Perspectivas do Orçamento Público Federal da Saúde diante das Propostas de Regulamentação do art. 198 da CF

Quadro 1. Estimativa de valores de gasto federal segundo propostas de regulamentação do artigo 198 da Constituição Federal

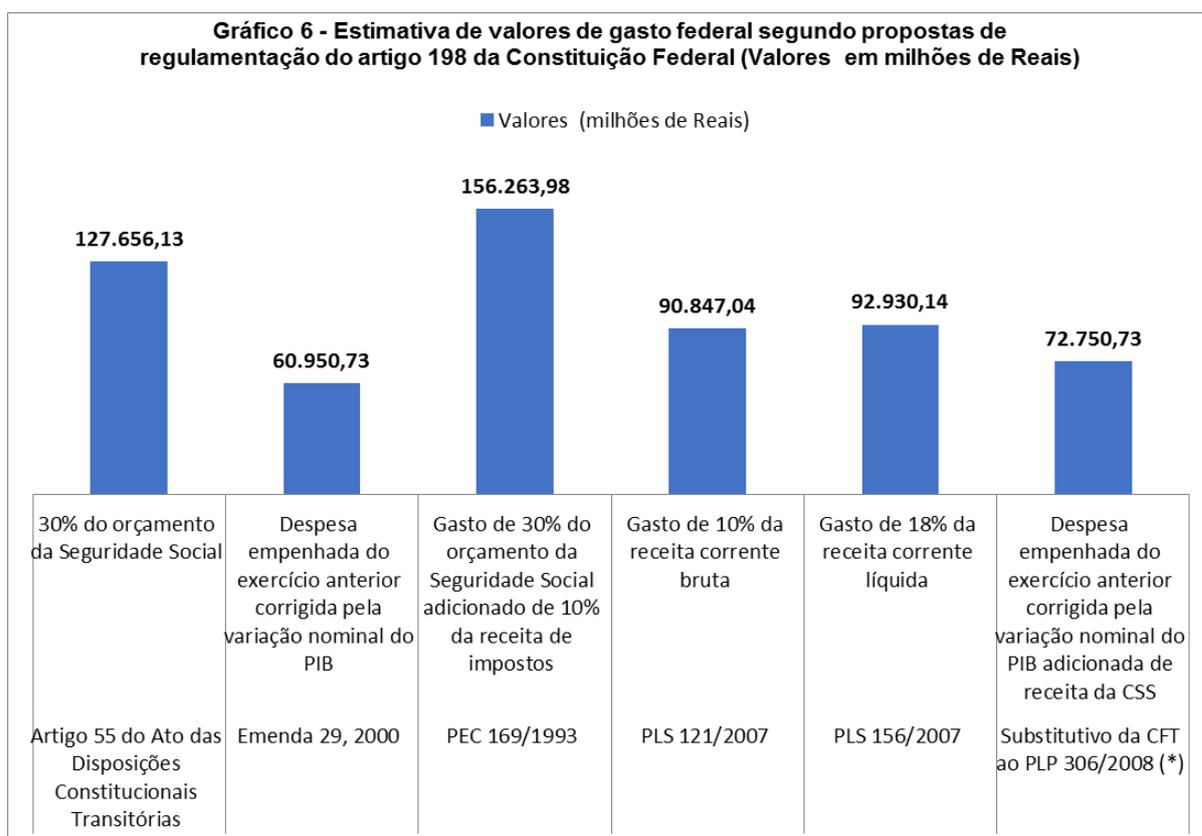
Proposta	Critério para a União	Valores (milhões de Reais)
Artigo 55 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias	30% do orçamento da Seguridade Social	127.656,13
Emenda 29, 2000	Despesa empenhada do exercício anterior corrigida pela variação nominal do PIB	60.950,73
PEC 169/1993	Gasto de 30% do orçamento da Seguridade Social adicionado de 10% da receita de impostos	156.263,98
PLS 121/2007	Gasto de 10% da receita corrente bruta	90.847,04
PLS 156/2007	Gasto de 18% da receita corrente líquida	92.930,14
Substitutivo da CFT ao PLP 306/2008 (*)	Despesa empenhada do exercício anterior corrigida pela variação nominal do PIB adicionada de receita da CSS	72.750,73

Fonte: [http://cebes.com.br/site/wp-content/uploads/2014/04/RSD100\\_Rev050514\\_WEB.pdf](http://cebes.com.br/site/wp-content/uploads/2014/04/RSD100_Rev050514_WEB.pdf)

<sup>341</sup> CANELA JUNIOR, Osvaldo. Controle Judicial de Políticas Públicas. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 106.

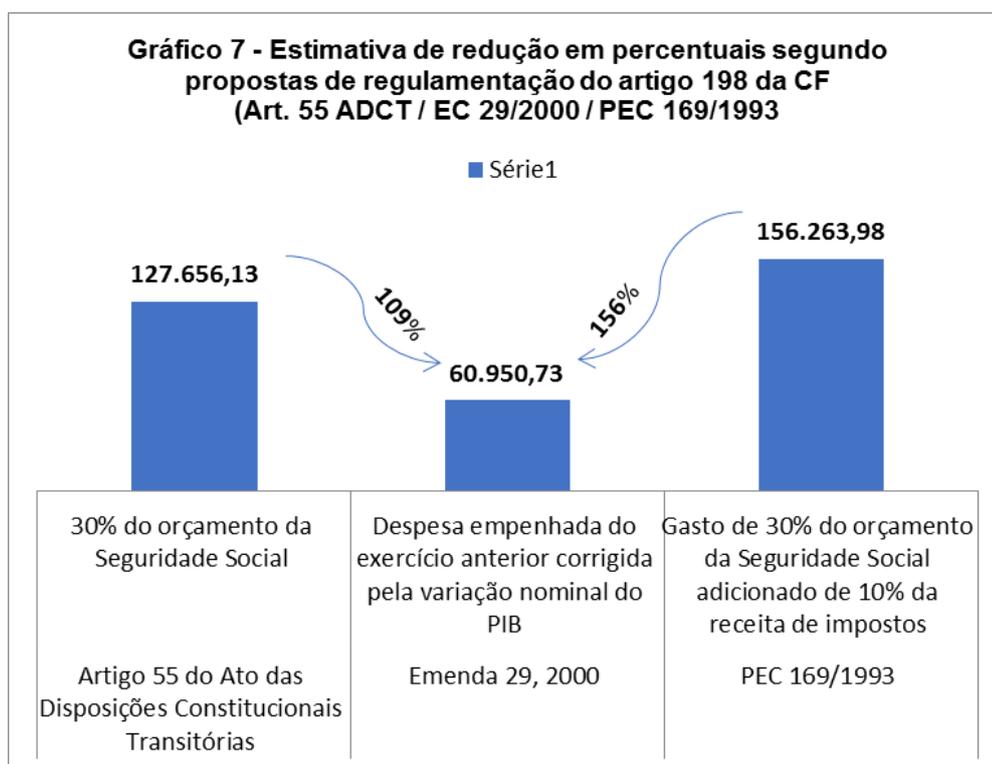
<sup>342</sup> NUNES, Antônio José Avelãs. Fernando Facury Scaff. Os tribunais e o direito à saúde. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p.86.

<sup>343</sup> GOMES, Fábio de Barros Correia. Impasses no financiamento da saúde no Brasil: da constituinte à regulamentação da emenda 29/00. Saúde em Debate. Revista do Centro Brasileiro de Estudos de Saúde. Volume 38, Número 100. Rio De Janeiro, Jan-Mar 2014, p. 6-17.



Elaborado pelo Autor a partir dos dados da Quadro-3

Tabulados os dados acima, constata-se que a mudança da base de cálculo para o custeio da saúde, promovida pela Emenda Constitucional nº 29/2000, desencadeou uma redução de 109% no orçamento da saúde. E quando comparada com a proposta que garantiria um maior orçamento para à saúde, ou seja, a PEC 169/1993, a redução é de 156%.



Elaborado pelo Autor a partir dos dados da Quadro- 3

Aqui também cabe um “à parte” para se levantar uma reflexão sobre a constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 29/2000, especificamente, no que diz respeito ao seu art. 7º, que incluiu o art. 77, no ADCT e, por conseguinte, acabou por restringir um direito fundamental, ou seja, o direito à saúde, na medida em que trouxe critério que desencadeou um orçamento menor para o custeio da saúde. Muito embora as disposições transitórias não tenham caráter perene, elas “são parte integrante do texto constitucional, a ponto, inclusive, de que qualquer uma das suas normas só poderá ser alterada pelo mesmo processo de emenda previsto nas Disposições Permanentes (CF, 1988, art. 60)”.<sup>344</sup> Por isso, é possível suscitar que o art. 7º, da Emenda Constitucional nº 29/2000, afrontou o disposto no art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal. Além disso, a Emenda Constitucional nº 29/2000 provocou um nítido retrocesso social. É possível dizer pela passagem abaixo que o Supremo Tribunal Federal já sinalizou para esse entendimento, caberia, então, conferir efetividade ao ADCT:

<sup>344</sup> DANTAS, Ivo. Das disposições constitucionais transitórias : uma redução teórica. Revista de direito administrativo, nº 199, p. 79-87, jan./mar. de 1995 | Revista de informação legislativa, v.32, nº 126, p. 141-147, abr./jun. de 1995. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176315>> Acesso em: 27 de agosto de 2014.

a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional (como o direito à saúde), impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos, exceto na hipótese – de todo inócua na espécie – em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais [...] Bem por isso, o Tribunal Constitucional português (Acórdão nº 39/84), ao invocar a cláusula da proibição do retrocesso, reconheceu a inconstitucionalidade de ato estatal que revogara garantias já conquistadas em tema de saúde pública<sup>345</sup>

Fábio de Barros Correia Gomes concluiu o seu estudo dizendo que,

Segundo o histórico apresentado, fica evidente que o executivo, em seus sucessivos governos, colocou-se sistematicamente contra as estimativas que resultariam em maiores ganhos para o financiamento da saúde, como o art. 55 do Ato das Disposições Transitórias - de fato, os recursos decorrentes da Emenda 29 representam cerca de metade do que seria disponibilizado caso estivesse sendo utilizado o critério inicial previsto pela Constituição, ou seja, 30% do orçamento da Seguridade Social

Carlos Gonçalves Serra e Paulo Henrique Rodrigues ponderam que

A instabilidade financeira do SUS só começou a ser superada quando foi aprovada, em 2000, a emenda à Constituição de n. 29 (EC 29/00), que garantiu recursos adicionais para a saúde e responsabilizou todos os entes federados pelo financiamento do SUS, com efeito a partir de 2001. Foi a seguinte a vinculação de receitas determinada pela Emenda: estados . 12% da receita de impostos e transferências constitucionais e legais; municípios . 15% da receita de impostos e transferências constitucionais e legais; União - o montante aplicado no ano anterior corrigido pela variação nominal do PIB. Para estados e municípios, foi estabelecido um aumento gradual, a partir do mínimo de 7% em 2000, até atingirem respectivamente 12% e 15%, em 2004.<sup>346</sup>

A ponderação de Carlos Gonçalves Serra e Paulo Henrique Rodrigues, acerca da superação da instabilidade financeira, decorre, provavelmente, do cenário vivido até aquele momento, primeiro, pelo descumprimento do mandamento previsto no art. 55 do ADCT, e depois por conta da divergência sobre o que compunha o orçamento da seguridade social. Contudo, apesar da posição otimista, eles acrescentam que

<sup>345</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 581352 AgR/ AM, voto do Rel. Min. Celso de Melo, julgamento em 29/10/2013, Segunda Turma, DJE de 22-11-2013.

<sup>346</sup> SERRA, Carlos Gonçalves. RODRIGUES, Paulo Henrique. O Financiamento da Saúde no Brasil. In. MATTÁ, Gustavo Corrêa / PONTES, Ana Lúcia de Moura. Políticas de saúde: organização e operacionalização do sistema único de saúde. Rio de Janeiro: EPSJV / Fiocruz, 2007, p. 218/219.

um problema que permanece até hoje decorre da não regulamentação da EC 29/00. Como a legislação não especificou o que pode ser considerado gasto com a saúde, diversos governos têm lançado como gastos despesas com outras atividades, como farmácias populares, programas de combate à miséria e à fome etc.<sup>347</sup>

Mas, ao menos sob o ponto de vista formal, parece que o Estado superou esse problema, pois, como já apontado, no início de 2012 ele regulamentou a matéria, e trouxe, nos arts. 2º, 3º e 4º, da Lei Complementar nº 141/2012, o que deve ser considerado como despesas com ações e serviços públicos de saúde.

No entanto, ao que tudo indica, o problema está na delimitação do que se compreende como saúde, pois foi visto acima que a saúde compreende, por exemplo, a alimentação e a moradia, que também podem estar enquadradas como bens da assistência social. Assim sendo, não é a normatização em lei própria que tem o condão de solucionar o problema, já que os governos poderão continuar mascarando um serviço de assistência social sob a rubrica de saúde.

Porém, independente do teor da lei reguladora, em sendo o direito à saúde um direito fundamental, a norma trazida na referida emenda deve ser de aplicação imediata ou direta, conforme já observado alhures.

Por isso, constituído o direito da pessoa, além da ação individual, a ação civil pública é instrumento adequado para buscar implementar o direito à saúde. De acordo com Liana Cirne Lins, “no Brasil os direitos fundamentais se fizeram acompanhar de instrumentos processuais eficazes à sua defesa, prevendo ações inovadoras e, em alguns casos privilegiando o seu caráter coletivo”<sup>348</sup>. Paulo Bonavides, sob a tese de Paulo Lopo Saraiva, defende a criação de um instituto específico para a proteção dos direitos sociais, qual seja, o mandado de garantia social, cuja finalidade seria utilizá-lo para garantir a efetividade dos direitos sociais previstos na Constituição Federal, quer sejam os explicitamente arrolados, como os do art. 6º, quer sejam os implícitos<sup>349</sup>.

---

<sup>347</sup> SERRA, Carlos Gonçalves. RODRIGUES, Paulo Henrique. O Financiamento da Saúde no Brasil. In. MATTA, Gustavo Corrêa / PONTES, Ana Lúcia de Moura. Políticas de saúde: organização e operacionalização do sistema único de saúde. Rio de Janeiro: EPSJV / Fiocruz, 2007, p. 219.

<sup>348</sup> LINS, Liana Cirne. Pensar a Eficácia dos Direitos Fundamentais à Luz do Processo: Reflexões em homenagem ao Professor Ivo Dantas. In: ROSA, André Vicente Pires; MONTEIRO, Roberta. (Org.). Direito Constitucional: os desafios contemporâneos. Uma homenagem ao Professor Ivo Dantas. Curitiba: Juruá, 2012, v. , p. 447

<sup>349</sup> BONAVIDES, Paulo. A constituição aberta. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 182.

E quanto à convocação do Poder Judiciário, já foi visto que a ele cabe a tarefa da defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos aos indivíduos.

Carlos Gonçalves Serra e Paulo Henrique Rodrigues, destacam, em trabalho sobre o financiamento da saúde no Brasil, que

Entre os inúmeros fatos frequentemente divulgados nos últimos anos pela mídia e que caracterizam o que as manchetes consagraram como crise da saúde estão aqueles relacionados com a escassez de recursos financeiros. Na verdade, este tem sido um problema recorrente desde o final dos anos 60<sup>350</sup>

Desta feita, identificado que só a partir de 2012 o Estado se desonerou da obrigação de editar a lei complementar que se propôs a regulamentar o orçamento da saúde, nos moldes da Constituição Federal<sup>351</sup>; cabe apurar se a despesa com a saúde pode superar a receita prevista no orçamento ou se deve estar limitada ao mesmo, conforme sustentado na Teoria da Reserva do Possível.

Ao editar a Lei complementar que regulamentou a Emenda Constitucional nº 29/2000, o legislador manteve, por uma primeira leitura, o orçamento mínimo previsto nessa Emenda, haja vista que o art. 5º, da Lei Complementar nº 141/2012, também aponta que o orçamento anual da União para o custeio das ações e serviços públicos de saúde é o montante correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, acrescido de, no mínimo, o percentual corresponde à variação nominal do Produto Interno Bruto – PIB ocorrida no ano anterior. Nesse sentido também se posicionam Natalia Carolina Cairo Lara e Áquilas Nogueira Mendes ao apresentarem trabalho sobre a construção histórica do SUS, conforme se verifica abaixo

O movimento mais recente para a tentativa de estabilização dos recursos oriundos para a saúde foi aprovação da regulamentação da EC-29 pela Lei Complementar nº 141/2012 (LC nº 141) que visa assegurar a vinculação de recursos fiscais para o setor da saúde. Segundo Mendes (2012), a regulamentação não garantiu nenhum recurso novo para garantir a

---

<sup>350</sup> SERRA, Carlos Gonçalves. RODRIGUES, Paulo Henrique. O Financiamento da Saúde no Brasil. In. MATTA, Gustavo Corrêa / PONTES, Ana Lúcia de Moura. Políticas de saúde: organização e operacionalização do sistema único de saúde. Rio de Janeiro: EPSJV / Fiocruz, 2007, p. 195.

<sup>351</sup> Desconsiderando-se, para o deslinde da presente pesquisa, o que foi suscitado sobre uma possível inconstitucionalidade do art. 7º, da Emenda Constitucional nº 29/2000 e, por conseguinte, sobre o desrespeito aos ditames constitucionais, conforme acima abordado.

universalização da saúde, ou seja, não significou nenhum grande avanço para o financiamento da saúde.<sup>352</sup>

Há que se fazer uma observação em relação ao montante empenhado no exercício anterior, porque a disposição trazida naquele art. 5º restringe esse montante ao que fora despendido com a saúde que está delineada nos arts. 2º, 3º e 4º, ou seja, ele deixa de fora as despesas decorrentes das demandas judiciais, pois por esses dispositivos só serão consideradas como despesas que comporão a base de cálculo para o orçamento mínimo da saúde o que foi previamente estabelecido como objetivos e metas explicitados nos Planos de Saúde de cada ente da Federação. Restrição essa que é reforçada pelo art. 24, § 4º, inciso I, da lei regulamentar, na medida em que exclui da base de cálculo para apuração do orçamento mínimo as despesas custeadas com receitas provenientes de operações de crédito contratadas para essa finalidade ou com recursos que não estejam indicados nos arts. 6º e 7º dessa mesma lei.

Nesse diapasão, ao que tudo indica, sob o ponto de vista prático, o orçamento (do ano seguinte da União) será elaborado com base nas despesas que foram previamente fixadas no orçamento anterior e na receita do orçamento anterior que foi efetivamente utilizada para uma ação ou serviço de saúde anteriormente planejada no orçamento que antecede. Exemplifica-se: para o exercício de 2013, um determinado ente federado planejou, para o serviço de saúde pública, nesse exercício, unicamente uma campanha de vacinação contra a gripe tipo 1, ou seja, como ação e serviço de saúde foi planejado apenas essa campanha de vacinação. Para esse período o orçamento da saúde foi fixado em R\$100.000,00. Na implementação dessa campanha o ente gastou apenas R\$80.000,00. Todavia, por força de uma decisão judicial, ou até mesmo de um ato do próprio Executivo, o ente precisou realizar outra campanha nesse exercício, agora para combater a gripe 2, cuja despesa também foi de R\$80.000,00. Da restrição acima apontada subentende-se que a despesa da segunda campanha de vacinação não comporá a base para identificação do montante que servirá de referência para o orçamento de 2014, por

---

<sup>352</sup> LARA, Natalia Carolina Cairo e MENDES, Áquilas Nogueira. As políticas de regionalização do SUS: construção histórica e embate. Trabalho publicado nos Anais do 2º Congresso Brasileiro de Política, Planejamento e Gestão em Saúde, realizado em Belo Horizonte – MG nos dias 01, 02 e 03 de outubro de 2013. Disponível em: <<http://www.politicaemsaude.com.br/anais/trabalhos/publicacoes/064.pdf>> Acesso em: 9 jan. 2014.

não ter sido previamente explicitada nos Planos de Saúde de 2013<sup>353</sup>. Além disso, o orçamento seguinte não tomará como referência os R\$100.000,00, que foi autorizado para a saúde, já que o custeio do que foi previamente estabelecido foi de R\$80.000,00. É possível se depreender ainda que a concretização dessa disposição dar azo a afirmação de que não há uma verdadeira intenção de se privilegiar a saúde, pois, com a adoção acima, o saldo, por exemplo, dos impostos que servem de fonte de custeio para a saúde seria maior, o que garantiria uma maior reserva de impostos para serem aplicados ao crivo da ampla discricionariedade do Administrador Público, uma vez que os mesmos, como regra, não são vinculados.

O art. 7º, da Emenda Constitucional nº 29/2000, que incluiu o art. 77 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), não faz essa restrição, pelo que se constata nas alíneas a) e b), do inciso I, desse artigo, por trazerem que o referencial será, no ano 2000, o montante empenhado no exercício anterior com o acréscimo da variação nominal do PIB, e a partir de 2001, o valor apurado no exercício anterior, corrigido pela variação nominal do PIB.

Assim sendo, o legislador foi na contramão do que fora identificado como o mínimo para o custeio da saúde, já que restringiu<sup>354</sup> o âmbito desse custeio, desprezando o valor apurado e as ações e serviços de saúde que surgirem a partir da judicialização.

Desta feita, observa-se que mesmo com a edição da lei reguladora ainda há um subfinanciamento da saúde pública. Adilson Soares e Nelson Rodrigues dos Santos também entendem, ainda que sob outro enfoque, que mesmo com a Lei Complementar nº 141/2012 o sistema continua subfinanciado, ante o teor da regulamentação<sup>355</sup>.

É cediço que é expressamente vedado qualquer ato tendente a abolir ou a restringir os direitos e garantias individuais, haja vista a tutela das cláusulas pétreas, neste caso por força do art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal. Foi visto

---

<sup>353</sup> Todavia, essa posição é prévia, pois entende-se que para firmá-la em definitivo há que se fazer uma pesquisa com o objetivo próprio, com o estudo minucioso do orçamento e das despesas da saúde.

<sup>354</sup> Concretizada a restrição em detrimento do mandamento constitucional do ADCT, seria essa disposição da lei complementar inconstitucional? Essa é uma pergunta que precisa ser respondida a partir de uma maior apuração do que acima foi apontado sobre a redução do âmbito da saúde e do seu respectivo financiamento.

<sup>355</sup> SOARES, Adilson e SANTOS, Nelson Rodrigues dos. Financiamento do Sistema Único de Saúde nos governos FHC, Lula e Dilma. Saúde em Debate. Revista do Centro Brasileiro de Estudos de Saúde. Volume 38, Número 100. Rio De Janeiro, Jan-Mar 2014, p. 18/25.

que o ordenamento jurídico é posto não só para tutelar uma liberdade formal, mais também material, motivo pelo qual os direitos sociais foram eleitos à condição de direitos fundamentais, pois, sem eles, os direitos classicamente conhecidos como individuais, como é o caso da liberdade, da igualdade e da vida, estariam fadados a uma realidade meramente formal. Por isso, restringir o direito à saúde, direta ou indiretamente, seja pela restrição do que se entende por saúde ou pela delimitação de sua receita, caracteriza não só afronta aos direitos fundamentais, mais também afronta à cláusula pétrea. De acordo com Paulo Bonavides,

Em obediência aos princípios fundamentais que emergem do Título I da Lei Maior, faz-se mister, em boa doutrina, interpretar a garantia dos direitos sociais como cláusula pétrea e matéria que requer, ao mesmo passo, um entendimento adequado dos direitos e garantias individuais do art. 60. Em outras palavras [...], os direitos sociais recebem em nosso direitos constitucional positivo uma garantia tão elevada e reforçada que lhes faz legítima a inserção no mesmo âmbito conceitual da expressão direitos e garantias individuais do art. 60. Fruem, por conseguinte, uma intangibilidade que os coloca inteiramente além do alcance do poder constituinte ordinário, ou seja, aquele poder constituinte derivado, limita e de segundo grau, contido no interior do próprio ordenamento jurídico.<sup>356</sup>

Portanto, por uma interpretação sistemática e teleológica é perfeitamente admissível a ideia de que os direitos sociais também estão compreendidos na condição de cláusula pétrea, ainda mais quando considerado que esses direitos são corolários da necessidade de preservação dos direitos e garantias individuais, bem como que os direitos individuais e sociais estão inter-relacionados.

Por João Maurício Adeodato, “toda garantia visa assegurar um direito subjetivo e todo direito subjetivo precisa de garantias. Por isso, dependendo do contexto semântico e das habituais metonímias, as expressões são usadas como sinônimas”;<sup>357</sup> aqui deixa-se de lado a ideia de que as garantias seriam apenas os instrumentos capazes de manter ou restaurar um direito.

Portanto, confirmando-se a restrição do direito à saúde, nos moldes acima aventados, caracterizada ficará a inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 141/2012, ao menos no que diz respeito aos dispositivos supra questionados. Por isso, concorda-se com Andreas Joachim Krell quando ele aponta a seguinte solução para casos como o agora levantado:

---

<sup>356</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 657.

<sup>357</sup> ADEODATO, João Maurício. A retórica constitucional. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 187.

para o problema da dedicação insuficiente de verbas públicas para a realização de serviços sociais seria a contestação e o controle das leis orçamentárias do respectivo ente federativo, por ação direta de inconstitucionalidade (através do Ministério Público, artigo 102, I, CF), toda vez que contrariarem os dispositivos constitucionais.<sup>358</sup>

O Tribunal Constitucional Federal alemão, ao julgar, em 09 de fevereiro de 2010, a questão que ficou conhecida como o Caso HARTZ IV, por tratar de três casos que versam sobre a compatibilidade da Lei do Hartz IV com preceitos da Lei Fundamental alemã - especialmente, os que dizem respeito à dignidade da pessoa humana, à igualdade, à família, à condição do Estado Alemão ser um Estado democrático e social, e do poder legislativo está submetido à ordem constitucional – declarou que essa lei trazia disposição incompatível com a Lei Fundamental alemã, por estabelecer sistema de benefício assistencial que violaria a garantia de uma subsistência mínima, por não ser capaz de garantir o mínimo necessário à manutenção da vida humana com dignidade, com destaque no que diz respeito à manutenção das crianças beneficiárias desse benefício. Diante da incompatibilidade da Lei do Hartz IV, o Tribunal Constitucional Federal alemão fixou uma data, qual seja, 31 de dezembro de 2010, para que o legislador aprovasse um benefício compatível com a Lei Fundamental alemã, ou seja, capaz de garantir o mínimo necessário para a manutenção digna da vida humana.<sup>359</sup> De acordo com notícia divulgada pela mídia, o então Presidente do Tribunal Constitucional Federal alemão, Ministro Hans-Jürgen Papier, “afirmou que as quantias garantidas a adultos e crianças não são suficientes para ‘garantir um mínimo de existência humanamente digna’”<sup>360</sup>.

O Supremo Tribunal Federal, semelhante ao Tribunal Constitucional Federal alemão, poderia ser chamado a rever o ato administrativo, ou mesmo legiferante, que fixasse um orçamento incompatível com a dignidade da pessoa humana, sob a premissa de que o mesmo vai de encontro aos ditames constitucionais, ainda mais

<sup>358</sup> KRELL, Andreas Joachim. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 102.

<sup>359</sup> HORBACH, Beatriz Bastide. Benefícios sociais e a garantia do mínimo existencial: o Caso HARTZ IV. Observatório da jurisdição constitucional. Brasília: IDP, Ano 4, 2010/2011. Disponível em: <<http://ojs.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/446/287>> Acesso em: 27 de agosto de 2014.

<sup>360</sup> WANDSCHEER, Roselaine. Deutsche Welle. Tribunal declara inconstitucional a lei alemã de auxílio social. Disponível em: <<http://www.dw.de/tribunal-declara-inconstitucional-a-lei-alem%C3%A3-de-aux%C3%ADlio-social/a-5232639>> Acesso em: 27 de agosto de 2014.

num ordenamento jurídico como o brasileiro, pelo qual os direitos sociais são expressamente tutelados em norma constitucional de eficácia plena. E o Supremo Tribunal Federal já sinalizou nesse sentido, inclusive, com base no Caso HARTZ IV, conforme se verifica na Reclamação 4.374/PE, que versa sobre questão envolvendo o benefício assistencial, também conhecido como benefício LOAS. Nesse caso, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a Reclamação proposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social. E, em julgamento datado de 18 de abril de 2013, declarou a inconstitucionalidade do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993, que traz como critério para a concessão do benefício assistencial a existência de uma renda mensal per capita que seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo. O Supremo Tribunal Federal manteve a vigência desse dispositivo até 31 de dezembro de 2014. O ministro Gilmar Mendes, ao proferir seu voto, externou que “a decisão do Tribunal Constitucional alemão no caso Hartz IV traz novas luzes para a decisão no presente caso”<sup>361</sup>.

A judicialização da saúde é uma realidade, e dela tem surgido frequentemente a concretização de ações e serviços que não podem ficar de fora da base de cálculo para o orçamento, sob pena, inclusive, de se dá continuidade a crescente judicialização da saúde. De acordo com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em balanço parcial, de abril de 2011,

o número de ações judiciais na área de saúde chegavam a 240.980. A maior parte delas são reclamações de pessoas que reivindicam na Justiça acesso a medicamentos e a procedimentos médicos pelo Sistema Único de Saúde (SUS), bem como vagas em hospitais públicos e ações diversas movidas por usuários de seguros e planos privados junto ao setor.<sup>362</sup>

A Advocacia-Geral da União, por intermédio da Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Saúde (CONJUR/MS), apresentou um relatório, isto é, um panorama, que foi atualizado em maio de 2013<sup>363</sup>, do quantitativo de processos judiciais que versam sobre o direito à saúde e têm a União como demandada. Esse panorama diz

<sup>361</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 4374, voto do Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 18-4-2013, Plenário, DJE de 04-09-2013.

<sup>362</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Estatísticas podem ajudar a reduzir demandas judiciais de Saúde. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/17458-estatisticas-podem-ajudar-a-diminuir-demandas-judiciais-na-area-da-saude>>. Acesso em: 20 de dezembro de 2011.

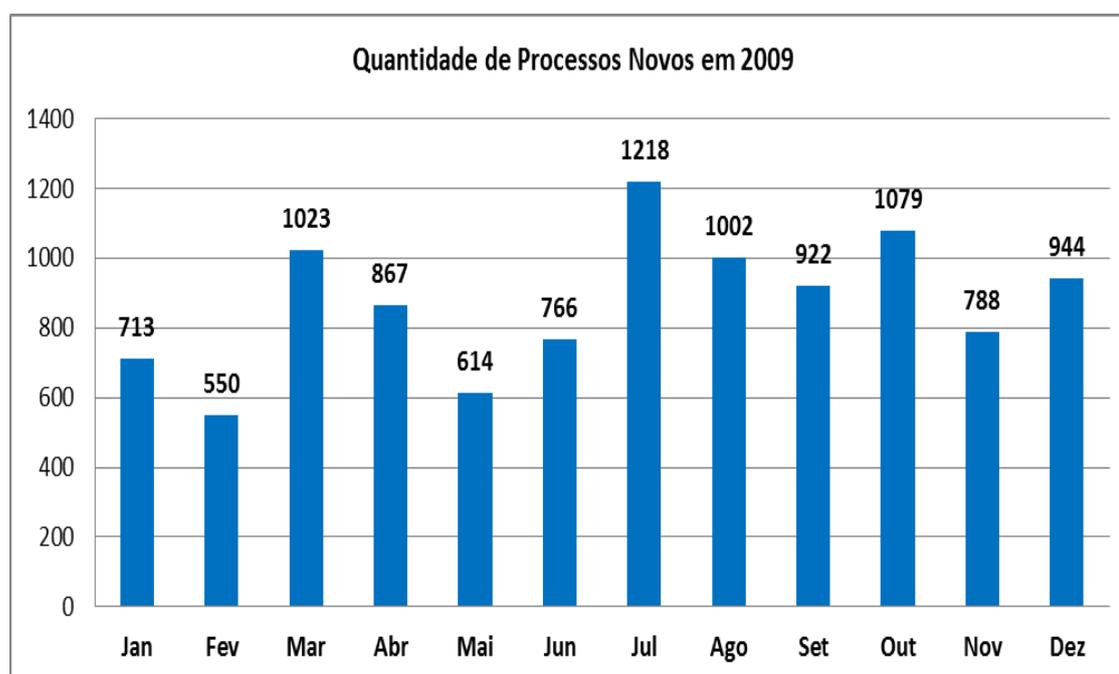
<sup>363</sup> BRASIL. Advocacia Geral da União. Intervenção Judicial na Saúde Pública. Panorama no âmbito da Justiça Federal e Apontamentos na seara das Justiças Estaduais. Disponível em: <<http://u.saude.gov.br/images/pdf/2014/maio/29/Panorama-da-judicializa----o---2012---modificado-em-junho-de-2013.pdf>>. Acesso em: 22 de agosto de 2014.

respeito ao período compreendido entre 2009 e 2012, e os dados referentes aos quantitativos de processos judiciais estão apresentados nos quadros e gráficos abaixo, que foram elaborados a partir da tabulação das informações constantes no panorama acima indicado. Os quadros e respectivos gráficos abaixo trazem o quantitativo de processos novos, em números absolutos, mês a mês, nos anos de 2009, 2010, 2011 e 2012:

Quadro 4- Quantitativo de processos novos em 2009

2009	Jan	Fev	Mar	Abr	Mai	Jun	Jul	Ago	Set	Out	Nov	Dez
	713	550	1023	867	614	766	1218	1002	922	1079	788	944
T O T A L D E P R O C E S S O S N O V O S												10.486

Gráfico 8- Quantitativo de processos novos em 2009

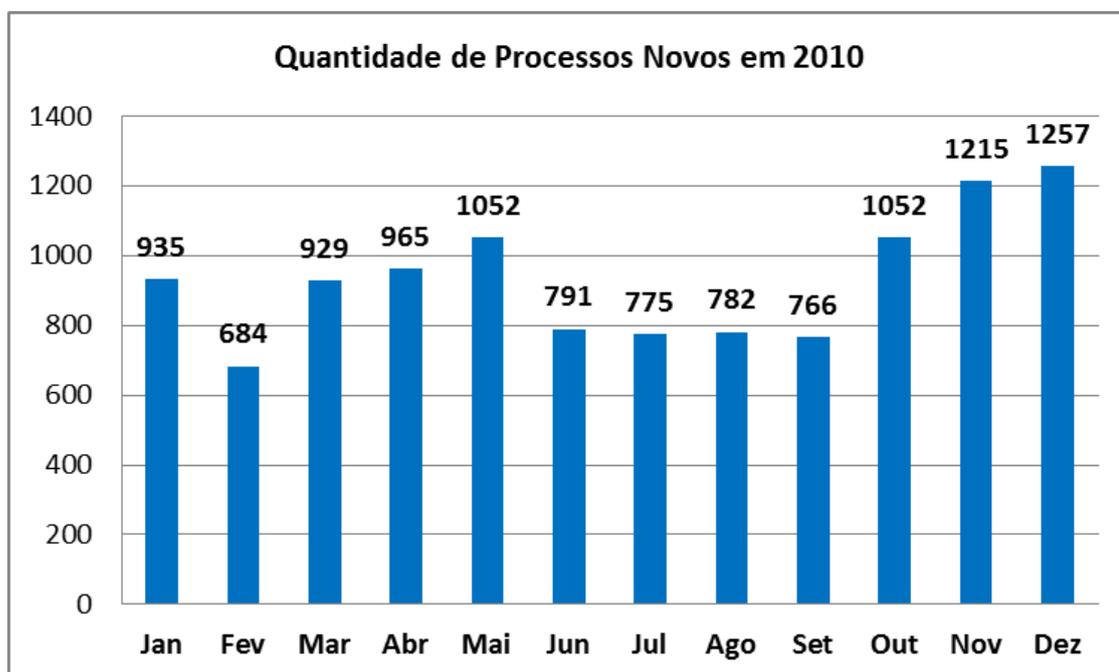


Elaborado pelo Autor a partir dos dados do Quadro- 4

Quadro 5- Quantitativo de processos novos em 2010

2010	Jan	Fev	Mar	Abr	Mai	Jun	Jul	Ago	Set	Out	Nov	Dez
	935	684	929	965	1052	791	775	782	766	1052	1215	1257
T O T A L D E P R O C E S S O S N O V O S												11.203

Gráfico 9- Quantitativo de processos novos em 2010

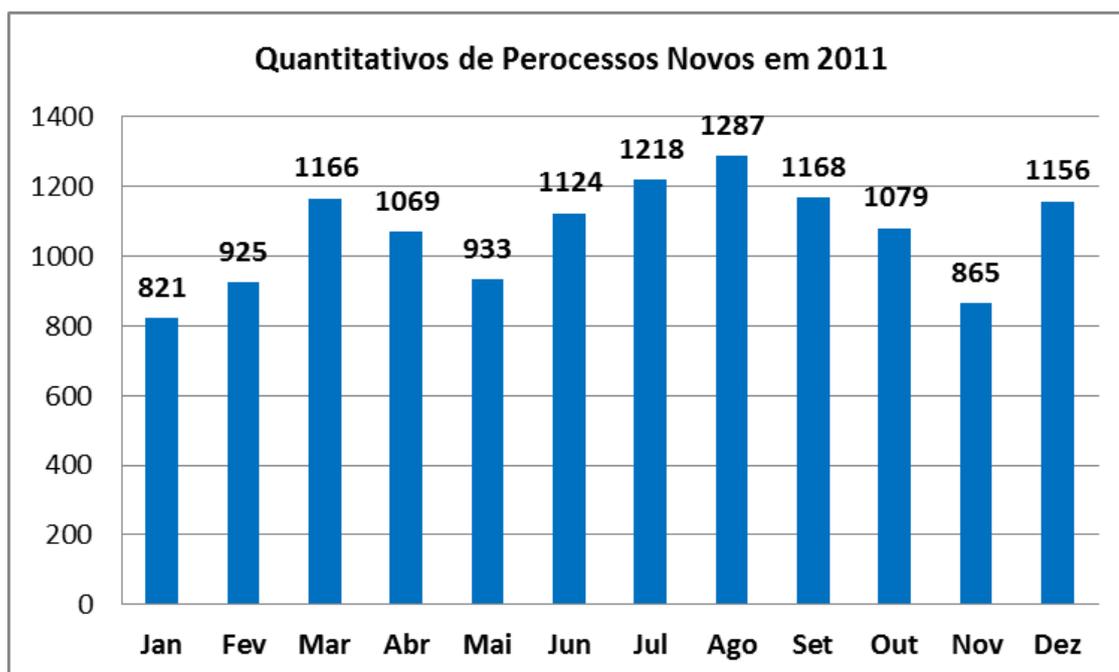


Elaborado pelo Autor a partir dos dados do Quadro- 5

Quadro 6- Quantitativo de processos novos em 2011

2011	Jan	Fev	Mar	Abr	Mai	Jun	Jul	Ago	Set	Out	Nov	Dez
	821	925	1166	1069	933	1124	1218	1287	1168	1079	865	1156
<b>TOT AL DE PROCESSOS NOVOS</b>												<b>12.811</b>

Gráfico 10- Quantitativo de processos novos em 2011

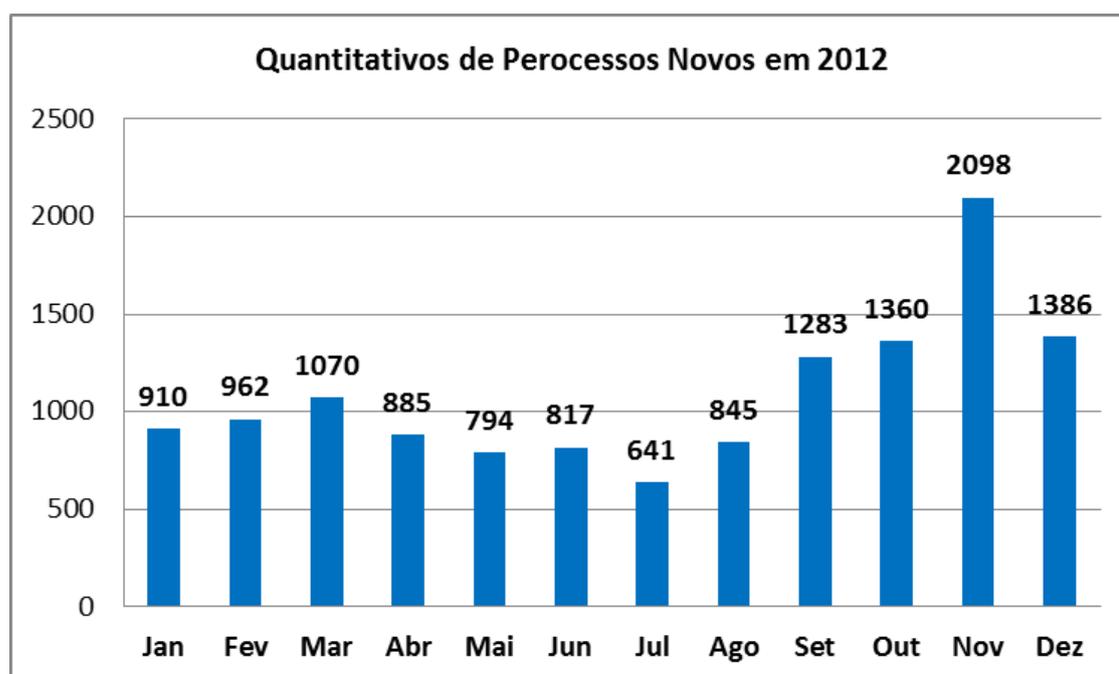


Elaborado pelo Autor a partir dos dados do Quadro- 6

Quadro 7- Quantitativo de processos novos em 2012

2012	Jan	Fev	Mar	Abr	Mai	Jun	Jul	Ago	Set	Out	Nov	Dez
	910	962	1070	885	794	817	641	845	1283	1360	2098	1386
TOTAL DE PROCESSOS NOVOS												13.051

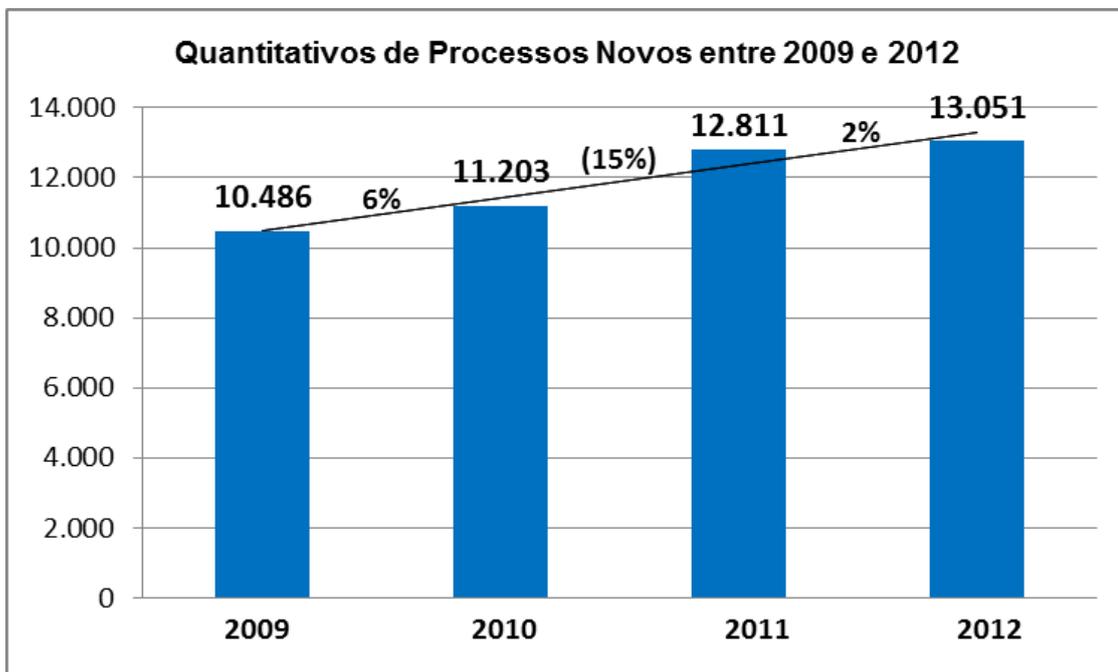
Gráfico 11- Quantitativo de processos novos em 2012



Elaborado pelo Autor a partir dos dados do Quadro- 7

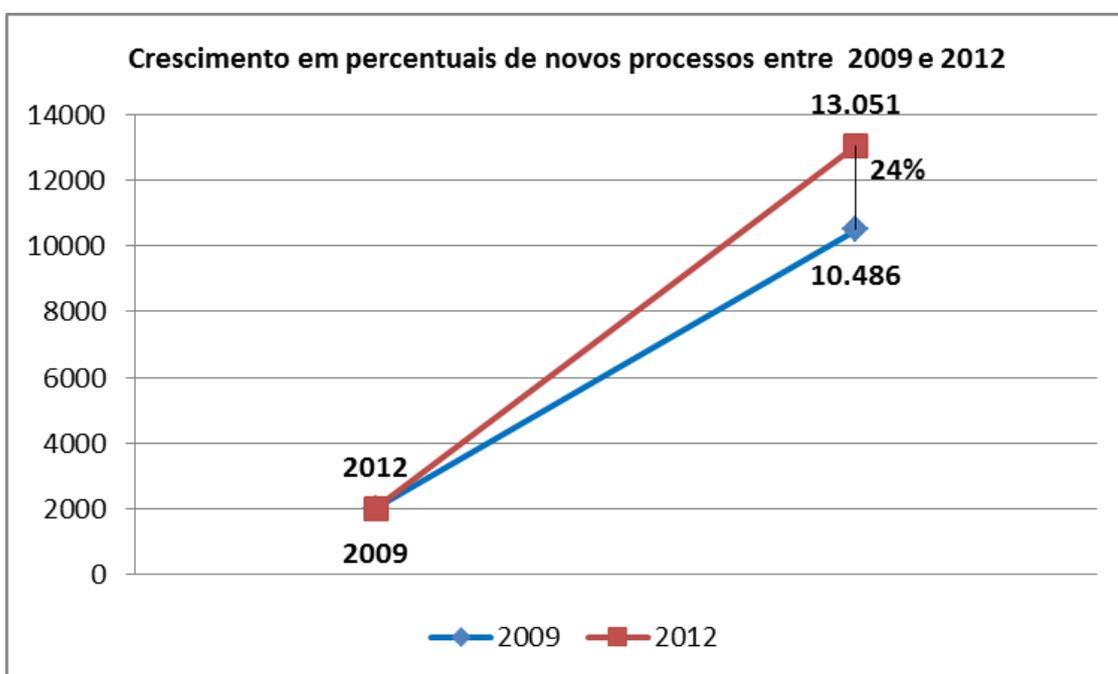
Os gráficos abaixo foram elaborados a partir da tabulação dos dados constantes nos quadros 4, 5, 6 e 7, e a partir deles é possível identificar que entre o período de 2009 a 2012 o número de processos cresceu 24%

Gráfico 12- Quantitativo de processos novos entre 2009 e 2012



Elaborado pelo Autor a partir dos dados dos Quadros- 4, 5, 6 e 7.

Gráfico 13- Quantitativo de processos novos entre 2009 e 2012



Elaborado pelo Autor a partir dos dados dos Quadros- 4, 5, 6 e 7

O Tribunal de Contas da União, no acordo nº 693/2014 – TCU – Plenário, de 26/03/2014, nos autos do processo TC 032.624/2013-1, confeccionou o

Relatório Sistêmico de Fiscalização da Saúde<sup>364</sup>. De acordo com esse Relatório, para atender as decisões judiciais, o Ministério da Saúde gastou, em 2006, R\$ 1.572.540,00, e, em 2011, o equivalente a R\$ 22.106.700,00<sup>365</sup>. Desta feita, comparando-se o gasto de 2006 com o de 2011, evidencia-se um aumento de R\$ 20.534.160,00, e uma elevação de 1.306%<sup>366</sup>, de acordo com os gráficos abaixo:

Gráfico 14- Valores gastos pelo Ministério da Saúde para atender decisões judiciais



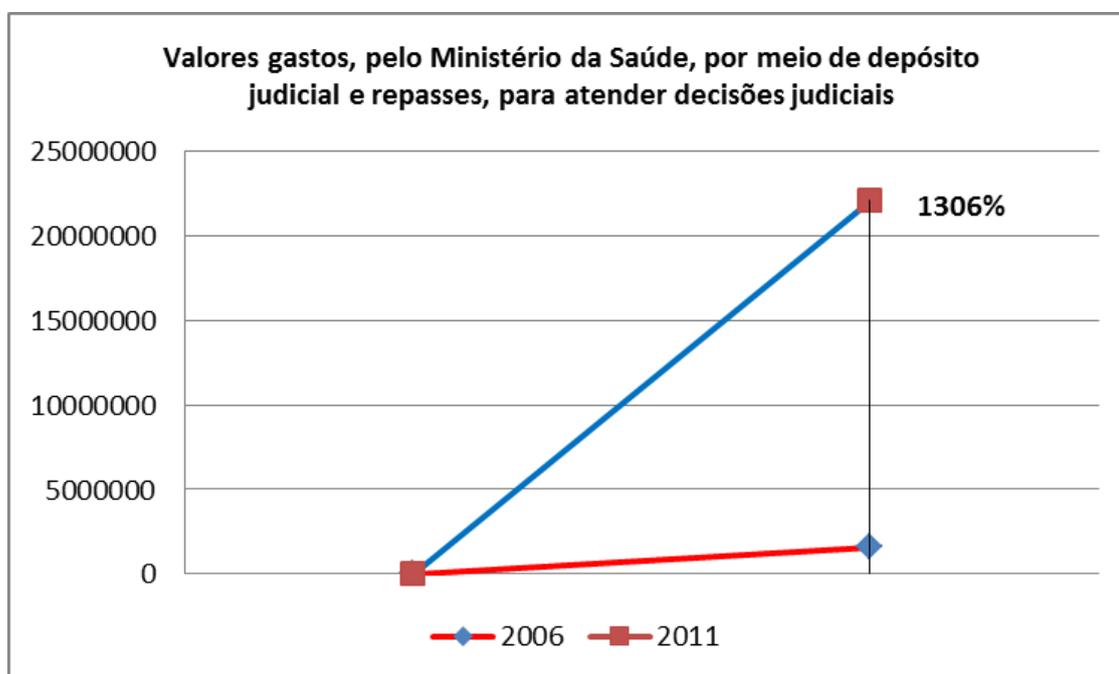
Elabora pelo Autor a partir do Relatório Sistêmico de Fiscalização da Saúde

<sup>364</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório Sistêmico de Fiscalização da Saúde. Disponível em: <[http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/imprensa/noticias/noticias\\_arquivos/032.624-2013-1%20Fisc%20Saude.pdf](http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/imprensa/noticias/noticias_arquivos/032.624-2013-1%20Fisc%20Saude.pdf)> Acesso em: 22 de agosto de 2014.

<sup>365</sup> “Ainda segundo o estudo em tela, os valores gastos pelo Ministério da Saúde para atender decisões judiciais, por meio de depósito judicial ou repasses a estados e municípios para que esses entes federados cumpram a decisão judicial, saltaram de R\$ 1.572.540,00, em 2006, para mais de R\$ 22.106.700,00, em 2011, último exercício abrangido pelo trabalho. Isso equivale a um aumento de 1.406% em apenas cinco anos.” BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório Sistêmico de Fiscalização da Saúde. Disponível em: <[http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/imprensa/noticias/noticias\\_arquivos/032.624-2013-1%20Fisc%20Saude.pdf](http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/imprensa/noticias/noticias_arquivos/032.624-2013-1%20Fisc%20Saude.pdf)> Acesso em: 22 de agosto de 2014.

<sup>366</sup> O Tribunal de Contas da União apontou 1.406% de elevação.

Gráfico 15- Valores gastos pelo Ministério da Saúde para atender decisões judiciais



Elabora pelo Autor a partir do Relatório Sistemático de Fiscalização da Saúde

Destaque-se, ainda, do panorama da CONJUR/MS, os dados que permitem identificar a evolução dos gastos despendidos pelo Ministério da Saúde com as compras de medicamentos, equipamentos e insumos concedidos em decisões judiciais, entre 2005 e 2012, por darem uma ideia da evolução dos gastos decorrentes da judicialização da saúde<sup>367</sup>.

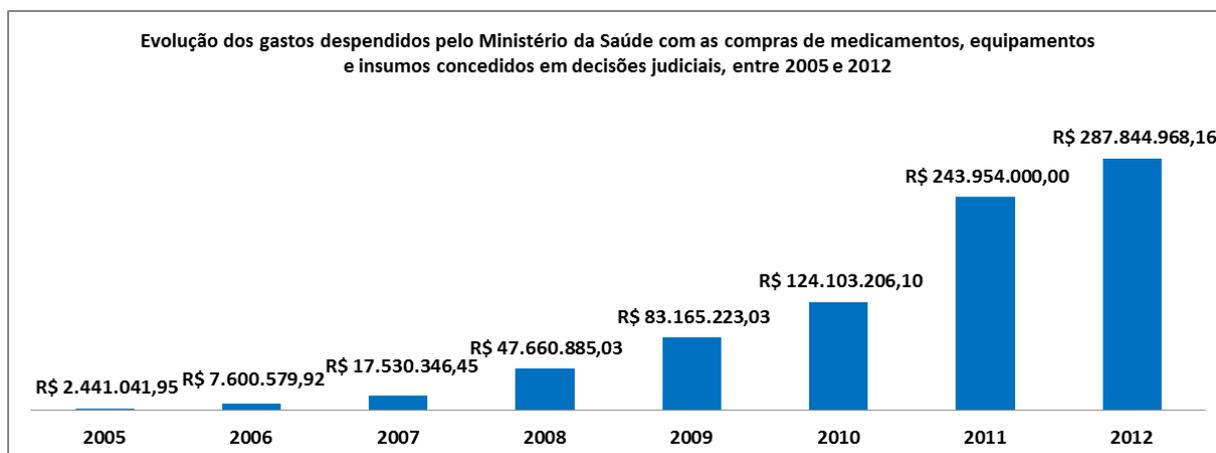
Quadro 8- Evolução dos gastos despendidos pelo Ministério da Saúde com as compras de medicamentos, equipamentos e insumos concedidos em decisões judiciais, entre 2005 e 2012

2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
R\$ 2.441.041,95	R\$ 7.600.579,92	R\$ 17.530.346,45	R\$ 47.660.885,03	R\$ 83.165.223,03	R\$ 124.103.206,10	R\$ 243.954.000,00	R\$ 287.844.968,16

Os dados do quadro 8 foram tabulados e representados nos gráficos 16 e 17.

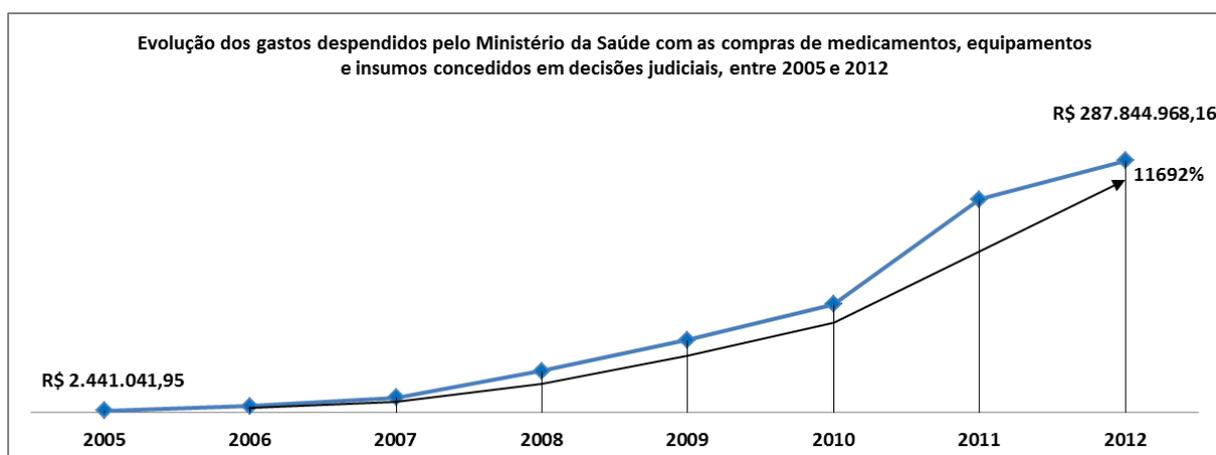
<sup>367</sup> BRASIL. Advocacia Geral da União. Intervenção Judicial na Saúde Pública. Panorama no âmbito da Justiça Federal e Apontamentos na seara das Justiças Estaduais. Disponível em: <<http://u.saude.gov.br/images/pdf/2014/maio/29/Panorama-da-judicializa----o---2012---modificado-em-junho-de-2013.pdf>> Acesso em: 22 de agosto de 2014.

Gráfico 16- Evolução dos gastos despendidos pelo Ministério da Saúde com as compras de medicamentos, equipamentos e insumos concedidos em decisões judiciais, entre 2005 e 2012



Elaborado pelo Autor, a partir do Relatório CONJUR/MS.

Gráfico 17- Evolução dos gastos despendidos pelo Ministério da Saúde com as compras de medicamentos, equipamentos e insumos concedidos em decisões judiciais, entre 2005 e 2012



Elaborado pelo Autor, a partir do Relatório CONJUR/MS.

Da tabulação dos dados apresentados pela CONJUR/MS extrai-se que o Estado foi obrigado a implementar despesas com a saúde que surpreendem qualquer estatístico, pois, entre 2005 e 2012, houve um crescimento de mais de 10.000%, precisamente de 11.692%. Nota-se no gráfico 16, que após a Audiência Pública no STF, em 2009, sobre a saúde, e após a Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010, do Conselho Nacional de Justiça,<sup>368</sup> o gasto dobrou, pois saiu de R\$ 124.103.206,10, em 2010, para R\$ 243.954.000,00, em 2011.

<sup>368</sup> que "recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais

Indiscutivelmente a judicialização da saúde trouxe resultados surpreendentes para a saúde, pois, em 2005, as demandas judiciais em busca da implementação do direito à saúde desencadearam um gasto de R\$2.441.041,95, já em 2012 as demandas judiciais provocaram o custeio de R\$287.844.968,16, isto só em relação às compras de medicamentos, equipamentos e insumos.

A CONJUR/MS, ao apresentar o panorama das ações judiciais em face da União, sobre a saúde, suscitou que é

Interessante se destacar também que grande parte dos processos novos que chegam a CONJUR/MS a cada ano não se extinguem no ano seguinte, em razão de que muitas das obrigações imputadas à União nos processos serem, por exemplo, o fornecimento de medicamentos de uso contínuo. Isso gera um efeito cumulativo e contribui para explicar uma das causas do crescimento acentuado dos gastos com compras pelo Ministério da Saúde, como se verá a seguir.<sup>369</sup>

Isso só reforça a necessidade de que as demandas judiciais também sirvam de referência para os orçamentos públicos. Deixar de incluir as despesas com os processos judiciais sobre a saúde para a constituição do orçamento é ser ineficiente, porque, como levantado pela CONJUR/MS, o custeio da saúde, por força de uma ação judicial, envolve o custo de despesas adicionais, por exemplo, com o transporte aéreo de medicamentos enviados à residência do beneficiário da ação judicial, que em 2010 foi de R\$962.333,88, em 2011 de R\$1.620.841,62 e em 2012 de R\$1.965.435,39<sup>370</sup>. A tabulação desses dados permite identificar que só com o aumento dessa despesa, ocorrido entre 2010 e 2012, o erário público foi onerado em mais de 100%, especificamente, em 104%; isso sem considerar que a despesa com o transporte, em si, já é uma oneração desnecessária. Segue abaixo os gráficos que representam a tabulação desses dados:

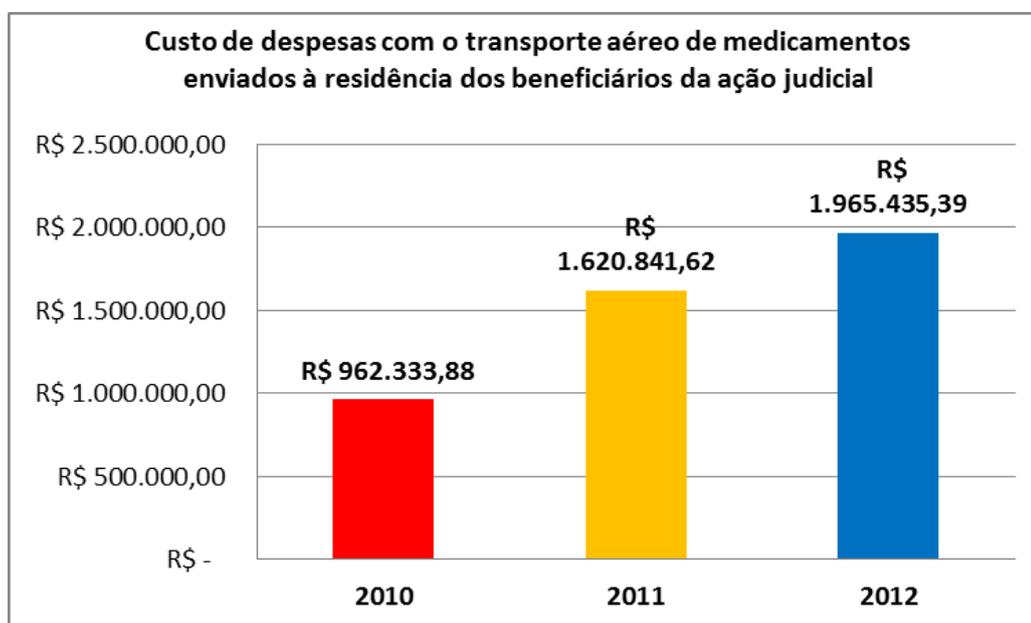
---

envolvendo a assistência à saúde" BRASIL. CNJ. Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010. Publicado no DJ-e nº 61/2010, em 07/04/2010, p. 4-6.

<sup>369</sup> BRASIL. Advocacia Geral da União. Intervenção Judicial na Saúde Pública. Panorama no âmbito da Justiça Federal e Apontamentos na seara das Justiças Estaduais. Disponível em: <<http://u.saude.gov.br/images/pdf/2014/maio/29/Panorama-da-judicializa----o---2012---modificado-em-junho-de-2013.pdf>> Acesso em 22 de agosto de 2014.

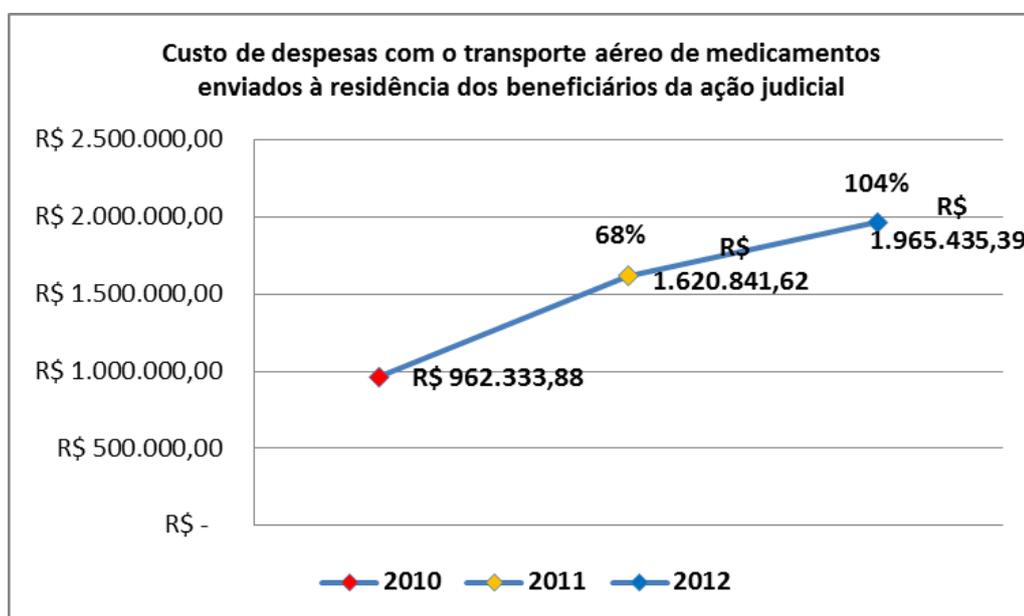
<sup>370</sup> BRASIL. Advocacia Geral da União. Intervenção Judicial na Saúde Pública. Panorama no âmbito da Justiça Federal e Apontamentos na seara das Justiças Estaduais. Disponível em: <<http://u.saude.gov.br/images/pdf/2014/maio/29/Panorama-da-judicializa----o---2012---modificado-em-junho-de-2013.pdf>> Acesso em 22 de agosto de 2014.

Gráfico 18- Custo de despesas com o transporte aéreo de medicamentos enviados à residência dos beneficiários da ação judicial



Elaborado pelo Autor, a partir do Relatório CONJUR/MS

Gráfico 19- Custo de despesas com o transporte aéreo de medicamentos enviados à residência dos beneficiários da ação judicial



Elaborado pelo Autor, a partir do Relatório CONJUR/MS

Kenneth Rochel de Camargo Jr., Cláudia Medina Coeli e Arlinda B. Moreno, trazem à tona uma questão que não pode ser esquecida pelo Administrador Público, ou seja, “que a capacidade de prever as consequências de nossas ações no

presente, de conceber um futuro desejado e de imaginar os passos necessários para alcançá-lo é parte dos atributos que nos definem fundamentalmente como humanos<sup>371</sup>” e para preservá-los é preciso que ele considere as ações e serviços extraordinários (extraordinário sob o ponto de vista de um planejamento prefixado) com a saúde, sob pena de não se alcançar o futuro desejado, a não ser, parafraseando esses autores, que desde o início não se deseje um futuro com uma saúde que atenda efetivamente as necessidades da sociedade.

Acima foi dito que não é a regulamentação em lei própria que garantirá uma política pública de saúde eficaz, que atenda as efetivas necessidades dos indivíduos. Aqui cabe trazer um trecho da tese de Antônio Gelis Filho, por ser o mesmo capaz de representar essa ponderação:

O país A e o país B estão localizados nas Américas. O país A garante a todo cidadão, em sua constituição, que o “Estado tem a obrigação absoluta de garantir o direito à vida, à saúde, e o respeito à pessoa humana” (art. 19); o país B pouco se refere à saúde em sua constituição, limitando-se a determinar que algumas organizações de saúde serão administradas por esta ou por aquela esfera de governo. O país A também garante constitucionalmente a todos seus cidadãos que “o Estado tem a obrigação de garantir a proteção, manutenção e recuperação de sua saúde estabelecendo hospitais, centros de saúde e dispensários” (art. 23). O país A é o Haiti, (HAITI, 1987) cuja população possui os piores níveis de saúde do continente e o país B é o Canadá (CANADÁ, 1867), o qual exibe os melhores indicadores de saúde das Américas. Essa comparação mostra a dificuldade de se relacionar nível de saúde de uma população com a proteção constitucional do direito à saúde.<sup>372</sup>

Portanto, é uma vontade política voltada para o compromisso com o bem-estar social, com o bem de todos, que levará a um futuro melhor. Na República Federativa do Brasil é estar atendo as diretrizes do preâmbulo da Constituição Federal de 1988, que no seguinte sentido espelha qual o interesse da sociedade:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a 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

<sup>371</sup> CAMARGO JR., Kenneth Rochel de. COELI, Cláudia Medina. MORENO, Arlinda B. Informação e Avaliação em Saúde. In. MATTA, Gustavo Corrêa / PONTES, Ana Lúcia de Moura. Políticas de saúde: organização e operacionalização do sistema único de saúde. Rio de Janeiro: EPSJV / Fiocruz, 2007, p. 251.

<sup>372</sup> GELIS FILHO, Antonio. Sistemas de saúde e constituição: análise da relação entre a presença de proteção constitucional do direito à saúde e mortalidade infantil em 112 países. 2005. 177 f. Tese (Doutorado) Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas.

uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social

O legislador também não elevou o orçamento mínimo previsto em relação aos Estados, Distrito Federal e Municípios, porque ele também manteve na lei complementar o mesmo percentual da EC 29/2000.

Assim sendo, em relação aos Estados e ao Distrito Federal, a teor do art. 6º, da Lei Complementar nº 141/2012, o legislador, grosso modo, preservou o percentual mínimo de 12%, que, deduzidas as parcelas que forem transferidas por eles aos respectivos Municípios, será extraído da seguinte arrecadação:

- a) da arrecadação do imposto<sup>373</sup> de transmissão de causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos (ITCMD)<sup>374</sup>;
- b) do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação (ICMS);
- c) do imposto de propriedade de veículos automotores (IPVA);
- d) do imposto de renda e proventos (IR) que são decorrentes dos rendimentos pagos pelos Estados, Distrito Federal, e suas autarquias e fundações;
- e) dos 20% do imposto extraordinário que venha a ser criado e arrecadado pela União;
- f) 21,5% de 48% da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza;
- g) 21,5% de 48% da arrecadação dos impostos sobre produtos industrializados (IPI); e
- h) 10% da arrecadação dos impostos sobre produtos industrializados que foram exportados no âmbito do respectivo Estado ou Distrito Federal.

---

<sup>373</sup> A destinação que o legislador passou a dar aos impostos que servem de fonte de receita para o custeio da saúde acabou por mitigar a teoria de que o imposto não é vinculado à uma atividade específica do Estado; abrandando, inclusive, a disposição do art. 16 do Código Tributário Nacional, que qualifica o imposto como um tributo não vinculado. Hoje o contribuinte desses impostos sabe que sua contribuição tem um fim específico, pois, ao fim e ao cabo, o serviço de saúde está posto à disposição de todos, por conseguinte, à disposição do próprio contribuinte.

<sup>374</sup> ou ICD, como é denominado em Pernambuco, ou ainda ITCD, como é abreviado em MG.

No orçamento para a saúde do Distrito Federal também estará compreendido o que foi estabelecido para o Município, cuja composição mínima está abaixo elencada. Além disso, o Distrito Federal também aplicará, no mínimo, 12% do produto da arrecadação direta dos impostos que não possam ser segregados em base estadual e em base municipal, conforme previsto no art. 8º da lei complementar que foi acima indicada.

E no que diz respeito aos Municípios, pelo art. 7º da lei complementar, o percentual mínimo de 15% também foi mantido sobre a arrecadação:

- a) do imposto de propriedade predial e territorial urbana (IPTU);
- b) do imposto de Transmissão de Bens Imóveis Inter-Vivos (ITBI);
- c) do imposto de serviços de qualquer natureza (ISS), que não sejam compreendidos como prestações de serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação;
- d) do imposto de renda e proventos (IR) que são decorrentes dos rendimentos pagos pelos Estados, Distrito Federal, e suas autarquias e fundações
- e) de 50% do produto da arrecadação do imposto sobre a propriedade territorial rural (ITR), relativamente aos imóveis situados no respectivo município, ou do total desse imposto quando o município fiscalizar e cobrar esse imposto;
- f) 50% do produto da arrecadação do imposto de propriedade de veículos automotores (IPVA) que forem licenciados em seus respectivos territórios;
- g) 25% do produto da arrecadação do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS);
- h) 22,5% de 48% da arrecadação dos impostos sobre produtos industrializados (IPI); e
- i) 25% dos 10% da arrecadação dos impostos sobre produtos industrializados que foram exportados no âmbito do respectivo Estado ou Distrito Federal.

Os encargos que acompanham as respectivas fontes de receitas dos orçamentos circunscritos acima também compõem a base de cálculo dos respectivos orçamentos, ou seja, as multas e juros também serão contabilizados para a extração do orçamento; e na composição dos impostos supra apontados também serão levados em consideração os que foram arrecadados por meio de processo administrativo ou judicial<sup>375</sup>, conforme arts. 9º e 10 da lei regulamentar.

A saúde é um direito de todos e um dever do Estado, conforme preconiza o Constituinte. Todavia, ao se analisar o orçamento da saúde, constata-se que a União está adotando um posicionamento de desabastecimento da saúde, porque, a cada orçamento anual a sua contribuição com a saúde diminui consideravelmente, ao menos quando se leva em consideração o orçamento da saúde como um todo, isto é, considerando-se a participação dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

A Fundação Oswaldo Cruz, ao apresentar trabalho sobre o projeto Saúde Brasil 2030, que tem como “principal objetivo a constituição de uma rede permanente de perspectiva estratégica no campo da saúde”, apresentou dados que bem evidenciam esse desabastecimento por parte da União. De acordo com os dados apresentados, durante a década de 80, a União arcava, em média, com 75% dos recursos públicos alocados em Saúde e, em 1996, ela respondia por 63% do total das despesas com a saúde, enquanto os estados e os municípios respondiam, em 1996, respectivamente, com 20,7% e 16,4% desses recursos. Assim sendo, apesar da União estar compreendida na constituição do Estado, ao que tudo indica a saúde está sendo repassada paulatinamente para os Estados, Distrito Federal e Municípios, ou seja, a cada ano a União tem buscado se desvencilhar do dever de fornecer o serviço de saúde, o que denota uma posição inconstitucional, já que o Constituinte também atribuiu a ela esse dever. Ainda de acordo com os dados apresentados pela Fundação Oswaldo Cruz, após a Emenda Constitucional nº 29/2000, a participação da União com o custeio da saúde continuou decrescendo, enquanto a dos Estados e Municípios continuou a crescer.

---

<sup>375</sup> É no mínimo curioso o fato do montante empenhado no exercício anterior não contar na base de cálculo com as despesas das ações e serviços sobre saúde que se deram por intermédio de processo judicial e, do contrário, a composição da receita contar com os créditos constituídos por meio de processo judicial.

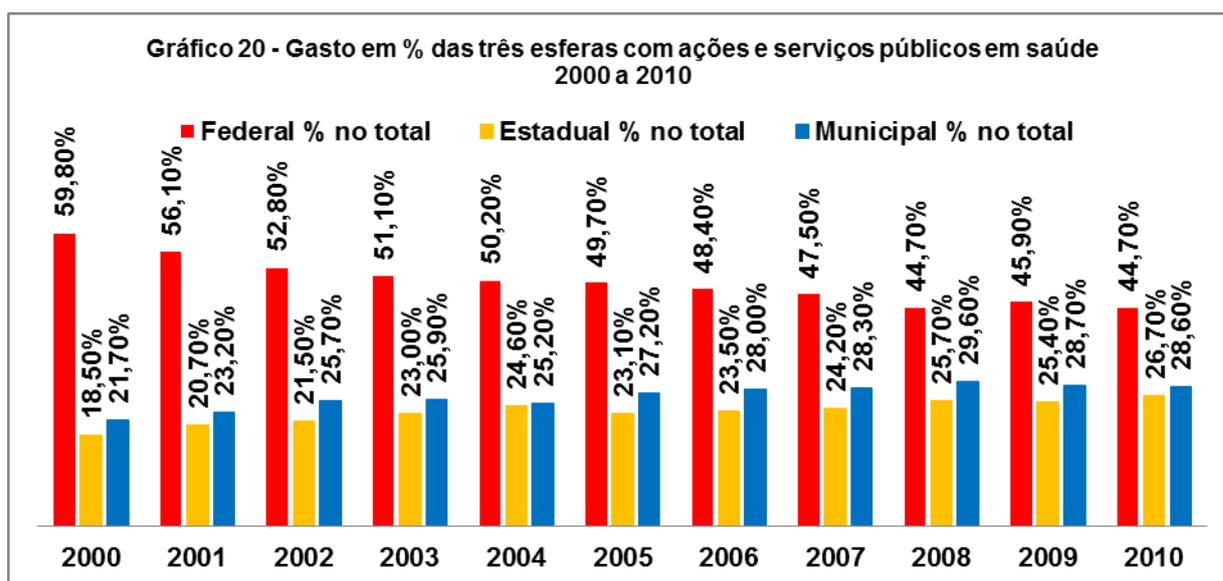
Abaixo segue um quadro que foi composto com os dados apresentados pela Fundação Osvaldo Cruz<sup>376</sup>:

Quadro 8- Gasto público das três esferas com ações e serviços públicos em saúde, 2000 a 2010

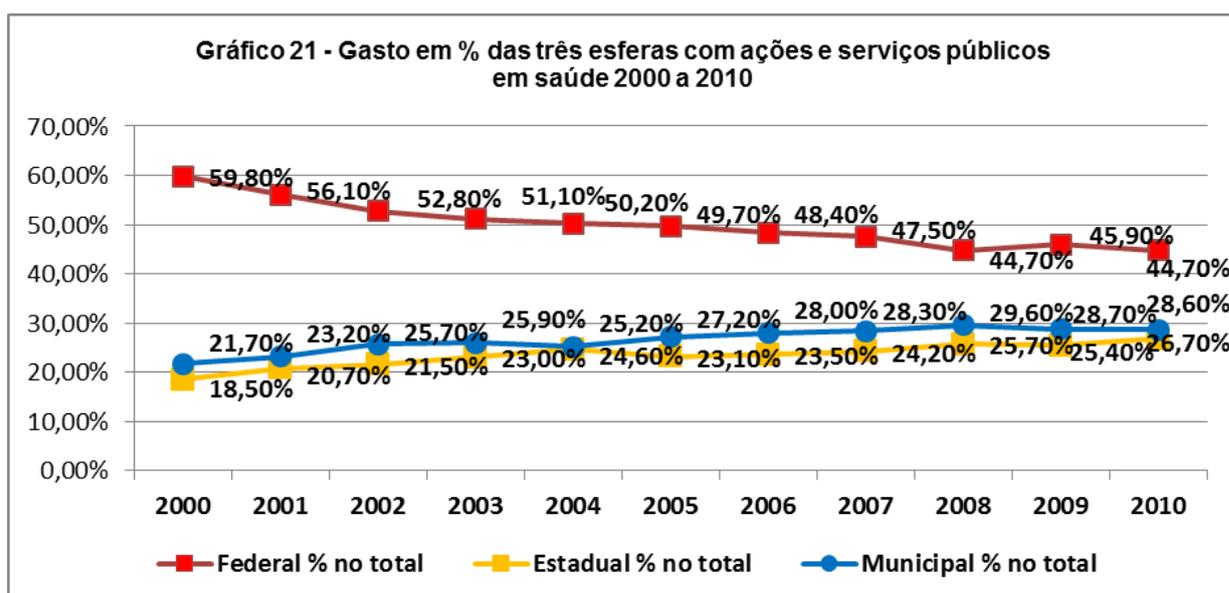
Gasto público das três esferas com ações e serviços públicos em saúde, 2000 a 2010 (em R\$ bilhões de 2010, deflacionados pela média anual do IPCA)							
Ano	Federal	% no total	Estadual	% no total	Municipal	% no total	Total
2000	38,74	59,80%	12,02	18,50%	14,03	21,70%	64,79
2001	40,04	56,10%	14,73	20,70%	16,55	23,20%	71,33
2002	40,64	52,80%	16,56	21,50%	19,76	25,70%	76,96
2003	38,93	51,10%	17,51	23,00%	19,71	25,90%	76,15
2004	43,94	50,20%	21,53	24,60%	22,05	25,20%	87,52
2005	46,7	49,70%	21,67	23,10%	25,5	27,20%	93,87
2006	49,17	48,40%	23,89	23,50%	28,48	28,00%	101,54
2007	51,58	47,50%	26,27	24,20%	30,77	28,30%	108,63
2008	53,62	44,70%	30,77	25,70%	35,55	29,60%	119,94
2009	61,21	45,90%	33,88	25,40%	38,35	28,70%	133,44
2010	61,97	44,70%	37,02	26,70%	39,72	28,60%	138,7

Os gráficos abaixo foram desenvolvidos a partir da tabulação dos dados do quadro 8. E, ao analisá-los, constata-se que, efetivamente, a União vem progressivamente diminuindo a sua participação com os gastos públicos com a saúde, enquanto os Estados e Municípios têm paulatinamente aumentado a participação no custeio da saúde.

<sup>376</sup> A Fundação Osvaldo Cruz esclarece que esses dados foram retirados da Subsecretaria de Planejamento e Orçamento (SPO/MS) da Secretaria Executiva do Ministério da Saúde (Esfera Federal) e do Sistema de Informações sobre Orçamentos Públicos em Saúde (SIOPS) (Esferas Estadual e Municipal — extraídos em 13 de junho de 2011). BRASIL. Fundação Osvaldo Cruz. A saúde no Brasil em 2030: diretrizes para a prospecção estratégica do sistema de saúde brasileiro. Rio de Janeiro: Fiocruz/Ipea/Ministério da Saúde/Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, 2012.



Elaborado pelo Autor, a partir do quadro 8.



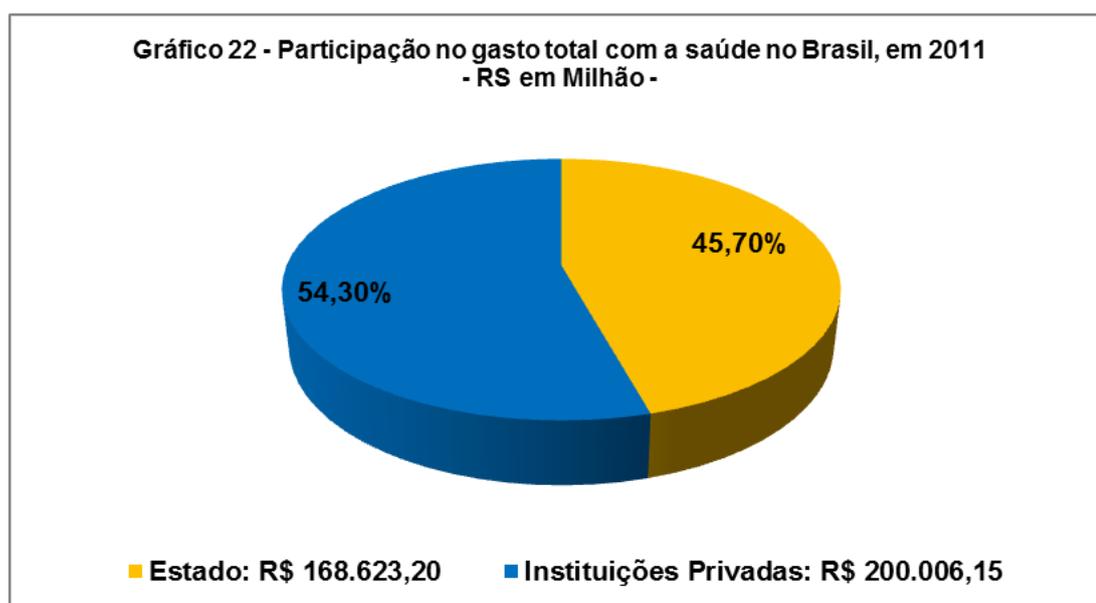
Elaborado pelo Autor, a partir do quadro 8.

No ano 2000, a participação da União (Federal) era de 59,8%, já em 2010, a sua participação caiu para 44,7%, enquanto os Estados passaram de 18,5% para 26,7% e os Municípios de 21,7% para 28,6%, no mesmo período.<sup>377</sup>

Considerando-se que na década de 80 a União custeava em torno de 75% dos gastos com a saúde, e que em 1996 o custeio se dava na ordem de 63% e, em

<sup>377</sup> BRASIL. Fundação Oswaldo Cruz. A saúde no Brasil em 2030: diretrizes para a prospecção estratégica do sistema de saúde brasileiro. Rio de Janeiro: Fiocruz/Ipea/Ministério da Saúde/Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, 2012.

2010, esse percentual caiu para, aproximadamente, 45%, há que se concordar com Adilson Soares e Nelson Rodrigues dos Santos quando eles concluem que “o subfinanciamento do SUS é de fato uma política de Estado”.<sup>378</sup> E isso é preocupante, pois, como suscita o Núcleo de Saúde da Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados, “a prioridade que os governos dão ao setor em seus orçamentos reflete o grau de preocupação com a saúde do povo”<sup>379</sup>. Fornecer o serviço de saúde é dever do Estado, cabendo as instituições privadas fornecer esse serviço apenas de forma complementar, nos termos do art. 198, § 1º, da Constituição Federal. No entanto, de acordo com os dados apresentados pelo Núcleo de Saúde da Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados, a participação do setor público, nos gastos totais com a saúde, em 2011, foi de 45,7%, enquanto a instância privada participou com 54,3%<sup>380</sup>.



Elaborado pelo Autor.

<sup>378</sup> SOARES, Adilson e SANTOS, Nelson Rodrigues dos. Financiamento do Sistema Único de Saúde nos governos FHC, Lula e Dilma. Saúde em Debate. Revista do Centro Brasileiro de Estudos de Saúde. Volume 38, Número 100. Rio De Janeiro, Jan-Mar 2014, p. 18/25.

<sup>379</sup> BRASIL. Câmara Dos Deputados. Financiamento da Saúde: Brasil e Outros Países com Cobertura Universal. Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/orcamentobrasil/estudos/2013/NTn12de2013FinanciamentodaSadeBrasileOutrosPases V.Prel..pdf>> Acesso em 27 de julho de 2014.

<sup>380</sup> BRASIL. Câmara Dos Deputados. Financiamento da Saúde: Brasil e Outros Países com Cobertura Universal. Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/orcamentobrasil/estudos/2013/NTn12de2013FinanciamentodaSadeBrasileOutrosPases V.Prel..pdf>> Acesso em 27 de julho de 2014.

Assim sendo, constata-se uma inversão de valores, pois o Estado é quem passou a atuar de forma complementar, o que reforça uma posição inconstitucional de sua parte, já que por força do art. 198, da Constituição Federal, cabe a ele (Estado), precipuamente, a garantia do direito à saúde. Nessa perspectiva, é possível identificar uma estratégia de governo, pela qual, a União, pouco a pouco, deixa o custeio da saúde para os cofres dos Estados e Municípios, e, gradativamente, o Estado transfere esse custo para o privado.

A Organização Mundial da Saúde, aponta, no Relatório Mundial da Saúde de 2010, ao tratar do acesso universal da saúde, que uma das barreiras que impedem a cobertura universal é a

dependência excessiva dos pagamentos diretos no momento em que as pessoas necessitam de cuidados.

Estes incluem pagamentos por medicamentos “ao balcão” e taxas por consultas e procedimentos diagnósticos e terapêuticos. Mesmo quando as pessoas dispõem de alguma forma de seguro de saúde, elas podem ter de contribuir sob a forma de co-pagamentos, co-seguro ou franquias.

A obrigação de pagar directamente pelos serviços no momento da necessidade – seja o pagamento feito de modo formal ou informal (ilegal) – impede milhões de pessoas de receber cuidados de saúde quando o necessitam.

Para aqueles que procuram tratamentos, pode resultar em sacrifícios financeiros, ou mesmo empobrecimento.<sup>381</sup>

Acrescente-se que não é só o pagamento direto que impede o acesso universal, pois, além disso, os denominados sistemas de seguro voluntário, podendo-se dizer a rede complementar de saúde, planos ou seguros de saúde, também não se sustentam, o que os impede, a longo prazo, de garantir procedimentos mais caros aos usuários, conforme suscitado pela Organização Mundial de Saúde em seu relatório<sup>382</sup>.

Portanto, o crescimento do serviço de saúde privado em detrimento do serviço público vai na contramão do entendimento da Organização Mundial da Saúde, o que coloca o Brasil em situação de desrespeito para com às orientações dessa Organização Internacional. De acordo com a Organização Mundial da Saúde,

---

<sup>381</sup> Organização Mundial de Saúde (OMS), Relatório Mundial de Saúde 2010: Financiamento dos Sistemas de Saúde. O caminho para a cobertura universal. Disponível em: <<http://www.who.int/eportuguese/publications/pt/>>. Acesso em 27 de julho de 2014.

<sup>382</sup> Organização Mundial de Saúde (OMS), Relatório Mundial de Saúde 2010: Financiamento dos Sistemas de Saúde. O caminho para a cobertura universal. Disponível em: <<http://www.who.int/eportuguese/publications/pt/>>. Acesso em 27 de julho de 2014.

o ideal para a garantia de um sistema universal é que o custeio direto caia para entre 15% e 20%, ou menos, do total das despesas com a saúde<sup>383</sup>. Adilson Soares e Nelson Rodrigues Santos destacam que

Essa distribuição do gasto com saúde, com predominância do gasto privado, assemelha-se ao perfil de gastos em países como o Chile, EUA, México, Paraguai e Venezuela, países que possuem sistemas de saúde que não contemplam o acesso universal e integral, como o Sistema Único de Saúde (SUS).<sup>384</sup>

Permitir o cenário atual é favorecer o desmanche da saúde pública, na medida em que o custeio direto do serviço pelo usuário colabora para a afronta de um dos pilares do sistema único de saúde, qual seja, o da universalidade.

O Núcleo de Saúde da Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados ainda traz dados que são de extrema relevância para a constatação do grau de preocupação que o Estado tem com a saúde do povo, ao tempo em que reforça a ideia de um subfinanciamento da saúde, porque, a partir deles, verifica-se que o Estado sequer custeia a saúde com os valores que estão disponíveis no orçamento. De acordo com esse Núcleo,

A prática que tem sido observada é a de o Poder Executivo restringir a execução à aplicação mínima, não obstante o Congresso Nacional reiteradamente autorizar dotações em montantes superiores. De fato, como se observa na Tabela XIV, as dotações em ações e serviços públicos de saúde (ASPS) nos exercícios de 2012 e 2013 superaram em mais de 10% a necessidade para atendimento do piso constitucional da saúde. Porém, sem garantia legal ou compromisso de execução, tais excedentes tendem a ser esterilizados, como ocorreu em 2012, quando aproximadamente R\$ 7,9 bilhões em ASPS deixaram de ser empenhados.<sup>385</sup>

Segue abaixo a tabela referida na citação acima transcrita:

<sup>383</sup> Organização Mundial de Saúde (OMS), Relatório Mundial de Saúde 2010: Financiamento dos Sistemas de Saúde. O caminho para a cobertura universal. Disponível em: <<http://www.who.int/eportuguese/publications/pt/>>. Acesso em 27 de julho de 2014.

<sup>384</sup> SOARES, Adilson e SANTOS, Nelson Rodrigues dos. Financiamento do Sistema Único de Saúde nos governos FHC, Lula e Dilma. Saúde em Debate. Revista do Centro Brasileiro de Estudos de Saúde. Volume 38, Número 100. Rio De Janeiro, Jan-Mar 2014, p. 18/25.

<sup>385</sup> BRASIL. Câmara Dos Deputados. Financiamento da Saúde: Brasil e Outros Países com Cobertura Universal. Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/orcamentobrasil/estudos/2013/NTn12de2013FinanciamentodaSadeBrasileOutrosPasesV.Prel..pdf>> Acesso em 27 de julho de 2014.

**Tabela XV**  
**Valores Aprovados no Orçamento e Piso Mínimo de Aplicação**

*Valores em milhões de R\$*

Ações e serviços públicos de Saúde - ASPS <i>Despesas Ajustadas como Piso da Saúde</i> <i>cf. LC 141/2012</i>		Exercício de 2012		Exercício de 2013	
		R\$	% em relação ao Piso Mínimo	R\$	% em relação ao Piso Mínimo
Dotações autorizadas em ASPS	(a)	84.999,25 <sup>(1)</sup>	110,84%	90.264,55	110,20%
Valor mínimo de aplicação	(b)	76.686,63	100,00%	81.909,86	100,00%
<u>Alocação superior ao valor mínimo de aplicação</u>	(c) = (a) - (b)	<b>8.312,61</b>	<b>10,84%</b>	<b>8.354,69</b>	<b>10,20%</b>
Dotações Efetivamente Executadas	(d)	77.081,33 <sup>(1)</sup>	100,51%	-----	-----
Dotações autorizadas em ASPS e Não Executadas	(e)	7.917,91	10,33%	-----	-----

Dados SIAFI 2012 e 2013, atualizados até 16.07.2013. <sup>(1)</sup> Os montantes excluem as dotações referentes a farmácia popular (autorizado de R\$ 1.548,3 milhões e empenhado de R\$ 1.498,36 milhões), tendo em vista a ausência de informação sobre a parcela gratuita e de copagamento.

O Tribunal de Contas da União também apresentou o resultado acima no Relatório Sistemático de Fiscalização da Saúde, conforme tabela abaixo, que foi elaborada por esse Tribunal<sup>386</sup>:

**Tabela 2: Função Saúde - execução orçamentária (2012 e 2013)**

*R\$ milhões*

Saúde OFSS	Dotação Atualizada	Empenho	% <sup>1</sup>	Liquidado	% <sup>1</sup>	Pago	% <sup>1</sup>	RPNP <sup>2</sup>	% <sup>1</sup>
<b>2012</b>	89.015	79.917	90%	71.617	80%	71.380	80%	8.300	9%
<b>2013 (até 23/11)</b>	93.651	76.112	81%	65.927	70%	65.482	70%	-	-

Fonte: Secretaria do Tesouro Nacional (STN), Departamento de Coordenação e Governança das Empresas Estatais (Dest) e SIAFI.

<sup>1</sup> Percentuais calculados em relação à dotação atualizada

<sup>2</sup> Restos a pagar não processados inscritos ao final do exercício.

A União está deixando de utilizar o total das receitas que foram liberadas para o orçamento da saúde, conforme se verifica pelo cruzamento dos dados constantes no Relatório Sistemático de Fiscalização da Saúde, elaborado pelo Tribunal de Contas da União, cuja exposição da análise segue abaixo.<sup>387</sup>

<sup>386</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório Sistemático de Fiscalização da Saúde. Disponível em: <[http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/imprensa/noticias/noticias\\_arquivos/032.624-2013-1%20Fisc%20Saude.pdf](http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/imprensa/noticias/noticias_arquivos/032.624-2013-1%20Fisc%20Saude.pdf)> Acesso em: 22 de agosto de 2014.

<sup>387</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório Sistemático de Fiscalização da Saúde. Disponível em: <[http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/imprensa/noticias/noticias\\_arquivos/032.624-2013-1%20Fisc%20Saude.pdf](http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/imprensa/noticias/noticias_arquivos/032.624-2013-1%20Fisc%20Saude.pdf)> Acesso em: 22 de agosto de 2014.

De acordo com o art. 77, inciso I, alíneas a) e b), do ADCT, o orçamento da União, para a saúde, deve ser o montante empenhado por ela, no exercício financeiro anterior, em ações e serviços públicos de saúde, acrescido de, no mínimo, o percentual correspondente à variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB). O art. 5º, da Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012, também traz essa disposição, contudo, acresce que esse montante será apurado com base no disposto nos arts. 2º, 3º e 4º desta lei, os quais, conforme já apontado acima, trazem regras que restringem a base de cálculo para o levantamento da receita para a saúde.

Assim sendo, no momento da elaboração do orçamento para a saúde, primeiro, a União verifica qual foi o montante empenhado no ano anterior e, em seguida, aplica sobre o mesmo, no mínimo, o percentual correspondente à variação nominal do PIB.

Desta feita, quanto menos recursos financeiros a União empenhar na saúde, menor poderá ser o respectivo orçamento no ano seguinte.

Em 2011, foi autorizado, como orçamento da União, para a saúde, o valor de R\$80.873,97 milhões. Contudo, nesse ano, a União só empenhou R\$72.356 milhões. A variação nominal do PIB em 2011 foi de 9,89%.

E, em 2012, a União teve o orçamento para a saúde autorizado na monta de R\$ 95.903 milhões. Todavia, nesse ano, a União empenhou apenas R\$ 80.073 milhões na saúde.

Nesse diapasão, tendo em vista que o montante empenhado para a saúde, em 2011, foi de R\$72.356,00 milhões, bem como que a variação nominal do PIB, em 2011, foi de 9,89%, o orçamento exigível para o ano de 2012, foi de, no mínimo, R\$79.512,00, já que o orçamento mínimo, para 2012, não poderia ser inferior ao valor empenhado em 2011, mais a variação nominal do PIB em 2011.

No ano de 2012, a União superou o mínimo exigido para o custeio da saúde em 1%, que corresponde a diferença entre o orçamento mínimo exigido para esse ano (R\$79.512,00 milhões) e o montante empenhado nesse ano (R\$ 80.073 milhões).

No entanto, caso a União tivesse empenhado todo o valor autorizado para o orçamento da saúde em 2011, o orçamento mínimo exigido para 2012 seria de R\$88.872,40 milhões, e não de apenas R\$79.512 milhões. O valor de R\$88.872,40

milhões é encontrado quando se aplica a variação nominal em 2011 (9,89%) sobre o orçamento autorizado para a União em 2011.

Por isso, é possível dizer que a União provocou uma redução de 12% no orçamento de 2012. Além disso, infere-se que o acréscimo de 1%, acima apontado, está, tão somente, mascarando os 12% a mais que a União seria obrigada a observar como investimento mínimo na saúde.

Outrossim, além da redução acima, a União deixou de empenhar, em 2011, o equivalente a 12% do orçamento autorizado para esse ano, porque, o total previsto foi de R\$80.873,97 milhões, e a União só empenhou R\$72.356 milhões. Já no ano de 2012, a União, além de provocar a redução de 12% no orçamento mínimo para esse ano, ainda deixou de aplicar 20% do orçamento autorizado para 2012 na saúde, pois, foram liberados R\$ 95.903 milhões, mas ela só empenhou R\$ 80.073 milhões na saúde em 2012.

As conclusões acima foram tiradas do cruzamento dos dados entre as tabelas 3, 4, 5 e 6 do Relatório Sistemático de Fiscalização da Saúde, levando-se em consideração os valores que foram efetivamente empenhados nos respectivos anos. Cabe esclarecer, que da tabela 6, foram utilizados, apenas, os valores sob a rubrica "Orçamento Autorizado", pois os apontados como "Executado (empenhado)" não coincidem com os das tabelas 3, 4 e 5, provavelmente, porque, nos valores sob a denominação "Executado (empenhado)", da tabela 6, estão incluídos os gastos previdenciários, que não podem ser contabilizados no orçamento da saúde, por força do art. 77, do ADCT e do art. 4º da Lei Complementar nº 141/ 2012<sup>388</sup>.

Diante dos dados acima destacados, constata-se que o orçamento da União tem sido superior ao mínimo que lhe é exigido para o custeio da saúde, ao menos formalmente, ou seja, quando considerado o valor autorizado para o orçamento anual e a previsão do art. 77, inciso I, alíneas a) e b), do ADCT e o art. 5º, da Lei Complementar nº 141/2012.

No entanto, verifica-se que a União tem empenhado montante inferior ao autorizado no orçamento para o custeio da saúde. Ademais, constata-se que a União tem provocado uma redução no mínimo que lhe seria exigido para o

---

<sup>388</sup> Essa divergência justifica uma análise detalhada do orçamento da União, decompondo-se despesa a despesa, pois só assim será possível identificar o motivo da divergência de valores. Contudo, diante do objeto da presente pesquisa, esse será um trabalho que poderá ser desenvolvido em outra oportunidade, em trabalho específico sobre o orçamento público da saúde.

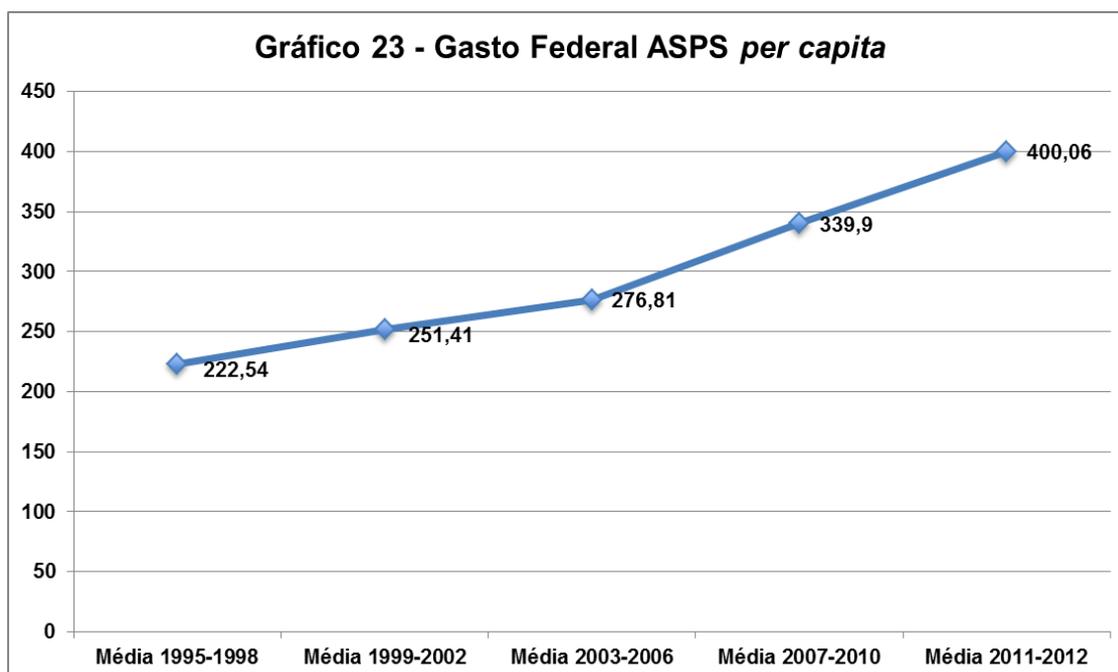
orçamento da saúde, na medida em que deixa de empenhar o mínimo exigido para o respectivo orçamento anual, conforme acima demonstrado.

Portanto, não é o orçamento anual que está impedindo a União de investir mais em saúde, por conseguinte, não é uma escassez de recursos financeiros e orçamentários que tem provocado o subfinanciamento da saúde por parte da União. Por outro lado, é o subfinanciamento que tem permitido uma maior acumulação de reservas por parte da União, já que a diferença, entre o orçamento aprovado e o montante empenhado, ou entre aquele e o mínimo exigível para a saúde, está sendo acumulada nos cofres públicos, servindo de fonte de receita para que o Estado a aplique ao crivo de sua conveniência e oportunidade, o que contraria a vontade do Constituinte e do Legislador, que editaram normas fixando o mínimo para o custeio da saúde, ao tempo em que vincularam o respectivo orçamento à saúde. De acordo com o art. 52, da Lei 8.080/1990, “constitui crime de emprego irregular de verbas ou rendas públicas (Código Penal, art. 315) a utilização de recursos financeiros do Sistema Único de Saúde (SUS) em finalidades diversas das previstas nesta lei”, além da prática de ato de improbidade administrativa.

Contudo, não obstante o subfinanciamento supra evidenciado, o gasto com a saúde tem sido elevado anualmente, pois, ainda que desrespeitando os ditames legais, observa-se que o Estado tem aumentado o investimento com a saúde, conforme se verifica pelos gráficos e análises abaixo. Apesar da elevação do gasto com a saúde, a contrário senso, confirma-se a desassistência, paulatina, da União com a saúde. Os gráficos 23 a 29, que seguem abaixo, foram elaborados a partir da tabulação dos dados expostos por Adilson Soares e Nelson Rodrigues dos Santos, no trabalho intitulado de “Financiamento do Sistema Único de Saúde nos governos FHC, Lula e Dilma”.<sup>389</sup>

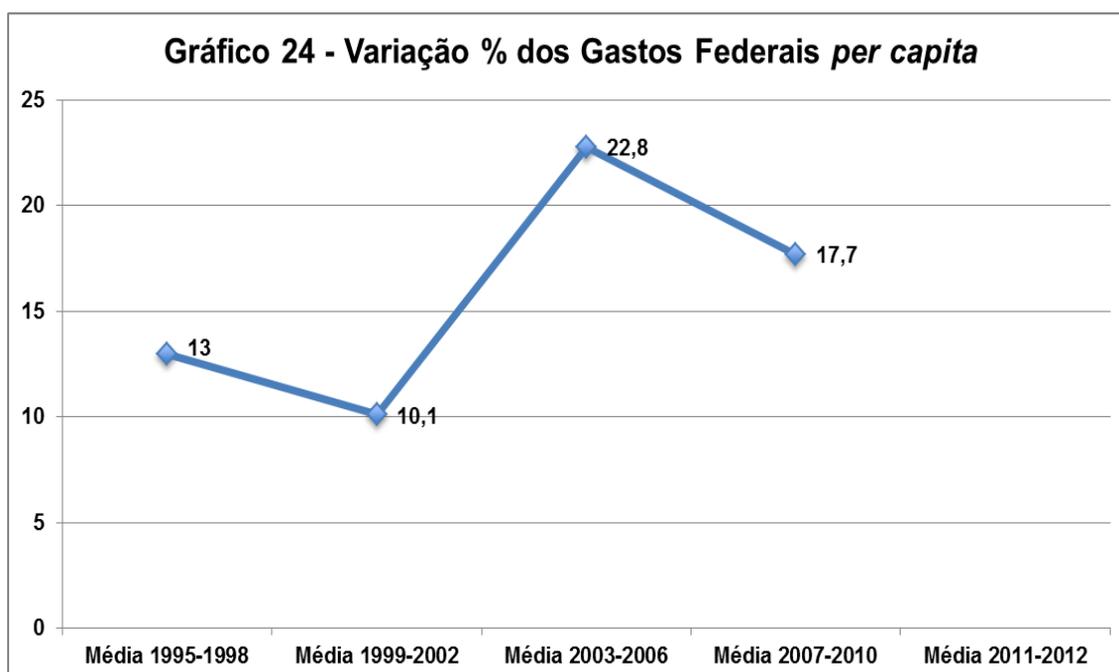
---

<sup>389</sup> De acordo com Adilson Soares e Nelson Rodrigues dos Santos, os dados foram “obtidos em órgãos do Ministério da Fazenda, Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Ministério da Saúde e colhidos em sítios de interesse, como o Banco Mundial, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) e Ministério da Saúde”, e, ao que se constata, no Tribunal de Contas da União. Outrossim, o gasto da União com Ações e Serviços Públicos de Saúde (ASPS) “se refere ao gasto total federal com saúde, excluído os valores relativos a inativos e pensionistas, além dos encargos da dívida ( juros e amortizações), e o Fundo de Combate a Erradicação da Pobreza”. Além disso, os dados foram gerados a partir do “conceito de orçamento executado, convertido a preços reais de 2012. O Índice de Preços ao Consumidor do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IPCA/IBGE) foi a base para a correção dos dados. SOARES, Adilson e SANTOS, Nelson Rodrigues dos. Financiamento do Sistema Único de Saúde nos governos FHC, Lula e Dilma. Saúde em Debate.



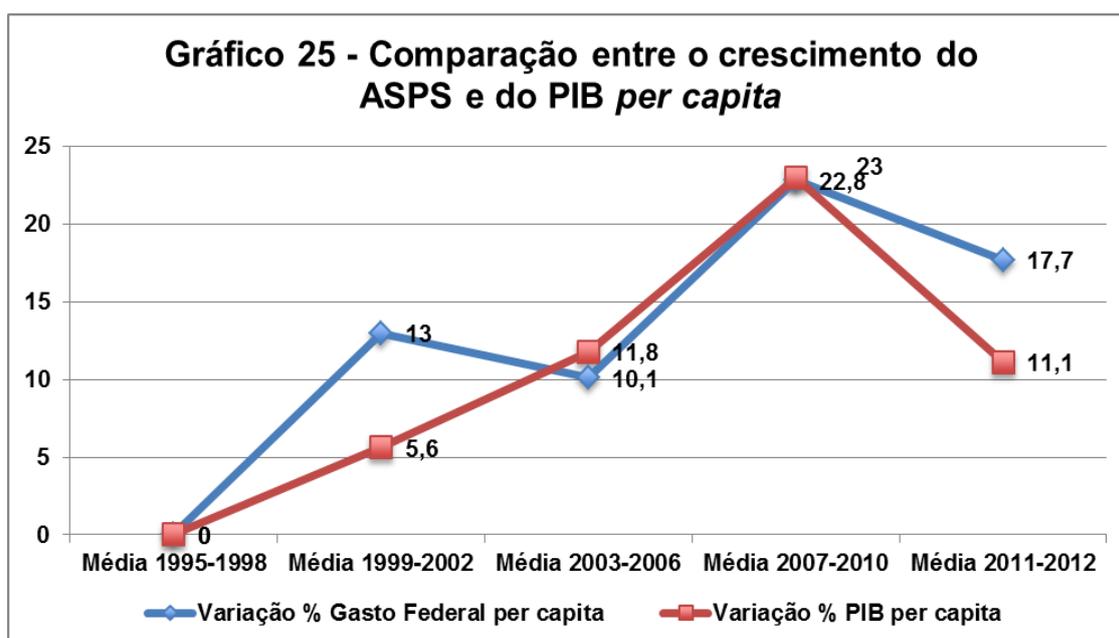
Elaborado pelo Autor, a partir da tabulação dados constantes no trabalho Financiamento do Sistema Único de Saúde nos governos FHC, Lula e Dilma. Saúde em Debate

O gráfico 23 traz os gastos, em valores absolutos, per capita, da União, com a saúde, ou seja, com as ações e serviços públicos de saúde (ASPS) por cada habitante. De acordo com o gráfico, houve um aumento no gasto, por habitante, com a saúde. A tabulação dos dados no gráfico também permitiu identificar um aumento expressivo de gastos no período de 2007 a 2010.



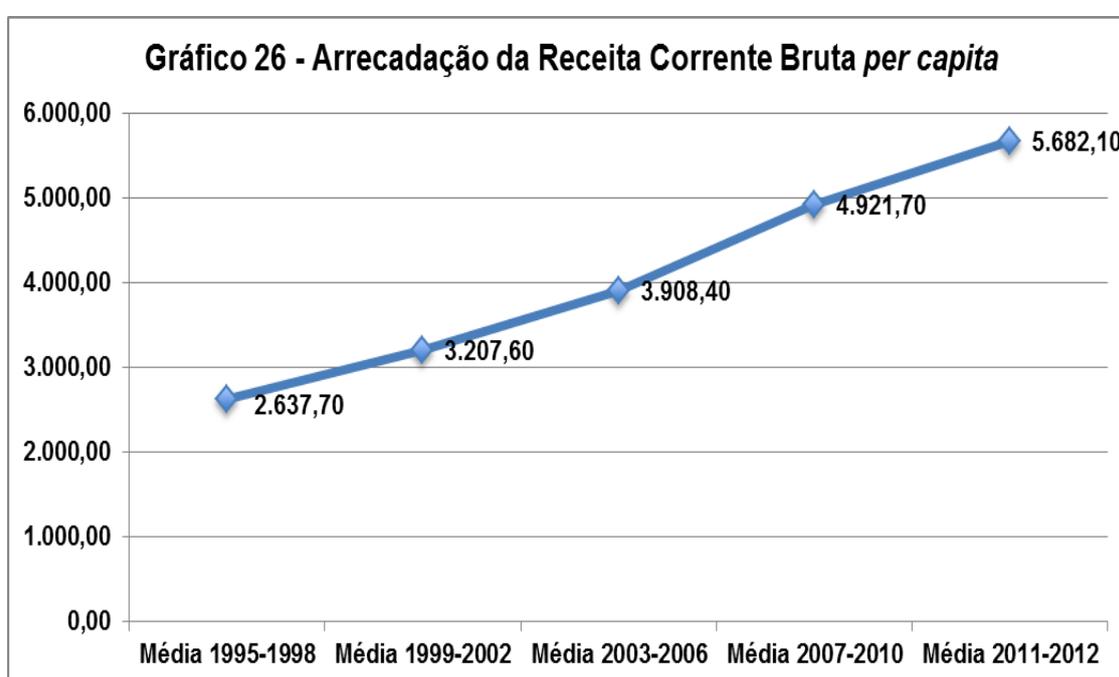
Elaborado pelo Autor, a partir da tabulação dados constantes no trabalho Financiamento do Sistema Único de Saúde nos governos FHC, Lula e Dilma. Saúde em Debate

O gráfico 24 permite identificar a variação percentual dos gastos, per capita, da União, com a saúde. Confirma-se o aumento entre o período de 1995-1998 / 1999-2002 em 13%, para o período entre 1999-2002 / 2003-2006 um aumento de 10,1%, entre 2003-2006 / 2007-2010 um aumento expressivo de 22,8% e, para o período entre 2007-2010 / 2011-2012, um aumento de 17,7%.



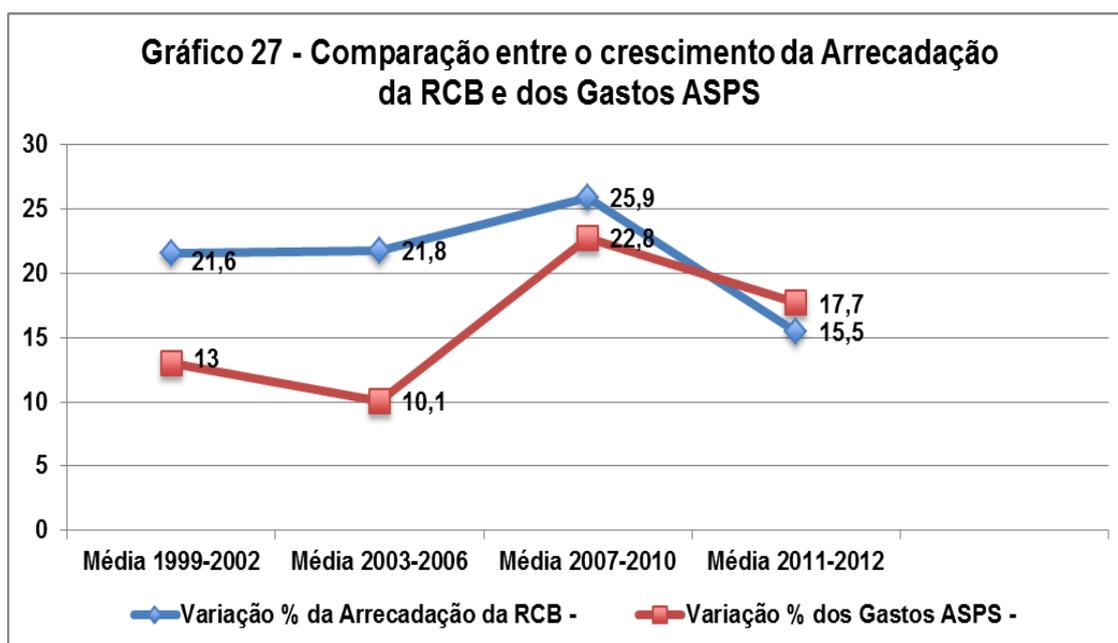
Elaborado pelo Autor, a partir da tabulação dados constantes no trabalho Financiamento do Sistema Único de Saúde nos governos FHC, Lula e Dilma. Saúde em Debate

Foi feita uma tabulação cruzando os dados do gasto da União com a variação do PIB, ou seja, foi feita uma comparação entre o crescimento percentual do gasto da União, per capita, com a saúde, e o PIB per capita. E esse cruzamento de informações permite identificar, pelo gráfico 25, que, nos períodos entre 1995/1998 a 1999/2002 e 2007/2010 a 2011/2012, o aumento no gasto da União superou, em porcentagem, o aumento do PIB per capita. Já para os períodos entre 1999/2002 a 2003/2006 e 2003/2006 a 2007/2010, o crescimento percentual do PIB, per capita, superou o aumento percentual do gasto da União.



Elaborado pelo Autor, a partir da tabulação dados constantes no trabalho Financiamento do Sistema Único de Saúde nos governos FHC, Lula e Dilma. Saúde em Debate

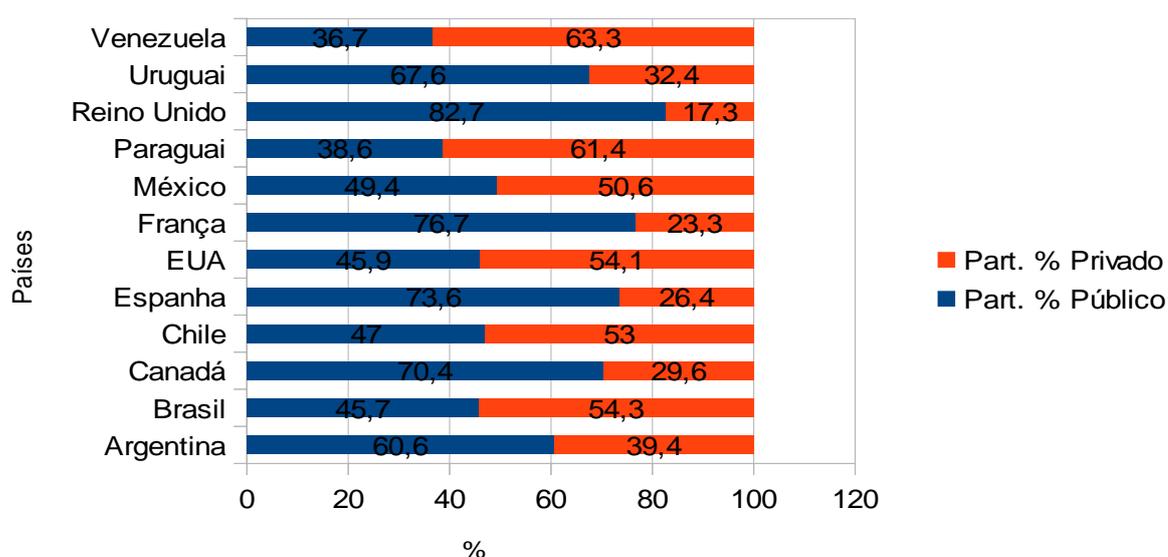
A tabulação dos dados, no gráfico 26, demonstra que a arrecadação da receita corrente bruta (RCB), per capita, entre os períodos analisados, ocorreu sob elevação da arrecadação, o que denota a tendência de elevação da arrecadação, pois esta passou de R\$2637,70 para R\$5682,10, ou seja, no período entre 1995 a 2012, houve um aumento de 115,42% .



Elaborado pelo Autor, a partir da tabulação dos dados constantes no trabalho Financiamento do Sistema Único de Saúde nos governos FHC, Lula e Dilma. Saúde em Debate

Pelo gráfico 27, é possível concluir que, em regra, a receita corrente bruta se mostrou superior ao crescimento dos gastos com ações e serviços públicos de saúde, haja vista que só período entre 2011-2012 apresentou gastos superiores à arrecadação.

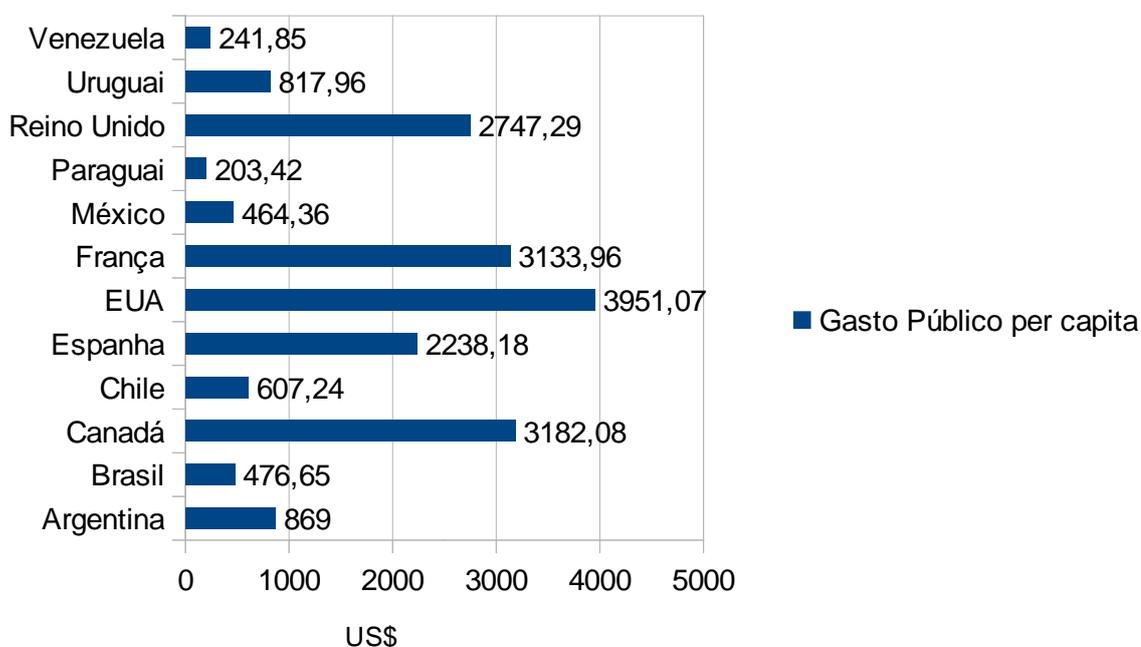
**Gráfico 28 – Participação Pública e Privada nos Gastos Totais em Saúde no ano de 2011 / US\$**



Elaborado pelo Autor, a partir da tabulação dos dados constantes no trabalho Financiamento do Sistema Único de Saúde nos governos FHC, Lula e Dilma. Saúde em Debate

Acima já foi dito que o gasto público brasileiro com saúde está aquém do gasto privado, o que contraria a ideia de um sistema de saúde universal e integral, ao tempo em que aproxima o gasto brasileiro do sistema de países que não contemplam o acesso universal e integral, conforme se verifica pela exposição do gráfico 28. Neste gráfico é possível observar que países que possuem sistemas de saúde que não contemplam o acesso universal e integral, como o Sistema Único de Saúde brasileiro, contam com um gasto privado superior ao público, como ocorre com o Chile, os EUA, o México, o Paraguai e a Venezuela. Por esse gráfico também se apura que países com um sistema de saúde semelhante ao brasileiro, isto é, com acesso universal e integral, têm gastos públicos maiores que os privados, como ocorre com o Canadá, Espanha, França, e Reino Unido, onde o gasto público é majoritário, variando entre 70% e 83% do gasto total; enquanto o Brasil, no mesmo período analisado, ou seja, em 2011, contou com gasto público em saúde na ordem de 45,7%.

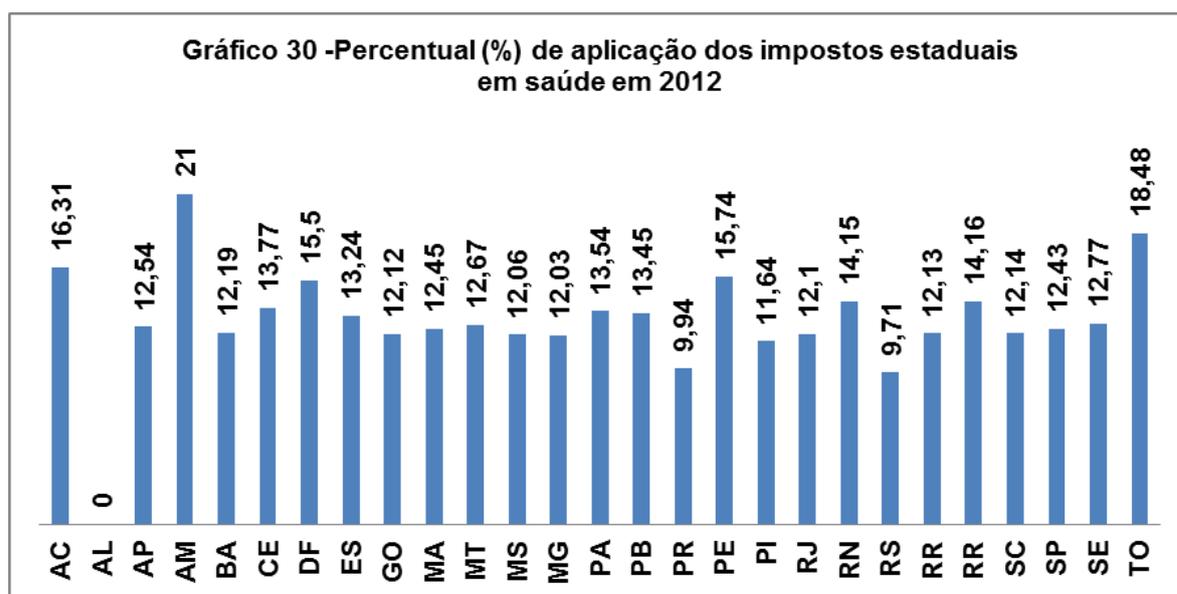
**Gráfico 29 – Gasto Público *per capita* em Saúde no ano de 2011 / US\$**



Elaborado pelo Autor, a partir da tabulação dos dados constantes no trabalho Financiamento do Sistema Único de Saúde nos governos FHC, Lula e Dilma. Saúde em Debate

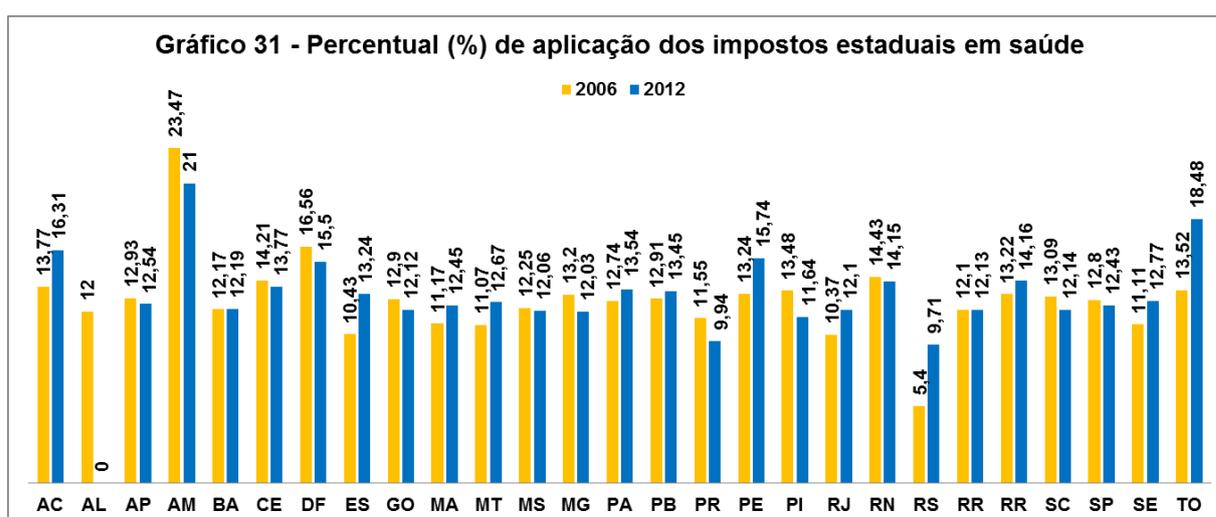
Ao se comparar o gasto público per capita em saúde do Brasil com outros países, verifica-se que o gasto brasileiro está muito aquém de países que estão em posição econômica desfavorável em relação ao Brasil na economia mundial. No gráfico 29, observa-se que países como o Uruguai, o Chile, a Argentina, o México, a Espanha e o Canadá, que ocupam, no ranking mundial da economia, respectivamente, as seguintes posições: 83º, 43º, 29º, 15º, 13º e 11º, um gasto público superior ao do Brasil, que está na 7ª posição desse ranking. De acordo com o gráfico 29, o gasto público per capita do Brasil, em 2011, corrigido pela Paridade do Poder de Compra (PPP), foi de 476,65 dólares, contra 3.182,08 do Canadá, 2.238,18 da Espanha, 3.133,96 da França, 2.747,29 do Reino Unido. O Brasil possui, assim, um gasto per capita, quando utilizada a correção pela PPP, menor que o da Argentina, do Chile e do Uruguai, países vizinhos ao território brasileiro. Destaca-se, ainda, do gráfico 29, que o gasto público per capita em saúde no Brasil está abaixo até de países onde não se tem um sistema universal e integral, como se constata pela comparação do gasto brasileiro com o do Chile e dos EUA.

Do Relatório Sistemático de Fiscalização da Saúde, promovido pelo Tribunal de Contas da União, é possível extrair dados que permitem identificar o quanto, em percentuais, os Estados aplicaram dos impostos em saúde no período de 2006 a 2012. E, tabulados esses dados, verifica-se que os Estados estão, em regra, observando o limite mínimo fixado com a Emenda Constitucional nº 29/2000 e, por conseguinte, dentro do percentual fixado pela lei regulamentar, haja vista que essa lei manteve o mínimo previsto nessa emenda. Seguem abaixo os gráficos que representam o percentual de aplicação, na saúde, das receitas decorrentes dos impostos:



Elaborado pelo Autor, a partir da tabulação dos dados constantes no Relatório Sistemático de Fiscalização da Saúde

De acordo com o gráfico 30, é possível concluir que os Estados do Rio grande do Sul, Paraná e Piauí investiram na saúde abaixo no mínimo exigido, pois aplicaram na saúde, das receitas decorrentes dos impostos, respectivamente, 9,71%, 9,94% e 11,64%, no ano de 2012. Nesse mesmo período, os Estados que mais superaram o mínimo exigido foram Amazonas, Tocantins e Acre, respectivamente, com 21%, 18,48% e 16,31%.



Elaborado pelo Autor, a partir da tabulação dos dados constantes no Relatório Sistemático de Fiscalização da Saúde

Em outro momento já foi dito que ao menos em relação à criança, ao adolescente e ao jovem, o direito à saúde, dentre outros, deve se sobrepor a qualquer outro, nos termos do art. 227 da Constituição Federal, abaixo destacado:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

Por isso, pode-se dizer que é possível a despesa com o custeio do direito à saúde da criança, do adolescente e do jovem superar o limite previsto no orçamento como receita para à saúde, uma vez que a saúde da criança goza de absoluta prioridade, o que afasta a Teoria da Reserva do Possível no que diz respeito à limitação ao orçamento público, ao menos, indiscutivelmente, em relação a esses indivíduos e ao que foi orçado anteriormente para a satisfação desse bem.

No entanto, afora a questão da criança, do adolescente e do jovem, há que se questionar se é possível ultrapassar os limites do orçamento para implementar o direito à saúde, partindo-se do princípio, inclusive, de que o Estado observa o art. 198 da Constituição Federal, bem como a Emenda Constitucional nº 29/2000, ou seja, ainda que a edição da Lei Complementar contemple a receita prevista por essa norma constitucional.

Anteriormente também foi visto que é possível a superação do que fora previsto previamente para o custeio da saúde, quando ocorrer, por exemplo, uma situação de emergência. Ainda se constatou que cabe a transferência de recursos para suprir um determinado serviço de saúde, a teor do que se observou do art. 36, § 2º, da Lei 8.080/90.

Assim sendo, o entendimento é de que o serviço de saúde prepondera em relação aos demais serviços, ao menos quando se estiver diante das circunstâncias alhures colocadas. Destaca-se aqui duas características dos direitos fundamentais, quais sejam, a da limitabilidade e a da relatividade, pelas quais o Estado pode

restringir o âmbito de aplicação de um determinado direito fundamental para promover a aplicação de outro<sup>390</sup>.

Todavia, parece que a esperada lei regulamentar, da Emenda Constitucional nº 29/2000, também veio na contramão do entendimento que sobreleva o direito à saúde, porque, pelo disposto no art. 2º, parágrafo único, dessa lei, isto é, da Lei Complementar nº 141/2012, as despesas com os serviços de saúde só podem ser custeadas com recursos dos respectivos fundos de saúde; ao menos essa é uma interpretação que pode ser extraída da seguinte disposição:

Parágrafo único. Além de atender aos critérios estabelecidos no caput, as despesas com ações e serviços públicos de saúde realizadas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios deverão ser financiadas com recursos movimentados por meio dos respectivos fundos de saúde.

Mas ainda é possível suscitar que a saúde continua tendo precedência, e que o disposto no parágrafo único, acima transcrito, apenas fixou que todo o recurso seja liberado por meio do respectivo fundo de saúde, ou seja, que na eventualidade de um redirecionamento de recurso financeiro, por exemplo, da cultura, seja, antes de aplicado na saúde, contabilizado no fundo de saúde, o que coaduna com o art. 33, § 1º, da Lei do SUS, haja vista a seguinte disposição: “Na esfera federal, os recursos financeiros, originários do Orçamento da Seguridade Social, de outros Orçamentos da União, além de outras fontes, serão administrados pelo Ministério da Saúde, através do Fundo Nacional de Saúde.”.

A luz da decisão abaixo destacada do Supremo Tribunal Federal – STF, que também foi apresentada por Antônio José Avelãs Júnior<sup>391</sup>, ainda que sob outro enfoque, o direito à saúde deve se sobrepor aos limites fixados no orçamento público, ao que se vê da seguinte passagem:

entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição (art. 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez

---

<sup>390</sup> SANTOS, Gustavo Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do supremo tribunal federal: limites e possibilidades. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 74/75.

<sup>391</sup> NUNES, Antônio José Avelãs. Os tribunais e o direito à saúde. In Antônio José Avelãs Nunes. Fernando Facury Scaff. Os tribunais e o direito à saúde. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 34.

configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida<sup>392</sup>

Em capítulo próprio, mais abaixo, apresenta-se o levantamento de dados feito no sistema de busca jurisprudencial no site do STF, que foi realizado com base em pesquisa *booleana*, cujos dados foram tratados com o instrumento da Análise de Conteúdo<sup>393</sup>, com a finalidade de classificar, empiricamente, quais são os requisitos, condições, circunstâncias e fundamentos que levam o STF admitir ou refutar a reserva do possível diante do direito à saúde, pois, valendo-se das palavras de Liana Cirne Lins, “parece-nos crucial o tratamento do princípio da reserva do possível sob o aspecto jurídico, dando-lhe contornos técnicos que possam contribuir para definir em que casos e sob quais condições a reserva do possível tornaria inexigível uma norma de direito social”.<sup>394</sup>

No entanto, apesar do entendimento jurisprudencial, ao menos pela passagem acima, de que o direito à saúde se sobrepõe ao interesse financeiro, qualificado no pensamento acima como secundário, importante é não olvidar que em um determinado momento os recursos se tornarão escassos, por mais que se eleve o orçamento, porque a fonte de custeio poderá se tornar finita. Antônio José Avelãs Nunes sustenta que “não há – em nenhum país do mundo!- recursos financeiros bastantes para atender, sem limites, todas as exigências de todos quanto à satisfação plena dos direitos sociais”<sup>395</sup>.

Muito embora tenha se visto que é possível extrapolar os limites do orçamento que fora fixado previamente para o custeio da saúde, utilizando-se, por exemplo, as receitas para as despesas com a educação, a moradia e a previdência; a verdade é que esta é uma questão difícil, nos moldes preconizados por Ronald

---

<sup>392</sup> BRASIL. STF. Pet 1246 MC, Presidente Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Decisão Proferida pelo(a) Ministro(a) CELSO DE MELLO, julgado em 31/01/1997, publicado em DJ 13/02/1997.

<sup>393</sup> “a análise de conteúdo é também uma das técnicas mais utilizadas, ajudando o pesquisador, seja ele mestrando, doutorando, professor universitário, participante de programas de iniciação científica a identificar a significação do texto que está se analisando” (OLIVEIRA, Eliana de. ENS, Romilda Teodora. ANDRADE, Daniela B. S. Freire. MUSSIS, Carlo Ralph de. Análise de conteúdo e pesquisa na área da educação. Revista Diálogo Educacional, Curitiba, v. 4, n.9, p.11-27, maio/ago. 2003)

<sup>394</sup> LINS, Liana Cirne . A Justiciabilidade dos Direitos Fundamentais Sociais. Uma avaliação crítica do tripé denegatório da sua exibibilidade e da concretização constitucional seletiva. Revista de Informação Legislativa, v. 182, p. 64, 2009.

<sup>395</sup> NUNES, Antônio José Avelãs. Os tribunais e o direito à saúde. In Antônio José Avelãs Nunes. Fernando Facury Scaff. Os tribunais e o direito à saúde. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 37.

Dworkin, um caso difícil<sup>396</sup>, a exigir uma solução com base na ponderação da teoria de Robert Alexy<sup>397</sup>, ou na proporcionalidade<sup>398</sup>, uma vez que seria necessária a ponderação de valores, para se identificar qual direito prevaleceria de modo a justificar ou não o direcionamento da receita no caso em concreto. Para Ingo Wolfgang Sarlet,

a salvaguarda da vida é, de regra, prioritária em relação à reserva do possível, ainda que tendo por consequência (ou pressuposto) eventual comprometimento de outras demandas ou eventuais ajustes orçamentários, o que, à evidência, somente poderá ser aferido definitivamente diante do caso concreto.<sup>399</sup>

Como esclarece Gustavo Ferreira Santos, “ordena o princípio da proporcionalidade a ponderação e a harmonização de interesses reconhecidos na Constituição, com o fito de encontrar uma justa decisão em situações de tensão entre direitos”<sup>400</sup>. Ainda por esse autor

o princípio da proporcionalidade viabiliza a construção da solução para as situações em que bens ou direitos constitucionalmente consagrados colidem considerando o intérprete/aplicador os elementos fáticos da contenda. A norma de decisão é construída tendo em vista tais elementos, adaptando-se à concreticidade dos fatos<sup>401</sup>.

A posição acima apontada guarda sintonia com o entendimento da Corte Interamericana de Direito Humanos, porque essa Corte entende que as “obrigações gerais de respeitar e garantir os direitos decorrem deveres especiais, determináveis em função das necessidades particulares de proteção do sujeito de direito, seja por

<sup>396</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, *passim*.

<sup>397</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2011, *passim*.

<sup>398</sup> também intitulado da proibição do excesso e contrapeso, é “princípio geral de direito, constitucionalmente consagrado, conformador dos actos do poder público e, em certa medida, de entidades privadas, de acordo com a limitação instrumental de bens, interesses ou valores subjectivamente radicáveis se deve revelar idónea e necessária para atingir os fins legítimos concretos que cada um daqueles actos visam, bem como axiologicamente tolerável quando confrontada com esses fins”. (CANAS, Vitalino. Princípio da proporcionalidade. In: Dicionário Jurídico da Administração Pública (separata). Coimbra: Almedina, 1994, p. 3/4 e 20)

<sup>399</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Direitos fundamentais orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 44.

<sup>400</sup> SANTOS, Gustavo Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do supremo tribunal federal: limites e possibilidades. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 108.

<sup>401</sup> SANTOS, Gustavo Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do supremo tribunal federal: limites e possibilidades. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 196.

sua condição pessoal, seja pela situação específica em que se encontre”<sup>402</sup>, o que é aferido no caso concreto, e ela não deixa dúvida quanto a essa posição ao reiterar

que não basta que os Estados se abstenham de violar os direitos, mas que é imperativa a adoção de medidas positivas, determináveis em função das necessidades particulares de proteção do sujeito de direito, seja por sua condição pessoal, seja pela situação específica em que se encontre<sup>403</sup>

Constatou-se anteriormente que o direito à saúde confere ao indivíduo o direito público subjetivo a uma saúde incomensurável, ao menos no primeiro momento, já que ela só será limitada pelo limite do necessário para salvaguardar a dignidade da pessoa humana.

Essa limitação ao que for necessário sobreleva a necessidade da concessão desse direito sob a baliza do princípio da proporcionalidade, que se dá, justamente, pelo desdobramento do que é necessário e adequado para preservar esse bem.

Foi visto no início deste capítulo que a reserva do possível decorre da constatação da existência da escassez dos recursos. E isso se dá, porque, via de regra, a doutrina e a jurisprudência se prendem a escassez dos recursos financeiros-orçamentários para sustentar a Teoria da Reserva do Possível. Contudo, como propõe Ingo Wolfgang Sarlet, essa escassez não se limita ao aspecto financeiro-orçamentário, podendo ocorrer por outras situações que também caracterizam a escassez de recurso, como ausência de disponibilidade efetiva de leitos, aparelhos médicos avançados, profissionais de saúde habilitados, dentre outras limitações.<sup>404</sup> Assim sendo, a escassez de recursos poderá se dar, por exemplo, por falta de condições físicas e ausência de pessoal capacitado para realizar um procedimento cirúrgico.

Fernando Boarato Meneguín e Pedro Felipe de Oliveira Santos levantam a ideia de que o custo para a implementação das políticas públicas deve ser o menor possível, conforme passagem abaixo:

---

<sup>402</sup> CORTE IDH. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Sentença de 4 de julho de 2006. Serie C No. 149. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_149\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf)>. Acesso em: 24 de agosto de 2014.

<sup>403</sup> CORTE IDH. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Sentença de 4 de julho de 2006. Serie C No. 149. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_149\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf)>. Acesso em: 24 de agosto de 2014.

<sup>404</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Direitos fundamentais orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 44.

Em suma, uma lei é dita eficiente se os benefícios oriundos da norma compensam os custos impostos por ela, além desses custos serem os menores possíveis. Esse é o conceito que será utilizado a seguir, focando no fato de que a norma jurídica e as decisões judiciais, ao buscarem eficiência, devem procurar propiciar uma estrutura de incentivos adequada de forma a não acarretar desperdício de recursos.<sup>405</sup>

Porém, entenda-se como o menor possível o que for suficiente para arcar com a respectiva política pública, assim, o menor possível é custear o bem comum dentro do mínimo necessário, sem desperdício, proporcional à meta estabelecida por essa política, é atingir a máxima eficiência.

### 3.3 A RESERVA DO POSSÍVEL

A Teoria da Reserva do Possível surge na Alemanha, de casos que envolvem outro direito fundamental, o direito à educação e a livre iniciativa ou “escolha da profissão”<sup>406</sup>, a bem da verdade, ao direito de liberdade e igualdade, haja vista que a questão trata do direito à livre escolha profissional e dos locais de ensino. Essa teoria, de acordo com o levantamento bibliográfico, tem origem na decisão alemã, datada de 18/07/1972, sob o nº 33, 303 BVERFGE<sup>407 408</sup>.

Assim, a questão paradigma versa sobre um grande número de estudantes que procuram o curso de medicina/odontologia em duas instituições de ensino, que não possuíam vagas suficientes. De acordo com Gilmar Ferreira Mendes,

---

<sup>405</sup> MENEGUIN, Fernando Boarato. SANTOS, Pedro Felipe de Oliveira. Há Incompatibilidade entre Legalidade e Eficiência? Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/ CONLEG/Senado, ago/2013 (Texto para Discussão nº 133). Disponível em: [www.senado.leg.br/estudos](http://www.senado.leg.br/estudos). Acesso em 5 ago. 2013.

<sup>406</sup> “O tribunal adotou decisão semelhante no chamado Kassenzahnarzt-Urteil, no qual se discutiu a legitimidade de norma que estabelecia um processo de admissão, com numerus clausus, para os dentistas das caixas de assistência, o que equivaleria, praticamente, a uma proibição de exercício profissional” (MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 693.)

<sup>407</sup> BVERFGE - Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, amtliche Sammlung – Decisões do Tribunal Constitucional Federal, Coletânea Oficial, conforme tradução dessa abreviatura por Leonardo Martins, in SCHWABE, JÜRGEN. Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Organizador: Leonardo Martins. Montevideo: Mastergraf, 2005. p. 9

<sup>408</sup> KRELL, Andreas Joachim. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 52.

Nesse sentido, reconheceu a Corte Constitucional alemã, na famosa decisão sobre *numerus clausus* de vagas nas Universidades (*numerus clausus Entscheidung*), que pretensões destinadas a criar os pressupostos fáticos necessários para o exercício de determinado direito estão submetidas à reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*), enquanto elemento externo à estrutura dos direitos fundamentais.<sup>409</sup>

E, ao que tudo indica, as razões de decidir da decisão alemã guardam sintonia com a ideia de que a reserva do possível só se justifica quando tiver ocorrido a utilização exaustiva das capacidades criadas com recursos públicos já existentes, contudo, essas razões serão investigadas no capítulo seguinte.

Outrossim, ainda com base em outra teoria alemã, qual seja, a teoria dos degraus, ou da ponderação, ou ainda da proporcionalidade, a limitação só poderá ser imposta quando se constatar que a limitação é adequada e necessária, bem como que pela ponderação de valores se justifica a limitação.

Assim, para admissão da Teoria da Reserva do Possível - além da necessidade da utilização exaustiva das capacidades criadas com recursos públicos já existentes - é preciso que se constate, no caso concreto, que a efetivação do direito à saúde a um determinado indivíduo não poderá ser feita nos limites de sua necessidade<sup>410</sup> se esta for possível de inviabilizar outro direito fundamental de tamanha relevância, conforme se depreende da passagem abaixo, extraída da decisão alemã, que deu origem a chamada reserva do possível:

Se, de acordo com as considerações acima, o exposto reconhecimento legal da obrigação de expandir as capacidades de formação dentro de prazos não representa, no presente momento, um pressuposto de admissão para o *Numerus Clausus* absoluto ordenado constitucionalmente, então se deve exigir mais rapidamente que o acesso às instituições de ensino superior já existentes possa ser limitado somente mediante a presença de estritos pressupostos jurídicos formais e materiais. a) Que o direito dos candidatos habilitados à admissão ao curso superior de sua escolha seja restringível se depreende - na medida em que esse direito é protegido no Art. 12 I GG - já da reserva de regulamentação no 2º período [Art. 12 I 2 GG]. Ela compreende também o direito de livre escolha dos locais de formação, como já comprova sua interpretação histórica. (...). Também da já mencionada unidade do Art. 12 I GG, conclui-se que a reserva de

<sup>409</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 480.

<sup>410</sup> Muito embora, pelo princípio da integralidade, a premissa maior é a de que deve "o sistema de saúde proporcionar ao indivíduo ou à coletividade, as condições de atendimento, de acordo com as suas necessidades" BAPTISTA, Tatiana Vargas de Faria. *História das Políticas de Saúde no Brasil: a trajetória do direito à saúde*. In: MATTÁ, Gustavo Corrêa / PONTES, Ana Lúcia de Moura. *Políticas de saúde: organização e operacionalização do sistema único de saúde*. Rio de Janeiro: EPSJV / Fiocruz, 2007. p. 52.

regulamentação não se refere apenas ao exercício da profissão, alcançando também, de acordo com a sua natureza, a escolha profissional (assim já em BVerfGE 7, 377 [402 et seq.]), e também a escolha do local da formação que antecede a escolha profissional. Se a pretensão jurídica da admissão universitária for entendida como direito (social) de participação a prestações (benefícios) estatais, então sua restringibilidade decorre do fato de os direitos de participação – como já mencionado – serem submetidos à reserva do possível, e necessariamente terem que ser regulamentados. b) Assim, as limitações por princípio permitidas do direito à admissão são fundamentadas constitucionalmente apenas [se implementadas] por meio de lei ou com base na lei. (...). Na medida em que a autorização para tais limitações deve ser inferida da reserva de regulamentação no Art. 12 I 2 GG, a exigência formal mencionada decorre imediatamente desse dispositivo constitucional. Se até as regulamentações do exercício da profissão lá mencionadas necessitam de um fundamento legal, então muito mais necessitam de fundamento legal tais limitações da livre escolha dos locais de formação, os quais podem atingir a liberdade de escolha profissional. Se o direito à admissão nas instituições de ensino superior já existentes é entendido como direito de participação, nada diferente decorre nesse contexto. Aqui também pode restar em aberto se os princípios relativos ao Estado de direito da reserva legal e de legalidade da ação estatal valem regularmente apenas para a Administração interventiva, e não, da mesma forma, para a Administração de prestação (cf. sobre isso BVerfGE 8, 155 [167 s.]), uma vez que aqui um fundamento legal é necessário, porque a participação nas prestações estatais significa o pressuposto necessário para a realização de direitos fundamentais. Aqui o próprio legislador, como aquele de cujas decisões depende a extensão da oferta de prestação, deve chamar para si a responsabilidade de ter de limitar o número dos favorecidos como consequência de capacidades insuficientes, aceitando vultosos tratamentos desiguais. c) Do ponto de vista jurídico material, concluiu-se das considerações feitas até aqui que às limitações absolutas de admissão devem ser feitas exigências rigorosas<sup>317</sup>. Conforme a chamada teoria dos degraus (Stufentheorie) do Tribunal Constitucional Federal (cf. BVerfGE 7, 377 [401 et seq.]; 30, 292 [315 et seq.]), o poder regulamentar, segundo o Art. 12 I GG, deve ser tão mais limitado quanto mais ele atingir também a liberdade de escolha profissional. Uma vez que também a posterior escolha profissional depende da escolha do curso de formação e como um Numerus Clausus absoluto para um determinado curso, baseado no esgotamento da capacidade de formação pelas instituições, corresponde a um pressuposto objetivo de admissão na acepção da teoria dos degraus (Stufentheorie) (cf. BVerfGE 7, 377 [407 s.]), uma ordem estatal somente pode ser permitida, segundo os princípios gerais desenvolvidos para o Art. 12 I GG, se for para a defesa contra grandes perigos, comprovados ou muito prováveis, que ameacem um bem coletivo extremamente importante, e somente sob a estrita observância do princípio da proporcionalidade, ainda que os efeitos colaterais imagináveis – como: migração para outros cursos e debandada para o exterior – não possam deixar de ser considerados. Visto sob a perspectiva do pensamento do direito de participação orientado pelo princípio da igualdade, surgem exigências ainda mais rigorosas, já que limitações de admissão do tipo ora em pauta podem significar a distribuição de chances biográficas. Assim, um Numerus Clausus absoluto para ingressantes na universidade somente será constitucional, segundo o estágio das experiências realizadas, quando ele:

317 Essa expressão, comum na jurisprudência do TCF, significa que, para que o ato objeto do exame possa ser considerado constitucional, muitas condições têm que ser atendidas. (1.) for prescrito nos limites do estritamente necessário, sob a utilização exaustiva das capacidades criadas com recursos públicos já existentes de formação (cf. sobre isso abaixo: II), e

quando (2.) a escolha e a distribuição ocorrerem segundo critérios racionais, com uma chance para todo candidato em si qualificado ao ensino superior e com o maior atendimento possível à escolha individual do local de formação (cf. sobre isso: abaixo III) (...).<sup>411</sup>

Por isso, apesar do acima exposto, por ora<sup>412</sup>, pode-se dizer que houve uma adaptação da teoria alemã para o ordenamento jurídico pátrio, adaptação essa que vai de encontro, não só aos ditames constitucionais brasileiro, mais também aos que inspiraram o julgador alemão quando da adoção da Teoria da Reserva do Possível no caso que tem servido de paradigma para a Administração Pública sustentar a reserva do possível, pois já foi visto que os direitos fundamentais no Brasil gozam de máxima efetividade e na decisão alemã se observa, ao menos por uma leitura superficial da decisão, que os mesmos têm que ser respeitados ao máximo possível.

Cabe ressaltar que é um engodo<sup>413</sup> entender que na decisão paradigma houve uma limitação por conta de ausência de recurso financeiro do orçamento, porque, ao se fazer uma leitura, ainda que superficial, da decisão se verifica que a limitação é física, pela ausência suficiente de vagas que comportem o número de candidatos nas instituições de ensino indicadas, mas isso será investigado em capítulo próprio quando da análise específica da decisão alemã, a qual será submetida a uma segunda leitura.

No entanto, o Estado se põe a sustentar veementemente que a Teoria da Reserva do Possível, extraída da decisão alemã, permite delimitar o direito à saúde ao orçamento público que fora anteriormente fixado por ele.

Contudo, o capítulo seguinte se propõe a esclarecer, por meio da técnica da análise de conteúdo, quais são os fundamentos utilizados na decisão alemã, quando será feita uma segunda leitura sobre essa decisão. Essa leitura permite que se desenvolva o que Martin W. Bauer, George Gaskell e Nicholas C. Allum, denominam, amparado pelo pensamento de Jürgen Habermas, de processo

---

<sup>411</sup> SCHWABE, JÜRGEN. Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Organizador: Leonardo Martins. Montevideo: Mastergraf, 2005. P.665/667.

<sup>412</sup> Essa afirmação ainda está pendente de confirmação pelas análises dos capítulos seguintes.

<sup>413</sup> “O que o estudante tem de perceber são as incertezas nos dispositivos que regulam as situações”. (FERRAZ, Tércio Sampaio in NOBRE, Marcos e alii. O que é pesquisa em Direito? São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 106)

autorreflexivo<sup>414</sup>; que se dará sobre os fundamentos dessa decisão, de modo a torna-los mais transparentes. Ainda se valendo das palavras desse doutrinador:

As características sintáticas e semânticas de um *corpus* de texto permitem ao pesquisador fazer conjecturas fundamentadas sobre fontes incertas, como falsas reivindicações de autoria ou audiências incertas, seja quando a informação sobre isso é inacessível ou porque os bons resultados podem ser conseguidos com menos custo através da AC. Tais conjecturas podem inferir os valores, atitudes, estereótipos, símbolos e cosmovisões de um texto sobre o qual pouco se sabe.<sup>415</sup>

### 3.4 O ÔNUS DE PROVAR A ESCASSEZ DE RECURSOS

É possível que, ao menos em algum momento, possa haver a necessidade de se limitar o direito à saúde aos limites dos recursos existentes, neste caso, inclusive, pelo esvaziamento total da fonte de custeio, ou seja, do orçamento público, pois, como defende Stephen Holmes e Cass Robert Sunstein, nada que custa dinheiro pode ser absoluto,<sup>416</sup> levando-se a admitir que, no segundo momento, isto é, no caso concreto, mesmo um direito fundamental, como à saúde, pode ser relativizado.

Todavia, provado que há a necessidade do fornecimento do direito à saúde nos termos postulados no caso concreto, não basta que a Administração Pública simplesmente alegue uma escassez de recursos, ou uma receita previamente fixada no orçamento, para que ela esteja legitimada a deixar de fornecer o serviço de saúde postulado em juízo. É preciso que ela prove o esgotamento dos recursos ou, no mínimo, que atender a demanda de um determinado particular lhe levará a ficar impossibilitada de suprir outros direitos fundamentais que, sopesados, no caso concreto, sobrepõem-se ao desse particular, ou até mesmo de efetivar o próprio

---

<sup>414</sup> “É através de um processo auto-reflexivo que as ciências críticas podem chegar a identificar estruturas condicionadoras de poder que, acriticamente, se mostram como “naturais” mas são, de fato, o resultado de uma “comunicação sistematicamente distorcida e de uma repressão sutilmente legitimada” (HABERMAS, Jürgen Knowledge and Human Interests. 1987, 371 apud BAUER, Martin W., GASKELL, George e ALLUM, Nicholas C. Qualidade, quantidade e interesses do conhecimento evitando confusões. in BAUER, Martin W. / GASKELL, George. Pesquisa qualitativa com texto: imagem e som: um manual prático. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 33)

<sup>415</sup> BAUER, Martin W. Análise de conteúdo clássica: uma revisão. In. BAUER, Martin W. / GASKELL, George. Pesquisa qualitativa com texto: imagem e som: um manual prático. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 193.

<sup>416</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass Robert. The cost of rights: why liberty depends on taxes. New York: W. W. Norton & Company, 2000, p. 97.

direito à saúde dos demais titulares desse direito, isto é, valendo-se das palavras de Liana Cirne Lins, dos cotitulares e coimplicados na relação jurídica social.<sup>417</sup>

Fernando Boarato Meneguim e Pedro Felipe de Oliveira Santos, pautados em teorias da Economia, suscitam que na adoção dos recursos públicos haverá ganhadores e perdedores, e que essa situação se justifica na medida em que o ganho total seja superior a perda total, a teor do abaixo transcrito:

Para superar essa dificuldade, quando se discutem políticas públicas, adota-se outro critério de eficiência, o de Kaldor-Hicks, em que se reconhece a existência de ganhadores e perdedores nas modificações, sendo apenas exigido que o ganho total seja maior que a perda total para que a alteração seja considerada eficiente. Em essência, essa é a técnica da análise de custo-benefício, ou seja, vale empreender uma mudança se os benefícios excederem os custos.<sup>418</sup>

Partindo-se dessa ideia, pode-se pontuar que no caso concreto haverá a necessidade de se ponderar se o custeio de um serviço de saúde em prol de um determinado indivíduo trará mais ganho do que perda. E aí não se pode olvidar que isso terá que ser feito com a atenção voltada para o princípio da dignidade da pessoa humana e do bem-estar social<sup>419</sup>, de modo que o sentimento de justiça se instaure pela compreensão de que a decisão foi a mais adequada para as particularidades do caso concreto<sup>420 421</sup>. Tome-se o princípio da dignidade da pessoa humana como “normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis

<sup>417</sup> LINS, Liana Cirne. A prevalência da tutela coletiva do direito fundamental à saúde sobre a tutela individual: considerações processuais sobre a judicialização da saúde, p. 9704. Trabalho publicado nos Anais do XIX Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Florianópolis – SC nos dias 13, 14, 15 e 16 outubro de 2010. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/florianopolis/Integra.pdf>> Acesso em: 9 jan. 2014.)

<sup>418</sup> MENEGUIM, Fernando Boarato. SANTOS, Pedro Felipe de Oliveira. Há Incompatibilidade entre Legalidade e Eficiência? Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/ CONLEG/Senado, ago/2013 (Texto para Discussão nº 133). Disponível em: [www.senado.leg.br/estudos](http://www.senado.leg.br/estudos). Acesso em 5 ago. 2013.

<sup>419</sup> “Uma linha de eticidade vincula os direitos sociais ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.” (BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 658)

<sup>420</sup> CARVALHO NETO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado democrático de direito. In Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático do direito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 38.

<sup>421</sup> “Cumprir simplesmente a lei na friezta do seu texto não é o mesmo que atendê-la na sua letra e no seu espírito. A Administração, por isso, deve ser orientada pelos princípios do direito e da moral, para que ao legal se ajunte o honesto e o conveniente aos interesses sociais.” (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 84)

com vários graus de concretização, fática e juridicamente condicionados”<sup>422</sup>. E como pondera Flavia Piovesan, “a dignidade humana e os direitos fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro”<sup>423</sup>.

Nesse momento há que se fazer presente a análise da situação fática com base no princípio da concordância prática ou da harmonização, pelo qual

os direitos e bens constitucionalmente protegidos, em caso de conflito ou concorrência, devem ser tratados de maneira que a afirmação de um não implique o sacrifício do outro, o que só se alcança na aplicação ou na prática do texto. Implica, tal princípio, a ponderação de bens. É especialmente importante nos casos de colisão de direitos.<sup>424</sup>

Ana Lúcia Abrahão, ao propor que se adote o método de planejamento estratégico situacional<sup>425</sup> para o trato com as políticas públicas em relação a saúde, diz que “a solução do problema não está na sua eliminação, mas sim na sua mudança. Quando atacamos um problema, na verdade, estamos apenas alterando-o e criando outro com menor ou maior risco.”<sup>426</sup>. Daí é possível extrair que na solução do problema já se deve levar em conta a necessidade de solução para a mudança provocada, isto é, para o outro problema que eventualmente foi desencadeado. E, para tanto, o Estado precisará contar com recursos, dos quais se destaca o cognitivo, relativo ao conhecimento e ao saber-fazer; organizativo, referente ao

<sup>422</sup> SANTOS, Gustavo Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do supremo tribunal federal: limites e possibilidades. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 22.

<sup>423</sup> PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 35.

<sup>424</sup> SANTOS, Gustavo Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do supremo tribunal federal: limites e possibilidades. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 33.

<sup>425</sup> Entre as vertentes do planejamento estratégico que surgem a América Latina a partir dos anos 70, destaca-se o Planejamento Estratégico Situacional, de Carlos Matus. O Planejamento Estratégico Situacional - PES foi idealizado por Matus, autor chileno, a partir de sua vivência como ministro da Economia do governo Allende, no período de 1970-73, [...]. O enfoque do Planejamento Estratégico Situacional – PES [...] surge, então, no âmbito mais geral do planejamento econômico-social e vem sendo crescentemente adaptado e utilizado em áreas como saúde, educação e planejamento urbano, por exemplo. Este enfoque parte do reconhecimento da complexidade, da fragmentação e da incerteza que caracterizam os processos sociais, que se assemelham a um sistema de final aberto e probabilístico, onde os problemas se apresentam, em sua maioria, não estruturados e o poder se encontra compartilhado, ou seja, nenhum ator detém o controle total das variáveis que estão envolvidas na situação. (ARTMANN, Elizabeth. O planejamento estratégico situacional no nível local: um Instrumento a favor da visão multissetorial. Disponível em: < <http://www5.ensp.fiocruz.br/biblioteca/dados/OPEsniveLocalJavier.rtf> > Acesso em: 14 jul. 2014.)

<sup>426</sup> ABRAHÃO, Ana Lúcia. Notas sobre o Planejamento em Saúde. In. MATTÁ, Gustavo Corrêa / PONTES, Ana Lúcia de Moura. Políticas de saúde: organização e operacionalização do sistema único de saúde. Rio de Janeiro: EPSJV / Fiocruz, 2007, p. 172.

modo como a organização se estrutura; e o econômico, que inclui o financeiro. Em suma, o Estado, deve possuir os recursos necessários para solucionar o problema primário e eventualmente o secundário, ou seja, deve contar com pessoal capacitado, estruturas adequadas e orçamento financeiro significativo, que comporte a necessidade a ser suprida<sup>427</sup>.

Desta feita, o Estado precisará provar que há uma causa modificativa, extintiva ou impeditiva para a efetivação do direito à saúde. E essa exigência se dá, porque, como é cediço, nos termos do art. 333 do Código de Processo Civil – CPC, o ônus da prova é da parte que alega.

Nesse sentido, posicionam-se Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo, ao, na seguinte passagem, dizerem que “cabe ao poder público o ônus da comprovação da falta efetiva dos recursos indispensáveis à satisfação dos direitos a prestações, assim como da eficiente aplicação dos mesmos”<sup>428</sup>.

Destaque-se, também sobre o ponto agora em estudo, o que sustenta Ramiro Rockenbach, na seguinte passagem:

uma vez reclamado o direito humano em face do poder público, caso sua alegação seja impeditiva, modificativa ou extintiva do direito do autor (com base na reserva do possível, por exemplo), agora o ônus de provar (provar que não existem recursos!) é da parte ré, é do poder público.<sup>429</sup>

É cediço que os atos da Administração Pública gozam de presunção de legitimidade, por isso, como regra, cabe ao particular provar a lisura do seu direito, assim, a ele cabe provar que o serviço de saúde postulado é indispensável para a manutenção da sua saúde ou vida. Todavia, apresentadas as provas necessárias para que se reconheça o direito ao serviço de saúde perseguido na via judicial, cabe a Administração Pública o ônus de apresentar contraprova que elida esse direito. Assim também se posiciona Liana Cirne Lins ao ponderar que

---

<sup>427</sup> ABRAHÃO, Ana Lúcia. Notas sobre o Planejamento em Saúde. In. MATTA, Gustavo Corrêa / PONTES, Ana Lúcia de Moura. Políticas de saúde: organização e operacionalização do sistema único de saúde. Rio de Janeiro: EPSJV / Fiocruz, 2007, p. 175.

<sup>428</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Direitos fundamentais orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. P.32.

<sup>429</sup> ALMEIDA, Ramiro Rockenbach da Silva Matos Teixeira de. Direitos humanos, reserva do possível e ônus da prova. In Teoria Crítica dos Direitos Humanos: das lutas aos direitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 223.

os direitos fundamentais, inclusive e principalmente os sociais, deverão necessariamente ser justificáveis, tendo em vista que qualquer argumento contrário à sua eficácia - seja a reserva do possível, a reserva do legislador, a baixa densidade normativa ou qualquer outro legitimamente oponível - deva ser demonstrado na esfera judicial. Logo, os argumentos que possam ser legitimamente opostos devem ser demonstrados! Isto significa que não podem os mesmos ser tomados como desautorizações genéricas apriorísticas ou como recurso hermenêutico de cunho místico que apelem para a presunção não demonstrável de que os poderes públicos não possuem condições de observar a Constituição.<sup>430</sup>

Liana Cirne Lins ainda destaca que

Aliás, o princípio da reserva do possível, pensado no contexto do processo constitucional, no mínimo, impõe como condição a que se alegue a reserva do possível, num eventual impedimento à concretização de um direito social, a demonstração da incapacidade financeira do Estado, ou seja, o ônus de provar que o Estado não pode arcar com os custos da implementação do serviço público no qual consiste o direito social. Afinal, como é regra em processo, essa não pode ser abstratamente pressuposta.<sup>431</sup>

Portanto, cabe ao Estado provar que o orçamento não comporta as despesas “ilimitadas” com a saúde, de modo a evidenciar o fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito. Essa é uma questão que ele precisa responder, e não apenas apresentar subterfúgios de que as contas públicas não comportam todas as despesas com a implementação da saúde nos moldes postulados na esfera judicial. Ele precisa fazer prova que não há como arcar com, por exemplo, o custeio de um procedimento médico ou de um determinado medicamento pleiteado, quer seja em uma ação individual ou coletiva.

Ao Estado cabe provar que elaborou um orçamento público capaz de suportar as necessidades públicas em relação à saúde, que comporte, no mínimo, o custo despendido no ano anterior, considerando toda a despesa com a saúde,

---

<sup>430</sup> LINS, Liana Cirne. Da Jurisdição Constitucional ao Direito Processual Constitucional: Delineamentos de um Direito Processual Constitucionalmente Adequado a Partir da Reflexão Sobre a Judicialização dos Direitos Fundamentais Sociais. In: MARTEL, Letícia de Campos Velho. (Org.). Estudos Contemporâneos de Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 267-287.

<sup>431</sup> LINS, Liana Cirne . A Justiciabilidade dos Direitos Fundamentais Sociais. Uma avaliação crítica do tripé denegatório da sua exibibilidade e da concretização constitucional seletiva. Revista de Informação Legislativa, v. 182, p. 63.

inclusive as decorrentes de ações judiciais, pois nestas também estão expressas as necessidades públicas.

Nas palavras de Gustavo Ferreira Santos, “somente com um planejamento, que leve em conta todas as demandas dirigidas ao Estado, isso será possível”.<sup>432</sup>

Flávio da Cruz, ao comentar a Lei nº 4.320/1964, que versa sobre normas gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, diz:

percebe-se a importância do planejamento como fator determinante para o desenvolvimento do setor público, privado, social e econômico da nação. As ações decorrentes da falta de planejamento estão presentes no dia-a-dia nos noticiários dos jornais locais e nacionais, que apontam em suas matérias os danos sociais provocados pelo uso indevido e irresponsável dos recursos públicos existentes.<sup>433</sup>

O Estado ainda deve atentar para o não retrocesso social, a teor do estudo acima desenvolvido. José Joaquim Gomes Canotilho diz que o princípio da democracia econômica e social contém uma imposição obrigatória dirigida aos órgãos de *direcção* política (legislativo, executivo) no sentido de desenvolverem uma atividade econômica social conformadora das estruturas socioeconômicas, de forma a evoluir-se para uma sociedade democrática.<sup>434</sup>

José Afonso da Silva, ao suscitar que a Constituição declara que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos existência digna, diz “a verdade é que a existência digna aí prometida não será autêntica e real, enquanto não se construírem as condições econômicas que assegurem a efetividade desses direitos”.<sup>435</sup>

A saúde é um direito fundamental, e como tal está elencado em dispositivo cuja norma goza de eficácia plena, capaz de gerar efeitos imediatos, legitimando o direito público subjetivo<sup>436</sup> do cidadão, ou melhor, do indivíduo, de fazer valer o seu

<sup>432</sup> SANTOS, Gustavo Ferreira. Direito, cidadania & processo. Eficácia Judicial do Direito Fundamento à Saúde – Reflexões Iniciais. Recife: FASA, 2006.. p. 147

<sup>433</sup> CRUZ, Flávio. et al. Comentários à lei nº 4.320. São Paulo: Atlas, 1999. p. 43.

<sup>434</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 338.

<sup>435</sup> SILVA, José Afonso da. Garantias econômicas, políticas e jurídicas da eficácia dos Direitos Sociais. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 10 de janeiro de 2012.

<sup>436</sup> Partindo-se aqui do que pressupõe o STF na seguinte passagem: “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,

direito fundamental à saúde. Partindo-se aqui do que pressupõe o STF na seguinte passagem sobre o direito público subjetivo:

o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos<sup>437</sup>

Ao tempo em que se flexibiliza, por conseguinte, a ideia clássica, liberal, de que “direitos públicos subjetivos constituem um conceito técnico-jurídico do Estado liberal, preso, como a expressão ‘direitos individuais’, à concepção individualista do homem”<sup>438</sup>. E ao mesmo tempo se privilegia a força normativa da Constituição, já que “Direito subjetivo conceitua-se como prerrogativas estabelecidas de conformidade com regras de Direito objetivo”<sup>439</sup>.

Assim sendo, tem-se aí a teoria do *status* positivo, de Jellinek, pela qual o indivíduo tem o direito à prestações positivas do Estado, “nesse caso, os indivíduos têm um direito a algo, que é oposto ao Estado. Os indivíduos possuem o direito de exigir prestações positivas do Estado”<sup>440</sup>. Por outro caminho, evidencia-se aqui também, como defende Antônio Carlos de Araújo Cintra, ao tratar dos motivos do ato administrativo,

a chamada substantial evidence rule segundo a qual cabe ao Judiciário verificar se a atividade administrativa foi ou não suportada por prova substancial dos fatos em que se funda, entendida como tal, no dizer de Hughes, a ‘prova relevante que poderia ser aceita, por uma pessoa razoável, como adequada para basear uma decisão’<sup>441</sup>

---

por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos”, flexibilizando-se, por conseguinte, a ideia clássica, liberal, de que Direitos públicos subjetivos constituem um conceito técnico-jurídico do Estado liberal, preso, como a expressão “direitos individuais”, à concepção individualista do homem”

<sup>437</sup> BRASIL. STF. A Constituição e o Supremo. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/>>. Acesso em 26 de abril de 2012.

<sup>438</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 176.

<sup>439</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 176.

<sup>440</sup> SANTOS, Gustavo Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do supremo tribunal federal: limites e possibilidades. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 60/61.

<sup>441</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. Motivo e motivação do ato administrativo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979, p. 168.

O Estado é o responsável por promover a efetivação do direito à saúde nos moldes preconizados na Constituição Federal, e para tanto conta com as fontes de custeio e as receitas para custear a saúde pública. As despesas com a saúde decorrem das necessidades públicas, por conseguinte, o Estado, no momento da elaboração do orçamento público, precisa atentar para elas, de modo a adequar o orçamento ao custo delas e, para tanto, goza da orientação mínima que foi conferida pelo constituinte, quando apontou que o mínimo necessário para custear a saúde é o total de gasto com a saúde no ano anterior mais a variação nominal do PIB.

É certo que ainda assim, ou seja, mesmo com o orçamento pautado nos ditames constitucionais, poderão ocorrer situações em que a receita destinada no orçamento para a saúde não comporte uma determinada despesa, quando, sob o crivo do constituinte, será dada total e absoluta prioridade à garantia da saúde à criança, ao adolescente e ao jovem, o que exigirá direcionamento de receitas do orçamento para a saúde. E quando o titular do direito não for um deles, haverá que se sopesar sobre a garantia ou não do direito à saúde em um determinado caso concreto que envolva a ameaça de escassez de recursos. De acordo com Gustavo Ferreira Santos,

O potencial de conflito é inegável, surgindo exigências de compatibilidade dos diversos interesses. Tais direitos e interesses encontram, uns nos outros, limites. Eles servem, ao mesmo tempo, de mote à atuação estatal e de justificativa para a sua limitação<sup>442</sup>

Escassez de recursos essa que terá o Estado o ônus de provar, demonstrando o esgotamento dos recursos financeiros, de pessoal, de estrutura ou qualquer outra que justifique a adoção da Teoria da Reserva do Possível, sob pena de ter sua tese refutada. Nesse sentido é o entendimento de Liana Cirne Lins quando ela levanta as consequências jurídicas que poderão advir no processo judicial pela suscitação da Teoria da Reserva do Possível, conforme abaixo:

Finalmente, o princípio da reserva do possível não produz nenhuma consequência jurídica, sendo imediatamente exigível o direito social quando: Deixar o Estado de cumprir o ônus da prova que lhe compete,

---

<sup>442</sup> SANTOS, Gustavo Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do supremo tribunal federal: limites e possibilidades. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. xxi.

assim entendido tanto a perda da oportunidade probatória quanto quando as provas não demonstrarem a desoneração do Estado em seu dever legal. O ônus de provar o fato que enseja um impedimento quanto à pretensão do autor, seguindo regra do art. 333 do CPC, é do réu.<sup>443</sup>

Pela passagem acima transcrita é possível inferir que Liana Cirne Lins defende que a reserva do possível não gerará consequência jurídica sobre o direito social, ou seja, não afastará a implementação do direito social, quando o Estado deixar de desincumbir o ônus de provar a escassez de recursos.

Por Cláudio de Mello Tavares, é possível concluir que se o Estado não se desincumbir de provar o justo motivo há que se superar até a impenhorabilidade dos bens públicos, conforme transcrição da passagem abaixo

É verdade que, em se tratando da Fazenda Pública, qualquer obrigação de pagar quantia certa, ainda que decorrente da conversão de fazer ou de entregar coisa determinada, está sujeita a rito próprio (art. 730 do CPC e art. 100 da CF), que não contemplam, expressamente, salvo em hipótese excepcional (v.g. a ordem de pagamentos de precatórios judiciais), a possibilidade de execução direta, através da expropriação mediante seqüestro de dinheiro, ou de qualquer outro bem público, havidos como impenhoráveis.

Entretanto, em situações de inconciliável conflito entre o direito fundamental à saúde e o regime tradicional da impenhorabilidade dos bens públicos, deve prevalecer o primeiro, em ordem de absoluta prioridade. Se urgente e impostergável, a necessidade da aquisição de medicamento, em razão e sob pena de grave comprometimento da saúde do demandante sem condições de realizá-la às suas próprias expensas, há de se ter por legítima, ante a omissão estatal do órgão público responsável, a determinação judicial de bloqueio de verbas públicas, como meio de efetivação do direito constitucionalmente assegurado.<sup>444</sup>

Portanto, consubstanciada a necessidade da implementação do direito à saúde nos moldes postulado pelo indivíduo, cabe ao Estado demonstrar o justo motivo que embasou o ato administrativo que negou a concretização da saúde nos termos pleiteado, sob pena de ter considerado como ilegítimo os motivos determinantes do ato. E, nesse sentido,

A autoridade necessita referir não apenas a base legal em que se quer estribada mas também os fatos ou circunstâncias sobre os quais se apoia e, quando houver discricção, a relação de pertinência lógica entre seu

<sup>443</sup> LINS, Liana Cirne . A Justiciabilidade dos Direitos Fundamentais Sociais. Uma avaliação crítica do tripé denegatório da sua exibibilidade e da concretização constitucional seletiva. Revista de Informação Legislativa, v. 182, 2009, p. 65.

<sup>444</sup> TAVARES, Cláudio de Mello. Direito à vida. Revista da Escola Nacional da Magistratura - Ano II, ed. nº 5 -- Brasília: Escola Nacional da Magistratura, 2008, p 123/127.

supedâneo fático e a medida tomada, de maneira a se poder compreender sua idoneidade para lograr a finalidade legal. A motivação é, pois a justificativa do ato.<sup>445</sup>

Assim sendo, para ficar evidenciado o justo motivo, o Estado precisa se desincumbir do ônus de indicar o mandamento legal que o ampara, melhor dizendo, que o impeça de efetivar o direito à saúde nos moldes perseguidos pelo titular desse direito, outrossim, ele também deve demonstrar objetivamente os fatos e circunstâncias que o impedem de implementar o direito à saúde na medida do requerido, sob pena de que o Poder Judiciário intervenha na relação para determinar a efetivação do direito.

Por Stephen Holmes e Cass Robert Sunstein é possível concluir que o Poder Judiciário americano admite que o governo apresente um justo motivo para que haja a restrição de um direito<sup>446</sup>.

No entanto, parafraseando Osvaldo Canela Júnior<sup>447</sup>, ainda que haja um justo motivo, este só se sobrepõe momentaneamente, pois caberá ao Estado adotar as providências cabíveis para garantir a concessão dos direitos fundamentais sociais, no caso, para conceder o direito fundamental à saúde, realizando, quando a limitação for orçamentária, o reajuste do orçamento, de modo que ele comporte o custo do direito. Liana Cirne Lins também tem esse entendimento ao apontar que, sob o aspecto processual, uma das possibilidades diante da Teoria da Reserva do Possível é suspender o processo até que cesse a incapacidade provisória do Estado<sup>448</sup>.

---

<sup>445</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Discrecionabilidade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 99.

<sup>446</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass Robert. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 2000, p. 106.

<sup>447</sup> CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 106/109.

<sup>448</sup> LINS, Liana Cirne. *A Justiciabilidade dos Direitos Fundamentais Sociais. Uma avaliação crítica do tripé denegatório da sua exibibilidade e da concretização constitucional seletiva*. *Revista de Informação Legislativa*, v. 182, 2009, p. 65.

## 4 A DECISÃO PARADIGMA ALEMÃ SOBRE A RESERVA DO POSSÍVEL SOB A ANÁLISE DE CONTEÚDO

### 4.1. A ANÁLISE DE CONTEÚDO

Foi apresentado acima que a Administração Pública tem sustentado a denominada Teoria da Reserva do Possível como defesa nos processos judiciais em que é demandada a efetivar o direito à saúde em favor do indivíduo, o qual, por entender que tem direito ao serviço público de saúde nos limites da sua necessidade, promove ação judicial com o fim de compelir a Administração Pública a implementar e fornecer esse bem nos termos em que ele apresentou como necessário para garantir a sua vida.

A Reserva do Possível, conforme já apresentado no capítulo anterior, tem origem na decisão alemã que versa sobre o chamado caso do *Numerus Clausus*.<sup>449</sup> Nessa decisão o Tribunal Constitucional Federal Alemão se manifestou, em controle concreto de constitucionalidade, sobre dois casos apresentados pelos Tribunais Administrativos de Hamburg e da Baviera, acerca da constitucionalidade de regulamentações estaduais para admissão de candidatos à vaga do curso de medicina dessas Universidades, nos anos de 1969 e 1970. Essas regulamentações apresentaram restrições para a admissão em alguns cursos universitários dessas instituições, ante a capacidade de absorção da Universidade para a disponibilização de vagas<sup>450</sup>.

Assim, a Administração Pública brasileira tem sustentado - com base na mensagem deixada na decisão alemã supra apontada - a sua tese sobre a delimitação do direito à saúde a uma reserva do possível ou, pode-se assim dizer, à capacidade da Administração Pública de absorver as demandas que envolvam o direito à saúde pública.

---

<sup>449</sup> “Essa teoria, na verdade, representa uma adaptação de um topos da jurisprudência constitucional alemã (Der Vorbehalt des Möglichen), que entende que a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição da disponibilidade dos respectivos recursos.” KRELL, Andreas Joachim. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 41.

<sup>450</sup> SCHWABE, JÜRGEN. Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Organizador: Leonardo Martins. Montevideo: Mastergraf, 2005, p. 656/657.

E, como já ventilado, o Estado se põe a alegar que o serviço de saúde pública deve ser fornecido nos termos da política pública fixada para esse serviço, a qual se limitaria a um orçamento previamente estabelecido pelos Poderes Executivo e Legislativo, e que atender a determinados pleitos do administrado em relação ao direito em estudo levará a desassistência da coletividade e a irregular manutenção do sistema de saúde pública, por conta do que já foi orçado anteriormente para o orçamento da saúde.

Desta feita, é preciso investigar a mensagem deixada na decisão paradigma<sup>451</sup>, porque essa investigação possibilita identificar se os argumentos da Administração Pública brasileira guardam relação com os utilizados na posição exarada pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, o que, por conseguinte, também permitirá a averiguação dos pressupostos e condições para que fosse proferida tal posição por esse Tribunal, ou seja, o que foi considerado pela Corte Alemã para que ela admitisse, como constitucional, a delimitação do número de vagas à capacidade de absorção das instituições alemãs apontadas e, por corolário, acolhesse a tese que defende a limitação de um direito social, isto é, de uma prestação estatal, à reserva do possível. A bem da verdade, ao que tudo indica, a restrição também se deu em relação a um direito civil, ao menos é o que se depreende por uma leitura superficial da decisão, porque dessa leitura se apura que os ditos alunos ficaram impedidos de exercer a sua opção pelo curso e instituição de interesse, bem como, implicitamente ou indiretamente, de optar pela profissão a ser exercida, ou seja, ao direito de liberdade, que se apresenta pelo direito à livre iniciativa.

Partindo-se das quatro dimensões da investigação social de Martin W. Bauer, George Gaskell e Nicholas C. Allum<sup>452</sup>, no intuito de encontrar a solução para os problemas acima levantados, foi feito o delineamento da pesquisa com o

---

<sup>451</sup> Até para evitar opiniões precipitadas, imprescindível é o estudo da fonte originária que deu origem a reserva do possível. E como destacado por Antônio Augusto Cançado Trindade, quando prefaciou um trabalho de Jayme Benvenuto Lima Júnior, deve-se “evitar, com bom senso e prudência, opiniões precipitadas, próprias de iniciantes incautos que se consideram capacitados a emitir juízos categóricos acerca da própria evolução doutrinária brasileira sobre a matéria, sem demonstrar sequer o acesso às fontes primárias documentológicas e um mínimo de conhecimento das contribuições doutrinárias básicas, sobretudo as de um passado mais distante.” (TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. In LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto. Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. Prefácio)

<sup>452</sup> BAUER, Martin W., GASKELL, George e ALLUM, Nicholas C. Qualidade, quantidade e interesses do conhecimento evitando confusões. in BAUER, Martin W. / GASKELL, George. Pesquisa qualitativa com texto: imagem e som: um manual prático. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 19.

levantamento do referencial teórico e, em seguida, a busca do documento que tem servido de base para a Administração Pública suscitar a Teoria da Reserva do Possível, realizando-se, por conseguinte, a análise da decisão alemã, cujo tratamento dos dados trazidos na mensagem da mesma se realiza por meio da técnica de Análise de Conteúdo<sup>453</sup>. E, depois de observadas essas três dimensões, o intuito é implementar a quarta dimensão, ou seja, a construção de um mínimo de consenso, ao menos sob o ponto de vista atual, sobre a Teoria da Reserva do Possível e a possibilidade ou não da adoção dessa teoria diante do direito à saúde pública no ordenamento jurídico pátrio. Ainda sob a quarta dimensão, visa-se também contribuir para a emancipação dos respectivos sujeitos da relação jurídica que envolve o direito à saúde. Assim sendo, conforme acima dito, busca-se observar as quatro dimensões da investigação social que foi apresentada por Martin W. Bauer, George Gaskell e Nicholas C Allum na seguinte passagem:

É útil distinguir entre quatro dimensões na investigação social. Estas dimensões descrevem o processo de pesquisa em termos de combinações de elementos através das quatro dimensões. Primeiro, há o delineamento da pesquisa de acordo com seus princípios estratégicos, tais como o levantamento por amostragem, a observação participante, os estudos de caso, os experimentos e quase-experimentos. Segundo, há os métodos de coleta de dados, tais como a entrevista, a observação e a busca de documentos. Terceiro, há os tratamentos analíticos dos dados, tais como a análise de conteúdo, a análise retórica, a análise de discurso e a análise estatística. Finalmente, os interesses do conhecimento referem-se à classificação de Habermas sobre o controle, a construção de consenso e a emancipação dos sujeitos do estudo.<sup>454</sup>

Para Martin W. Bauer “um *corpus* de texto oferece diferentes leituras, dependendo dos vieses que ele contém”<sup>455</sup>, e a Análise de Conteúdo “pode

<sup>453</sup> “Qualquer análise de conteúdo visa, não o estudo da língua ou da linguagem, mas sim a determinação mais ou menos parcial do que chamaremos as condições de produção dos textos, que são o seu objecto. O que tentamos caracterizar são estas condições de produção e não os próprios textos. O conjunto das condições de produção, constitui o campo das determinações dos textos” HENRY, Paul & Serge MOSCOVICI. 1968. Problèmes de l'analyse de contenu. Langages 11: 36-60. Paris: Didier/Larousse apud BAUER, Martin W. / GASKELL, George. Pesquisa qualitativa com texto: imagem e som: um manual prático. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 40.

<sup>454</sup> BAUER, Martin W., GASKELL, George e ALLUM, Nicholas C. Qualidade, quantidade e interesses do conhecimento evitando confusões. in BAUER, Martin W. / GASKELL, George. Pesquisa qualitativa com texto: imagem e som: um manual prático. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 19.

<sup>455</sup> BAUER, Martin W. Análise de conteúdo clássica: uma revisão. in BAUER, Martin W. / GASKELL, George. Pesquisa qualitativa com texto: imagem e som: um manual prático. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 191.

reconstruir ‘mapas de conhecimento’ à medida que eles estão corporificados em textos”<sup>456</sup>

Nesse mister será utilizada na análise do *corpus*<sup>457</sup> da decisão alemã<sup>458</sup> a técnica da Análise de Conteúdo, desenvolvida por Laurence Bardin<sup>459</sup>, bem como os estudos de Maria Laura Publisi Barbosa Franco<sup>460</sup>, de Julia Maurmann Ximenes<sup>461</sup><sup>462</sup> e Alessandra Matos de Araújo<sup>463</sup>, as quais, em trabalho próprio, também desenvolveram essa técnica de análise,<sup>464</sup><sup>465</sup> bem como a literatura de Roque Moraes<sup>466</sup>. A utilização dessa ferramenta também contribui para aproximar o Direito de outras Ciências Humanas, o que corrobora para a superação do entrincheiramento mútuo entre as Ciências<sup>467</sup><sup>468</sup>.

<sup>456</sup> BAUER, Martin W. Análise de conteúdo clássica: uma revisão. In. BAUER, Martin W. / GASKELL, George. Pesquisa qualitativa com texto: imagem e som: um manual prático. Petrópolis: Vozes, 2002. p.194.

<sup>457</sup> a palavra *corpus* (latim; plural corpora) significa simplesmente corpo. Nas ciências históricas, ela se refere a uma coleção de textos. Pode ser definida como “um corpo de uma coleção completa de escritos ou coisas parecidas; o conjunto completo de literatura sobre algum assunto... vários trabalhos da mesma natureza, coletados e organizados” (Oxford English Dictionary, 1989); ou como “uma coleção de textos, especialmente se for completa e independente (McArthur, 1992). (BAUER, Martin W. / GASKELL, George. Pesquisa qualitativa com texto: imagem e som: um manual prático. Petrópolis: Vozes, 2002, p.. 44)

<sup>458</sup> Que compreende a mensagem do Tribunal Constitucional Federal Alemão sobre a Teoria da Reserva do Possível.

<sup>459</sup> BARDIN, Laurence. Análise de Conteúdo. Lisboa: Edições 70, 2000.

<sup>460</sup> FRANCO, Maria Laura Publisi Barbosa. Análise de Conteúdo. Brasília: Liber Livro, 2012.

<sup>461</sup> XIMENES, Julia Maurmann. Levantamento de Dados na Pesquisa em Direito - A Técnica da Análise de Conteúdo. Trabalho publicado nos Anais do XX Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Vitória – ES nos dias 16, 17, 18 e 19 de novembro de 2011. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/anais/XXcongresso/Integra.pdf>> Acesso em: 9 jan. 2014.

<sup>462</sup> XIMENES, Julia Maurmann; RIBEIRO, Ana Cândida Eugênio Pinto. Efetivação dos direitos fundamentais e ativismo judicial. Uma proposta de análise empírica. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2306, 24 out. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13752>>. Acesso em: 9 jan. 2014.

<sup>463</sup> DE ARAÚJO, Alessandra Matos. Efetividade do Direito à Educação: Análise de Conteúdo da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/sao\\_paulo/Integra.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/Integra.pdf)> Acesso em: 9 jan. 2014.

<sup>464</sup> A possibilidade do uso dessa técnica para a realização da presente pesquisa surgiu durante as aulas de Virgínia Colares, na disciplina Análise Crítica do Discurso Jurídico, durante o Mestrado em Direito, na Universidade Católica de Pernambuco-Unicap, o que permitiu o desenvolvimento da pesquisa sob o viés transdisciplinar.

<sup>465</sup> “Sinto que estamos vivendo um momento riquíssimo. O Direito está passando por um olhar interdisciplinar da Economia, da Política, Sociologia e da Antropologia. Assim, o desafio é saber como incorporaremos estes outros olhares ao nosso olhar do Direito.” (VIEIRA, Oscar Vilhena. in NOBRE, Marcos e alii. O que é pesquisa em Direito? São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 123)

<sup>466</sup> MORAES, Roque. Análise de conteúdo. Revista Educação, Porto Alegre, v. 22, n. 37, p. 7-32, 1999.

<sup>467</sup> Essa situação levou, então, a um entrincheiramento mútuo; criou-se um fosso entre o Direito e as demais disciplinas humanas no Brasil. Tanto que vimos, durante décadas, os projetos interdisciplinares das Ciências Humanas na medida em que traziam algum elemento para reflexão

Maria Laura Publisi Barbosa Franco, ao introduzir o seu trabalho sobre a Análise de Conteúdo, diz que “a preocupação com a Análise do Conteúdo das mensagens, dos enunciados do discurso e das informações é muito mais antiga do que a reflexão que se ocupa da formalização de seus pressupostos epistemológicos, teóricos e de seus procedimentos operacionais”.<sup>469</sup> Laurence Bardin aponta como marco temporal para as primeiras análises de conteúdo o ano de 1640, especificamente, ele cita a pesquisa feita na Suécia, sobre os hinos religiosos, que fora feita com o objetivo de identificar os efeitos desses hinos sobre os Luteranos<sup>470</sup>.

Todavia, Laurence Bardin esclarece que a Análise de Conteúdo desenvolveu-se, inicialmente, nos idos de 1915, nos Estados Unidos, com a análise essencialmente estatística, ou seja, sob o viés da pesquisa quantitativa, onde o objeto de pesquisa era o material produzido pela imprensa jornalística. E aponta que a sistematização das regras dessa técnica de análise se deu no período compreendido entre 1940 e 1950, ante a necessidade de estudo das mensagens políticas pós Segunda Guerra Mundial, apontando a definição de então, promovida por Bernard Berelson, de Análise de Conteúdo, como sendo “uma técnica de investigação que tem por finalidade a descrição objectiva, sistemática e quantitativa do conteúdo manifesto da comunicação”<sup>471</sup>. Contudo, esclarece que posterior a esse marco temporal essa técnica passa a ser adotada sob a combinação da compreensão clínica com a contribuição da estatística<sup>472</sup>, ou seja, o estudo da mensagem passa a ser considerado também pelo viés qualitativo, e não apenas pelo quantitativo.

Diante desse breve introito sobre a Análise de Conteúdo - o qual é feito com a intenção de permitir que se conheça como se desenvolveu os pressupostos epistemológicos e metodológicos dessa técnica, ainda que sumariamente, bem

---

propriamente jurídica. Não havia um diálogo efetivo. Os dois lados perderam com esse isolamento, mas, realizando um balanço, parece que o Direito perdeu mais em termos de avanço e de pesquisa. (NOBRE, Marcos e alii. O que é pesquisa em Direito? São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 25/26)

<sup>468</sup> Outrossim, “proporcionando novos olhares à luz de alguns pressupostos epistemológicos na perspectiva da pragmática linguística que minimizam as consequências jurídicas da noção de texto, considerado como ‘produto (escrito)’ pronto e acabado com significado imanente, independentemente do contexto e funcionamento discursivo no qual teve origem.” (COLARES, Virgínia. Linguagem & Direito. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2010. p. 300.)

<sup>469</sup> FRANCO, Maria Laura Publisi Barbosa. Análise de Conteúdo. Brasília: Liber Livro, 2012, p. 7.

<sup>470</sup> BARDIN, Laurence. Análise de Conteúdo. Lisboa: Edições 70, 2000, p. 14/15.

<sup>471</sup> BARDIN, Laurence. Análise de Conteúdo. Lisboa: Edições 70, 2000, p. 15/19.

<sup>472</sup> BARDIN, Laurence. Análise de Conteúdo. Lisboa: Edições 70, 2000, p. 21/22.

como de guiar a pesquisa<sup>473</sup> - cabe transcrever interessante passagem da obra de Laurence Bardin, por permitir que se tenha uma ideia da funcionalidade desse instrumento na pesquisa:

Sou investigador sociólogo e o meu trabalho visa determinar a influência cultural das comunicações de massa na nossa sociedade. Sou psicoterapeuta e gostaria de compreender o que as palavras dos meus <clientes> - o seus balbucios, silêncios, repetições ou lapsos – são susceptíveis de revelar no seu curso para uma superação das suas angústias ou obsessões. Sou historiador e desejaria estabelecer, baseando-me nas cartas enviadas à família antes da catástrofe, a razão pela qual determinado batalhão se deixou massacrar, quando da Primeira Guerra Mundial. Sou psicólogo e gostaria de analisar as entrevistas que efectuei com crianças de uma turma para avaliar o seu grau de adaptação. Estudo literatura, e ao debruçar-me sobre a obra de Baudelaire, tento delinear, através das *Fleurs du Mal*, de poemas em prosa e notas íntimas encontradas, a estrutura temática do seu imaginário. Sou político e candidato desditoso, confio a um grupo de estudos a tarefa de desmontar a mecânica da propaganda do meu rival, de maneira a que no futuro possa daí tirar partido. Sou publicista, e desejando uma melhor adequação de determinada campanha ao seu fim, peço a um gabinete de estudos que realize uma análise comparativa de temas associados ao produto por altura das entrevistas de opinião e de temas utilizados na campanha actual. Para cada um dos casos e para muitos outros, as ciências humanas oferecem um instrumento: a análise de conteúdo de comunicações. Esta técnica, ou melhor, estas técnicas implicam um trabalho exaustivo com as suas divisões, cálculos e aperfeiçoamentos incessantes do *métier*.<sup>474</sup>

A Análise de Conteúdo permite que se faça uma segunda leitura sobre o *corpus* da decisão alemã, sob uma hermenêutica controlada, de onde se extrai inferências acerca dos problemas levantados. Essa análise permite a desocultação do conteúdo das mensagens. De acordo com Laurence Bardin, “analisar mensagens por esta dupla leitura onde uma segunda leitura se substitui à leitura <normal> do leigo, é ser agente duplo, detective, espião”<sup>475</sup>, que investiga o não-dito, ou seja, a mensagem latente, não aparente. Pois, ainda nas palavras de Laurence Bardin, “por detrás do discurso aparente geralmente simbólico e polissémico esconde-se um sentido que convém desvendar”<sup>476</sup>.

Maria Emília Amarante Torres Lima, ao buscar diferenciar a análise de conteúdo da análise do discurso, parafraseia Laurence Bardin, para dizer que a Análise de Conteúdo “procura extrair sentidos dos textos, como voyeur, como vimos

<sup>473</sup> Todavia, “Não existe o pronto-a-vestir [Sic] em análise de conteúdo, mas somente algumas regras de base, por vezes dificilmente transponíveis.” (BARDIN, Laurence. *Análise de Conteúdo*. Lisboa: Edições 70, 2000, p. 31.)

<sup>474</sup> BARDIN, Laurence. *Análise de Conteúdo*. Lisboa: Edições 70, 2000, p. 27.

<sup>475</sup> BARDIN, Laurence. *Análise de Conteúdo*. Lisboa: Edições 70, 2000, p. 9.

<sup>476</sup> BARDIN, Laurence. *Análise de Conteúdo*. Lisboa: Edições 70, 2000, p. 14.

no início, respondendo à questão: o que este texto quer dizer?”<sup>477</sup> Martin W. Bauer, ao discorrer sobre a Análise de Conteúdo, diz que

Ela é uma técnica para produzir inferências de um texto focal para seu contexto social de maneira objetivada. Este contexto pode ser temporariamente, ou em princípio, inacessível ao pesquisador. A AC muitas vezes implica em um tratamento estatístico das unidades de texto<sup>478</sup>

Roque Moraes, ao apresentar sua posição sobre a Análise de Conteúdo, defende que ela “constitui-se em bem mais do que uma simples técnica de análise de dados, representando uma abordagem metodológica com características e possibilidades próprias”<sup>479</sup>. Ele também destaca que “essa análise, conduzindo a descrições sistemáticas, qualitativas ou quantitativas, ajuda a reinterpretar as mensagens e a atingir uma compreensão de seus significados num nível que vai além de uma leitura comum”.<sup>480</sup>

Por isso, pode-se dizer que a Análise de Conteúdo se desenvolve sob duas leituras, uma primeira, que permite o levantamento de dados, a delimitação do *corpus* da análise, da qual também se extrai as primeiras impressões do material a ser analisado e se apresenta os objetivos, as hipóteses e os indicadores, ou seja, as unidades de registro<sup>481</sup>, compreendida na denominada pré-análise; e uma segunda, considerada a fase da análise propriamente dita, pela qual se codifica<sup>482</sup> as unidades

<sup>477</sup> LIMA, Maria Emília Amarante Torres. Análise do discurso e/ou análise de conteúdo. Psicologia em Revista, Belo Horizonte, v. 9, n. 13, jun. 2003, p. 76-88. Disponível na Internet: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/psicologiaemrevista/article/viewFile/166/179>> Acesso em: 27 de novembro de 2013.

<sup>478</sup> BAUER, Martin W. Análise de conteúdo clássica: uma revisão. in. BAUER, Martin W. / GASKELL, George. Pesquisa qualitativa com texto: imagem e som: um manual prático. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 191.

<sup>479</sup> MORAES, Roque. Análise de conteúdo. Revista Educação, Porto Alegre, v. 22, n. 37, p. 7-32, 1999.

<sup>480</sup> MORAES, Roque. Análise de conteúdo. Revista Educação, Porto Alegre, v. 22, n. 37, p. 7-32, 1999.

<sup>481</sup> Ou unidade de análise ou unidade de significação, como aponta Roque Moraes; ou até mesmo de palavra-chave ou frase-chave, como intitula Maria Cecília de Souza Minayo. (MORAES, Roque. Análise de conteúdo. Revista Educação, Porto Alegre, v. 22, n. 37, p. 7-32, 1999.) (MINAYO, Maria Cecília de Souza. O desafio do conhecimento: pesquisa qualitativa em saúde. São Paulo: HUCITEC, 2010, p. 210.)

<sup>482</sup> “estabelecendo um código que possibilite identificar rapidamente cada elemento da amostra de depoimentos ou documentos a serem analisados. Este código poderá ser constituído de números ou letras que a partir deste momento orientarão o pesquisador para retornar a um documento específico quando assim o desejar.” (MORAES, Roque. Análise de conteúdo. Revista Educação, Porto Alegre, v. 22, n. 37, p. 7-32, 1999.)

de registro que são classificadas na respectiva categoria criada,<sup>483</sup> e das quais são extraídas as inferências que permitam a interpretação do material analisado; desdobrando-se essa fase em dois momentos, quais sejam, na exploração do material e no tratamento do resultado, inferências e interpretação.

Alhures foi esclarecido que inicialmente a Análise de Conteúdo era realizada sob a abordagem quantitativa, e que posteriormente ela também passou a ser desenvolvida sob a perspectiva qualitativa. A pesquisa qualitativa, conforme pontuam Martin W. Bauer, George Gaskell e Nicholas C. Allum, “evita números, lida com interpretações das realidades sociais, e é considerada pesquisa soft”.<sup>484</sup> Esses autores também sustentam que “não dar ouvidos nem à autoridade, nem ao público, continua sendo um valor central de qualquer pesquisa que mereça tal nome”.<sup>485</sup> Outrossim,

a pesquisa qualitativa responde a questões muito particulares. Ela se ocupa, nas Ciências Sociais, com um nível de realidade que não pode ou não deveria ser quantificado. Ou seja, ela trabalha com o universo dos significados, dos motivos, das aspirações, das crenças, dos valores e das atitudes.<sup>486</sup>

Nesse diapasão, a análise de conteúdo será desenvolvida sob uma abordagem qualitativa, tendo em vista que a decisão em análise é extraída de uma realidade social e que se busca neste trabalho identificar se a Teoria da Reserva do Possível tem o condão de obstar a efetivação do direito à saúde e, no segundo momento, se o STF acolhe essa teoria. O viés qualitativo ainda se justifica porque a presente análise também tem por objetivo investigar se dos fundamentos da decisão alemã é possível deduzir-se que os direitos fundamentais (isto é, o direito à saúde) estão delimitados pela reserva do possível, como sustenta a Administração Pública e parte da doutrina. Apesar dessa escolha sobre o critério de análise de conteúdo,

<sup>483</sup> Ou classificação, nas palavras de Roque Moraes. (MORAES, Roque. Análise de conteúdo. Revista Educação, Porto Alegre, v. 22, n. 37, p. 7-32, 1999)

<sup>484</sup> BAUER, Martin W., GASKELL, George e ALLUM, Nicholas C. Qualidade, quantidade e interesses do conhecimento evitando confusões. in BAUER, Martin W. / GASKELL, George. Pesquisa qualitativa com texto: imagem e som: um manual prático. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 23.

<sup>485</sup> BAUER, Martin W., GASKELL, George e ALLUM, Nicholas C. Qualidade, quantidade e interesses do conhecimento evitando confusões. in BAUER, Martin W. / GASKELL, George. Pesquisa qualitativa com texto: imagem e som: um manual prático. Petrópolis: Vozes, 2002.. p. 29.

<sup>486</sup> MINAYO, Maria Cecília de Souza. Pesquisa social : teoria, método e criatividade I Suely Ferreira Deslandes, Otavio Cruz Neto, Romeu Gomes; Maria Cecilia de Souza Minayo (organizadora). - Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, p. 21.

pertinente é esclarecer que o próximo capítulo também se desenvolve, ainda que parcialmente, sob o viés quantitativo, conforme se verificará no capítulo que trata da Análise de Conteúdo sobre as decisões do STF, até porque, como pondera Maria Cecília de Souza Minayo, “essas camadas são interdependentes, interagem e não podem ser pensadas de forma dicotômica.”<sup>487</sup>

Espera-se que dessas leituras que se desenvolvem pela Análise de Conteúdo surjam as informações suplementares que estão inatas na mensagem do texto da decisão em análise, para que se possa saber mais sobre ela e se desvende as verdades subjacentes, que permitirão responder as questões propostas nesta pesquisa. De acordo com Laurence Bardin

A análise de conteúdo fornece informações suplementares ao leitor crítico de uma mensagem, seja este linguista, psicólogo, sociólogo, crítico literário, historiador, exegeta religioso ou leitor profano desejando distanciar-se da sua leitura <aderente>, para saber mais sobre esse texto.<sup>488</sup>

Dessas leituras se extraem as unidades de codificação ou de registro, as quais serão classificadas em categorias<sup>489</sup>, a fim de que se possa suscitar as inferências apuradas e apresentar a interpretação do conteúdo da mensagem. Quanto as unidades de registro, Laurence Bardin diz que “o analista, no seu trabalho de poda, é considerado como aquele que delimita as unidades de codificação, ou as de registro. Estas, de acordo com o material ou código, podem ser: a palavra, a frase, o minuto, o centímetro quadrado”<sup>490</sup>.

As categorias guardam estreita relação com os objetivos da análise, porque são levantadas a partir deles, e são elas que agruparão as unidades de registros, ou seja, que servirão de moldura para a classificação dessas unidades, que permitirão ao pesquisador extrair as inferências que possibilitarão a apresentação da interpretação do conteúdo da mensagem.

As categorias podem ser definidas previamente ou posteriormente, ou seja, antes da análise propriamente dita ou durante esta. No presente trabalho buscou-se

---

<sup>487</sup> MINAYO, Maria Cecília de Souza. O desafio do conhecimento: pesquisa qualitativa em saúde. São Paulo: HUCITEC, 2010, p. 28.

<sup>488</sup> BARDIN, Laurence. Análise de Conteúdo. Lisboa: Edições 70, 2000, p. 133.

<sup>489</sup> “É o método das categorias, espécie de gavetas ou rubricas significativas que permitem a classificação dos elementos de significação constitutivos, da mensagem.” BARDIN, Laurence. Análise de Conteúdo. Lisboa: Edições 70, 2000, p. 37.

<sup>490</sup> BARDIN, Laurence. Análise de Conteúdo. Lisboa: Edições 70, 2000, p. 36.

defini-las previamente<sup>491</sup>, porque quando da análise já se tinha uma prévia das perguntas de partidas que caracterizavam o problema a ser enfrentado com a pesquisa. Todavia, deixou-se aberta a possibilidade de definição de novas categorias, bem como a possibilidade de adequação das pré-concebidas.

Para Maria Laura Publisi Barbosa Franco,

Mesmo quando o problema está claramente definido e as hipóteses (explícitas, ou implícitas) satisfatoriamente delineadas, a criação das categorias de análise exige grande dose de esforço por parte do pesquisador. Não existem “fórmulas mágicas” que possam orientá-lo, nem é aconselhável o estabelecimento de passos apressados ou muito rígidos. Em geral, o pesquisador segue seu próprio caminho baseado em seus conhecimentos e guiado por sua competência, sensibilidade e intuição.<sup>492</sup>

As unidades de análise (unidades de registro) e as categorias foram fixadas sob a classificação temática<sup>493</sup>, isto é, com base na análise temática<sup>494</sup>; pela qual se busca inferir, por uma interpretação das unidades destacadas, a resposta para as perguntas de partida ou para os problemas suscitados. Assim sendo, as categorias são propostas com base nos temas que dizem respeito aos problemas propostos, o que também ocorre em relação às unidades de análise, uma vez que estas são colhidas de acordo com o que se constata como pertinente para responder as questões apresentadas.

No primeiro momento, as unidades são separadas e logo em seguida são reagrupadas dentro da respectiva categoria temática. Essa separação ocorre porque é preciso separar as unidades de acordo com os respectivos temas das questões propostas. Considere-se a seguinte pergunta: o Tribunal Constitucional Federal

<sup>491</sup> “Neste caso, as categorias e seus respectivos indicadores são predeterminados em função da busca a uma resposta específica do investigador” FRANCO, Maria Laura Publisi Barbosa. *Análise de Conteúdo*. Brasília: Liber Livro, 2012, p. 64.

<sup>492</sup> FRANCO, Maria Laura Publisi Barbosa. *Análise de Conteúdo*. Brasília: Liber Livro, 2012, p. 64.

<sup>493</sup> “No conjunto das técnicas da análise de conteúdo, a análise de categorias é de citar em primeiro lugar: cronologicamente é a mais antiga; na prática é a mais utilizada. Funciona por operações de desmembramentos do texto em unidades, em categorias segundo reagrupamentos analógicos. Entre as diferentes possibilidades de categorização, a investigação dos temas, ou análise temática, é rápida e eficaz na condição de se aplicar a discursos directos (significações manifestas) e simples.” (BARDIN, Laurence. *Análise de Conteúdo*. Lisboa: Edições 70, 2000, p. 153.)

<sup>494</sup> A opção de realizar uma análise temática, em detrimento de uma análise de conteúdo manifesto, na qual os dados seriam plenamente quantificáveis, justificasse pela vontade de se compreender o sentido pleno do discurso, inclusive o de assinalar os seus conteúdos latentes. (OLIVEIRA, Eliana de. ENS, Romilda Teodora. ANDRADE, Daniela B. S. Freire. MUSSIS, Carlo Ralph de. *Análise de conteúdo e pesquisa na área da educação*. Revista Diálogo Educacional, Curitiba, v. 4, n.9, p.11-27, maio/ago. 2003.)

alemão adotou a Teoria da Reserva do Possível no caso do *numerus clausus*? Para responder essa pergunta por meio da análise de conteúdo o pesquisador precisa suscitar as inferências que lhe permitirão apresentar a interpretação do conteúdo que responda essa questão. Para tanto, ele identifica as unidades de registro que guardam relação com o tema da pergunta, as insola de outras unidades que não guardam essa relação, e depois reagrupa as que guardam relação dentro das categorias temáticas que também correspondam aos temas da respectiva indagação, por isso, a necessidade de criação de categorias temas quando a análise se dá pelo critério (ou técnica) temático.

Assim sendo, as unidades de registro (ou unidade de análise ou unidade de significação) serão destacadas do texto (do *corpus*), e como já apontado atrás, as unidades de registro<sup>495</sup> podem corresponder a palavra, a frase, o minuto, o centímetro quadrado, ou seja, o que for possível desprender do *corpus* para que o analista reflita sobre ele (o *corpus*) e suscite as inferências que embasarão a sua interpretação. Identificadas as unidades de registro o analista deve classificá-las dentro das respectivas categorias, por isso Laurence Bardin ter dito que as categorias são como caixas<sup>496</sup> e Maria Cecília de Souza Minayo as considerar como gavetas<sup>497</sup>, nas quais se guardam as respectivas unidades. E para responder a pergunta proposta o analisa precisa de uma caixa ou gaveta para guardar (classificar) as unidades que digam respeito à temática da pergunta. A temática, por sua vez, é identificada a partir do referencial teórico, que embasa o pesquisador em relação ao conhecimento teórico que envolve o objeto de análise. É esse referencial que permite que o analista conheça os temas que estão envoltos ao problema, é a partir dele que ele obterá, por exemplo, o conhecimento de que a Teoria da Reserva do Possível envolve o tema orçamento público e o mínimo existencial, bem como que essa teoria é justificada pela limitação do orçamento, ao tempo em que é

---

<sup>495</sup> É possível dizer que a unidade de registro é o significado e deste se vislumbra o significante, que é o conteúdo que responde ao problema, ou seja, é a própria “materialização” da resposta (a significação).

<sup>496</sup> BARDIN, Laurence. *Análise de Conteúdo*. Lisboa: Edições 70, 2000, p. 37 e 119.

<sup>497</sup> MINAYO, Maria Cecília de Souza. *O desafio do conhecimento: pesquisa qualitativa em saúde*. São Paulo: HUCITEC, 2010, p. 236.

afastada pela necessidade de se garantir o bem que esteja compreendido dentro do mínimo existencial<sup>498 499</sup>.

De acordo com Maria Cecília de Souza Minayo

Fazer uma análise temática consiste em descobrir os núcleos de sentido que compõem uma comunicação cuja presença ou frequência signifiquem alguma coisa para o objetivo analítico visado. Ou seja, tradicionalmente, a análise temática se encaminha para a contagem de frequência das unidades de significação como definitórias do caráter do discurso. Ou, ao contrário, qualitativamente a presença de determinados temas denota os valores de referência e os modelos de comportamento presentes no discurso.<sup>500</sup>

A partir das unidades de registros e das respectivas categorias, o pesquisador suscita as inferências<sup>501</sup> que lhe permitirão descobrir as condições e as circunstâncias em que o texto foi produzido, é por meio delas que ele desvenda o conteúdo da mensagem do texto. Assim, é pela inferência que o analista deduz a interpretação a ser conferida ao conteúdo da mensagem em análise, o que faz a partir dos indicadores ou dos índices identificados como unidades de registro.

Nas palavras de Carla Viana Coscarelli, “pode-se dizer que inferências são operações cognitivas que o leitor realiza para construir proposições novas a partir de informações que ele encontrou no texto”<sup>502</sup>.

Laurence Bardin pontua que

A intenção da análise de conteúdo é a inferência de conhecimentos relativos às condições de produção (ou, eventualmente, de recepção), inferência esta que recorre a indicadores (quantitativos ou não).<sup>503</sup>

<sup>498</sup> Por isso Laurence Bardin ter dito que “o tema é a unidade de significação que se liberta naturalmente de um texto analisado segundo certos critérios relativos à teoria que serve de guia à leitura.” (BARDIN, Laurence. *Análise de Conteúdo*. Lisboa: Edições 70, 2000, p. 105.)

<sup>499</sup> E Maria Cecília de Souza Minayo afirmar que “a noção de TEMA está ligada a uma afirmação a respeito de determinado assunto”. (MINAYO, Maria Cecília de Souza. *O desafio do conhecimento: pesquisa qualitativa em saúde*. São Paulo: HUCITEC, 2010, p. 198.)

<sup>500</sup> MINAYO, Maria Cecília de Souza. *O desafio do conhecimento: pesquisa qualitativa em saúde*. São Paulo: HUCITEC, 2010, p. 209.

<sup>501</sup> “Consideramos inferências aquelas informações que o leitor adiciona ao texto. As inferências podem ser de muitos tipos, podem ser feitas em diferentes momentos da leitura e para fazê-las o leitor conta com dados do texto, elementos do seu conhecimento prévio, bem como da situação comunicativa que juntos possibilitarão a ele fazer deduções, generalizações, entre outras operações mentais necessárias à compreensão do texto” COSCARELLI, C. V. *Reflexões sobre as inferências*. Anais do VI CBLA - Congresso Brasileiro de Linguística Aplicada, Faculdade de Letras da UFMG, CD Rom, 2002.

<sup>502</sup> COSCARELLI, C. V. *Reflexões sobre as inferências*. Anais do VI CBLA - Congresso Brasileiro de Linguística Aplicada, Faculdade de Letras da UFMG, CD Rom, 2002.

<sup>503</sup> BARDIN, Laurence. *Análise de Conteúdo*. Lisboa: Edições 70, 2000, p. 38.

Acrescenta Laurence Bardin que

o fundamento da especificidade da análise de conteúdo (e os trabalhos actuais produzidos acerca deste assunto, indicam certo consenso) reside nesta articulação entre:  
 -a superfície dos textos, descrita e analisada (pelo menos alguns elementos característicos) e  
 -os factores que determinaram estas com características, deduzidos logicamente.<sup>504</sup>

Conforme Romeu gomes, “fazemos inferência quando deduzimos de maneira lógica algo do conteúdo que está sendo analisado.”<sup>505</sup>

Essas etapas permitem que se chegue a interpretação dos dados coletados, onde os significados do conteúdo da mensagem analisadas são observados. De acordo com Roque Moraes,

toda leitura de um texto constitui-se numa interpretação. Entretanto, o analista de conteúdo exercita com maior profundidade este esforço de interpretação e o faz não só sobre conteúdos manifestos pelos autores, como também sobre os latentes, sejam eles ocultados consciente ou inconscientemente pelos autores.<sup>506</sup>

Roque Moraes, ao se referir a interpretação, destaca que

No movimento interpretativo podemos salientar duas vertentes. Uma delas relaciona-se a estudos com uma fundamentação teórica claramente explicitada a priori. Nesses estudos a interpretação é feita através de uma exploração dos significados expressos nas categorias da análise numa contrastação com esta fundamentação.  
 Na outra vertente a teoria é construída com base nos dados e nas categorias da análise. A teoria emerge das informações e das categorias. Neste caso a própria construção da teoria é uma interpretação. Teorização, interpretação e compreensão constituem um movimento circular em que a cada retomada do ciclo se procura atingir maior profundidade na análise.<sup>507</sup>

Por isso, alguns analistas utilizam como método para firmar a inferência levantada e a respectiva interpretação o confronto (ou comparação) delas com uma

<sup>504</sup> BARDIN, Laurence. *Análise de Conteúdo*. Lisboa: Edições 70, 2000, p. 40/41.

<sup>505</sup> GOMES, Romeu. In. *Pesquisa social : teoria, método e criatividade I* Suely Ferreira Deslandes, Otavio Cruz Neto, Romeu Gomes; Maria Cecilia de Souza Minayo (organizadora). - Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, p. 89.

<sup>506</sup> MORAES, Roque. *Análise de conteúdo*. Revista Educação, Porto Alegre, v. 22, n. 37, p. 7-32, 1999.

<sup>507</sup> MORAES, Roque. *Análise de conteúdo*. Revista Educação, Porto Alegre, v. 22, n. 37, p. 7-32, 1999.

passagem extraída do referencial teórico, sob a justificativa de está realizando uma análise temática. Todavia, muito embora se acredite na praticidade desse critério, entende-se que esse método pode vir a frustrar o real resultado da análise, uma vez que o confronto poderá ser feito apenas com base no referencial que guarda sintonia com a hipótese levantada<sup>508 509</sup>. Presente no texto em análise, assim como neste trabalho, está a linguagem, e como esclarece Virgínia Colares,

A linguagem, como uma forma de ação social, nos “treina” a assumir certas posições em nossas interações interpessoais, a partir da produção, distribuição e consumo de textos. Esse treinamento linguístico (e social) nos permite reconhecer como “naturais” e não-problemáticos textos tipicamente marcados por assimetrias de poder, como é o caso daqueles proferidos na instituição jurídica durante eventos sociais autênticos.<sup>510</sup>

Assim sendo, apesar do referencial teórico ser essencial em toda pesquisa - motivo pelo qual se apresenta o mesmo neste trabalho<sup>511</sup> – ele não será utilizado aqui para justificar as inferências e interpretação do conteúdo da mensagem, ao menos não pelo método de confronto (ou melhor, de comparação ou contrastação)<sup>512</sup>; por isso, as inferências e interpretação aqui apresentadas se justificam pelo próprio teor do conteúdo analisado, sem que haja um confronto direto

---

<sup>508</sup> A preocupação aqui é com a objetividade da pesquisa, evitando-se ao máximo a subjetividade do pesquisador, pois é cediço que “o produtor/autor é antes de tudo um selecionador e essa seleção não é arbitrária. Da multiplicidade de manifestações da vida humana, seleciona o que considera mais importante para ‘dar o seu recado’ e as interpreta de acordo com seu quadro de referência. Obviamente, essa seleção é preconcebida.” (FRANCO, Maria Laura Publisi Barbosa. *Análise de Conteúdo*. Brasília: Liber Livro, 2012, p. 27)

<sup>509</sup> Persegue-se aqui, com essa tomada de posição, garantir um mínimo de imparcialidade e neutralidade, antevendo-se, por analogia, ao que Lenio Streck suscitou na seguinte passagem: “é preciso ter claro que as palavras da lei não são unívocas, são plurívocas. [...] Daí que, pelo processo interpretativo, o jurista ‘não reproduz ou descobre o verdadeiro sentido da lei, mas cria o sentido que mais convém a seus interesses teórico e político. Nesse contexto, sentidos contraditórios podem, não obstante, ser verdadeiros. Em outras palavras, o significado da lei não é autônomo, mas heterônomo. Ele vem de fora e é atribuído pelo intérprete’.” STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 74.

<sup>510</sup> COLARES, Virgínia. O processo e a textualização do discurso jurídico. In: Manoel Severo Neto. *Direito, cidadania & processo*. Recife: FASA, 2006, p. 205.

<sup>511</sup> “Inclusive porque sem uma sólida base teórica inexistem instrumentos adequados para a análise do material empírico coletado.” CARVALHO, Salo de. *Como (não) se faz um trabalho de conclusão: provocação úteis para orientadores e estudantes de direito*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 53.

<sup>512</sup> Aqui a teoria é tomada como “um discurso sistemático que orienta o olhar sobre o problema em pauta, a obtenção de dados e a análise dos mesmos” (MINAYO, Maria Cecília de Souza. *Pesquisa social : teoria, método e criatividade I* Suely Ferreira Deslandes, Otavio Cruz Neto, Romeu Gomes; Maria Cecília de Souza Minayo (organizadora). - Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, p. 18.)

com o referencial teórico; ao menos explicitamente<sup>513</sup>, pois, como se tem ouvido: “nós não saímos de um tubo de ensaio”, ou seja, o mundo exterior acaba influenciando o indivíduo.

Buscou-se, com essa introdução<sup>514</sup> à análise de conteúdo do material a ser analisado, além da exposição metodológica da pesquisa, superar o que Maria Cecília de Souza Minayo qualificou como repugnante, a teor da seguinte passagem:

nota-se certa repugnância dos pesquisadores em tornar evidente a sua “hesitante alquimia” para transformar dados brutos em descobertas finais. Tal fato não é de se desprezar porque frequentemente oculta aquele estado nebuloso, límbico, no trabalho de pesquisa social, que pode ao mesmo tempo esconder a alta criatividade e procedimento analíticos pouco confiáveis técnica e cientificamente.<sup>515</sup>

## 4.2. A PRÉ-ANÁLISE

A pré-análise corresponde ao momento em que se planeja e se dá os primeiros passos na organização da análise de conteúdo, é nela que se faz a primeira leitura do documento, ou seja, a denominada leitura flutuante<sup>516</sup>. É nessa fase que é realizado o recorte do material que constituirá o *corpus* do estudo, é nela que há a apresentação dos objetivos da análise, que são levantadas as hipóteses e elaborados os indicadores ou unidades de registros.

De acordo com Laurence Bardin, a pré-análise é

---

<sup>513</sup> Considerando-se que na prática há uma comparação implícita, porque é o referencial teórico que guia a pesquisa, ao tempo em que serve de meio de (ou para) aquisição de conhecimento por parte do pesquisador; que, “levado” por ele, analisa o material, e apresenta as inferências e interpretação do conteúdo da mensagem, com base na análise e no conhecimento adquirido. Automaticamente, “a partir dos dados colhidos e acumulados o investigador se volta para os fundamentos da teoria para uma reflexão sobre os conceitos iniciais, para colocação em dúvida das ideias evidentes.” (MINAYO, Maria Cecília de Souza. O desafio do conhecimento: pesquisa qualitativa em saúde. São Paulo: HUCITEC, 2010, p. 233.)

<sup>514</sup> também é “uma tentativa de concretizarmos conceitos ou ideias que, para quem está iniciando no ofício da pesquisa, são abstratos ou distantes de seu campo perceptivo” (GOMES, Romeu. In. Pesquisa social : teoria, método e criatividade I Suely Ferreira Deslandes, Otavio Cruz Neto, Romeu Gomes; Maria Cecília de Souza Minayo (organizadora). - Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, p. 96.)

<sup>515</sup> MINAYO, Maria Cecília de Souza. O desafio do conhecimento: pesquisa qualitativa em saúde. São Paulo: HUCITEC, 2010, p. 198.

<sup>516</sup> “Leitura exaustiva e repetida dos textos, prolongando uma relação interrogativa com eles. Esse exercício, denominado por alguns autores como “leitura flutuante” permite apreender as estruturas de relevância dos atores sociais, as ideias centrais que tentam transmitir e os momentos-chaves de sua existência sobre o tema em foco” (MINAYO, Maria Cecília de Souza. O desafio do conhecimento: pesquisa qualitativa em saúde. São Paulo: HUCITEC, 2010, p. 235.)

a fase de organização propriamente dita. Corresponde a um período de intuições, mas, tem por objectivo tornar operacionais e sistematizar as ideias iniciais, de maneira a conduzir a um esquema preciso do desenvolvimento das operações sucessivas, num plano de análise. Recorrendo ou não ao ordenador, trata-se de estabelecer um programa que, podendo ser flexível (quer dizer, que permita a introdução de novos procedimentos no decurso da análise), deve, no entanto, ser preciso. Geralmente, esta primeira fase possui três missões: a escolha dos documentos a serem submetidos à análise, a formulação das hipóteses e dos objectivos e a elaboração de indicadores que fundamentem a interpretação final.<sup>517</sup>

Assim sendo, por Laurence Bardin, pode-se sintetizar a pré-análise como o momento da organização da análise de conteúdo, é a partir dela que o analista desdobrará a análise de conteúdo do *corpus* a ser analisado.

#### 4.2.1 O Levantamento do *Corpus* que Constitui a Decisão Alemã para a realização da Análise de Conteúdo

Antes de apresentar as condições de produção do documento que compõe o *corpus* da análise, ou seja, o contexto<sup>518</sup>, pertinente é esclarecer que o mesmo é constituído por um texto que foi traduzido do alemão para o português, cuja tradução foi feita por uma equipe composta por Beatriz Henning, Mariana Bigelli de Carvalho, Leonardo Martins, Tereza Maria de Castro e Vivianne Geraldine Ferreira.

Assim, o documento original é em alemão, e é constituído pela decisão BVerfGE<sup>519</sup> 33, 303, sobre o *Numerus Clausus*, datada de 18/07/1972, do Tribunal Constitucional Federal alemão, conforme se tem dito nesta pesquisa.

<sup>517</sup> BARDIN, Laurence. Análise de Conteúdo. Lisboa: Edições 70, 2000, p. 95.

<sup>518</sup> “Ao longo desta evolução, cada vez mais, a compreensão do contexto evidencia-se como indispensável para entender o texto. A mensagem da comunicação é simbólica. Para entender os significados de um texto, portanto, é preciso levar o contexto em consideração. É preciso considerar, além do conteúdo explícito, o autor, o destinatário e as formas de codificação e transmissão da mensagem. O contexto dentro do qual se analisam os dados deve ser explicitado em qualquer análise de conteúdo. Embora os dados estejam expressos diretamente no texto, o contexto precisa ser reconstruído pelo pesquisador. Isto estabelece certos limites. Não é possível incluir, nessa reconstrução, todas as condições que coexistem, precedem ou sucedem a mensagem, no tempo e no espaço. Não existem limites lógicos para delimitar o contexto da análise. Isto vai depender do pesquisador, da disciplina e dos objetivos propostos para a investigação, além da natureza dos materiais sob análise.” MORAES, Roque. Análise de conteúdo. Revista Educação, Porto Alegre, v. 22, n. 37, p. 7-32, 1999.

<sup>519</sup> Abreviatura de Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, amtliche Sammlung (Decisões do Tribunal Constitucional Federal, Coletânea Oficial) MARTINS, Leonardo. Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Organizador: Leonardo Martins. Montevideo: Mastergraf, 2005, p. 8/9.

O *corpus* da análise foi extraído do livro organizado por Leonardo Martins<sup>520</sup>, cujo título é *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, que compõe uma compilação dos trechos mais importantes das principais sentenças proferidas pelo Tribunal Constitucional Federal alemão nos seus primeiros cinquenta anos de existência. Essa compilação conta com decisões levantadas pelo organizador do livro e em grande parte pelas que foram catalogadas pelo constitucionalista hamburguês Jürgen Schwabe, no livro *Decisões do Tribunal Constitucional Federal*.<sup>521</sup>

Quanto ao contexto que envolve o posicionamento do Tribunal Constitucional Federal alemão, Jan Woischnik, ao prefaciá-la, faz a seguinte advertência: “deve-se ter cuidado ao verter para uma língua estrangeira certos pronunciamentos de um tribunal alemão sem conhecer muito bem o contexto específico em que a sentença foi proferida”<sup>522</sup>, o que também foi dito por Andreas Joachim Krell quando ele externou que a primeira exigência no estudo do Direito Comparado é compreender o meio social em que o Direito estrangeiro se aplica<sup>523</sup>, o que reforça a importância desta análise, já que o Estado brasileiro tem se utilizado do pronunciamento em estudo para sustentar a Teoria da Reserva do Possível.

Tal qual o STF, o Tribunal Constitucional Federal alemão também é o guardião da Constituição, pois, ainda que ele não guarde a mesma relação orgânica do STF, uma vez que este é órgão do Poder Judiciário, e ele também “é um órgão constitucional (‘Verfassungsorgan’) equiparado ao governo federal, ao parlamento federal, à câmara federal dos Estados ou ao presidente federal”<sup>524 525</sup>, ambos têm a

<sup>520</sup> O livro foi publicado pelo Programa Estado de Derecho para Sudamérica, da Fundação Konrad Adenauer (Konrad Adenauer Stiftung), de Montevideo, Uruguay, e o organizador é professor da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul.

<sup>521</sup> MARTINS, Leonardo. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Organizador: Leonardo Martins. Montevideo: Mastergraf, 2005, p. 27/28 e 33.

<sup>522</sup> MARTINS, Leonardo. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Organizador: Leonardo Martins. Montevideo: Mastergraf, 2005, p. 35/36.

<sup>523</sup> KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 41.

<sup>524</sup> Muito embora esteja “separado em todos os aspectos dos demais órgãos constitucionais” WOISCHNIK, Jan. Prefácio. In Jürgen Schwabe, *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Organizador: Leonardo Martins. Montevideo: Mastergraf, 2005, p. 29.

<sup>525</sup> O art. 92, da Lei Fundamental alemã, traz que o Tribunal Constitucional Federal alemão exerce o Poder Judiciário. ALEMNHA. Parlamento Federal Alemão. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Disponível em:

última palavra quanto à interpretação da norma constitucional. Assim sendo, sob o contexto jurídico-político, o Tribunal Constitucional Federal alemão, além de gozar de status de Poder, também tem a última palavra sobre a disposição da norma constitucional. Pode-se dizer que o Tribunal Constitucional Federal alemão é um suprapoder<sup>526</sup>, porque, de acordo com a Lei Fundamental alemã, art. 18, a ele cabe pronunciar-se sobre a perda dos direitos fundamentais, além de fixar a sua extensão; pelo art. 41, ele controla os atos do Parlamento Federal em relação as decisões sobre as eleições; com o disposto no art. 61 ele declara a destituição do Presidente Federal e pelo art. 21 exerce o controle de constitucionalidade (controle concentrado)<sup>527</sup>. Quanto a essa condição do Tribunal Constitucional Federal alemão, cabe aqui trazer a seguinte passagem abaixo, por representar o relevo desse Tribunal no ordenamento jurídico alemão

ROMAN HERZOG, ex-presidente do Tribunal Constitucional Federal alemão (a seguir: TCF) e depois Presidente da República Federal da Alemanha, afirmou, no ano de 1993, que “o direito constitucional alemão era constituído, com a entrada em vigor da Grundgesetz em 1949, por [seus] 146 artigos; hoje, 40 anos depois, ele constitui-se de aproximadamente 15 a 16.000 páginas publicadas de decisões jurisdicionais constitucionais”.<sup>528</sup>

Assim sendo, apesar do ordenamento jurídico alemão decorrer do *civil law*, como também é o caso do ordenamento brasileiro, onde prepondera a lei, constata-se o quão influente é a jurisprudência desse Tribunal. Esse Tribunal é constituído por dois órgãos denominados de senados, o primeiro e o segundo senado; no primeiro tem lugar preferencial as questões sobre direitos fundamentais, e no

---

<[http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3254212/Daten/1330556/ConstituicaoPortugues\\_PDF.pdf](http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3254212/Daten/1330556/ConstituicaoPortugues_PDF.pdf)>  
Acesso em: 07 de março de 2014.

<sup>526</sup> “Dispõe de poder de controle constitucional ilimitado perante os três órgãos do poder estatal”. WOISCHNIK, Jan. Prefácio. In Jürgen Schwabe,. Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Organizador: Leonardo Martins. Montevideo: Mastergraf, 2005, p. 29.

<sup>527</sup> ALEMNHA. Parlamento Federal Alemão. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha Disponível em: <[http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3254212/Daten/1330556/ConstituicaoPortugues\\_PDF.pdf](http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3254212/Daten/1330556/ConstituicaoPortugues_PDF.pdf)> Acesso em: 07 de março de 2014.

<sup>528</sup> WOISCHNIK, Jan. Prefácio. In Jürgen Schwabe,. Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Organizador: Leonardo Martins. Montevideo: Mastergraf, 2005, p. 30.

segundo as de matéria de organização estatal. Caso haja divergência entre as jurisprudências desses senados, a questão é resolvida pelo pleno<sup>529</sup>.

Na condição de guardião da norma constitucional, o Tribunal Constitucional Federal alemão também considera a norma constitucional sob a perspectiva de que ela goza da maior efetividade possível, e adota a ideia de que a dignidade humana é o fim supremo do direito<sup>530 531</sup>. Nesse perspectiva, os direitos fundamentais, semelhante ao que ocorre no ordenamento brasileiro, delimita a atuação do Estado, cuja delimitação se dá no sentido negativo, ou seja, de abstenção<sup>532</sup>, ante o chamado direito de resistência, onde o direito de liberdade do indivíduo é destacado; e no segundo momento, isto é, paralelamente<sup>533</sup>, delimita no sentido positivo, haja vista a necessidade de uma atuação estatal positiva, sob a perspectiva prestacional, aos moldes da que é necessária para a implementação, como regra<sup>534</sup>, dos direitos sociais. Desses direitos, destaca-se, da Lei Fundamental alemã, no momento, para o presente trabalho, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, à vida e à integridade física, tutelados no art. 2º, da Lei Fundamental alemã, outro dispositivo da Lei Fundamental que merece destaque aqui é o art. 20, (1), e 28, por trazerem que a Alemanha é um Estado social.<sup>535</sup> Ao analisar a Lei Fundamental alemã, verifica-se que ela não dá aos direitos sociais o mesmo tratamento que é dado pela Constituição Federal pátria, pois ao contrário desta, nela não se evidencia um rol de

<sup>529</sup> MARTINS, Leonardo. Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Organizador: Leonardo Martins. Montevideo: Mastergraf, 2005, p. 41.

<sup>530</sup> WOISCHNIK, Jan. Prefácio. In Jürgen Schwabe,. Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Organizador: Leonardo Martins. Montevideo: Mastergraf, 2005, p. 30.

<sup>531</sup> E nem poderia ser diferente, porque a Lei Fundamental alemã abre seus mandamentos com a seguinte disposição: “A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público.”, conforme art. 1º, item 1. ALEMNHA. Parlamento Federal Alemão. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha Disponível em: <[http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3254212/Daten/1330556/ConstituicaoPortugues\\_PDF.pdf](http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3254212/Daten/1330556/ConstituicaoPortugues_PDF.pdf).> Acesso em: 07 de março de 2014.

<sup>532</sup> Aqui sob o viés da teoria tradicional, pois já foi visto em capítulo anterior que todos os direitos exigem uma atuação positiva do Estado, como visto ao se evidenciar que os direitos têm custos.

<sup>533</sup> Já que não há na prática uma sucessão, mas sim uma interposição de direitos.

<sup>534</sup> No sentido de que os direitos sociais carecem de uma atuação estatal positiva para serem efetivados.

<sup>535</sup> “Artigo 20. [Princípios constitucionais – Direito de resistência] (1) A República Federal da Alemanha é um Estado federal, democrático e social. [...] Artigo 28 [Constituições estaduais – Autonomia administrativa dos municípios] (1) A ordem constitucional nos Estados tem de corresponder aos princípios do Estado republicano, democrático e social de direito, no sentido da presente Lei Fundamental ALEMNHA. Parlamento Federal Alemão. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha Disponível em: <[http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3254212/Daten/1330556/ConstituicaoPortugues\\_PDF.pdf](http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3254212/Daten/1330556/ConstituicaoPortugues_PDF.pdf).> Acesso em: 07 de março de 2014.

direitos sociais elencados como direitos fundamentais; muito embora, constata-se que há de haver uma tutela social, porque, pelas normas dos arts. 20, 1 e 28, bem como pelo disposto no art. 74, (1), 7, a Lei Fundamental alemã tem como princípio da República Federal da Alemanha a condição de estado social, ao passo em que atribui competência legislativa concorrente, sobre a assistencial social, aos Estados federados.

Andreas Joachim Krell desenvolveu um trabalho que se propôs a tratar sobre os direitos sociais e o controle judicial no Brasil e na Alemanha; e por esse trabalho é possível dizer que mesmo a Lei Fundamental alemã não garantindo expressamente a tutela dos direitos prestacionais, como a saúde e a educação, o ordenamento jurídico alemão confere tal garantia, pois, como se extrai desse trabalho, quase todas as constituições dos dezesseis estados federados alemães (Länder) contém direitos sociais”,<sup>536</sup> o que se dá, como visto acima, por uma delegação do próprio Poder Constituinte. Portanto, há uma tutela jurídica dos direitos sociais, ao ponto do Poder Judiciário alemão contar, em sua estrutura, “com uma jurisdição social autônoma, a qual compete apreciar questões de assistência social e de previdência”<sup>537</sup>, tendo, no topo dessa jurisdição, o Tribunal Federal Social da Alemanha, com competência para tratar de questões de direito social, tais como seguro de saúde, assistência social e educação.

E de acordo com Cláudia de Rezende Machado de Araújo, o fato da atual Constituição alemã não prever expressamente os direitos fundamentais sociais não quer dizer que lá não haja direitos dessa natureza, muitos menos que eles estão prejudicados por uma ausência de tutela expressa da norma constitucional.<sup>538</sup> Carlos Gonçalves Serra e Paulo Henrique Rodrigues lembram que “na Europa continental,

---

<sup>536</sup> KRELL, Andreas Joachim. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 46.

<sup>537</sup> HORBACH, Beatriz Bastide. Benefícios sociais e a garantia do mínimo existencial: o Caso HARTZ IV. Observatório da jurisdição constitucional. Brasília: IDP, Ano 4, 2010/2011. Disponível em: < <http://ojs.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/446/287>> Acesso em: 27 de agosto de 2014.

<sup>538</sup> ARAÚJO, Cláudia de Rezende Machado de. A influência do constitucionalismo alemão no constitucionalismo brasileiro. TEXTOS DE HISTÓRIA, vol. 16, nº 2, 2008, p. 151/156. Disponível em: < <http://periodicos.unb.br/index.php/textos/article/view/947/614>> Acesso em: 27 de agosto de 2014.

o seguro social ainda é utilizado em países como a Alemanha, Bélgica, França e Holanda”<sup>539</sup>.

Foi visto que no ordenamento jurídico pátrio os direitos fundamentais compõem o núcleo mínimo de direitos do indivíduo, ou seja, o mínimo existencial, e que por isso devem ser preservados em seu sentido máximo, como se observou em relação ao direito à saúde, que deve ser garantida no seu mais elevado nível, tanto é que as normas que dispõem sobre esses direitos gozam de aplicação imediata. No ordenamento jurídico alemão parece não ser diferente, pois como traz Leonardo Martins,

Além da assim chamada “interpretação conforme a Constituição”, existe a obrigação da “interpretação consoante os direitos fundamentais” (grundrechtskonforme Auslegung), como subespécie da interpretação conforme a Constituição. Centro desta como daquela é a necessidade do poder público de, dentro de um universo de interpretações possíveis, escolher sempre aquela que melhor se coaduna às prescrições dos direitos fundamentais.<sup>540</sup>

Além disso, a Lei Fundamental alemã traz passagem semelhante a disposta no art. 5º, §1º da Constituição Federal brasileira, ao trazer que os direitos fundamentais constituem direitos diretamente aplicáveis, que vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário, conforme se verifica no art. 1, item 3, dessa lei fundamental.

Essa é a leitura que se enxerga do ordenamento jurídico alemão, contudo, Andreas Joachim Krell traz que a doutrina alemã considera que as normas constitucionais conferem mandados, bem como que

A maioria dos autores alemães se dirige contra Direitos Fundamentais Sociais na constituição, porque estes seriam, na sua maioria, não realizáveis na atualidade por parte do Estado, provocando a impressão do cidadão de que todo o texto constitucional seria nada mais do que uma “construção de frases” ou um “catecismo popular, cheio de utopias”, que resultaria na perda da normatividade da Carta e da sua força de estabelecer valores.<sup>541</sup>

---

<sup>539</sup> SERRA, Carlos Gonçalves. RODRIGUES, Paulo Henrique. O Financiamento da Saúde no Brasil. In. MATTA, Gustavo Corrêa / PONTES, Ana Lúcia de Moura. Políticas de saúde: organização e operacionalização do sistema único de saúde. Rio de Janeiro: EPSJV / Fiocruz, 2007, p. 196.

<sup>540</sup> MARTINS, Leonardo. Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Organizador: Leonardo Martins. Montevideo: Mastergraf, 2005, p. 41.

<sup>541</sup> KRELL, Andreas Joachim. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 46.

Porém, essa não é a perspectiva que se extrai da maioria da doutrina brasileira sobre a Constituição Federal pátria, pelo contrário, a teor do que se apurou no referencial teórico aqui trabalhado o entendimento é pela garantia de uma máxima efetividade aos direitos fundamentais, quer sejam eles individuais ou sociais, até porque, como visto, os direitos fundamentais estão intrinsecamente relacionados, sendo os direitos sociais corolários dos próprios direitos individuais, na medida em que oferecem condições materiais para a concretização dos individuais, ante a premente necessidade de garantia de uma liberdade efetiva e uma igualdade material, a bem da verdade, da própria vida, outrossim, tem-se a norma constitucional como um verdadeiro mandamento, que obriga o Estado e confere direitos aos indivíduos, inclusive, os sociais, de cunho prestacional, como a saúde e a educação, e não como um simples instrumento de outorga de poderes, como também concluiu Andreas Joachim Krell<sup>542</sup>.

Em 16 de junho de 2011, o Ministro Reinhard Gaier, do Tribunal Constitucional Federal Alemão, apresentou, no II Seminário Internacional Brasil-Alemanha, ocorrido no auditório da Seção Judiciária Federal de Santa Catarina - Florianópolis/SC, uma palestra sobre a reserva do possível na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Nessa palestra o Ministro destaca que a questão posta na decisão alemã em estudo trata de uma prestação positiva do Estado, que é extraída pela Corte Constitucional até dos direitos fundamentais que precipuamente são dirigidos à liberdade do cidadão contra ingerências estatais, ante a normatividade objetiva da norma constitucional, que goza de aplicação imediata e confere direitos subjetivos ao cidadão. O Ministro faz uma distinção entre os direitos à uma prestação positiva originária do Estado e à uma prestação derivada, suscitando que o problema sobre a garantia do direito prestacional decorre da pretensão a uma prestação originária, já que o acesso à derivada estaria garantido previamente pelo que fora previsto anteriormente pelo legislador. De acordo com o Ministro, a reserva do possível afasta a possibilidade de uma pretensão executiva contra o Estado em relação à prestação originária, na verdade, ele diz que a reserva do possível impede o surgimento da própria pretensão. O Ministro destaca que as prestações positivas limitam-se aquelas a que o indivíduo pode razoavelmente exigir

---

<sup>542</sup> KRELL, Andreas Joachim. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 49.

da sociedade; bem como às limitações financeiras e orçamentárias, e as decisões do Legislativo (Parlamento), neste caso por conta da separação de poderes. O Ministro traz à tona outros casos onde se impôs a reserva do possível, como o caso onde os pais buscavam auxílio financeiro do Estado sob a alegação de que a constituição conferia proteção à família. O Ministro destaca que a partir desse caso, datado de 1990, o Tribunal Constitucional Federal Alemão introduziu como critério para a reserva do possível a inadequação evidente de uma prestação devida, isto é, é preciso ficar evidente que aquilo que o Estado presta é adequado para satisfazer o direito conferido constitucionalmente, pois se assim não for a reserva do possível estará superada. Também foram destacados outros casos onde a reserva do possível serviu de baliza para o julgamento, e pela qual foi verificado se a pretensão posta em juízo superaria aquilo que razoavelmente se possa exigir da sociedade, e a existência da necessidade de se garantir os direitos da coletividade, bem como se a oferta do Estado, que está sob o seu crivo (conveniência e oportunidade) se tornou inadequada para atender os direitos constitucionais. Ao concluir a palestra o Ministro suscita que a autocontenção do Tribunal Constitucional Federal Alemão é justificada na medida em que a ele não é dado pela Constituição a atribuição de fazer política, ou seja, manifestar-se sobre políticas; e esclarece que a reserva do possível não se sustenta quando a Constituição impõe ao Estado uma obrigação positiva, cogente e irrevogável, porque neste caso não se justifica qualquer discricionariedade de conformação que o legislador possa suscitar para exigir a observação da autocontenção ou autolimitação judicial. O Ministro exemplifica essa condição apontando um caso onde a reserva do possível foi afastada porque se estava diante de um direito compreendido como mínimo existencial, decorrente da dignidade humana e do princípio do Estado social (mínimo existencial humanitariamente digno), que confere ao indivíduo o direito a uma pretensão originária de obter do Estado uma prestação positiva para garantir uma existência humana com dignidade, por ter lhe sido conferido o direito de exigir do Estado as condições mínimas para a manutenção dessa garantia, como alimentação, vestiário, despesas domésticas, habitação, aquecimento, higiene, saúde, comunicação com outras pessoas e participação social, cultural e política. O Ministro traz em sua exposição que o Tribunal Constitucional Federal Alemão extrai da Constituição Federal Alemã que a dignidade humana não pode ser relativizada, e que isso impede a ponderação de la

com outros bens constitucionais, ainda que sejam importantes, Portanto, ameaçada a dignidade humana, afastado fica o juízo discricionário do legislador, ao tempo em que atraída fica a intervenção judicial, pois nesse caso não se pode admitir a indeterminabilidade da atuação do legislador. Ao finalizar a sua fala o Ministro ainda esclarece que a reserva do possível não é admitida quando o direito do cidadão decorrer de lei infraconstitucional ou mesmo da Constituição.<sup>543</sup>

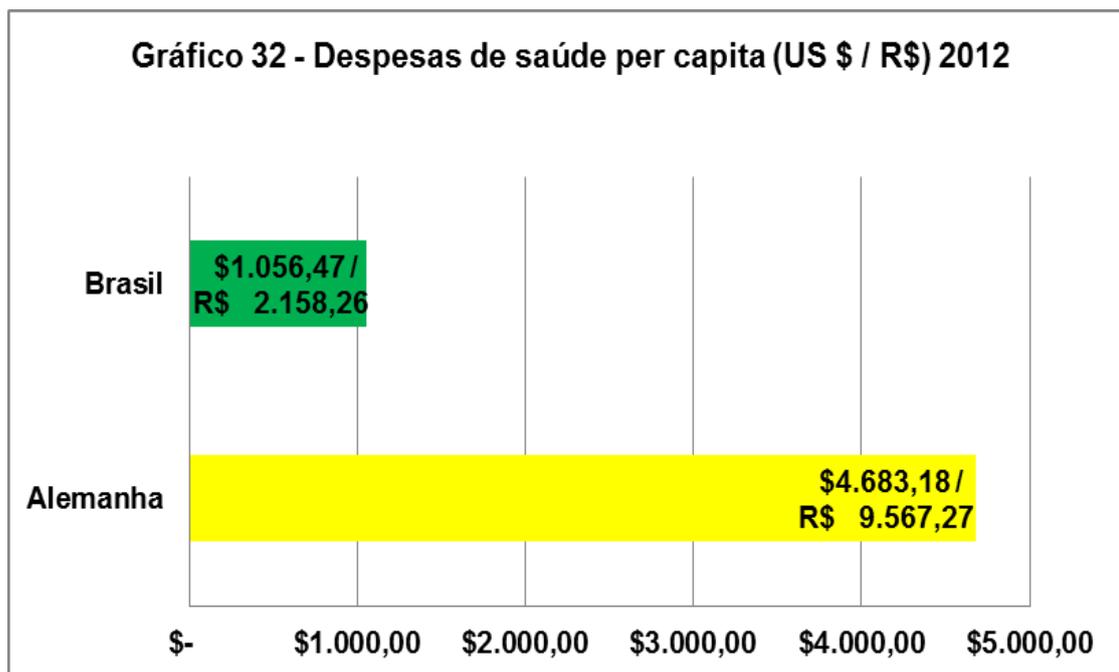
Portanto, ainda que se evidencie neste trabalho que o ordenamento jurídico alemão tutela, em certa medida, os direitos fundamentais sociais, ainda que isso se dê indiretamente, não se pode dizer que esses direitos estão no mesmo contexto em que eles estão no ordenamento jurídico pátrio, pois, como visto, os direitos sociais, no Brasil, estão expressamente tutelados pela Constituição Federal, que lhes confere a condição de direitos fundamentais. Enquanto a Lei Fundamental da Alemanha, por uma opção do constituinte de 1949, como esclarece Maria Paula Dallari Bucci, evita a regulamentação da vida econômica, social e cultural que transcendem tais direitos<sup>544</sup>. Porém, nem por isso é possível dizer que os alemães estão desassistidos em matéria de investimento na saúde, pois, pelo gráfico 32, é possível constatar que, em 2012, existia uma diferença de 343%, entre as despesas de saúde per capita no Brasil e na Alemanha, conforme dados extraídos do Banco de Dados Mundial, que ao serem tabulados gerou o seguinte resultado<sup>545</sup>

---

<sup>543</sup> GAYER, Reinhard. Prestações Positivas Contra o Estado e a Cláusula da Reserva do Possível. II Seminário Internacional Brasil-Alemanha. 16 de junho de 2011. Florianópolis: EmagisTRF4. Disponível em: <<http://youtu.be/E3zeSegl83c>> e <[http://youtu.be/\\_Dm5xNsvinI](http://youtu.be/_Dm5xNsvinI)> Acesso em: 28 de agosto de 2014.

<sup>544</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In Maria Paula Dallari Bucci. Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p .8.

<sup>545</sup> <http://databank.bancomundial.org/data/views/reports/tableview.aspx>



Elaborado pelo Autor, a partir do Banco de Dados Mundial

Os valores em reais, indicados no gráfico 32, foram extraídos da conversão do valor do dólar em 31/12/2012.

Nos termos já levantados, o material a ser analisado corresponde a decisão alemã que versa sobre o chamado *numerus clausus*, cujo texto foi traduzido do alemão para o português. Quando da tradução, alguns trechos da decisão foram omitidos, cuja representação da omissão ficou representada pela seguinte codificação: (...), ou seja, as partes do texto que não foram traduzidas estão indicadas por parênteses seguido de reticências e parênteses. Apesar de o autor organizador deixar claro que fez essa omissão, ele não esclarece o motivo da mesma, contudo, ele suscita que foi o mais fiel possível ao texto original. O organizador das decisões alemã de onde se extraiu o *corpus* para a presente análise ainda esclarece que fez intervenções no decorrer na decisão traduzida, e que ao fazer isso as lançou entre [ ] (colchetes). Ele não diz o motivo das intervenções mas por uma leitura superficial percebe-se que as mesmas foram feitas com o cunho explicativo de algumas passagens.

Atendo-se a manifestação de Marcos Nobre sobre a pesquisa em Direito<sup>546</sup>, cabe, antes de dar início a Análise de Conteúdo sobre a decisão alemã, apresentar

<sup>546</sup> Eu não conseguirei avançar na pesquisa em direito enquanto já souber a resposta antes de fazer a pergunta ao material, já que, quando tenho a resposta, eu só seleciono do material o que importa

as perguntas de partida desta pesquisa. Assim sendo, essa análise tem como pressuposto as perguntas-problemas a seguir postas - que também constituem o objetivo da análise, na medida em que se busca elucidar as questões colocadas nas seguintes perguntas: a decisão alemã, acima indicada, submete a concessão de um direito fundamental (social) à reserva do possível, ou seja, condiciona a efetivação desse direito à alguma condição, por exemplo, orçamentária e física? E em condicionando, quais são os fatores ou situações que permitem essa submissão? Baseado no referencial teórico em análise neste trabalho e de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro é possível a aplicação da Teoria da Reserva do Possível ou dos fundamentos da decisão alemã em análise para solucionar um caso concreto pátrio que envolva o direito fundamental à saúde?

Acima foi visto que a presente fase compreende a formulação das hipóteses, assim sendo, tem-se como hipótese que se as condições impostas na decisão alemã forem de encontro ao ordenamento jurídico brasileiro e ao referencial teórico desta dissertação a Teoria da Reserva do Possível e ou os fundamentos da decisão alemã não podem ser utilizados para a solução de um caso concreto que envolva um pedido de efetivação do direito à saúde no Brasil. De acordo com Jan Woischnik: “Indubitavelmente, a jurisprudência alemã não pode ser aplicada em uma relação 1:1 nos ordenamentos jurídicos dos países latino-americanos”<sup>547</sup>, mas isso será confirmado ou não com o resultado desta pesquisa, ao menos é o que aqui se persegue<sup>548</sup>.

#### 4.3. A EXPLORAÇÃO DO MATERIAL

A exploração do material corresponde a um momento que está contido na fase intitulada de análise propriamente dita, e é neste momento que o documento e as unidades de registro são codificadas. De acordo com Antônio Carlos Gil,

---

para defender o que eu já sei. Sem romper essa lógica, não teremos pesquisa em Direito no Brasil. (NOBRE, Marcos e alii. O que é pesquisa em Direito? São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 32)

<sup>547</sup> SCHWABE, JÜRGEN. Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Organizador: Leonardo Martins. Montevideo: Mastergraf, 2005, p. 28.

<sup>548</sup> De acordo com Maria Cecília de Souza Minayo, com a análise do material se busca a ultrapassagem da incerteza, ou seja, “o que eu percebo na mensagem, estará lá realmente contido? Minha leitura será válida e generalizável?” MINAYO, Maria Cecília de Souza. O desafio do conhecimento: pesquisa qualitativa em saúde. São Paulo: HUCITEC, 2010, p. 198.

a exploração do material constitui, geralmente, uma fase longa e fastidiosa que tem como objetivo administrar sistematicamente as decisões tomadas na pré-análise. Refere-se fundamentalmente às tarefas de codificação, envolvendo: o recorte (escolha das unidades), a enumeração (escolha das regras de contagem) e a classificação (escolha de categoria).<sup>549</sup>

Em momento anterior foi dito que a escolha das unidades se dá na pré-fase, no entanto, acima, pela passagem transcrita de Antônio Carlos Gil, verifica-se que se admite a possibilidade de que as unidades sejam levantadas na exploração do material. E isso se dá porque “o rigor de execução não implica, porém, rigidez. Ao contrário, a análise de conteúdo permite ao pesquisador escolher entre uma gama de métodos, técnicas e operações, a condição para que estes sejam claramente definidos.”<sup>550</sup>

A Análise de conteúdo se desenvolve sobre o inteiro teor do trecho traduzido da decisão alemã, porque “uma boa análise permanece dentro do *corpus* e procura dar conta de toda a diferença que está contida nele”.<sup>551</sup>

Desta feita, a segunda leitura - promovida por meio da Análise de Conteúdo, em busca da mensagem não-aparente da decisão alemã – é realizada sobre todo o texto escrito do documento, com o levantamento de todos os dados que contribuam para o deslinde das perguntas de partida que acima foram apresentadas.

Por isso, o texto em análise foi inteiramente transcrito abaixo, e codificado por uma sequência de números, que leva em consideração a disposição de suas linhas no livro de onde se extraiu a respectiva decisão, permitindo-se uma remissão não só ao texto transcrito, mais também ao próprio texto original. Outrossim, essa codificação permite que se dispense a necessidade de realizar citações diretas do trecho em análise no momento da apresentação da descrição<sup>552</sup>, inferências e

<sup>549</sup> GIL, Antônio Carlos. Métodos e técnicas de pesquisa social. São Paulo: Atlas, 2008, p. 152.

<sup>550</sup> OLIVEIRA, Eliana de. ENS, Romilda Teodora. ANDRADE, Daniela B. S. Freire. MUSSIS, Carlo Ralph de. Análise de conteúdo e pesquisa na área da educação. Revista Diálogo Educacional, Curitiba, v. 4, n.9, p.11-27, maio/ago. 2003.

<sup>551</sup> BAUER, Martin W. / AARTS, Bas. A construção do *corpus*: um princípio para a coleta de dados qualitativos in BAUER, Martin W. / GASKELL, George. Pesquisa qualitativa com texto: imagem e som: um manual prático. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 45

<sup>552</sup> “É o momento de expressar os significados captados e intuídos nas mensagens analisadas.” (MORAES, Roque. Análise de conteúdo. Revista Educação, Porto Alegre, v. 22, n. 37, p. 7-32, 1999.)

interpretação dos dados, uma vez que o mesmo estará representado pelo respectivo código.

É importante esclarecer que as unidades de registro também serão codificadas por uma sequência numérica, antecedida pela palavra fragmento, seguida do número, entre parênteses, da respectiva linha no inteiro teor do *corpus*, de modo que seja possível localizar o fragmento diretamente no corpo da decisão alemã. Por isso, os fragmentos preservam a codificação atribuída às respectivas linhas do inteiro teor do *corpus*, as quais estão identificadas pela numeração entre parênteses no quadro 10.

Foi visto acima que as unidades de registro serão categorizadas em categorias temáticas, por isso, necessária é a identificação das respectivas categorias. Assim sendo, as perguntas de partida servirão de categorias, pois correspondem aos temas aqui investigados, por isso, tem-se as seguintes categorias, que seguem devidamente codificadas por uma sequência de letras do alfabeto:

Quadro 9 - Categorias Temáticas da Decisão Alemã BVERFGE 33, 303

CATEGORIAS TEMÁTICAS	
A	a decisão alemã BVERFGE 33, 303, sobre o <i>Numerus Clausus</i> , submete a concessão de um direito fundamental (social) à reserva do possível?
B	se a decisão alemã BVERFGE 33, 303, sobre o <i>Numerus Clausus</i> , submeter um direito fundamental à reserva do possível, quais são os fatores, situações ou condições que permitem essa submissão?
C	baseado no referencial teórico em análise neste trabalho e de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro é possível a aplicação da Reserva do Possível ou dos fundamentos da decisão alemã em análise para solucionar um caso concreto pátrio que envolva o direito fundamental à saúde?

Elaborado pelo Autor

Após a apresentação das categorias temáticas, cabe agora destacar as unidades de registros localizadas no inteiro teor do *corpus*, ou seja, na decisão alemã em análise, que possibilitam inferir as respostas para as perguntas de partida. As unidades de registros são constituídas por fragmentos do texto<sup>553</sup> da decisão

<sup>553</sup> “na análise de conteúdo, o texto é um meio de expressão do sujeito, em que o analista busca categorizar as unidades de texto que se repetem – indicadores de frequência, inferindo uma expressão que as represente.” SILVA, Alessandra Cabral Meireles da. Autismo: o acesso ao trabalho como efetivação dos direitos humanos. 2013. 203 f. Dissertação (Mestrado) -

alemã, e foram recortadas a partir da leitura e das inferências que emergiram das próprias unidades.

Quadro 10 - Unidades de Registros da Decisão Alemã

UNIDADES DE REGISTROS	
Fragmento 1 (8 a 9)	Objeto desses processos eram regulamentações de admissão [vestibular] para medicina humana nas universidades de Hamburg e da Baviera, dos anos de 1969 e 1970 O § 17 da Lei Universitária de Hamburg, de 25 de abril de 1969, determinava: (1) A admissão para alguns cursos pode ser restringida, se e enquanto isso for necessário, em vista da capacidade de absorção da universidade, para garantir a regular realização de um curso na
Fragmento 2 (30 a 31)	estatuuiu, para o semestre de verão de 1970, uma lei de admissão para o curso da medicina humana e odontologia. Segundo ela, as vagas disponíveis
Fragmento 3 (163 a 175)	A proteção constitucional do direito fundamental no âmbito do ensino e formação profissionais não se esgota, assim, na função de proteção tradicionalmente atribuída aos direitos de liberdade contra intervenções do poder público. O TCF asseverou várias vezes que os direitos fundamentais, como normas objetivas, estatuem igualmente uma ordem axiológica que vale como decisão constitucional fundamental para todas as áreas do Direito, e que, por isso, os direitos fundamentais não são apenas direitos de resistência (Abwehrrechte) do cidadão contra o Estado (BVerfGE 21, 362 [372] com outras referências). Quanto mais fortemente o Estado moderno se inclina à seguridade social e ao fomento cultural dos cidadãos, mais aparece, no contexto da relação entre cidadãos e Estado, a exigência complementar pela outorga de direito fundamental da participação (grundrechtliche Verbürgung der Teilhabe) em prestações estatais, ao lado do postulado original da garantia de direito fundamental da liberdade em face do Estado. Esse desenvolvimento mostra-se especialmente evidente no âmbito
Fragmento 4 (183 a 193)	proibições no contexto da escolha e do exercício profissional. Por outro lado, a livre escolha dos locais de formação segundo sua natureza tem como escopo o livre acesso às instituições; o direito de liberdade não teria nenhum valor sem o pressuposto fático da possibilidade de exercê-lo. Nesse sentido, o projeto da lei básica do ensino superior (Hochschulrahmengesetz) parte do direito de cada alemão de concluir o curso superior por ele escolhido, se ele provar a qualificação necessária para tal curso. O reconhecimento desse direito não está à disposição do livre arbítrio do legislador. Aqui pode restar em aberto se os “direitos de participação” poderiam ser, em dada extensão, derivados já do fato do Estado social de direito assumir uma posição de garantidor para a concretização do sistema axiológico dos direitos fundamentais na realidade constitucional (cf. sobre isso BVerwGE 27, 360 Privatschulfinanzierung).
Fragmento 5 (17 a 21)	respectiva área do conhecimento. Antes da introdução de uma limitação da admissão, deve-se, sobretudo, avaliar, se e em que extensão a universidade pode tomar medidas, principalmente na área da reforma do ensino, que sejam adequadas a evitar uma restrição da admissão.
Fragmento 6 (60 62)	1. Sobre a avaliação constitucional de limitações absolutas de admissão para calouros de uma determinada especialização (aqui: Numerus Clausus absoluto para o curso de medicina), pelo exaurimento da capacidade total de ensino.

Fragmento 7 (63 a 66)	2. Do direito à livre escolha profissional e dos locais de ensino, garantido no Art. 12 I 1 GG c. c., o princípio geral da igualdade e o princípio do Estado social, decorre um direito à admissão ao curso universitário. Esse direito pode ser limitado por meio de lei ou com base em uma lei.
Fragmento 8 (124 a 129)	1. Como parâmetro de exame para a avaliação da constitucionalidade de limitações à admissão, conforme também adotado pela jurisprudência e literatura jurídica (cf. a síntese da jurisprudência perpetrada por Schmitt, DVBl. 1971, p. 382 e por Wunsch, WissR, Tomo 5, Número 1, 1972, p. 16 et seq.), traz-se à pauta, em primeira linha, o direito de todos os alemães, outorgado pelo Art. 12 I GG, de livremente escolher os locais de ensino para sua formação
Fragmento 9 (67 a 70)	3. Limitações absolutas de admissão para calouros de uma determinada especialização são constitucionais, somente se: a) elas forem determinadas nos limites do estritamente necessário, depois do uso exaustivo das capacidades de ensino disponíveis, e
Fragmento 10 (103 a 105)	1. Objeto do exame de constitucionalidade é tão somente o Numerus Clausus absoluto para calouros de determinada área de especialização, causado em virtude do exaurimento de toda a capacidade de ensino, podendo deixar de ser consideradas as
Fragmento 11 (145 a 158)	No caso de completo exaurimento da capacidade de ensino surge um outro aspecto essencial do direito à livre escolha do local de formação, que é a sua estreita relação com aquele que é, pelo Art. 12 I GG, o igualmente garantido direito fundamental da livre escolha profissional. Em regra, a formação representa o estágio que antecede ao início da profissão; ambos são partes integrantes de um coerente transcórrer da vida. Nesse sentido, já foi, há muito, assinalado na jurisprudência do TCF sobre o Art. 12 I GG que não apenas os conceitos ali usados de escolha profissional e posterior exercício profissional são inseparáveis, compondo um complexo unitário da atividade profissional como base de subsistência, mas que também as prescrições sobre a formação prévia para uma profissão pertencem ao ordenamento jurídico dessa atuação profissional (cf. BVerfGE 7, 377 [401, 406]). Dessa estreita ligação, o Tribunal Administrativo Federal (Bundesverwaltungsgericht) inferiu corretamente que limitações na admissão à formação não podem servir ao direcionamento profissional (JZ 1963, p. 675; cf. também BVerwGE 6, 13 e 7, 287). Além disso, esse estreito contexto leva
Fragmento 12 (191 a 201)	de garantidor para a concretização do sistema axiológico dos direitos fundamentais na realidade constitucional (cf. sobre isso BVerwGE 27, 360 Privatschulfinanzierung). Mesmo quando se deva, por princípio, insistir em que, também no Estado social moderno, permaneça sendo decisão inquestionável do legislador se e em que medida ele quer garantir direitos de participação nos limites da Administração envolvida no assunto, ainda podem, sim, ser deduzidas pretensões jurídicas ao acesso a essas instituições a partir do princípio da igualdade c.c. Art. 12 I GG e com o princípio do Estado social, desde que o Estado tenha criado certas instituições de ensino. Isso vale principalmente onde o Estado – como na área do ensino superior – fez uso de um monopólio fático, não arbitrariamente disponível, e onde – como na área da formação em profissões acadêmicas – a participação em prestações estatais for ao mesmo tempo
Fragmento 13 (203 a 212)	pressuposto necessário da realização dos direitos fundamentais. Aqui, em um Estado de direito e social de liberdade (freiheitlicher Rechts- und Sozialstaat), não mais pode confiar-se à livre decisão dos órgãos estatais delimitar a seu bel prazer o círculo dos favorecidos e excluir uma parte dos cidadãos das vantagens, principalmente porque isso, em sede de resultado, implicaria em um direcionamento profissional. Pelo contrário, decorre aqui, do fato de o Estado oferecer prestações, um direito de todo cidadão qualificado para o ensino superior de participar, a princípio igualmente, da

	<p>chance de vida oferecida. O Art. 12 I GG c.c. Art. 3 I GG e com a ordem do Estado social, garante, portanto, um direito do cidadão que preencha os requisitos subjetivos à admissão no curso universitário de sua escolha.</p>
<p>Fragmento 14 (249 a 286)</p>	<p>Mesmo na medida em que os direitos sociais de participação em benefícios estatais não são desde o início restringidos àquilo existente em cada caso, eles se encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade. Isso deve ser avaliado em primeira linha pelo legislador em sua própria responsabilidade. Ele deve atender, na administração de seu orçamento, também a outros interesses da coletividade, considerando, conforme a prescrição expressa do Art. 109 II GG, as exigências da harmonização econômica geral. A ele compete também a decisão sobre a extensão e as prioridades da expansão do ensino superior, devendo se atentar para o fato de que ampliação e novas construções de instituições de ensino superior fazem parte, consoante o Art. 91a GG, das tarefas em prol da coletividade a serem cumpridas em atuação conjunta da União e dos Estados-membros. Junto a tais decisões, os órgãos estatais competentes deverão se orientar, de um lado, pelas reconhecíveis tendências de demanda por vagas no ensino superior, pois uma orientação exclusiva por investigações de necessidade, de qualquer forma difíceis de serem realizadas, poderia provocar direcionamento profissional e exame de necessidade não permitidos, e na qual restaria reduzido o significado da livre auto-determinação enquanto elemento constitutivo de um ordenamento de liberdade. Por outro lado, um tal mandamento constitucional não obriga, contudo, a prover a cada candidato, em qualquer momento, a vaga do ensino superior por ele desejada, tornando, desse modo, os dispendiosos investimentos na área do ensino superior dependentes exclusivamente da demanda individual freqüentemente flutuante e influenciável por variados fatores. Isso levaria a um entendimento errôneo da liberdade, junto ao qual teria sido ignorado que a liberdade pessoal, em longo prazo, não pode ser realizada alijada da capacidade funcional e do balanceamento do todo, e que o pensamento das pretensões subjetivas ilimitadas às custas da coletividade é incompatível com a idéia do Estado social. Como o Tribunal Constitucional Federal repetidas vezes enfatizou em relação ao direito fundamental da liberdade geral de ação (cf. BVerfGE 4, 7 [15]; 8, 274 [329]; 27, 344 [351]), a Grundgesetz decidiu a tensão indivíduo-coletividade na acepção de dependência da e vinculação com a coletividade da pessoa (Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit); o indivíduo deve, por isso, tolerar aqueles limites à sua liberdade de ação que o legislador prescrever para o cuidado e fomento da vida social coletiva nos limites do geralmente exigível, contanto que permaneça protegida a individualidade da pessoa. Essas considerações são válidas principalmente no campo da garantia de participação em benefícios estatais. Fazer com que os recursos públicos só limitadamente disponíveis beneficiem apenas uma parte privilegiada da população, preterindo-se outros importantes interesses da coletividade, afrontaria justamente o mandamento de justiça social, que é concretizado no princípio da igualdade. Não se pode, portanto, proibir</p>
<p>Fragmento 15 (291 a 310)</p>	<p>A obrigação de fazer rapidamente o necessário na medida do possível não é negada por nenhum responsável nos órgãos estatais. No § 2 da lei de fomento à construção de universidades (Hochschulbauförderungsgesetz) foi reconhecido expressamente que a União e os Estados-membros, “no cumprimento das tarefas públicas de expansão e construção de novas instituições científicas do ensino superior, devem trabalhar no sentido da criação de um sistema universitário de cursos, número, tamanho e localização”, “por meio do qual é garantida uma oferta suficiente e balanceada de vagas de pesquisa e formação”. No que tange ao cumprimento dessa obrigação, segundo a opinião geral, a situação emergencial atual não se deve apenas a dificuldades objetivas, mas também ao fato de que a demanda ainda mais forte provada pela propaganda educacional não foi correspondida por medidas adequadas de expansão física e de reforma acadêmica. Não obstante, já no passado fora utilizada uma parte considerável dos recursos disponíveis justamente para a</p>

	expansão dos muito dispendiosos institutos de medicina. Desde o reconhecimento das dificuldades, foram implementados grandes esforços para sua superação, devendo-se aqui fazer menção ao primeiro plano de ação (Rahmenplan) feito depois da lei de fomento à construção de universidades. Para os Estados-membros Hamburg e Baviera, acrescenta-se que aqui o percentual [de estudantes] no número total de estudantes de medicina é mais alto do que o percentual [de habitantes] no número de habitantes da República Federal [da Alemanha].
Fragmento 16 (331 a 338)	b) Assim, as limitações por princípio permitidas do direito à admissão são fundamentadas constitucionalmente apenas [se implementadas] por meio de lei ou com base na lei. (...). Na medida em que a autorização para tais limitações deve ser inferida da reserva de regulamentação no Art. 12 I 2 GG, a exigência formal mencionada decorre imediatamente desse dispositivo constitucional. Se até as regulamentações do exercício da profissão lá mencionadas necessitam de um fundamento legal, então muito mais necessitam de fundamento legal tais limitações da livre escolha dos locais de formação, os quais podem atingir a liberdade de escolha profissional. Se o direito
Fragmento 17 (352 a 376)	Conforme a chamada teoria dos degraus (Stufentheorie) do Tribunal Constitucional Federal (cf. BVerfGE 7, 377 [401 et seq.]; 30, 292 [315 et seq.]), o poder regulamentar, segundo o Art. 12 I GG, deve ser tão mais limitado quanto mais ele atingir também a liberdade de escolha profissional. Uma vez que também a posterior escolha profissional depende da escolha do curso de formação e como um Numerus Clausus absoluto para um determinado curso, baseado no esgotamento da capacidade de formação pelas instituições, corresponde a um pressuposto objetivo de admissão na acepção da teoria dos degraus (Stufentheorie) (cf. BVerfGE 7, 377 [407 s.]), uma ordem estatal somente pode ser permitida, segundo os princípios gerais desenvolvidos para o Art. 12 I GG, se for para a defesa contra grandes perigos, comprovados ou muito prováveis, que ameaçam um bem coletivo extremamente importante, e somente sob a estrita observância do princípio da proporcionalidade, ainda que os efeitos colaterais. Assim, um Numerus Clausus absoluto para ingressantes na universidade somente será constitucional, segundo o estágio das experiências realizadas, quando ele: (1.) for prescrito nos limites do estritamente necessário, sob a utilização exaustiva das capacidades criadas com recursos públicos já existentes de formação (cf. sobre isso abaixo: II), e quando (2.) a escolha e a distribuição ocorrerem segundo critérios racionais, com uma chance para todo candidato em si qualificado ao ensino superior e com o maior atendimento possível à escolha individual do local de formação (cf. sobre isso: abaixo

Elaborado pelo Autor.

#### 4.4. TRATAMENTO DO RESULTADO, INFERÊNCIAS E INTERPRETAÇÃO

Esse momento também está contido na segunda fase da análise, ou seja, na análise propriamente dita, e é nele que são suscitadas as inferências e desenvolvida a interpretação do conteúdo analisado.

Apesar do *corpus* do documento ter sido delimitado na pré-análise, optou-se por deixar de transcrevê-lo no subcapítulo intitulado de “Levantamento de Dados que Constitui o *Corpus* da Análise de Conteúdo sobre a Decisão Alemã” para transcrevê-lo como anexo, por isso ele está no Anexo-B. Contudo, destacou-se no Quadro-10 os recortes do *corpus* que foram identificados como unidades de

registros, as quais foram codificadas como fragmentos, que estão numerados e dispostos na ordem em que passaram a emergir da leitura, os fragmentos também preservam a codificação atribuída às respectivas linhas do inteiro teor do *corpus*.

O tratamento do resultado se desenvolve a partir das inferências e interpretações que se colherá na análise de conteúdo da decisão.

As três fases da análise que compreendem esse momento serão desenvolvidas simultaneamente<sup>554</sup>, ou seja, ao tempo em que se descreve ou se desvenda a mensagem da decisão se faz a inferência e a respectiva interpretação do conteúdo analisado, apontando o trecho em análise com a indicação da codificação do mesmo.<sup>555</sup>

Maria Laura Publisi Barbosa Franco traz em trabalho sobre a Análise de Conteúdo que “os resultados da análise de conteúdo devem refletir os objetivos da pesquisa e ter como apoio indícios manifestos e capturáveis no âmbito das comunicações emitidas.”<sup>556</sup>. E parafraseando Laurence Bardin<sup>557</sup>, o interesse desta análise não reside simplesmente na descrição dos conteúdos, mas sim no que estes podem esclarecer sobre os problemas levantados.

Desta feita, realizada a segunda leitura do texto, cabe agora evidenciar, com base nos indícios capturáveis do *corpus*, as inferências e interpretação que se extraiu da respectiva mensagem, o que se fará com o objetivo de responder as respectivas perguntas de partida, que estão postas abaixo por categorias. As categorias são postas em formato de pergunta porque derivam das perguntas-problemas propostas. Desta feita, passa-se a realizar simultaneamente abaixo o tratamento do resultado.

---

<sup>554</sup> “quando descrevemos dados de uma pesquisa, podemos fazê-lo a partir de um esquema de análise, que por sua vez já reflete uma certa interpretação. Apesar de, em nossa experiência de pesquisa, em determinados momentos, interpretarmos os dados sem passarmos pela descrição e a análise” (GOMES, Romeu. In. Pesquisa social : teoria, método e criatividade I Suely Ferreira Deslandes, Otavio Cruz Neto, Romeu Gomes; Maria Cecilia de Souza Minayo (organizadora). - Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, p. 80.)

<sup>555</sup> “se a descrição (a enumeração das características do texto, resumida após tratamento) é a primeira etapa necessária e se a interpretação (a significação concedida a estas características) é a última fase, a inferência é o procedimento intermediário, que vem permitir a passagem, explícita e controlada, de uma a outra” BARDIN, Laurence. Análise de Conteúdo. Lisboa: Edições 70, 2000, p. 39.

<sup>556</sup> FRANCO, Maria Laura Publisi Barbosa. Análise de Conteúdo. Brasília: Liber Livro, 2012, p. 30.

<sup>557</sup> BARDIN, Laurence. Análise de Conteúdo. Lisboa: Edições 70, 2000, p. 38.

#### **4.4.1 Categoria-A: a decisão alemã BVERFG 33, 303, sobre o *Numerus Clausus*, submete a concessão de um direito fundamental (social) à reserva do possível?**

Busca-se aqui apresentar as inferências e interpretações que emergiram da análise, mais especificamente as que permitam identificar se a decisão alemã submeteu um direito fundamental, precipuamente social, à reserva do possível, ou seja, se dessa decisão alemã é possível extrair que o Tribunal Constitucional Federal alemão reconheceu como constitucional a possibilidade de que um direito fundamental seja restringido ou delimitado pela reserva do possível.

Às linhas 8 a 16 (Fragmento 1) da decisão alemã em análise é possível evidenciar que a questão versa sobre a alegação de inconstitucionalidade, em controle concreto, de um dispositivo de uma lei, qual seja, o § 17, da denominada Lei Universitária de Hamburg, de 25 de abril de 1969, e do art. 2º, II e art. 3º da Lei de Admissão às Universidades Bávaras, de 8 de julho de 1970, pelas quais se restringia a admissão de alunos em determinados cursos universitários, sob a alegação de ausência de capacidade para o regular funcionamento dos respectivos cursos. Os cursos sob restrição são os de medicina humana e odontologia, conforme linhas 30 a 31 (Fragmento 2) da decisão.

Desta feita, infere-se que a restrição se dá, em certa medida<sup>558</sup>, sobre um direito social, ou seja, sobre o direito à educação, muito embora não se negue o serviço de educação, já que a restrição se dá apenas em relação a determinados cursos na Universidade de Hamburg, ou seja, apesar da restrição, o direito à educação permanece preservado, tanto é que pela a análise do teor das linhas 163 a 175 (Fragmento 3) e 183 a 193 (Fragmento 4) o Tribunal Constitucional Federal alemão aponta por uma proteção do direito à educação semelhante ao ordenamento jurídico brasileiro, pois nessa passagem ele reconhece o direito fundamental de prestações estatais, trazendo inclusive que o direito à liberdade de nada serve se não houver condições materiais para o seu exercício. Essa inferência permite refutar a ideia de que a norma constitucional alemã traz apenas mandados, pois, analisado o conteúdo da mensagem constante as linhas acima destacadas, o Tribunal Constitucional Federal alemão entende que há um verdadeiro mandamento

---

<sup>558</sup> Considerando aqui as ponderações já desenvolvida sobre os direitos sociais no ordenamento jurídico alemão.

constitucional. Nessa passagem o Tribunal chega a questionar do direito prestacional está garantido pela própria Lei Fundamental alemã, ante o Estado social previsto nessa lei fundamental.

Outrossim, infere-se que a restrição ocorre com a finalidade de garantir a eficiência do serviço, pois ela é feita no intuito de garantir a regular realização do próprio curso, e não de impedi-lo. E, ainda assim, a restrição se dá apenas no limite do necessário para a preservação regular do serviço. Por isso, é possível inferir que os interesses em questão foram sopesados, e sobrelevou-se a necessidade da garantia de um serviço de qualidade com eficiência a todos, em detrimento da prestação de serviço ineficiente.

Das linhas 17 a 21 (Fragmento 5), pode-se inferir que antes da introdução da restrição no ordenamento jurídico é preciso se avaliar quais são as medidas que a Universidade, diga-se aqui o Estado, pode tomar para evitar a restrição da admissão dos alunos aos respectivos cursos universitários, portanto, verifica-se que a restrição só se torna legítima a partir do momento em que se apurar que o Estado adotou todas as medidas necessárias para evitar a restrição e ainda assim houve o exaurimento total, esta última inferência pelo disposto nas linhas 60 a 62 (Fragmento 6).

A primeira leitura sobre o *corpus*, ou seja, a leitura superficial, já apontava que a limitação não se dava apenas sobre um direito social, mas também em relação a um direito individual, pois a restrição do número de vagas acaba por limitar a liberdade do indivíduo de optar pelo respectivo curso na respectiva universidade em questão, por isso, ter-se dito anteriormente que se houve restrição essa também havia se dado sobre a liberdade, no caso, por conta da restrição ao livre exercício da profissão. E a análise de conteúdo sobre as linhas 63 a 66 (Fragmento 7) e 124 a 129 (Fragmento 8) confirma essa inferência, pois quando da decisão se constatou que se tratava de restrição à liberdade da profissão.

A análise do texto contido às linhas 63 a 66 (Fragmento 8) também permite inferir uma conclusão formulada quando da exposição do contexto que envolve a decisão em análise, ou seja, que os direitos sociais também decorrem, ainda que indiretamente, da Lei Fundamental alemã, ante o princípio do Estado social.

As linhas 67 a 70 (Fragmento 8) 103 a 105 (Fragmento 10) e 145 a 158 (Fragmento 11) permitem confirmar a inferência de que a limitação só se dá nos

limites do necessário para a garantia do serviço eficiente e após o total esgotamento da capacidade de ensino disponíveis.

As linhas 194 a 201 (Fragmento 12) da decisão permitem inferir que o Tribunal Constitucional Federal alemã admite a possibilidade de o cidadão postular suas pretensões jurídicas por forma do direito à igualdade e do princípio do Estado social, o que equivale ao reconhecimento da possibilidade de uma intervenção judicial, ainda que pela análise dessas linhas se constate que o entendimento, por princípio, é no sentido de ser do legislador a competência para decidir em que medida ele quer garantir as prestações. Apesar de, como regra, a jurisprudência e a doutrina alemã ou literatura especializada não admitir a intervenção do Poder Judiciário em questões de políticas públicas, evidencia-se nessa passagem uma abertura para o entendimento da admissão da judicialização dessas questões, principalmente quando os direitos as prestações forem pressupostos para garantia dos direitos fundamentais.

Da análise das linhas 203 a 212 (Fragmento 13) se infere que o Tribunal Constitucional Federal alemão mitiga, com base na norma constitucional, o entendimento de que cabe ao Estado delimitar as prestações aos cidadãos. É bem verdade que essa posição do Tribunal, apesar de ser ancorada no princípio do Estado social, perpassa pela necessidade de garantia de um direito fundamental de primeira geração, ou seja, do direito à liberdade e à igualdade, e nem poderia ser diferente, já que como visto, os direitos fundamentais individuais e sociais são interdependentes.

Da análise das linhas 249 a 286 (Fragmento 14) destaca-se a reserva do possível, porque ao analisar essa passagem verifica-se que, apesar dos direitos sociais não estarem inicialmente limitados ao que foi previamente estabelecido pelo Estado, em algum momento eles poderão estar sofrer essa limitação, especialmente quando se constar que o interesse da coletividade poderá ficar prejudicado, e quando se identificar que a pretensão particular supera o que se admite como de exigência razoável da coletividade. Da análise desse trecho também se infere que a reserva do possível se caracteriza por uma delimitação funcional e orçamentária do Estado.

Diante do contexto apresentado, o Tribunal Constitucional Federal alemão acabou por admitir a delimitação do direito social à capacidade funcional e

orçamentária do Estado. Contudo, permitindo inferir que essa delimitação só se impõe diante do que extrapolar o razoável e do esgotamento da capacidade do Estado de atender aos interesses da coletividade, bem como que o Estado deve estar atento aos anseios da sociedade para buscar garantir a satisfação dos mesmos, interpretação que se reforça pela análise das linhas 291 a 310 (Fragmento 15) da decisão em estudo.

A análise do texto compreendido entre as linhas 331 a 338 (Fragmento 16) permite reafirmar a inferência da já apresentada de que a restrição poderá se dar sobre um direito individual, neste caso, desde que a restrição esteja prevista em lei.

#### **4.4.2 Categoria-B: se a decisão alemã BVERFGE 33, 303, sobre o *Numerus Clausus*, submeter um direito fundamental à reserva do possível, quais são os fatores, situações ou condições que permitem essa submissão?**

Da resposta ao problema anteriormente trabalhado já se evidencia a solução para a questão aqui apresenta.

Contudo, a manutenção desta categoria, além de contribuir para a aferição da segurança da resposta inferida para o problema acima proposto, especifica quais são os fatores, situações ou condições que permitem que o um determinado direito fundamental seja delimitado pela reserva do possível.

Assim sendo, do teor das linhas 352 a 363 e 369 a 376 (Fragmento 17), infere-se que a reserva do possível será admitida como delimitadora de um direito fundamental quando ficar comprovado o esgotamento total da capacidade estatal, estiver presente uma ameaça à coletividade e essa delimitação for decorrente de uma previsão legal.

Portanto, da análise da decisão alemã sobre o *numerus clausus* infere-se que a reserva do possível será admitida quando se estiver diante da escassez de recursos do Estado, seja ela orçamentária ou estrutural; bem como quando diante de uma colisão de direitos entre o indivíduo e a coletividade ficar comprovado que a capacidade do Estado não comporta a satisfação de todos os direitos em colisão, e quando se estiver diante de uma previsão legal. E, levando-se em consideração o entendimento apresentado pelo Ministro Reinhard Gaier, do Tribunal Constitucional Federal Alemão, a reserva do possível será admitida quando ficar evidente que

aquilo que o Estado presta é adequado para satisfazer o direito conferido constitucionalmente.

Porém, ainda sob o adendo do conteúdo da palestra do Ministro Reinhard Gaier, a reserva do possível não será acolhida quando se estiver de um direito fundamental que garanta a dignidade da pessoa humana, ou seja, quando esse direitos estiver enquadrado como o mínimo existencial para a manutenção de uma vida digna, o que afasta a reserva do possível dos direitos sociais vitais, como a saúde, a alimentação, a habitação, vestiário, despesas domésticas, aquecimento, higiene, comunicação com outras pessoas e uma mínima participação social, cultural e política.

#### **4.4.3 Categoria-C: baseado no referencial teórico em análise neste trabalho e de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro é possível a aplicação da Reserva do Possível ou dos fundamentos da decisão alemã em análise para solucionar um caso concreto pátrio que envolva o direito fundamental à saúde?**

Apesar da advertência formulada anteriormente que se evitaria nesta análise um confronto com o referencial teórico, aqui não é possível se desvencilhar dele para a apresentação do resultado da análise, porque, como já aclarado, primeiro, ele embasa o pesquisador e, segundo, porque foi dele que se extraiu o contexto em que se encontra inserido o direito fundamental à saúde no Brasil.

A presente categoria concentra as inferências e interpretações sobre a possibilidade da reserva do possível ou dos fundamentos da decisão alemã poderem ser adotados no Brasil, quando se estiver diante de uma demanda judicial que envolva do direito fundamental à saúde.

Diante do que se constatou com a pesquisa bibliográfica e a análise do ordenamento jurídico pátrio, o contexto brasileiro é diferente do alemão, pois enquanto o ordenamento nacional é composto de norma constitucional sobre direitos fundamentais de aplicação imediata, que goza da máxima efetividade, da qual se extrai um verdadeiro mandamento legal (ou constitucional), bem como uma relação de direitos fundamentais sociais que conferem direitos subjetivos ao indivíduo, ao tempo em que obriga ao Estado a efetivar esses direitos; no ordenamento jurídico alemão a Lei Fundamental alemã traz normas que são mandados conferidos ao

Estado<sup>559</sup>, ou seja, apenas outorga de poderes para cumprimento dos preceitos constitucionais, sem realizar uma concessão expressa de direitos sociais aos indivíduos, remetendo esses direitos ao crivo do próprio Estado, que por meio de um legislação concorrente buscará garantir uma assistência social.

Dá análise se extrai uma aparente contradição do ordenamento jurídico alemão, isto para não dizer que ele é contraditório, pois, muito embora o Tribunal Constitucional Federal alemão extraia da norma constitucional direitos fundamentais sociais em favor do indivíduo, sob a premissa de que os mesmos são indispensáveis e exigíveis para a garantia da liberdade e igualdade da pessoa, o que leva a crer, no primeiro momento, a presença de uma posição que se assemelha ao do ordenamento jurídico brasileiro; no segundo momento da análise da decisão observa-se que o Tribunal Constitucional Federal alemão, de forma contraditória, acabou por remeter o direito fundamental ao crivo do legislador, com a justificativa de que cabe a ele a decisão inquestionável se e em que medida serão garantidos os direitos de participação, ou seja, de prestações positivas; contradição essa que se acentua quando se leva em consideração a pesquisa bibliográfica<sup>560</sup>, pela qual se apurou que a maioria da doutrina alemã entende que as normas da Lei Fundamental alemã conferem mandados e não direitos. Essa contradição toma ainda mais relevo quando se leva em consideração a palestra do Ministro Reinhard Gaier, do Tribunal Constitucional Federal Alemão, o qual, conforme já trabalhado acima, reafirma a tutela de direitos sociais prestacionais por força da Lei Fundamental alemã, ante a necessidade de preservação da dignidade humana, contra a qual o crivo discricionário do Legislativo e Executivo não pode ir de encontro<sup>561</sup>.

---

<sup>559</sup> KRELL, Andreas Joachim. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 46 e 49.

<sup>560</sup> KRELL, Andreas Joachim. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 46 e 49.

<sup>561</sup> Robert Alexy, ao discorrer sobre os direitos à prestações na Alemanha, traz uma passagem que caracteriza bem essa contradição ou tensão existente no ordenamento jurídico alemão: “as manifestações relevantes do Tribunal Constitucional Federal sobre direitos a prestações estão longe de se esgotar com essas três decisões citadas. Mas elas fazem com que fique claro que sua jurisprudência oferece pontos de apoio para a discussão sobre os direitos a prestação na Constituição alemã que são muito mais ricos que aqueles presentes apenas no texto constitucional ou na história de sua elaboração. Se se inclui o tribunal como um participante dessa discussão, então, é possível afirmar que ele ocupa uma posição intermediária no espectro de pontos de vista, que se estende desde uma rejeição total – ‘direitos fundamentais não [podem] ser as duas coisas ao mesmo tempo (...): pretensões à ação estatal e à sua negação’ – até uma enfática aceitação – ‘[e]m uma sociedade industrial extremamente complexa, os direitos fundamentais ou são direitos à participação ou eles não são nada’” ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 440/441.

O que permite inferir que a reserva do possível só pode ser adotada no Brasil em situações excepcionais, ou seja, via de regra, quando o Estado provar um total esgotamento ou escassez dos recursos, quer sejam eles de ordem financeira; material, isto é, estrutural; ou de pessoal, aqui se considerando, inclusive, a escassez de capacidade técnica/intelectual para atender a necessidade do indivíduo sobre o respectivo serviço de saúde. E, ainda assim, quando ficar provado que o Estado adotou todas as providências necessárias para suprir esses recursos, mas, mesmo assim, os mesmos se tornaram escassos, pois, verificou-se que a reserva do possível encontra contexto diferente no Brasil, especialmente no que diz respeito ao entendimento alemão de que os direitos fundamentais estão submetidos ao crivo do legislador, o que exige uma adaptação<sup>562</sup> da reserva do possível ao ordenamento jurídico pátrio no momento de sua utilização, e essa adaptação deve se dá inclusive no caso concreto, considerando-se as particularidades que envolve o respectivo direito fundamental em questão, pois, apesar de todos serem fundamentais, por óbvio que determinados direitos fundamentais guardam maior relevância quando projetados sobre a vida humana, por exemplo, sob o ponto de vista da garantia da existência humana, o direito à saúde alcança grau superior de fundamentabilidade em relação ao direito à educação, por mais que este direito seja fundamental para uma vida digna. Essa adequação precisa ser observada, sob pena da reserva do possível de se tornar inadmissível para o ordenamento jurídico pátrio.

Agora, acrescentando-se a posição apresentada pelo Ministro Reinhard Gaier, do Tribunal Constitucional Federal Alemão, quando de sua palestra sobre a reserva do possível, ao resultado da análise de conteúdo da decisão alemã sobre o *numerus clausus*, é possível evidenciar uma similitude de ordenamento jurídico sobre os direitos fundamentais sociais entre o Brasil e a Alemanha, pois, com essa tomada de posição, apura-se que os direitos sociais, nesses ordenamentos jurídicos, são reconhecidos como o mínimo existencial ou vital para a garantia da dignidade da

---

<sup>562</sup> “Qualquer Estado constitucional representa um “todo individual sui generis” no qual se desenvolve cada aporte logrado por via de recepção, quer dizer, onde o recebido deve ‘adaptar-se’. O mesmo texto constitucional ou um direito fundamental concreto pode ter conteúdos bem diversos de um país para outro. Este fenômeno de recepção não se limita às normas ou instituições constitucionais, mas inclui igualmente a jurisprudência das Cortes e as doutrinas e teorias, devendo ser necessariamente um processo criativo.” KRELL, Andreas Joachim. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 42.

peçoal humana, para a qual o Estado não pode se furtar de garantir a sua manutenção.

## 5 O STF E O DIREITO À SAÚDE DIANTE DA ALEGAÇÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL SOB A ANÁLISE DE CONTEÚDO

### 5.1 DA ANÁLISE DE CONTEÚDO DAS DECISÕES DO STF

O direito à saúde é um direito fundamental, e ele goza da máxima efetividade, por ser decorrente de norma constitucional, que atribui aos direitos e garantias fundamentais a efetividade plena, conforme já aclarado em momento anterior. De igual sorte, também foi visto que esse direito é por vezes sonogado, ora pelo Estado Administrador ora pelo Estado Legiferante, a teor do já abordado alhures, quando deixa de observar a efetividade da norma constitucional e não se desonera da obrigação de implementar as políticas necessárias para garantir a efetividade desse direito.

Nesse diapasão, ao indivíduo resta requerer que o Estado Juiz supra a omissão do Estado<sup>563</sup>, isto é, dos Poderes supra mencionados, na adoção das medidas necessárias para garantir a efetividade do direito à saúde em seu favor, sob o pálio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, do direito de petição e da harmonia entre os poderes, bem como do princípio da dignidade da pessoa humana e de que é direito subjetivo seu o serviço de saúde pública e dever do Estado promover ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da sua saúde.

Contudo, a teor do já levantado, apesar do entendimento de que o direito à saúde é um direito fundamental, bem como que ele faz parte do rol de direitos mínimos para que o indivíduo seja preservado - já que está compreendido no núcleo do mínimo existencial, na medida em que resguarda a própria vida da pessoa - uma questão, a teor do alhures dito, tem sido frequentemente levantada pela Administração Pública quando da judicialização desse direito, ou seja, que esse direito deve ser limitado ao possível, conforme já trabalhado aqui à luz da Teoria da

---

<sup>563</sup> “Resta aos órgãos de jurisdição constitucional determinar que os órgãos omissos ajam ou agir no lugar deles, seja suprimindo a omissão legislativa (editando normas gerais e abstratas ou criando normas individuais e concretas supletivas), seja suprimindo a omissão administrativa (fixando políticas públicas ou ordenando diretamente aos órgãos finais da administração pública).” MATOS, Nelson Juliano Cardoso. O Dilema da liberdade: alternativas republicanas à crise paradigmática no direito (o caso da judicialização da política no Brasil). 476 f. Tese (Doutorado). Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2008.

Reserva do Possível, que o direito à saúde está delimitado, por exemplo, ao orçamento público.

É cediço que o Direito é posto não só para dirimir conflitos, mas, precipuamente, para preveni-los, pois busca pacificar as relações sociais<sup>564</sup>, as relações jurídicas, conformando essas relações pela segurança jurídica<sup>565</sup>, que visa conferir a paz social esperada pelos sujeitos dessa relação, com base na ideia de justiça<sup>566</sup>.

No entanto, diante do contexto já apresentado, essa paz social tem sido frequentemente abalada nas relações jurídicas que têm como objeto o direito à saúde pública, haja vista a insegurança jurídica que se instaura no momento em que surge a necessidade de se efetivar e implementar esse bem e há a alegação de que ele deve ser delimitado ao que for possível.

Por isso, no afã de contribuir para a paz social, pertinente é perquirir qual é a resposta que o Estado-Juiz, representado pelo STF, tem conferido à sociedade no momento em que essa insegurança lhe é apresentada<sup>567</sup> <sup>568</sup>, ou seja, se essa delimitação ao que for possível se aplica ao direito à saúde, bem como quais são os fundamentos utilizados pelo STF no momento da respectiva resposta, porque assim também se poderá identificar quais são as condições que lhe levam a admitir ou não a teoria alemã da reserva do possível no ordenamento jurídico pátrio, o que contribuirá para a segurança jurídica<sup>569</sup>, uma vez que a sociedade terá ciência, por

<sup>564</sup> “Tal ordenamento de convivência social é o campo de atuação do Direito”. (MARTINS, Ives Gandra da Silva. A separação de poderes no Brasil. Brasília: Programa Nacional de Desburocratização. São Paulo: Instituto dos Advogados de São Paulo, 1985, p. 39)

<sup>565</sup> “A Segurança jurídica, vista como estabilidade e continuidade da ordem jurídica e previsibilidade das consequências jurídicas de determinada conduta, é indispensável para a conformação de um Estado que pretenda ser ‘Estado de Direito’”. MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 121.

<sup>566</sup> “Por justiça, deve-se entender a realização de dois valores: previsibilidade e igualdade.” MATOS, Nelson Juliano Cardoso. O Dilema da liberdade: alternativas republicanas à crise paradigmática no direito (o caso da judicialização da política no Brasil). 476 f. Tese (Doutorado). Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2008.

<sup>567</sup> Não sei se, com efeito, a jurisprudência precisa ser pesquisada não para fazer inventários dela e sustentar opinião, mas para fazer indagações que revelem o que quer dizer aquela jurisprudência. Se eu imaginasse três ou quatro grandes questões sociais neste País, ficaria preocupado em saber como as cortes decidem sobre elas. (ANGARITA, Antônio. in NOBRE, Marcos e alii. O que é pesquisa em Direito? São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 54)

<sup>568</sup> “O enfoque coreto é que a análise jurisprudencial deve ser realizada porque está relacionada à busca de segurança e previsibilidade, além de possibilitar a compreensão do sistema, do direito vivo.” (FORGIONI, Paula. in NOBRE, Marcos e alii. O que é pesquisa em Direito? São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 192)

<sup>569</sup> “Não se tolera mais a possibilidade de os órgãos jurisdicionais, diante de situações concretas similares, conferirem resultados díspares”. (CUNHA, Leonardo Carneiro da. O processo civil no

meio da presente pesquisa, se o STF acolhe a Teoria da Reserva do Possível, bem como em qual medida aceita a delimitação do direito à saúde ao que for possível, e terá à sua disposição, de forma catalogada, as condições que levam ou não o Estado Juiz a delimitar esse direito. Esses são os pontos relevantes da pesquisa<sup>570</sup>.

De acordo com Luiz Guilherme Marinoni, “aquele que se coloca em condições similares às do caso já julgado possui legítima expectativa de não ser surpreendido por decisão diversa”<sup>571</sup>, e as respostas às questões acima apresentadas contribuem para que aquele possa melhor dimensionar sua expectativa.

A exploração da resposta do Estado-Juiz também contribui para superar o fosso apresentado por Judith Martins Costa<sup>572</sup>, ou seja, o distanciamento entre a teoria e a prática. Pois, como pondera Carlos Ari Sundfeld, “a pesquisa em Direito deve ter alguma conexão com a prática jurídica”<sup>573</sup>. Outrossim, essa exploração também permite que a resposta para a manutenção da paz social seja extraída da realidade concreta<sup>574</sup>, que se evidencia nos casos concretos analisados, ou seja, empiricamente.

Corroborando ainda com a importância da realização desta pesquisa, insta trazer a lume desde a necessidade de uma resposta à sociedade sobre o tema, à preocupação que aflige o Poder Judiciário acerca das questões que envolvem o

estado constitucional e os fundamentos do projeto do novo código de processo civil brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, julho-2012, v. 209, p. 349-374.)

<sup>570</sup> “Aprendi, com meus professores e com Florestan Fernandes, que o primeiro olhar de um sociólogo é problematizar a sociedade tal como ela é vista pelo senso comum. O segundo é a transformação de um problema social em um problema de investigação sociológica. Acho, então, que o ponto de partida é, no fundo, saber quais são os pontos relevantes.” (ADORNO, SÉRGIO. in NOBRE, Marcos e alii. *O que é pesquisa em Direito?* São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 136)

<sup>571</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 107.

<sup>572</sup> Segundo Barcellona, a doutrina abriu um fosso entre a teoria e a prática, e na medida que a doutrina abre esse fosso, perde o contato com os juristas práticos. (COSTA, Judith Martins in NOBRE, Marcos e alii. *O que é pesquisa em Direito?* São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 43)

<sup>573</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. in NOBRE, Marcos e alii. *O que é pesquisa em Direito?* São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 48.

<sup>574</sup> Isso também tem por finalidade garantir cientificidade ao presente trabalho, porque, valendo-se das palavras de Luciano Oliveira: “O que quero destacar é a importância de se ir buscar na realidade concreta – empírica, diria eu com meu viés sociológico – elementos de demonstração para além do mero enquadramento dogmático no sistema, afim de que [...] aproximem-se tanto quanto possível – [...] dos padrões de cientificidade das demais ciências sociais.” (OLIVEIRA, Luciano. In LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto. *Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 156)

direito à saúde<sup>575</sup>, como se depreende da audiência pública designada pelo STF, que ocorreu em 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009<sup>576</sup> e o Fórum do Judiciário para a Saúde, que foi instituído em 03/10/2010, pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ,<sup>577</sup> e trouxe, em um levantamento prévio, em 2010, a existência de cerca de mais de 240.000 processos sobre saúde<sup>578</sup>; muito embora essa pesquisa não aponte o real número de demandas judiciais que envolvem o direito à saúde, conforme se depreende da entrevista concedida pela conselheira do CNJ, Déborah Ciocci, supervisora do comitê executivo do Fórum Nacional de Saúde, quando ela diz, na entrevista ao CNJ em Ação, datada de 29/01/2014, que ainda não há números exatos das demandas de saúde que envolvem o Judiciário, e que esses dados ainda estão sendo contabilizados.<sup>579</sup>

Por isso, é de interesse social que se investigue as situações que, diante da judicialização da saúde, levam o STF a admitir ou refutar a adoção da Teoria da Reserva do Possível quando suscitada pela Administração Pública<sup>580</sup>, pois, em sendo admitida, poderá ocorrer do indivíduo não ter esse direito efetivado na medida de suas reais necessidades.

O STF é denominado de guardião da Constituição Federal, o que se dá por força do art. 102 da CF, e também é considerado como o órgão de cúpula do Poder Judiciário. Na condição de guardião da Constituição Federal, como regra, é quem dá a última palavra sobre a norma constitucional.

Assim como o STF, o Tribunal Constitucional Federal alemão também tem a última palavra em todas as questões concernentes à interpretação da Lei Fundamental<sup>581</sup>.

<sup>575</sup> “A saúde é uma questão que tem ocupado o centro das atenções de muitas pessoas, governos, empresas e comunidades. Além de corresponder a uma estado da vida [...] A sociedade espera que o setor saúde cuide das pessoas e das populações, mediante ações individuais e coletivas. Na medida em que a saúde tem sido reconhecida como o completo bem estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doença, o propósito almejado é que as pessoas possam ter uma vida com qualidade.” (PAIM, Jairnilson. O que é o SUS. [online]. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2009. Disponível na internet: <<http://books.scielo.org/id/jmpzg>> Acesso em 17 de junho de 2014)

<sup>576</sup> <http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?tipo=realizada#>

<sup>577</sup> <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/saude-e-meio-ambiente/forum-da-saude>

<sup>578</sup> [http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/relatorio\\_atualizado\\_da\\_resolucao107.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/relatorio_atualizado_da_resolucao107.pdf)

<sup>579</sup> <<http://www.youtube.com/watch?v=Cyow8n58eSY&list=PL812F8EEE53D3A440>>

<sup>580</sup> “Deveríamos saber como decidem os nossos tribunais, o que eles decidem e quais as consequências.” (VIEIRA, OSCAR VILHENA. in NOBRE, Marcos e alii. O que é pesquisa em Direito? São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 124)

<sup>581</sup> SCHWABE, JÜRGEN. Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Organizador: Leonardo Martins. Montevideo: Mastergraf, 2005, p. 29.

Nesse diapasão, foi visto que o direito a saúde é de garantia constitucional, e que a Teoria da Reserva do Possível é extraída de uma decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão.

Assim sendo, até por certa<sup>582</sup> simetria entre os tribunais acima apontados, optou-se por se apurar o entendimento do Poder Judiciário, sobre o direito à saúde e a reserva do possível, tomando-se por objeto de pesquisa as decisões do STF.

## 5.2 A PRÉ-ANÁLISE

Assim como no anterior, este capítulo tem por pressuposto as quatro dimensões da investigação social de Martin W. Bauer, George Gaskell e Nicholas C. Allum<sup>583</sup>, porque aqui o delineamento da pesquisa também foi feito com base no levantamento do referencial teórico, e em seguida foi feito o levantamento do *corpus* que traz os dados necessários para o deslinde dos problemas postos acima. Semelhante a análise do documento estudado no capítulo anterior, os dados aqui apresentados também foram tratados por meio da técnica de Análise de Conteúdo. E, após esses três momentos, espera-se que o presente estudo contribua para a construção de um mínimo de consenso quanto a admissão ou não, por parte do STF, da Teoria da Reserva do Possível, quando esta é suscitada pela Administração Pública para justificar o não atendimento da demanda sobre o direito à saúde. Espera-se ainda que essa pesquisa contribua para libertar os sujeitos da relação da insegurança jurídica que acima foi apresentada.

A pré-análise, conforme já aclarado, corresponde ao momento em que se faz a leitura flutuante sobre o material coletado, com o intuito de se definir o *corpus* da pesquisa, que será codificado para a análise propriamente dita. Nesse momento também se evidencia os objetivos e as hipóteses, bem como se identifica as

---

<sup>582</sup> Ao menos no que diz respeito à última palavra sobre a interpretação da norma constitucional. Deixando-se de lado, por não ser objeto do trabalho, a discussão sobre a natureza jurídica do STF, ou seja, se ele é uma Corte ou Tribunal Constitucional (ou órgão constitucional), uma Suprema Corte ou se goza dessas duas condições, por ter natureza híbrida.

<sup>583</sup> BAUER, Martin W., GASKELL, George e ALLUM, Nicholas C. Qualidade, quantidade e interesses do conhecimento evitando confusões. in BAUER, Martin W. / GASKELL, George. Pesquisa qualitativa com texto: imagem e som: um manual prático. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 19.

unidades de registro que serão, em outro momento, codificadas e classificadas em categorias temáticas<sup>584</sup>.

### 5.2.1 O Levantamento de Dados Quantitativos para a Constituição do *Corpus* da Análise de Conteúdo sobre as Decisões do STF

Desta feita, este capítulo apresenta o levantamento feito sobre a coleta de dados realizada em relação aos posicionamentos do STF sobre o direito à saúde e a reserva do possível, cujo objetivo foi identificar se a Teoria da Reserva do Possível vem sendo recepcionada pelo STF quando do julgamento de casos que envolvam o direito à saúde<sup>585</sup>. Nesse capítulo também se apresenta o desenvolvimento da pesquisa empírica<sup>586</sup>, que se deu com a análise dos acórdãos e casos concretos coletados.

Destarte, o trabalho aqui desenvolvido se dá pela pesquisa documental das decisões do STF, e se desenvolve sob a exploração de casos jurisprudenciais, ao tempo em que se explora, em certa medida, as correntes jurisprudenciais, o que permitirá identificar a posição do STF sobre o tema proposto e, por corolário, apurar o que lhe leva a adotar a respectiva posição<sup>587</sup>.

E, para tanto, buscou-se verificar em que medida (requisitos, condições, circunstâncias e fundamentação) a Teoria da Reserva do Possível é recepcionada pelo STF por meio das suas decisões judiciais, o que exigiu o exame e a

---

<sup>584</sup> Nas palavras de Maria Cecília de Souza Minayo “Consiste na escolha dos documentos a serem analisados; na retomada das hipóteses e dos objetivos iniciais da pesquisa, reformulando-as frente ao material coletado; e na elaboração de indicadores que orientem a interpretação final.” (MINAYO, Maria Cecília de Souza. O desafio do conhecimento: pesquisa qualitativa em saúde. São Paulo: HUCITEC, 2010, p. 209)

<sup>585</sup> Outrossim, como sustenta Salo de Carvalho, “o estudo de casos jurisprudenciais permite ao pesquisador dar concretude e vida ao seu trabalho” CARVALHO, Salo de. Como (não) se faz um trabalho de conclusão: provocação úteis para orientadores e estudantes de direito. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>586</sup> “na pesquisa empírica, o pesquisador vai mais diretamente aos eventos e fatos, sem intermediação de outro observador, investigando as variáveis de seu objeto e tentando explicá-las controladamente”. ADEODATO, João Maurício. Bases para uma metodologia da pesquisa em direito. Disponível em: <[http://www.idp.edu.br/component/docman/doc\\_download/363-bases-metodologia-direito-adeodato](http://www.idp.edu.br/component/docman/doc_download/363-bases-metodologia-direito-adeodato).> Acesso em: 02 de junho de 2014.

<sup>587</sup> “Entendo que são no mínimo duas as formas de trabalho possíveis com decisões judiciais: a exploração de temas a partir de correntes jurisprudenciais ou o estudo de casos jurisprudenciais de referência.” CARVALHO, Salo de. Como (não) se faz um trabalho de conclusão: provocação úteis para orientadores e estudantes de direito. São Paulo: Saraiva, 2013.

catalogação das mesmas, no intuito de compor o *corpus*<sup>588</sup> da pesquisa e de estabelecer, isto é, identificar, o atual cenário de recepção da Teoria da Reserva do Possível no âmbito do Poder Judiciário, e de averiguar a influencia dessa teoria na efetivação do direito fundamental à saúde.

Desta feita, foi realizada uma pesquisa *booleana* no site do STF, na área designada pesquisa jurisprudencial, disponível no respectivo portal<sup>589</sup>, com as seguintes unidades de registro<sup>590</sup> de pesquisa: “saúde” e “reserva do possível”, portanto, foi utilizado o operador lógico “E”<sup>591</sup> ou “And”<sup>592</sup> entre as unidades de registros aspeadas, com a intenção de localizar apenas as decisões que contassem simultaneamente com esses 02 (dois) registros.

A busca foi feita sob a pesquisa livre<sup>593</sup> e por data de julgamento, nas seguintes bases de jurisprudência: Acórdãos; Repercussão Geral; Súmulas Vinculantes; Súmulas; Decisões Monocráticas; Decisões da Presidência; Informativo e Questões de Ordem. Essas bases são tratadas como decisões na área de busca do portal e conta com todos os acórdãos exarados a partir de 1950, e no que diz respeito às decisões monocráticas e da presidência, a base de dados contém todas as decisões posteriores a 2008 e algumas decisões anteriores a este marco que foram previamente selecionadas pelo STF para compor o banco de pesquisa<sup>594</sup>.

A busca *booleana* foi realizada com a delimitação do período compreendido entre a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 e 09/04/2014, ou seja, foi feita a partir dos julgamentos compreendidos entre 05/10/1988 e 09/04/2014. A

<sup>588</sup> Outra definição de *corpus* é “uma coleção finita de materiais, determinada de antemão pelo analista, com (inevitável) arbitrariedade, e com a qual ele irá trabalhar” (Barthes, 1967: 96. Barthes, ao analisar textos, imagens, música e outros materiais como significantes da vida social, estende a noção de *corpus* de um texto para qualquer outro material. (BAUER, Martin W. / GASKELL, George. Pesquisa qualitativa com texto: imagem e som: um manual prático. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 44)

<sup>589</sup> <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>

<sup>590</sup> Ou marcadores conceituais, ou ainda palavras-chaves. CARVALHO, Salo de. Como (não) se faz um trabalho de conclusão: provocação úteis para orientadores e estudantes de direito. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>591</sup> <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaPesquisaGeral&pagina=ajudaPesquisaJurisprudencia&popup=S>>

<sup>592</sup> <<http://www.ibisweb.it/bcpb/pt-br/pages/help2.htm>>

<sup>593</sup> É recomendada para busca por palavras/expressões em qualquer lugar do documento da jurisprudência, conforme nota de esclarecimento na área de pesquisa livre.

<sup>594</sup> Os esclarecimentos em relação à composição da base de dados da pesquisa jurisprudencial foram obtidos por meio de consulta via e-mail para o endereço eletrônico [jurisprudencia@stf.jus.br](mailto:jurisprudencia@stf.jus.br) (Anexo-A), disponibilizado na página fale conosco, e no portal do STF, no seguinte endereço: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaPesquisaGeral&pagina=principal>>

pesquisa foi feita em 05 (quatro) momentos distintos, o primeiro em 10/05/2012; o segundo em 10/03/2013; o terceiro em 27/11/2013, o quarto em 21/03/2014 e o quinto em 09/04/2014, a primeira corresponde à data do início da pesquisa para o presente trabalho e a última é o marco temporal estabelecido como recorte temporal final para a análise das decisões em estudo, e as outras três foram escolhidas aleatoriamente, mas com o intuito de fornecer elementos para o teste de segurança dos resultados quantitativos da pesquisa.

Na presente pesquisa buscou-se delimitar como marco temporal o período compreendido entre a data da vigência da Constituição Federal de 1988 até a data utilizada como recorte final para o levantamento de dados no STF, tendo em vista que a partir da CF/88 o direito à saúde foi eleito à condição de direito fundamental. Assim sendo, a pesquisa foi feita sobre esse marco temporal, com o objetivo de localizar todas as decisões que versassem ao mesmo tempo sobre o direito à saúde e a Teoria da Reserva do Possível, portanto, foi desenvolvida sem que se fizesse qualquer especificação ou delimitação sobre qual espécie de serviço de saúde ocorreria o levantamento de dados. Por isso, salvo o marco temporal e as unidades de registros que serviram de guia para a busca *booleana*, esta foi feita indistintamente sobre toda a base da pesquisa jurisprudencial do STF. Essa opção metodológica foi feita com a intenção de extrair da análise o entendimento do STF sobre o serviço de saúde como um todo, isto é, sobre sua posição na admissão ou não da Teoria da Reserva do Possível para o serviço de saúde pública.

A pesquisa e a análise do *corpus* das decisões do STF, semelhante à averiguação da decisão alemã, também foi feita sob o olhar da técnica bardiniana da Análise de Conteúdo, e à luz dos estudos de Maria Laura Publisi Barbosa Franco, de Julia Maurmann Ximenes, Roque Moraes e Alessandra Matos de Araújo, que em trabalho próprio, conforme já mencionado, exploram essa técnica.

As pesquisas acima apontadas apresentaram os seguintes resultados quantitativos abaixo.

A pesquisa de jurisprudência no STF, sob os critérios acima, datada de 10/05/2012, formulada entre a entrada em vigor da CF, ou seja, 05/10/1988, até 10/05/2012, reportou que o acórdão mais antigo data de 21/05/2009 e o mais recente de 23/08/2011. E nesse período como decisão monocrática a mais antiga é de 29/04/2004 e a mais recente de 16/04/2012, e a decisão da presidência mais

antiga data de 08/05/2006 e a mais recente de 19/04/2011, com os seguintes resultados quantitativos:

Quadro 11 - Quantitativos da pesquisa jurisprudencial, de 10/05/2012, no STF.

ESPÉCIE DE DECISÃO	QUANTIDADE
ACÓRDÃOS	5 documentos encontrados
SÚMULAS	Nenhum documento encontrado
SÚMULAS VINCULANTES	Nenhum documento encontrado
DECISÕES MONOCRÁTICAS	67 documentos encontrados
DECISÕES DA PRESIDÊNCIA	33 documentos encontrados
QUESTÕES DE ORDEM	Nenhum documento encontrado
REPERCUSSÃO GERAL	Nenhum documento encontrado
INFORMATIVO	Nenhum documento encontrado

Elaborado pelo Autor

E a pesquisa de jurisprudência no STF de 10/03/2013, referente ao lapso temporal entre a entrada em vigor da CF até 10/03/2013, trouxe que o acórdão mais antigo data de 21/05/2009 e o mais recente de 05/02/2013. E que nesse período a decisão monocrática mais antiga é de 29/04/2004 e a mais recente de 06/03/2013; e a decisão da presidência mais antiga é de 08/05/2006 e a mais recente de 19/04/2011, cujo número de decisões apresentadas foi o seguinte:

Quadro 12 - Quantitativos da pesquisa jurisprudencial, de 10/03/2013, no STF.

ESPÉCIE DE DECISÃO	QUANTIDADE
ACÓRDÃOS	6 documentos encontrados
SÚMULAS	Nenhum documento encontrado
SÚMULAS VINCULANTES	Nenhum documento encontrado
DECISÕES MONOCRÁTICAS	83 documentos encontrados
DECISÕES DA PRESIDÊNCIA	33 documentos encontrados
QUESTÕES DE ORDEM	Nenhum documento encontrado
REPERCUSSÃO GERAL	Nenhum documento encontrado
INFORMATIVO	Nenhum documento encontrado

Elaborado pelo Autor

A pesquisa de jurisprudência no STF de 27/11/2013 reportou que entre a entrada em vigor da CF até 27/11/2013 o acórdão mais antigo data de 21/05/2009 e o mais recente de 29/10/2013, e como decisão monocrática a mais antiga é de 29/04/2004 e a mais recente de 05/11/2013, e a título de decisão da presidência a mais antiga tem data de 08/05/2006 e a mais recente de 13/11/2013. Essa pesquisa apontou os seguintes números de decisões:

Quadro 13 - Quantitativos da pesquisa jurisprudencial, de 27/11/2013, no STF.

ESPÉCIE DE DECISÃO	QUANTIDADE
ACÓRDÃOS	7 documentos encontrados
SÚMULAS	Nenhum documento encontrado
SÚMULAS VINCULANTES	Nenhum documento encontrado
DECISÕES MONOCRÁTICAS	109 documentos encontrados
DECISÕES DA PRESIDÊNCIA	35 documentos encontrados
QUESTÕES DE ORDEM	Nenhum documento encontrado
REPERCUSSÃO GERAL	Nenhum documento encontrado
INFORMATIVO	Nenhum documento encontrado

Elaborado pelo Autor

E a penúltima pesquisa de jurisprudência no STF, ou seja, a de 21/03/2014, apontou que da entrada em vigor da CF até essa data o acórdão mais remoto é de 21/05/2009 e o mais novo de 29/10/2013, a decisão monocrática mais antiga é a de 29/04/2004 e a mais recente de 13/03/2014, e a decisão da presidência mais longínqua data de 08/05/2006 e a mais próxima de 28/02/2014. Esses resultados estão compreendidos nos quantitativos abaixo:

Quadro 14 - Quantitativos da pesquisa jurisprudencial, de 21/03/2014, no STF.

ESPÉCIE DE DECISÃO	QUANTIDADE
ACÓRDÃOS	7 documentos encontrados
SÚMULAS	Nenhum documento encontrado
SÚMULAS VINCULANTES	Nenhum documento encontrado
DECISÕES MONOCRÁTICAS	118 documentos encontrados

DECISÕES DA PRESIDÊNCIA	36 documentos encontrados
QUESTÕES DE ORDEM	Nenhum documento encontrado
REPERCUSSÃO GERAL	Nenhum documento encontrado
INFORMATIVO	Nenhum documento encontrado

Elaborado pelo Autor

E a pesquisa de jurisprudência no STF que delimitou o marco temporal final do *corpus* da pesquisa, ou seja, a de 09/04/2014, além de permitir esse recorte, permitiu esclarecer que os acórdãos e as decisões monocráticas e da presidência só passam a estar disponíveis no banco de dados da pesquisa a partir da respectiva divulgação no Diário de Justiça<sup>595</sup>, pois nessa pesquisa evidenciou-se que o acórdão mais antigo que contém os termos pesquisados possui data de 14/04/2008 e não de 21/05/2009, e ele não vinha sendo reportado nos resultados das pesquisas anteriores porque só foi divulgado em 08/04/2014, no Diário de Justiça Eletrônico nº 70/2014-STF. Essa derradeira pesquisa ainda contribuiu para a confirmação da regularidade dos resultados quantitativos da pesquisa jurisprudencial, na medida em que confirmou que da entrada em vigor da CF até a última pesquisa, ou seja, a de 09/04/2014, a decisão monocrática mais remota é a de 29/04/2004 e a da presidência de 08/05/2006, bem como que o acórdão posterior ao de 14/04/2008 é o de 21/05/2009, o que permite concluir que o resultado da última pesquisa ratificou as pesquisas anteriores e corroborou para o teste de segurança dos resultados. Essa pesquisa também permitiu levantar qual foi o último acórdão, a última decisão monocrática e a última decisão da presidência proferida antes da data final da pesquisa, ao apontar as respectivas datas de 29/10/2013, 03/04/2014 e 28/02/2014. O resultado quantitativo desse levantamento de dados foi o seguinte:

Quadro 15 - Quantitativos da pesquisa jurisprudencial, de 09/04/2014, no STF.

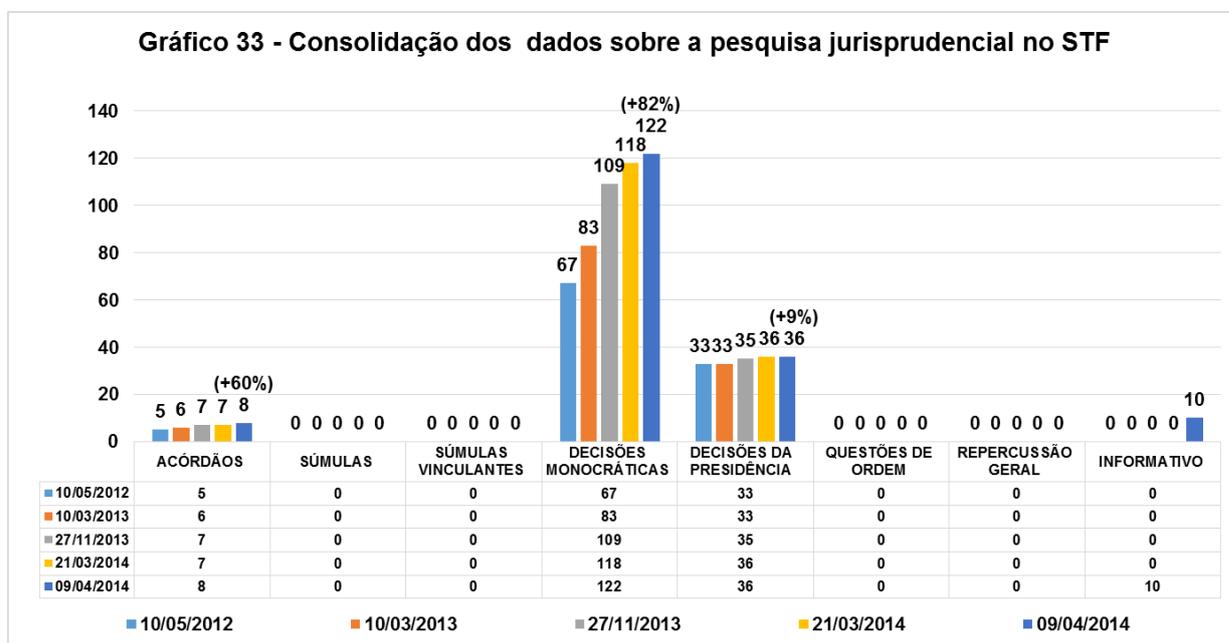
ESPÉCIE DE DECISÃO	QUANTIDADE
ACÓRDÃOS	8 documentos encontrados
SÚMULAS	Nenhum documento encontrado

<sup>595</sup> Essa informação também foi confirmada após consulta à Coordenadoria de Análise de Jurisprudência do STF, conforme e-mail constante no Anexo x.

SÚMULAS VINCULANTES	Nenhum documento encontrado
DECISÕES MONOCRÁTICAS	122 documentos encontrados
DECISÕES DA PRESIDÊNCIA	36 documentos encontrados
QUESTÕES DE ORDEM	Nenhum documento encontrado
REPERCUSSÃO GERAL	Nenhum documento encontrado
INFORMATIVO	10 documentos encontrados

Elaborado pelo Autor

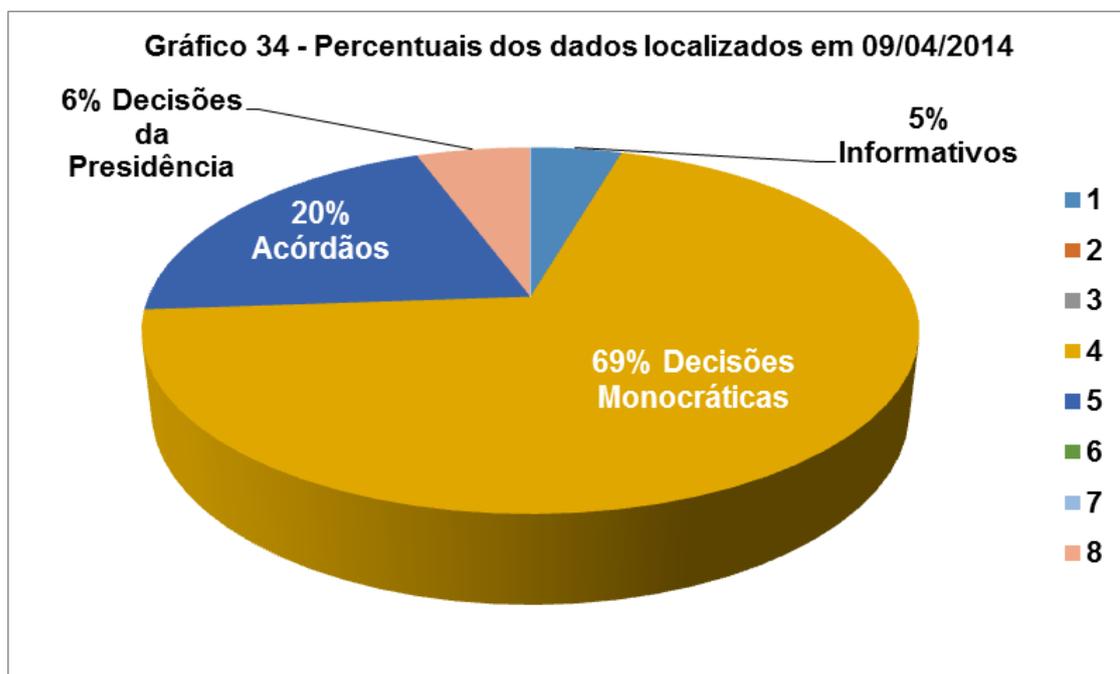
Apesar de não ser objeto da pesquisa os acórdãos anteriores à atual Constituição Federal, fez-se uma pesquisa com as unidades de registro na base de dados jurisprudencial do STF sem que fosse delimitado o período dos julgamentos e, curiosamente, não foi localizado nenhum acórdão anterior ao do agravo regimental na suspensão de tutela antecipada nº 223/PE, de 14/04/2008, assim, de acordo com a resposta desse banco de dados, ao menos em relação aos acórdãos divulgados, ainda que não houvesse a delimitação do marco temporal a resposta quantitativa seria a mesma.



Elaborado pelo Autor, a partir dos dados levantados na busca *booleana* na jurisprudência do STF

Tabulado os dados no gráfico 33, constata-se que entre o período de 10/05/2012, data da primeira pesquisa, e 09/04/2014, marco final da pesquisa, houve um crescimento de 60% de acórdãos, de 82% de decisões monocráticas e de 9% de decisões da presidência, envolvendo o tema saúde e reserva do possível.

Infere-se que o expressivo aumento do número de decisões monocráticas é decorrente da uniformização da jurisprudência do STF sobre as questões envolvendo simultaneamente o direito à saúde e a Reserva do Possível.



Elaborado pelo Autor, a partir dos dados levantados na busca *booleana* na jurisprudência do STF no dia 09/04/2014

O gráfico 34 corresponde ao quantitativo em percentual dos dados levantados na pesquisa que fechou o marco temporal da pesquisa, ou seja, de 09/04/2014, e estão representados abaixo:

### 5.2.2 O Levantamento de Dados Qualitativos para a Constituição do *Corpus* da Análise de Conteúdo sobre as Decisões do STF

Desenvolvido e demonstrado acima o levantamento quantitativo da pesquisa, pertinente é continuar a dar publicidade do caminho percorrido no estudo das decisões do STF, porque, nas palavras de Martin W. Bauer:

A documentação detalhada do processo de codificação assegura uma prestação pública de contas, e serve para que outros pesquisadores

possam reconstruir o processo caso queiram imitá-lo. A documentação é um ingrediente essencial da objetividade dos dados.<sup>596</sup>

Após o levantamento quantitativo acima, foi feito outro recorte para se estabelecer o *corpus* da pesquisa qualitativa, por isso, a partir da pesquisa quantitativa supra levantada, restringiu-se a pesquisa ao resultado da busca feita em 09/04/2014 e aos acórdãos presentes nesse momento. Portanto, os acórdãos que serviram inicialmente para a pesquisa qualitativa foram os que estão indicados no Quadro 16:

Quadro 16 - *Corpus* selecionados na pesquisa jurisprudencial de 09/04/2014 no STF.

Nº <i>corpus</i>	Recurso /Petição	Recorrente	Data do Julgado	Relator	Órgão Julgador	Resultado Decisão	Unidade de Registro
1	STA 223 AgR / PE	Estado PE	14/04/2008	Min. Celso de Mello	Tribunal Pleno	Provido por maioria	Reserva do possível e Saúde
2	Rcl 6568/ SP	Estado SP	21/05/2009	Min. Eros Grau	Tribunal Pleno	Procedente por unanimidade	Reserva do possível e Saúde
3	STA 175 AgR/ CE	União	17/03/2010	Min. Gilmar Mendes	Tribunal Pleno	Improvido por unanimidade	Reserva do possível e Saúde
4	SL 47 AgR/ PE	Estado PE	17/03/2010	Min. Gilmar Mendes	Tribunal Pleno	Improvido por unanimidade	Reserva do possível e Saúde
5	RE 368564/ DF	União	13/04/2011	Min. Marco Aurélio	Primeira Turma	Improvido por maioria	Reserva do possível e Saúde
6	ARE 639337 AgR/SP	Município SP	23/08/2011	Min. Celso de Mello	Segunda Turma	Improvido por unanimidade	Reserva do possível e Saúde
7	RE 642536 AgR/ AP	Estado AP	05/02/2013	Min. Luiz Fux	Primeira Turma	Improvido por unanimidade	Reserva do possível e Saúde

<sup>596</sup> BAUER, Martin W. Análise de conteúdo clássica: uma revisão. in. BAUER, Martin W. / GASKELL, George. Pesquisa qualitativa com texto: imagem e som: um manual prático. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 206.

8	RE 581352 AgR/ AM	Estado AM	29/10/2013	Min. Celso de Mello	Segunda Turma	Improvido por unanimidade	Reserva do possível e Saúde
---	----------------------------	--------------	------------	---------------------------	------------------	---------------------------------	-----------------------------------

Elaborado pelo Autor, a partir dos dados levantados na busca *booleana* na jurisprudência do STF no dia 09/04/2014

Assim, a partir do levantamento de dados de 09/04/2014, fez-se uma análise manual nos acórdãos encontrados nessa data, quando se realizou uma leitura flutuante sobre o material colhido, momento em que se fez a primeira leitura das decisões encontradas, com o intuito de identificar quais são as que, de fato, contém os elementos de registros indicados na pesquisa *booleana*, ou seja, “saúde” e “reserva do possível”, bem como quais tratam especificamente do direito à saúde e simultaneamente da reserva do possível.

Realizada a pesquisa manual em busca da localização das unidades de registro “saúde” e “reserva do possível”, constatou-se que dos 08 (oito) acórdãos encontrados na pesquisa informatizada, ou seja, *booleana*, 06 (seis) versam sobre a efetivação e a implementação do direito à saúde e tem, simultaneamente, a Teoria da Reserva do Possível como argumento de defesa da Administração Pública.

Destarte, feito o recorte manual do *corpus* da pesquisa, constatou-se que apenas os acórdãos indicados no quadro abaixo versam, especificamente, sobre lides que envolvem, simultaneamente, o direito à saúde e a Teoria da Reserva do Possível:

Quadro 17 - *Corpus* selecionados após o recorte manual sobre a pesquisa jurisprudencial de 09/04/2014 no STF.

Nº <i>corpus</i>	Recurso /Petição	Recorrente	Data do Julgado	Relator	Órgão Julgador	Resultado Decisão	Unidade de Registro
1	STA 223 AgR / PE	Estado PE	14/04/2008	Min. Celso de Mello	Tribunal Pleno	Provido por maioria	Reserva do possível e Saúde
3	STA 175 AgR/ CE	União	17/03/2010	Min. Gilmar Mendes	Tribunal Pleno	Improvido por unanimidade	Reserva do possível e Saúde
4	SL 47 AgR/ PE	Estado PE	17/03/2010	Min. Gilmar Mendes	Tribunal Pleno	Improvido por unanimidade	Reserva do possível e Saúde

5	RE 368564/ DF	União	13/04/2011	Min. Marco Aurélio	Primeira Turma	Improvido por maioria	Reserva do possível e Saúde
7	RE 642536 AgR/ AP	Estado AP	05/02/2013	Min. Luiz Fux	Primeira Turma	Improvido por unanimidade	Reserva do possível e Saúde
8	RE 581352 AgR/ AM	Estado AM	29/10/2013	Min. Celso de Mello	Segunda Turma	Improvido por unanimidade	Reserva do possível e Saúde

Elaborado pelo próprio autor

É interessante notar que as decisões que compõem o *corpus* da pesquisa são decorrentes tanto do Pleno como das Turmas do STF, o que permite se obter uma posição mais segura acerca do posicionamento desse Tribunal sobre a adoção da Teoria da Reserva do Possível frente ao pedido de efetivação do direito à saúde pública, haja vista que as decisões analisadas representam a posição do STF quer seja pelo Pleno ou pelas Turmas.

A pesquisa qualitativa, desenvolvida por meio da leitura flutuante, permitiu identificar que a Rcl 6568/SP - cujo acórdão compunha o *corpus* nº 2, da pesquisa quantitativa de 09/04/2014 (quadro 16) - versa sobre a greve dos policiais civis de SP, particularmente em relação à competência do Tribunal de Justiça-TJ e Tribunal Regional do Trabalho-TRT de SP para julgar o dissídio sobre a greve desses policiais. Nessa reclamação buscou-se a declaração da incompetência do TRT e a competência do TJ, com base na decisão de nº 712-MI, do STF, sobre o direito de greve dos servidores públicos e, na de nº 3395-ADI, também da Suprema Corte, sobre a incompetência da Justiça do Trabalho para dirimir conflitos entre servidores públicos e entes da Administração Pública. Nessa reclamação, a teor dos fundamentos do respectivo acórdão, foi reconhecida a impossibilidade de greve por parte dos policiais civis, bem como de outros servidores, como os militares e os do fisco e, além disso, foi reconhecida a incompetência do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região para dirimir a controvérsia. De igual sorte, essa leitura também trouxe que o ARE 639337 AgR/SP, apontado no Quadro 16, com a identificação de *corpus* nº 6, não versa, especificamente, sobre o direito à saúde, mas sim sobre o direito à educação, pois diz respeito aos direitos das crianças à educação infantil. Nessa demanda o Município de São Paulo foi demandado a

implementar o serviço de educação infantil em favor das crianças desse município, cujo pedido foi deferido pelo Supremo Tribunal Federal, ao negar provimento ao agravo regimental do Município.

Por uma opção metodológica, após uma leitura flutuante sobre os acórdãos acima apontados, fazendo-se um segundo recorte no *corpus* da pesquisa, estabeleceu-se que a segunda leitura qualitativa, também com base na Análise de Conteúdo, ocorreria apenas sobre dois acórdãos, ou seja, no da STA 223 AgR / PE e no do RE 581352 AgR/ AM. Portanto, esses acórdãos compõem a amostra filtrada para a análise.

A leitura flutuante também permitiu validar essa amostra das decisões do STF, na medida em que possibilitou a constatação de que os fundamentos das decisões se assemelham em relação à fundamentação jurídica.

Martin W. Bauer chama a atenção para a validade acima destacada, ao escrever que “com relação aos dados, devemos garantir que os códigos se refiram às palavras usadas no texto (validade semântica), e que a amostra represente o corpo inteiro do texto (validade da amostragem).”<sup>597</sup>

Nesse diapasão, a pesquisa qualitativa sobre o inteiro das decisões do STF<sup>598</sup>, com base na técnica da Análise de Conteúdo, restringe-se ao *corpus* nºs 1 e 8 da pesquisa quantitativa, por admitir-se que os mesmos são capazes de servir como amostra representativa do corpo das decisões do STF que versam sobre lides que envolvam simultaneamente o direito à saúde e a Teoria da Reserva do Possível, porque eles são, respectivamente, os acórdãos mais antigo e o mais atual encontrado no levantamento de dados, e porque se apurou na leitura flutuante que os fundamentos dos demais acórdãos se assemelham com os utilizados neles. Assim sendo, tem-se mais abaixo a transcrição dessas duas decisões.

Feito os esclarecimentos supra, espera-se ter atendido a seguinte orientação de Martin W. Bauer, George Gaskell e Nicholas C. Allum: “Toda pesquisa social empírica seleciona evidência para argumentar e necessita justificar a seleção que é

---

<sup>597</sup> BAUER, Martin W. Análise de conteúdo clássica: uma revisão. in. BAUER, Martin W. / GASKELL, George. Pesquisa qualitativa com texto: imagem e som: um manual prático. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 208.

<sup>598</sup> A pesquisa com base na íntegra das decisões proporciona uma maior compreensão sobre o entendimento do STF acerca da questão proposta. CARVALHO, Salo de. Como (não) se faz um trabalho de conclusão: provocação útil para orientadores e estudantes de direito. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 32

a base de investigação, descrição, demonstração, prova ou refutação de uma afirmação específica”<sup>599</sup>, ou seja, ter justificado adequadamente o motivo da delimitação do *corpus* da presente pesquisa. Outrossim, na constituição do *corpus* da presente análise espera-se ter alcançado a

Organização do material de tal forma que possa responder a algumas normas de validade: exaustividade (que contempla todos os aspectos levantados no roteiro); representatividade (que contenha a representação do universo pretendido); homogeneidade (que obedeça a critérios precisos de escolha em termos de temas, técnicas e interlocutores); pertinência (os documentos analisados devem ser adequados ao objetivo do trabalho).<sup>600</sup>

No intuito de não perder de vista o objeto da pesquisa, optou-se por não apresentar inferências que digam respeito a direitos que não guardem relação direta com o direito à saúde. Por isso, não será feita qualquer inferência<sup>601</sup> - quando da segunda leitura na análise de conteúdo das decisões selecionadas - por exemplo, sobre o direito à educação, segurança pública e moradia, ainda que as lides compreendidas nos acórdãos analisados também abordem esses direitos.

### 5.3 A EXPLORAÇÃO DO MATERIAL

Na exploração do material, a teor do já aclarado, ocorre a codificação do mesmo, tanto do próprio documento em análise como das unidades de registros apuradas, que são classificadas nas categorias temáticas elaboradas.

A numeração formulada nas linhas das decisões serve como código de identificação do respectivo texto, que está numerado aqui de acordo com a mesma sequência de linhas, inclusive as em branco, da decisão disponibilizada em formato “pdf” pelo STF. Essa codificação permite que se faça remissão ao texto cuja mensagem está sendo analisada sem que haja a necessidade de transcrição do mesmo posteriormente. De igual modo ao que se fez com as unidades de registro

---

<sup>599</sup> BAUER, Martin W., GASKELL, George e ALLUM, Nicholas C. Qualidade, quantidade e interesses do conhecimento evitando confusões. in BAUER, Martin W. / GASKELL, George. Pesquisa qualitativa com texto: imagem e som: um manual prático. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 39.

<sup>600</sup> MINAYO, Maria Cecília de Souza. O desafio do conhecimento: pesquisa qualitativa em saúde. São Paulo: HUCITEC, 2010, p. 209.

<sup>601</sup> “O termo inferência, preferido e adotado pelos anglo-saxões, corresponde ao termo italiano *illazione* (ilação)”. (COLARES, Virgínia. Linguagem & Direito. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2010. p. 300.)

durante a análise de conteúdo da decisão alemã, aqui as unidades também serão codificadas.

Nesta análise, isto é, na análise de conteúdo sobre as decisões do STF, a delimitação do *corpus* do documento também ocorreu na pré-análise, porém, semelhante à opção feita na análise da decisão alemã, optou-se por transcrevê-lo em anexo. Assim sendo, o do *corpus* nº 1 está constituído como Anexo C e o do *corpus* nº 8 como Anexo D. Os grifos e negritos do inteiro teor das decisões foram omitidos na transcrição da mesma. E, muito embora a decisão seja pública, com o intento de preservar a imagem dos particulares envolvidos no caso, também foi omitido o nome dos particulares que de alguma forma foram citados na decisão, quer como parte ou qualquer outra condição, ressaltando-se apenas os que funcionaram como agentes do Estado.

Desta feita, tal qual a Análise de Conteúdo da decisão alemã, aqui também se traz dois quadros, um com as categorias temáticas e outro com as unidades de registros. Assim sendo, no quadro 18 estão dispostas as categorias temáticas e no 19 as unidades de registros.

As categorias temáticas são constituídas a partir de perguntas-problemas sobre o tema em questão.

Quadro 18 - Categorias Temáticas do *corpus* nº 1 (Acórdão do STA 223 AgR / PE)

CATEGORIAS TEMÁTICAS	
A	Quais são os fundamentos do autor em relação ao direito à saúde?
B	Quais são os fundamentos do Estado para justificar a sua negativa em implementar o direito à saúde nos moldes postulados pelo autor?
C	Quais são os fundamentos que foram utilizados pelo STF para proferir sua posição acerca da possibilidade da Reserva do Possível limitar o direito à saúde?
D	Quais são as condições que são necessárias para a admissão da Reserva do Possível?

Elaborado pelo Autor

As unidades de registros são constituídas por fragmentos do texto da respectiva decisão a ser analisada, que foram recortados a partir da leitura e das inferências que emergiram das próprias unidades. No Quadro-19 estão postos os recortes dos *corpus* que foram identificados como unidades de registros, que

receberam codificação como fragmentos, os quais estão numerados e dispostos na ordem em que passaram a emergir da leitura, os fragmentos também preservam a codificação atribuída às respectivas linhas do inteiro teor do *corpus*, por isso, a numeração entre parênteses diz respeito à codificação atribuída as respectivas linhas do material em análise.

Quadro 19 - Unidades de Registros do *corpus* nº 1 (Acórdão do STA 223 AgR / PE)

UNIDADES DE REGISTROS	
Fragmento 1 (1 a 23 e 192 a 202)	<p>14/04/2008 TRIBUNAL PLENO AG.REG. NA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA 223 PERNAMBUCO RELATORA ORIGINÁRIA : MINISTRA PRESIDENTE REDATOR PARA O : MIN. CELSO DE MELLO ACÓRDÃO AGTE.(S) : [...] ADV.(A/S) : [...] AGDO.(A/S) : ESTADO DE PERNAMBUCO ADV.(A/S) : PGE-PE - SÉRGIO AUGUSTO SANTANA SILVA E M E N T A: VÍTIMA DE ASSALTO OCORRIDO EM REGIÃO DO ESTADO DE PERNAMBUCO AO QUAL SE ATRIBUI OMISSÃO NO DESEMPENHO DA OBRIGAÇÃO DE OFERECER À POPULAÇÃO LOCAL NÍVEIS EFICIENTES E ADEQUADOS DE SEGURANÇA PÚBLICA – PRÁTICA CRIMINOSA QUE CAUSOU TETRAPLEGIA À VÍTIMA E QUE LHE IMPÔS, PARA SOBREVIVER, DEPENDÊNCIA ABSOLUTA EM RELAÇÃO A SISTEMA DE VENTILAÇÃO PULMONAR ARTIFICIAL – NECESSIDADE DE IMPLANTAÇÃO DE MARCAPASSO DIAFRAGMÁTICO INTRAMUSCULAR (MARCAPASSO FRÊNICO) – RECUSA DO ESTADO DE PERNAMBUCO EM VIABILIZAR A CIRURGIA DE IMPLANTE DE REFERIDO MARCAPASSO, A DESPEITO DE HAVER SUPOSTAMENTE FALHADO EM SEU DEVER CONSTITUCIONAL DE PROMOVER AÇÕES EFICAZES E ADEQUADAS DE SEGURANÇA PÚBLICA EM FAVOR DA POPULAÇÃO LOCAL (CF, art. 144, “caput”) - DISCUSSÃO EM TORNO DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO (CF, art. 37, § 6º) – TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO</p> <p>Antes de ingressar na análise propriamente dita do presente recurso, verifico nos autos que o agravante, em 16.07.2007, propôs, perante o Juízo de Direito da 3a. Vara dos Feitos da Fazenda Pública da Comarca de Recife/PE (Processo n.º 001.2007.043289-0), Ação de Indenização por Perdas e Danos Morais e Materiais com pedido de antecipação de tutela.</p> <p>Objetiva, em sede de tutela antecipada, a responsabilização do Estado de Pernambuco pelo "custo decorrente da cirurgia de implante diafragmático que devolverá ao autor a condição de respirar sem a dependência do respirador mecânico,</p>
Fragmento 2 (232 a 233)	Nesse contexto, o ilustre magistrado, em 14.08.2007, indeferiu o pedido de antecipação de tutela, tendo em vista "a
Fragmento 3 (240 a 246)	O ora agravante interpôs, em 20.08.2007, recurso de Agravo de Instrumento perante o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco (Processo n.º 0157690-9), obtendo de seu relator, em 11.10.2007, parcial provimento para que o Estado de Pernambuco, "incontinenti, pague todas as despesas necessárias à realização da cirurgia em comento, na forma e com o profissional requerido pela parte agravante" (fls. 1.067/1.069).

<p>Fragmento 4 (26 a 27; 254 a 256; 266 a 269 e 420 a 421)</p>	<p>DESEMBARGADOR RELATOR DO PROCESSO – SUSPENSÃO DE EFICÁCIA DESSA DECISÃO POR ATO DA PRESIDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – MEDIDA</p> <p>3. Nesse contexto, o Estado de Pernambuco, ingressou perante esta Suprema Corte, em 10.03.2008, com o presente pedido de suspensão de tutela antecipada.</p> <p>4. Diante da decisão proferida por esta Presidência em 12.03.2008, que, a pedido do Estado de Pernambuco, suspendeu a execução da decisão inicialmente proferida pelo relator do Agravo de Instrumento n.º 0157690-9, em trâmite perante o egrégio Tribunal de para suspender a execução da decisão interlocutória proferida pelo MM. Desembargador Relator do</p>
<p>Fragmento 5 (343 a 345)</p>	<p>6. Em atenção a esse despacho, o interessado interpôs novo pedido de reconsideração e recurso de agravo regimental, instruindo o presente feito com os documentos de fls. 1.541 a 1.614.</p>
<p>Fragmento 6 (29 a 31, 134 a 147, 144 a 152 e 176 a 179)</p>	<p>PRESSUPOSTOS – DIREITO À VIDA E À SAÚDE - DEVER ESTATAL DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL (CF, arts. 196 e 197) – OBRIGAÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE AO</p> <p>b) a existência de manifestação da Secretaria de Saúde do Estado de Pernambuco (fls. 1601/1602), datada em 25.07.2007, de onde se depreende que "não há tratamento similar ou alternativo que substitua o implante diafragmático ora requerido" (fl. 1.532);</p> <p>c) a inexistência, no Brasil, de profissional habilitado, "capaz de desenvolver esse tipo de procedimento com segurança", o que justificaria a "necessidade de o Dr. [...] executar a cirurgia em questão" (fls. 1.532 e 1.541);</p> <p>d) a impossibilidade de fornecimento de garantias pelo êxito absoluto do procedimento cirúrgico, por se tratar de uma obrigação "de meios e não de resultado", imposta pelas limitações da ciência médica (fl. 1.532);</p> <p>d) a impossibilidade de fornecimento de garantias pelo êxito absoluto do procedimento cirúrgico, por se tratar de uma obrigação "de meios e não de resultado", imposta pelas limitações da ciência médica (fl. 1.532);</p> <p>e) a necessidade urgente da intervenção cirúrgica pretendida, haja vista a possibilidade de ocorrência de graves e irreparáveis danos à saúde e à vida do interessado, ocorrendo, pois, o denominado perigo de dano inverso (fls. 1.532/1.533);</p> <p>Ao final, pugna pela observância do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, em conformidade com os arts. 1.º; 37, § 6.º e 144 da Constituição da República (fls. 1.536/1.537).</p>
<p>Fragmento 7 (37 e 42 a 44)</p>	<p>REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) – A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCAÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDER COMPROMETER O NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197) – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES</p>
<p>Fragmento 8 (359 a 361)</p>	<p>jurídica da resistência oposta pelo Estado, mormente pela alegação de ofensa direta aos arts. 100, 167, inciso II, e 196 da Constituição Federal e contrariedade ao disposto no art. 2.º-B, da Lei n.º 9.494/97,</p>

Fragmento 9 (364 a 366)	9. Para tanto, destaco excerto da decisão agravada, proferida à luz dos artigos 4o da Lei 8.437/92 e 1o da Lei 9.494/97, que, ao meu entender, representa o núcleo de sua fundamentação:
Fragmento 10 (374 a 379 e 639 a 653)	<p>18.5.2001, dentre outros), entendo que a decisão em tela, ao determinar, monocrática e incidentalmente, o imediato pagamento da importância de R\$279.000,00 (duzentos e setenta e nove mil reais), descumpriu o que dispõe o art. 100 da Constituição da República.</p> <p>18. Encontra-se também devidamente demonstrada a ocorrência de grave lesão à ordem pública, em sua acepção jurídicoconstitucional e jurídico-processual, porquanto a tutela antecipada de mérito, ao determinar o imediato pagamento de "todas as despesas necessárias à realização da cirurgia em comento, na forma e com o profissional requerido pela parte Agravante" (fls. 1.067/1.069), inclusive com o repasse direto do valor depositado em juízo à conta bancária no exterior do médico eleito pelos familiares do agravante, descumpriu o que dispõem os arts. 100 da Constituição da República e 2º.-B da Lei n.º 9.494/97.</p> <p>É que a disciplina constitucional do processo de execução por quantia certa contra a Fazenda Pública torna imprescindível a expedição de precatório, qualquer que seja a natureza do crédito exequendo.</p>
Fragmento 11 (380 a 389)	Ademais, a determinação judicial para pagamento imediato de todas as despesas necessárias para a realização da cirurgia pleiteada, inclusive com o repasse direto do valor depositado pelo Estado requerente à conta bancária no exterior do médico eleito pelos familiares do impetrante (Ofícios de fls. 418 a 424), contraria o disposto no artigo 2º.-B da Lei n.º 9.494/97, que proíbe a execução provisória de julgados contra o Poder Público.
Fragmento 12 (396 a 417)	<p>5. Ademais, cumpre ter presente que o procedimento pretendido pelos familiares do impetrante e desenvolvido por um grupo de pesquisadores da Universidade de Yale - EUA, para implantação de um Marcapasso Diafragmático Muscular (MDM), conforme informações e laudos médicos apresentados pelo Secretário Executivo de Vigilância e Saúde do Estado de Pernambuco, 'encontra-se em fase experimental e ainda não foi aprovado pelo FDA - órgão americano que regulamenta o uso de drogas, equipamentos e materiais na área médica' (fls. 339/346).</p> <p>6. Há que se considerar, finalmente, que a decisão objeto do presente pedido de contracautela representa grave lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto permite a realização de cirurgia de alto custo não contemplada no Sistema Único de Saúde (fl. 339), sem qualquer instauração de procedimento administrativo ou avaliação médica credenciada para tanto.</p>
Fragmento 13 (545 e 552)	15. Tenho sustentado que pedidos de contracautela formulados em situações relacionadas ao pagamento de tratamentos, cirurgias e medicamentos a pacientes devem ser analisados, caso a caso, de forma concreta, e não de forma abstrata e genérica. Certo, ainda, que as decisões proferidas em pedido de suspensão, nesse tema, restringem-se ao caso específico analisado, não se estendendo os seus efeitos e as suas razões a outras hipóteses, por se tratar de medida tópica, pontual.
Fragmento 14 (559 a 566)	16. É preciso convir, no entanto, que a determinação para que o Estado de Pernambuco, "incontinenti, pague todas as despesas necessárias à realização da cirurgia em comento, na forma e com o profissional requerido pela parte agravante" (fls. 1.067/1.069), defronta-se especialmente com o conceito de ordem pública administrativa, a qual exige verificação, "ao menos, da aparente legalidade da postura da Administração que a decisão a suspender põe em risco"8.
Fragmento 15	"(...) Se a liminar pode constituir ameaça de grave lesão à ordem estabelecida para a ação da Administração Pública, por força de lei, nas suas múltiplas manifestações,

(573 a 584)	cabe ser suspensa sua eficácia pelo Presidente do Tribunal. Não pode, em verdade, o juiz decidir contra a lei. Se esta prevê determinada forma para a prática do ato administrativo, não há o juiz, contra disposição normativa, de coactar a ação do Poder Executivo, sem causa legítima. Fazendo-o, atenta contra a ordem estabelecida, em lei, para os atos da Administração."
Fragmento 16 (592 a 637)	<p>Afora os documentos que representam, em essência, a manifestação do desejo dos familiares em proceder com a referida intervenção cirúrgica (fls. 1.541; 1.543 a 1.547; 1.589 a 1.590 e 1.603), verifico que não consta dos autos qualquer avaliação clínica prévia, capaz de aferir, de maneira segura e adequada, a viabilidade técnica ou mesmo a prescrição clínica para que o paciente, ora agravante, submeta-se ao procedimento cirúrgico pleiteado.</p> <p>Pelo contrário, colho do relatório de auditoria médica realizada pela Secretaria Estadual da Saúde, de 25.07.2007, que: "(...) É necessário realizar um estudo na função bilateral dos {nervos} frênicos, com um estudo da força frênica bilateral. Há relatos evidenciando que o risco cirúrgico na implantação desse marcapasso em pacientes tetraplégicos é maior, (...), como é o caso do paciente". E conclui: "por se tratar de um procedimento incipiente, de custo elevado, não oferecendo garantias de sucesso e ainda em fase experimental, (...). O Procedimento ainda não consta no rol de procedimentos da ANS, (...), tendo sido inclusive negado pela operadora de saúde (...), da qual o paciente é usuário" (fl. 1.602-Grifei).</p> <p>No mesmo sentido, consta dos autos o parecer técnico, da lavra do Dr. [...], de 10.01.2008, em que esclarece: "1 - o procedimento em tela vem sendo aperfeiçoado há mais de 30 anos e, até o presente momento, não foi evidenciada a efetividade do tratamento proposto, sendo ainda utilizado apenas em caráter experimental." E conclui: "2 - na observância do quadro clínico do paciente e mesmo sendo o procedimento experimental, o paciente não preencheria os requisitos mínimos, básicos para sua aplicabilidade no caso em tela" (fl. 342 - Grifei).</p> <p>Finalmente, o Secretário Executivo de Gestão e Vigilância em Saúde daquele Estado, em nota técnica sobre o tema, conclui: "(...), os arts. 124 e 130 do Código de Ética Médica explicitam que indicações sem resolutividade garantida em pacientes com afecções incuráveis são terminantemente proibidas, considerando não existir evidências clínicas de segurança e cura" (fls. 339/341 - Grifei).</p> <p>Persistem, nesse aspecto, severas dúvidas quanto a viabilidade técnica do procedimento, bem como a sua prescrição clínica ao agravante, requisitos que são também exigidos pela agência americana "Food and Drug Administration - FDA", que impõe condições restritas ao procedimento, conforme se depreende da correspondência encaminhada para a [...], em 03.03.1998, fls. 1.605/1.607.</p>
Fragmento 17 (592 a 637)	<p>Afora os documentos que representam, em essência, a manifestação do desejo dos familiares em proceder com a referida intervenção cirúrgica (fls. 1.541; 1.543 a 1.547; 1.589 a 1.590 e 1.603), verifico que não consta dos autos qualquer avaliação clínica prévia, capaz de aferir, de maneira segura e adequada, a viabilidade técnica ou mesmo a prescrição clínica para que o paciente, ora agravante, submeta-se ao procedimento cirúrgico pleiteado.</p> <p>Pelo contrário, colho do relatório de auditoria médica realizada pela Secretaria Estadual da Saúde, de 25.07.2007, que: "(...) É necessário realizar um estudo na função bilateral dos {nervos} frênicos, com um estudo da força frênica bilateral. Há relatos evidenciando que o risco cirúrgico na implantação desse marcapasso em pacientes tetraplégicos é maior, (...), como é o caso do paciente". E conclui: "por se tratar de um procedimento incipiente, de custo elevado, não oferecendo garantias de sucesso e ainda em fase experimental, (...). O Procedimento ainda não consta no rol de procedimentos da ANS, (...), tendo sido inclusive negado pela operadora de</p>

	<p>saúde (...), da qual o paciente é usuário" (fl. 1.602-Grifei).</p> <p>No mesmo sentido, consta dos autos o parecer técnico, da lavra do Dr. [...], de 10.01.2008, em que esclarece: "1 - o procedimento em tela vem sendo aperfeiçoado há mais de 30 anos e, até o presente momento, não foi evidenciada a efetividade do tratamento proposto, sendo ainda utilizado apenas em caráter experimental." E conclui: "2 - na observância do quadro clínico do paciente e mesmo sendo o procedimento experimental, o paciente não preencheria os requisitos mínimos, básicos para sua aplicabilidade no caso em tela" (fl. 342 - Grifei).</p> <p>Finalmente, o Secretário Executivo de Gestão e Vigilância em Saúde daquele Estado, em nota técnica sobre o tema, conclui: "(...), os arts. 124 e 130 do Código de Ética Médica explicitam que indicações sem resolutividade garantida em pacientes com afecções incuráveis são terminantemente proibidas, considerando não existir evidências clínicas de segurança e cura" (fls. 339/341 - Grifei).</p> <p>Persistem, nesse aspecto, severas dúvidas quanto a viabilidade técnica do procedimento, bem como a sua prescrição clínica ao agravante, requisitos que são também exigidos pela agência americana "Food and Drug Administration - FDA", que impõe condições restritas ao procedimento, conforme se depreende da correspondência encaminhada para a [...], em 03.03.1998, fls. 1.605/1.607.</p>
<p>Fragmento 18 (724 a 740)</p>	<p>O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Peço vênua, Senhora Presidente, para dissentir do voto proferido por Vossa Excelência, fazendo-o com apoio nas cláusulas constitucionais que consagram a inviolabilidade do direito à vida (CF, art. 5º, "caput"), a proteção ao direito à saúde (CF, art. 196) e o reconhecimento do direito à segurança pública (CF, art. 144, "caput").</p> <p>Acentuo, desde logo, que a essencialidade do direito à saúde (CF, art. 196) – que representa projeção derivada do direito à vida (RE 393.175-AgR/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.) - fez com que o legislador constituinte qualificasse, como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde (CF, art. 197), em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anormalmente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante.</p>
<p>Fragmento 19 (742 a 751)</p>	<p>Impõe-se examinar, portanto, a questão central da presente causa e verificar se se revela possível ao Judiciário, sem que incorra em ofensa ao postulado da separação de poderes, determinar a adoção, pelo Estado de Pernambuco, porque qualificado pelo agravante como omissor no adimplemento de políticas públicas constitucionalmente estabelecidas em matéria de saúde e de segurança pública, de medidas ou providências destinadas a assegurar, concretamente, ao ora recorrente, [...], o acesso e o gozo de direitos afetados pela inexecução governamental de deveres jurídico-constitucionais.</p>
<p>Fragmento 20 (753 a 844)</p>	<p>Observo, quanto a esse tema, que, ao julgar a ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, proferi decisão assim ementada (Informativo/STF nº 345/2004):</p> <p>“ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBITRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA ‘RESERVA DO</p>

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

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

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

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

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

- Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em conseqüência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional.

Desse ‘non facere’ ou ‘non praestare’, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.

.....  
- A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.” (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

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

Impende assinalar, contudo, que a incumbência de fazer implementar políticas públicas fundadas na Constituição poderá atribuir-se, ainda que excepcionalmente, ao Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político- jurídicos que sobre eles incidem em caráter vinculante, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos

	individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie ora em exame.
Fragmento 21 (853 a 856)	Mais do que nunca, é preciso enfatizar que o dever estatal de atribuir efetividade aos direitos fundamentais, de índole social, qualifica-se como expressiva limitação à discricionariedade administrativa.
Fragmento 15 (884 a 896)	<p>Como demonstrado no item anterior, o administrador público está vinculado à Constituição e às normas infraconstitucionais para a implementação das políticas públicas relativas à ordem social constitucional, ou seja, própria à finalidade da mesma: o bem-estar e a justiça social.</p> <p>.....</p> <p>Conclui-se, portanto, que o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional, pois tal restou deliberado pelo Constituinte e pelo legislador que elaborou as normas de integração.</p>
Fragmento 23 (858 a 866 e 898 a 904)	<p>Isso significa que a intervenção jurisdicional, justificada pela ocorrência de arbitrária recusa governamental em conferir significação real ao direito à saúde, tornar-se-á plenamente legítima (sem qualquer ofensa, portanto, ao postulado da separação de poderes), sempre que se impuser, nesse processo de ponderação de interesses e de valores em conflito, a necessidade de fazer prevalecer a decisão política fundamental que o legislador constituinte adotou em tema de respeito e de proteção ao direito à saúde.</p> <p>Cabe referir, neste ponto, ante a extrema pertinência de suas observações, a advertência de LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN, ilustre Procuradora Regional da República (“Políticas Públicas – A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público”, p. 59, 95 e 97, 2000, Max Limonad), cujo magistério, a propósito da limitada discricionariedade governamental em tema de concretização das políticas públicas constitucionais, corretamente assinala:</p> <p>“Nesse contexto constitucional, que implica também na renovação das práticas políticas, o administrador está vinculado às políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal; a sua omissão é passível de responsabilização e a sua margem de discricionariedade é mínima, não contemplando o não fazer.</p> <p>.....</p> <p>Como demonstrado no item anterior, o administrador público está vinculado à Constituição e às normas infraconstitucionais para a implementação das políticas. As dúvidas sobre essa margem de discricionariedade devem ser dirimidas pelo Judiciário, cabendo ao Juiz dar sentido concreto à norma e controlar a legitimidade do ato administrativo (omissivo ou comissivo), verificando se o mesmo não contraria sua finalidade constitucional, no caso, a concretização da ordem social constitucional.” (grifei)</p>
Fragmento 24 (1244 a 1249)	É que, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário (de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito), inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos.
Fragmento 25 (906 a 926)	Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York; ANA PAULA DE BARCELLOS, “A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais”, p. 245/246, 2002, Renovar; FLÁVIO GALDINO, “Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos”, p. 190/198, itens ns. 9.5 e 9.6, e p. 345/347, item n. 15.3, 2005, Lumen Juris), notadamente em sede de efetivação e implementação (usualmente onerosas) de determinados direitos cujo

	<p>adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.</p> <p>Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.</p>
<p>Fragmento 26 (928 a 944)</p>	<p>Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência (ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Informativo/STF nº 345/2004).</p> <p>Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Poder Público, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.</p>
<p>Fragmento 27 (946 a 956)</p>	<p>Tratando-se de típico direito de prestação positiva, que se subsume ao conceito de liberdade real ou concreta, a proteção à saúde – que compreende todas as prerrogativas, individuais ou coletivas, referidas na Constituição da República (notadamente em seu art. 196) – tem por fundamento regra constitucional cuja densidade normativa não permite que, em torno da efetiva realização de tal comando, o Poder Público disponha de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação, e de cujo exercício possa resultar, paradoxalmente, com base em simples alegação de mera conveniência e/ou oportunidade, a nulificação mesma dessa prerrogativa essencial</p>
<p>Fragmento 28 (853 a 856 e 884 a 896)</p>	<p>Mais do que nunca, é preciso enfatizar que o dever estatal de atribuir efetividade aos direitos fundamentais, de índole social, qualifica-se como expressiva limitação à discricionariedade administrativa.</p> <p>Como demonstrado no item anterior, o administrador público está vinculado à Constituição e às normas infraconstitucionais para a implementação das políticas públicas relativas à ordem social constitucional, ou seja, própria à finalidade da mesma:</p> <p>o bem-estar e a justiça social.</p> <p>.....</p> <p>Conclui-se, portanto, que o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional, pois tal restou deliberado pelo Constituinte e pelo legislador que elaborou as normas de integração.</p>
<p>Fragmento 29 (1223 a 1232)</p>	<p>Tenho para mim, desse modo, presente tal contexto, que o Estado de Pernambuco, no caso, não poderá demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhe foi outorgado pelo art. 196, da Constituição, e que representa – como anteriormente já acentuado – fator de limitação da discricionariedade político-administrativa do Poder Público, cujas opções, tratando-se de proteção à saúde, não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social, de que é legítimo titular o Senhor [...], parte ora agravante.</p>

<p>Fragmento 30 (1086 a 1094)</p>	<p>Na realidade, o cumprimento do dever político--constitucional consagrado no art. 196 da Lei Fundamental do Estado, consistente na obrigação de assegurar, a todos, a proteção à saúde, representa fator, que, associado a um imperativo de solidariedade social, impõe-se ao Poder Público, qualquer que seja a dimensão institucional em que atue no plano de nossa organização federativa.</p> <p>A impostergabilidade da efetivação desse dever constitucional justifica o acolhimento do pleito que o ora agravante</p>
<p>Fragmento 31 (1135 a 1138)</p>	<p>O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro (JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, “Comentários à Constituição</p>
<p>Fragmento 32 (1097 a 1133)</p>	<p>Tal como pude enfatizar em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet 1.246/SC), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde – que se qualifica como direito subjetivo inalienável a todos assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, “caput”, e art. 196) – ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo, uma vez configurado esse dilema, que razões de ordem ético-jurídica impõem, ao julgador, uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas.</p> <p>Essa relação dilemática, que se instaura na presente causa, conduz os Juízes deste Supremo Tribunal a proferir decisão que se projeta no contexto das denominadas “escolhas trágicas” (GUIDO CALABRESI e PHILIP BOBBITT, “Tragic Choices”, 1978, W. W. Norton &amp; Company), que nada mais exprimem senão o estado de tensão dialética entre a necessidade estatal de tornar concretas e reais as ações e prestações de saúde em favor das pessoas, de um lado, e as dificuldades governamentais de viabilizar a alocação de recursos financeiros, sempre tão dramaticamente escassos, de outro.</p> <p>Mas, como precedentemente acentuado, a missão institucional desta Suprema Corte, como guardião da superioridade da Constituição da República, impõe, aos seus Juízes, o compromisso de fazer prevalecer os direitos fundamentais da pessoa, dentre os quais avultam, por sua inegável precedência, o direito à vida e o direito à saúde.</p> <p>Cumprir não perder de perspectiva, por isso mesmo, que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível, assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar.</p>
<p>Fragmento 33 (1147 a 1154)</p>	<p>Nesse contexto, incide, sobre o Poder Público, a gravíssima obrigação de tornar efetivas as ações e prestações de saúde, incumbindo-lhe promover, em favor das pessoas e das comunidades, medidas – preventivas e de recuperação –, que, fundadas em políticas públicas idôneas, tenham por finalidade viabilizar e dar concreção ao que prescreve, em seu art. 196, a Constituição da República, tal como este Supremo Tribunal tem reiteradamente reconhecido:</p>
<p>Fragmento 34 (1126 a 1133 e 1214)</p>	<p>Cumprir não perder de perspectiva, por isso mesmo, que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível, assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira</p>

a 1221)	<p>responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar.</p> <p>Não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito – como o direito à saúde – se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional.</p>
Fragmento 35 (1192 a 1199 e 1214 a 1221)	<p>O sentido de fundamentalidade do direito à saúde (CF, arts. 6º e 196) – que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas – impõe, ao Poder Público, um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional.</p> <p>Não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito – como o direito à saúde – se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional.</p>
Fragmento 36 (1237 e 1238)	<p>notadamente em face da jurisprudência que se formou, no Supremo Tribunal Federal, sobre a questão ora em análise.</p>
Fragmento 37 (1244 a 1249)	<p>É que, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário (de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito), inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos.</p>
Fragmento 38 (1251 a 1256)	<p>Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivam restaurar a Constituição violada pela inércia dos Poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão institucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República.</p>
Fragmento 39 (1258 a 1266)	<p>A colmatação de omissões inconstitucionais, realizada em sede jurisdicional, notadamente quando emanada desta Corte Suprema, torna-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.</p>
Fragmento 40 (1268 a 1280)	<p>O fato inquestionável é um só: a inércia estatal em tornar efetivas as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela Constituição e configura comportamento que revela um incompreensível sentimento de despreço pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República.</p> <p>Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição sem a</p>

	vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem convenientes aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.
Fragmento 41 (1312 a 1322)	“(…) DESCUMPRIMENTO DE IMPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL LEGIFERANTE E DESVALORIZAÇÃO FUNCIONAL DA CONSTITUIÇÃO ESCRITA. - O Poder Público – quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de legislar, imposto em cláusula constitucional, de caráter mandatório – infringe, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional (ADI 1.484-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO).
Fragmento 42 (1336 a 1345)	Em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente nas áreas de educação infantil (RTJ 199/1219-1220) e de saúde pública (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213), a Corte Suprema brasileira tem proferido decisões que neutralizam os efeitos nocivos, lesivos e perversos resultantes da inatividade governamental, em situações nas quais a omissão do Poder Público representava um inaceitável insulto a direitos básicos assegurados pela própria Constituição da República, mas cujo exercício estava sendo inviabilizado por contumaz (e irresponsável) inércia do aparelho estatal.
Fragmento 43 (1347 a 1352)	O Supremo Tribunal Federal, em referidos julgamentos, colmatou a omissão governamental, conferiu real efetividade a direitos essenciais, dando-lhes concreção, e, desse modo, viabilizou o acesso das pessoas à plena fruição de direitos fundamentais, cuja realização prática lhes estava sendo negada, injustamente, por arbitrária abstenção do Poder Público.
Fragmento 44 (1382 a 1384)	de medicamentos ou tratamentos extremamente custosos. Sabemos todos que o direito à saúde é um direito, como Vossa Excelência muito bem coloca, que se sobrepõe a todo e qualquer outro. Mas verifico, também,
Fragmento 45 (1427 a 1503)	O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Senhora Presidente, vou pedir vênica a Vossa Excelência para também dar provimento ao agravo. Inicialmente reporto-me à decisão que esta Corte tomou no Agravo Regimental na Reclamação nº 3.034, em que se discutiu matéria relacionada a precatórios e reconheceu-se tratar-se de uma exceção. Aqui também estou convencido de que estamos diante de um caso de exceção. O que confere regularidade ao sistema jurídico é exatamente a captura da exceção pelo ordenamento. A exceção se manifesta de modo diverso, de uma feita quando incluída a exceção no ordenamento. Vale dizer, quando há a captura da exceção e se realiza o que em um vocábulo italiano é mais fácil de dizer [não creio que este vocábulo exista em português]: a completude do ordenamento. A completude do ordenamento se dá quando a exceção é capturada e trazida para dentro do direito. Aí, na expressão do Agamben, a partir da obra de Carl Schmitt, a norma inclui, captura a exceção desaplicando-se de determinada situação. Mas a exceção manifesta-se no direito não somente quando se opera a sua inclusão nele. Ela se dá também quando se exclui algumas situações do âmbito da norma, quando se deixa de aplicar a norma a determinadas situações. Isso tem sido feito com frequência pelo Poder Judiciário. E bem próximo a nós. É como se o sistema jurídico fosse calibrado por essas capturas e por essas autênticas transgressões do sistema. Essas transgressões ocorrem sempre que os tribunais, em geral, excluem determinada situação da incidência da norma. Aqui me parece estarmos diante de situação da inclusão da exceção. Procurei, agora, nas minhas anotações, creio que há outra decisão da Corte, da qual

	<p>foi Relator o Ministro Cezar Peluso, em que se apreendeu exata e precisamente o sentido da exceção.</p> <p>Lembro-me do meu voto, naquela ocasião, em que eu dizia - e aqui me refiro à Reclamação nº 3.034, já que não consigo me recordar do número daquela decisão; talvez o Ministro Cezar Peluso possa lembrar-se - em que eu dizia que nós estávamos ali, como agora estamos aqui, diante de uma situação singular, uma situação de exceção:</p> <p>"(...) como observa Carl Schmidt, as normas só valem para as situações normais. A normalidade da situação que pressupõem é um elemento básico do seu 'valer'."</p> <p>Pois o sistema jurídico vale, exata e precisamente, porque é capaz de plasticamente abranger essas situações.</p> <p>Maurice Hauriou disse, a propósito, algo muito significativo. Fala dessa idéia, muito justa, de que as leis não são feitas senão para um certo estado normal da sociedade. Se esse estado é modificado, é natural que as leis e suas garantias sejam, naquele caso, suspensas. E prossegue: são belas as leis, é verdade, "mais il faut avoir le temps" de fazer as leis, é necessário haver o tempo de se fazer as leis para que elas cubram certas situações e, sobretudo, é necessário que não estejamos mortos antes que elas sejam feitas.</p> <p>O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade, uma zona de indiferença capturada pela norma. De sorte que não é a exceção que se subtrai à norma, mas ela que, suspendendo-se, dá lugar à exceção -- apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção.</p> <p>Por isso eu dizia naquela ocasião e digo novamente agora:</p> <p>"A esta Corte, sempre que necessário, incumbe decidir regulando também essas situações de exceção (...)"</p> <p>Ao fazê-lo, não nos afastamos do ordenamento.</p> <p>Permanecemos dentro dele, eis que aplicamos a norma à exceção desaplicando-a, isto é, retirando-a da exceção.</p> <p>Estou muito sereno, se me permitir Vossa Excelência essa expansão, em dar provimento a este agravo. Porque penso que, fazendo-o, mais uma vez cumprimos a função de integrar o direito. Insisto: o que confere regularidade ao sistema jurídico, o que lhe dá estabilidade, o que lhe dá validade é exatamente essa capacidade, que devemos ter, de apreender a exceção, trazendo-a para dentro do direito. Algumas vezes excluindo, de modo a, de uma forma ou de outra, conferirmos completude ao ordenamento.</p>
<p>Fragmento 46 (1515 a 1533)</p>	<p>O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Senhora Presidente, acho que a nenhum Membro da Corte são estranhas a indignação e as preocupações do Ministro CELSO DE MELLO, em primeiro lugar, quanto aos deveres do Estado, em relação aos direitos e garantias individuais, aos serviços públicos, mas me preocupa sobretudo que a Corte tome, sem a composição plena, um precedente que, a meu ver, traz em si certo risco à própria subsistência do Estado. Estamos abrindo precedente seriíssimo, com a particularidade de que se trata de um privilégio.</p> <p>Provavelmente, neste País, milhões de pessoas estejam em situações tão ou mais delicadas em relação às omissões que o Estado pratica quanto aos seus deveres constitucionais e estão sofrendo ofensas tão ou mais graves em relação aos seus direitos fundamentais, e não são atendidas, a Corte não as tem atendido.</p> <p>A Corte tem negado, em outras vias, essas antecipações de tutela, que, generalizadas, a meu ver, põem em risco a própria capacidade do Estado de gerir a coisa pública como tal.</p> <p>Isso me preocupa extremamente, Senhora Presidente. E sinto-me absolutamente</p>

	tranquilo em fazer essas ponderações, mas, neste caso, vou abrir uma exceção, apenas baseado no fato de que, a ser verdadeira a asserção feita pelo Ministro CELSO DE MELLO com base em documento constante dos autos, o agravante estaria em risco de vida.
Fragmento 47 (1552 a 1558)	O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Senhora Presidente, exatamente para entender essa circunstância, que eu diria singularíssima, de o Tribunal se encontrar diante de caso em que eventual retardo de providências que incumbiriam, em tese, ainda que com base em mera verossimilhança das alegações do demandante, pode comprometer-lhe a vida, em respeito a isso e para que a Corte não corra o risco de assumir a responsabilidade de falhar na provisão dessas medidas necessárias, vou acompanhar a dissidência, para dar provimento ao agravo.
Fragmento 48 (1633 a 1651)	A proteção judicial efetiva do artigo 5o, inciso XXXV, envolve também a proteção cautelar da tutela antecipada, porque o que interessa - isso tem sido, inclusive, dito pelo próprio Supremo Tribunal Federal numa vastíssima jurisprudência - é assegurar aquele bem da vida cuja proteção há de ser garantida. E, em casos determinados, a vedação da tutela cautelar pode comprometer a própria proteção judicial efetiva. Por isso, o Supremo, inclusive, já declarou várias vezes inconstitucional a proibição de cautelares ou liminares naqueles casos em que se poderia ter um juízo de negativa da prestação jurisdicional. A questão do precatório também parece que, neste caso, há de ser levada em conta neste contexto. Não preciso ressaltar a importância do direito à vida. Ainda me impressionou significativamente este contexto do direito à segurança pública, que poderia até ser visto como um direito coletivo, mas na situação específica: crime praticado num dado local onde já se sabe que se praticam essas condutas de forma contínua e contumaz. Tudo isso me leva, realmente, a também pensar, a partir de um pensamento do possível, numa solução diferenciada para o caso.
Fragmento 49 (1704 a 1713 e 1758 a 1767)	O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Senhora Presidente, só quero acrescentar que, em toda a linha da preocupação do Ministro GILMAR MENDES, o que realmente me motivou e motiva, pedindo vênias a Vossa Excelência, cujo drama não sou capaz de avaliar, mas sou capaz de figurar, de algum modo, em tratar desses casos, é o risco que o Tribunal assumiria de frustrar a prestação jurisdicional. Ou seja, se essa providência não for tomada, quando esta ação for julgada pode ser que o ora agravante tenha falecido e, com isso, o Estado deixa de prestar, como é de seu dever. Foi sobretudo isso. E também quero reafirmar o caráter excepcional, singularíssimo, da posição que estou tomando neste caso. A situação concreta demonstra dupla falha do Estado. Falhou o Estado no campo da segurança pública. Houve sequelas seriíssimas para o beneficiado pela decisão prolatada na Corte de origem. Já agora pretende o Estado, também, adentrar o campo omissivo e deixar de prestar a assistência cabível, visando afastar o cidadão agravante de um respirador mecânico, submetendo-se à cirurgia para introduzir um marca-passo diafragmático. Ora, está-se diante de uma situação realmente excepcional em que a ausência de providência no campo jurisdicional poderá acarretar o evento morte.
Fragmento 50 (1673 a 1675)	O SR. MINISTRO GILMAR MENDES - Já vivi isso em algumas substituições e me preocupa, sobretudo, a necessidade de criar critérios para essas questões, por exemplo, de saúde.
Fragmento 51 (1677 a 1681)	A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE (PRESIDENTE E RELATORA) - Principalmente quando se contrapõe, como neste caso, não a saúde de indivíduo um contra um mero orçamento, por meras questões financeiras, mas a saúde de um requerente e a saúde de toda a coletividade.
Fragmento	8. Inicialmente, ressalto que a decisão ora agravada estabeleceu, diante da

<p>52 (353 a 356; 704 a 716; 858 a 866 e 1378 a 1379)</p>	<p>inquestionável gravidade do caso e da especificidade singular descrita nestes autos, a necessidade de ponderação entre a exeqüibilidade imediata do provimento cautelar</p> <p>27. A ponderação dos valores em conflito, neste caso, portanto, leva ao deferimento do pedido de contracautela, parecendo recomendável a suspensão dos efeitos da decisão questionada até o trânsito em julgado da ação de indenização, uma vez que a imediata execução da decisão compromete a programação estatal, gerando impacto grave e imprevisto nas finanças públicas e embaraço às prestações universais de saúde, evidenciando inegável lesão à ordem e à economia públicas. " (fls. 1.636/1.637)</p> <p>20. Diante do exposto, nego provimento ao recurso. Isso significa que a intervenção jurisdicional, justificada pela ocorrência de arbitrária recusa governamental em conferir significação real ao direito à saúde, tornar-se-á plenamente legítima (sem qualquer ofensa, portanto, ao postulado da separação de poderes), sempre que se impuser, nesse processo de ponderação de interesses e de valores em conflito, a necessidade de fazer prevalecer a decisão política fundamental que o legislador constituinte adotou em tema de respeito e de proteção ao direito à saúde. Vossa Excelência na compreensão do grave problema que é a segurança pública no País hoje. Estou certa de que todos nós nos condemos com a</p>
<p>Fragmento 53 (353 a 356, 704 a 716 e 1378 a 1394)</p>	<p>8. Inicialmente, ressalto que a decisão ora agravada estabeleceu, diante da inquestionável gravidade do caso e da especificidade singular descrita nestes autos, a necessidade de ponderação entre a exeqüibilidade imediata do provimento cautelar</p> <p>27. A ponderação dos valores em conflito, neste caso, portanto, leva ao deferimento do pedido de contracautela, parecendo recomendável a suspensão dos efeitos da decisão questionada até o trânsito em julgado da ação de indenização, uma vez que a imediata execução da decisão compromete a programação estatal, gerando impacto grave e imprevisto nas finanças públicas e embaraço às prestações universais de saúde, evidenciando inegável lesão à ordem e à economia públicas. " (fls. 1.636/1.637)</p> <p>20. Diante do exposto, nego provimento ao recurso. Vossa Excelência na compreensão do grave problema que é a segurança pública no País hoje. Estou certa de que todos nós nos condemos com a situação individual deste caso e de tantos outros casos que têm chegado ao Tribunal, pedindo o fornecimento, pelas autoridades de saúde pública, de medicamentos ou tratamentos extremamente custosos. Sabemos todos que o direito à saúde é um direito, como Vossa Excelência muito bem coloca, que se sobrepõe a todo e qualquer outro. Mas verifico, também, Ministro Celso, e essa ponderação me levou a orientar, nesta suspensão e em outros despachos anteriores, que a saúde de uns não pode se contrapor à saúde de todos. Os orçamentos de saúde pública são, conforme sabemos, limitados, e já vemos que, por força de muitas decisões judiciais, há secretarias de saúde por todo o País que já não têm, ou, pelo menos, têm menos recursos para colocar em áreas, como, por exemplo, a vacinação geral da população, e isso acaba se transformando em epidemias que seriam, ou poderiam ter sido, controladas adequadamente. Não há dúvida alguma que o ideal seria poder proporcionar a cada um dos doentes todo tipo de tratamento existente.</p>

### 5.3.1 A Análise de Conteúdo do Acórdão do STA 223 AgR / PE

Da leitura flutuante sobre o inteiro teor da decisão proferida na STA 223 AgR / PE se defluiu que a ação originária - que deu origem a suspensão de tutela antecipada e posteriormente ao agravo regimental sobre a decisão dessa suspensão - versa sobre pedido de indenização por responsabilidade civil do Estado de Pernambuco, na qual se persegue, dentre outros pedidos, que o Estado de Pernambuco seja compelido a arcar com o tratamento de saúde do autor da ação, inclusive, em sede de antecipação de tutela (linhas 1 a 23 e 192 a 202 da decisão, fragmento 1). Identifica-se que a tutela antecipada foi indeferida pelo juízo de primeiro grau (linhas 232 a 233 da decisão, fragmento 2), o que motivou a interposição de agravo de instrumento por parte do autor da inicial, que foi provido pelo Tribunal de Justiça de Pernambuco-TJPE (linhas 240 a 246 da decisão, fragmento 3), o que ensejou o pedido de suspensão de tutela antecipada por parte do Estado de Pernambuco ao STF, que foi deferido por parte da então Presidente da Suprema Corte (linhas 26 a 27; 254 a 256; 266 a 269 e 420 a 421 da decisão, fragmento 4) e ensejou, por impulso do autor, a interposição do agravo regimental ao Pleno dessa Corte (linhas 343 a 345 da decisão, fragmento 5), o qual, por maioria, ante a dissidência da então presidente, deu provimento a esse recurso e reformou a decisão do pedido de suspensão de tutela antecipada, para manter integralmente a decisão inicial do TJPE.

E da leitura em segundo plano, ou seja, da segunda leitura da decisão, extrai-se as inferências e conclusões que seguem.

A segunda leitura, que foi desenvolvida sob a técnica da Análise de Conteúdo, permitiu identificar que na decisão do STF, exarada na STA 223 AgR / PE, além das unidades de registros que serviram de elementos para a seleção do *corpus* da pesquisa, há outras unidades que se destacam nessa decisão, por permitirem que sejam feitas as inferências sobre os requisitos ou condições, e circunstâncias, isto é, fundamentação, que leva ou não esse Tribunal a acolher a Teoria da Reserva do Possível quando chamado a garantir a efetividade do direito à saúde. Essas unidades de registros servem como índice, e “um índice é um sinal

que é causalmente relacionado a outro fenômeno, assim como, por exemplo, a fumaça é um índice, ou um sintoma de fogo”.<sup>602</sup>

#### 5.3.1.1 Categoria-A: Quais são os fundamentos do autor em relação ao direito à saúde?

Esta categoria condiciona os fundamentos do autor para justificar seu pleito sobre o direito à saúde.

Da leitura flutuante da decisão também se verifica que o pedido do autor da ação originária fora feito, dentre outros argumentos, sob o fundamento de que é dever do Estado fornecer o serviço de saúde pública e que é seu direito ter esse direito efetivado, ante o princípio da dignidade da pessoa humana e os ditames dos arts. 1.º; 37, § 6.º e 144 da Constituição Federal. Além disso, o pleito também teve por fundamento a alegação da necessidade urgente do serviço de saúde pretendido, haja vista o grave e irreparável dano à saúde e à vida do Autor, conforme linhas 29 a 31, 134 a 147, 144 a 152 e 176 a 179 da decisão (fragmento 6).

#### 5.3.1.2 Categoria-B: Quais são os fundamentos do Estado para justificar a sua negativa em implementar o direito à saúde nos moldes postulados pelo autor?

Já aqui serão postos os fundamentos do Estado para justificar a negativa da concessão do pedido de saúde.

A leitura flutuante também permitiu verificar que o Estado de Pernambuco utilizou da Teoria da Reserva do Possível para pleitear o reconhecimento da impossibilidade da concessão do pedido do autor (linhas 37 e 42 a 44 da decisão, fragmento 7).

Das linhas 359 a 361 (fragmento 8) infere-se que a Administração Pública, no caso, o Estado de Pernambuco, se insurgiu em face do autor com o argumento de que o pedido dele sobre o custeio do serviço de saúde deve ser limitado às políticas públicas e ao orçamento público, pois levantou sua defesa com base nos arts. 167, inciso II, e 196, da CF, que versam, respectivamente, sobre o orçamento

---

<sup>602</sup> BAUER, Martin W. / GASKELL, George. Pesquisa qualitativa com texto: imagem e som: um manual prático. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 194.

público e a saúde. E, por conseguinte, à luz da doutrina apontada nos capítulos anteriores, também é possível se inferir que o Estado de Pernambuco sustenta a tese da Teoria da Reserva do Possível para postular a delimitação do direito à saúde ao orçamento público, uma vez que essa teoria prega o fornecimento do serviço público nos limites do que fora estabelecimento anteriormente no orçamento para o custeio do respectivo serviço.

### 5.3.1.3 Categoria-C: Quais são os fundamentos que foram utilizados pelo STF para proferir sua posição acerca da possibilidade da Reserva do Possível limitar ou não o direito à saúde?

E esta categoria contém os fundamentos que foram utilizados pelo STF para proferir sua posição acerca da questão posta, ou seja, sobre a possibilidade da reserva do possível limitar o direito à saúde.

E as linhas 364 a 366 (fragmento 9) despontam que quando da apreciação do pedido de suspensão de tutela antecipada a Presidente do STF deferiu a mesma sob o pálio do entendimento de que é vedada a concessão de liminar em face do Poder Público, conforme se depreende das normas extraídas dos dispositivos apontados no texto agora indicado.

As linhas 374 a 379 (fragmento 10), e logo abaixo às 639 a 653 (fragmento 10), esclarecem que a suspensão de tutela antecipada também foi deferida sob o fundamento de que o pagamento do tratamento de saúde do autor só se admitiria por meio de precatório, com obediência a respectiva ordem cronológica, pois é o que se infere da análise da mensagem extraída do texto encontrado nessas linhas e da leitura da norma do art. 100 da CF.

Da mensagem extraída das linhas 380 a 389 (fragmento 11) se exprime que também corroborou para a suspensão da tutela antecipada o entendimento de que só é possível a execução contra o Poder Público após o transito em julgado da sentença condenatória; muito embora o dispositivo legal apontado nesse texto da decisão traga norma que exige o transito em julgado para as sentenças que tenham como autores os servidores públicos e, ainda assim, sob circunstâncias alheias, o que não é o caso da lide ali em julgamento.

Também serviu de supedâneo para a concessão da suspensão da tutela antecipada, a teor da mensagem encontrada nas linhas 396 a 417 (fragmento 12) da decisão, o argumento do Estado de Pernambuco de que o procedimento cirúrgico para implantação de um Marcapasso Diafragmático Muscular (MDM), ou seja, para o custeio desse serviço de saúde, encontrava-se em fase experimental e ainda não havia sido aprovado pelo órgão americano competente, e essa cirurgia não estava contemplada no SUS.

Da análise de conteúdo do texto compreendido entre às linhas 545 e 552 (fragmento 13) é possível deduzir que a então Presidente admite que a submissão ou não do direito à saúde à Teoria da Reserva do Possível deve ser aferida no caso concreto, ou seja, caso a caso.

Do texto inscrito às linhas 559 a 566 (fragmento 14), depreende-se que há, na mensagem ali lançada, uma proposta para a ponderação entre a concessão do serviço de saúde nos moldes pleiteados pelo autor e a aparente, ou seja, presunção, de legalidade da postura da Administração Pública. Assim sendo, infere-se que a teor dessa mensagem há que se fazer um exame quanto à legalidade do ato Administrativo que nega a concessão do serviço de saúde.

Do conteúdo da mensagem do texto às linhas 592 a 637 (fragmento 16), apura-se que a suspensão de tutela antecipada poderia ter sido indeferida caso a então Presidente do STF tivesse considerado que nos autos existiam provas de que havia viabilidade técnica e prescrição clínica para que o autor fosse submetido ao procedimento cirúrgico pleiteado, bem como se existissem provas de que o procedimento cirúrgico era seguro e garantiria a cura do autor. Destarte, infere-se que, pelo entendimento deixado na mensagem agora analisada, o serviço de saúde só poderia ser deferido nos moldes postulados se ficasse provado os seguintes requisitos: a viabilidade técnica, a prescrição clínica, a segurança do serviço e a cura do autor.

Das linhas 592 a 637 (fragmento 17), infere-se ainda que a então Presidente concluiu que não houve prova dos requisitos acima apontados, e que ela levou em consideração apenas os fundamentos e documentos produzidos pelo Estado de Pernambuco, já que ela apontou que os documentos apresentados pelo autor representam, em essência, o desejo dos seus familiares em obter a intervenção

cirúrgica, e se valeu dos demais documentos indicados nesse trecho da decisão para concluir pela impossibilidade da tutela antecipada.

Realizada a análise do voto da então Presidente do STF, cabe verificar o conteúdo dos votos dos demais ministros que se manifestaram na decisão em estudo, até porque a decisão do STF foi no sentido de dar provimento ao recurso, ou seja, ao agravo regimental, e, por conseguinte, de reformar a decisão da Presidente; além de ir de encontro ao voto dela, já que ela votou no sentido de negar provimento ao agravo regimental, isto é, de manter a suspensão da tutela antecipada.

Por isso, para elucidar qual é o entendimento do STF, pertinente será perquirir os demais votos apresentados no acórdão do agravo regimental em suspensão de tutela antecipada nº 223-PE, o que será feito, sempre que possível, com a indicação do nome dos respectivos ministros que apresentaram algum fundamento para o provimento do agravo regimental.

Assim sendo, deduz-se, do texto inscrito às linhas 724 a 740 (fragmento 18) do acórdão, que o Ministro Celso de Mello pronunciou-se no sentido de afastar a Teoria da Reserva do Possível, por conta do mandamento constitucional que consagra a inviolabilidade do direito à vida e elege o direito à saúde à condição de direito essencial, que goza da condição de serviço cuja prestação é de relevância pública. Do conteúdo dessa passagem também é possível inferir que não se admite que a Administração Pública frustre, arbitrariamente, a efetivação ou eficácia do direito à vida e à saúde, quer seja sob o aspecto jurídico ou social. Assim sendo, a contrário senso, é possível deduzir que é aceitável a frustração do direito à vida e a saúde quando não se estiver diante de um ato arbitrário da Administração Pública.

Do voto do Ministro Celso de Mello, nos termos do conteúdo do trecho de linhas 742 a 751 (fragmento 19), extrai-se que para o deslinde da questão, que envolve a efetivação do direito à saúde, é preciso averiguar se o Poder Judiciário pode, sem ofensa à separação de poderes, intervir na lide para determinar que a Administração Pública, nesse caso representada pelo Estado de Pernambuco, aja no sentido de adimplir com as políticas públicas que foram constitucionalmente estabelecidas para a efetivação desse direito. Nessa mesma passagem também é possível se inferir que essa averiguação se dá diante do caso concreto.

A análise de conteúdo sobre o texto inscrito às linhas 753 a 844 (fragmento 20), da decisão, permite deduzir que o STF não pode se esquivar - por força do

mandamento constitucional, que lhe atribuiu o encargo de fazer cumprir as normas constitucionais - de coibir a conduta comissiva ou omissiva dos órgãos estatais que precipuamente têm a função de cumprir a vontade política do Constituinte Originário<sup>603</sup>. Nessa passagem também é possível inferir que o encargo do STF, em fazer cumprir a vontade do constituinte, se sobressai quando a omissão daqueles órgãos estatais vier a comprometer a eficácia e a integridade de direitos fundamentais, quer sejam individuais ou coletivos. Por isso, também se extrai, dessa passagem, a mensagem de que o STF só poderá intervir, no sentido de fazer cumprir as políticas públicas, trazidas na Constituição, em situações excepcionais, ou seja, que a participação do Poder Judiciário na implementação das políticas públicas se dá de forma excepcional, isto é, apenas quando o Poder Executivo e Legislativo não se desincumbirem do encargo de efetivar a vontade política do constituinte.

Das linhas 853 a 856 (fragmento 21) se infere que o STF entende que a Administração Pública tem o dever de dar efetividade aos direitos sociais, e que essa efetividade limita a vontade do Administrador, porque esse dever vincula a Administração Pública, conforme, inclusive, infere-se também das linhas 884 a 896 (fragmento 22).

Do conteúdo das linhas 858 a 866 e 898 a 904 (fragmento 23), infere-se que se a Administração Pública se escusar, arbitrariamente, de efetivar o direito à saúde, a intervenção do Poder Judiciário não afronta a separação dos poderes, haja vista a necessidade de fazer prevalecer a vontade do Constituinte sobre as políticas públicas que envolvem o direito à saúde<sup>604</sup>. De igual modo também se infere essa mensagem das linhas 1244 a 1249 (fragmento 24).

Da análise de conteúdo das linhas 906 a 926 (fragmento 25), da decisão, infere-se que o STF entende que o direito à saúde - tomando-se em consideração que ele (direito à saúde) é um direito social – está delimitado à capacidade

---

<sup>603</sup> Adotou-se a denominação utilizada no acórdão.

<sup>604</sup> Assim sendo, o STF entende que não há afronta a separação dos poderes quando o Estado não se desincumbir de sua atribuição. Até porque, conforme visto acima, a norma constitucional vincula o Administrador Público no que diz respeito a necessidade de implementar os direitos fundamentais, ante a sua força normativa. E, “afirma-se que somente pode ser considerada norma de direito fundamental a posição que estiver protegida por uma norma vinculante. Assim, uma norma só pode ser chamada de vinculante quando for possível que a sua lesão seja conhecida pelos tribunais, ou seja, que seja justiciável.” (LINS, Liana Cirne . A Justiciabilidade dos Direitos Fundamentais Sociais. Uma avaliação crítica do tripé denegatório da sua exibibilidade e da concretização constitucional seletiva. Revista de Informação Legislativa, v. 182, p. 51-74, 2009.)

econômico-financeira do Estado, desde que a limitação dessa capacidade seja objetivamente provada pela Administração Pública. Depreende-se, assim, no primeiro momento, que a arbitrariedade estará afastada se a Administração Pública provar que sua capacidade econômica não suporta o custo com o direito à saúde.

Do conteúdo das linhas 928 a 944 (fragmento 26) deduz-se que a Teoria da Reserva do Possível é admitida pelo STF, ainda quando diante da necessidade de efetivar materialmente o direito à saúde, mas desde que a Administração Pública não tenha agido ou sido omissa de modo a se esquivar do cumprimento das suas obrigações constitucionais, bem como desde que ela demonstre que procurou garantir condições materiais mínimas para salvaguardar a existência do indivíduo e preservar os direitos fundamentais. Infere-se também que a conduta comissiva ou omissiva do Poder Público será aferida no caso concreto.

Das linhas 946 a 956 (fragmento 27) infere-se mensagem que reforça a acima apresentada sobre as linhas 853 a 856 e 884 a 896 (fragmento 28), ou seja, que o poder discricionário da Administração Pública não poder servir de escudo para ela nulificar a força normativa da constituição. Infere-se também dessa passagem que essa discricionariedade está delimitada pelo que seja necessário para efetivar o direito à saúde, isto é, a conveniência e oportunidade conferida à Administração Pública deve servir de prerrogativa para que ela busque garantir a máxima proteção da saúde do indivíduo. Essa inferência também é feita após a análise do conteúdo das linhas 1223 a 1232 (fragmento 29).

Considerando o contexto apresentado pelo Ministro Celso de Melo, o STF, feitas as ponderações destacadas nas inferências acima suscitadas, concluiu por afastar a Teoria da Reserva do Possível quando for chamado a efetivar o mandamento constitucional para dar efetividade à política pública fixada pelo Constituinte em relação à efetivação do direito à saúde.

Analisado o conteúdo da mensagem extraída das linhas 1086 a 1094 (fragmento 30), bem como mais abaixo o das linhas 1135 a 1138 (fragmento 31), deduz-se que a norma constitucional impõe a todos os entes da federação a obrigação, impostergável, de assegurar proteção à saúde de todos os indivíduos.

Infere-se da análise das linhas 1097 a 1133 (fragmento 32) que o direito à saúde se sobrepõe ao interesse financeiro do Estado. Assim, deduz-se que o interesse financeiro do Estado deve ser orientado no sentido de preservar o direito à

saúde, tanto é que se verifica nessas linhas a mensagem de que ao Poder Público incube o dever de formular e implementar políticas sociais e econômicas que visem garantir a efetividade desse direito, isso também é o que se infere da análise das linhas 1147 a 1154 (fragmento 33). E isso reforça a ideia que para o STF acolher a Teoria da Reserva do Possível é preciso que Administração Pública prove objetivamente que há escassez de recursos, e que esta não se deu por sua omissão.

Da passagem entre as linhas 1126 e 1133 e 1214 a 1221 (fragmento 34), deduz-se que o STF entende que o indivíduo tem o direito subjetivo de exigir que o Poder Público vele pela integridade desse direito, bem como que ele formule políticas sociais e econômicas capazes de garantir o acesso universal e igualitário ao serviço de saúde.

Formulada a análise sobre as linhas 1192 a 1199 e 1214 a 1221 (fragmento 35) infere-se que para o STF o Poder Público só terá se desincumbido do dever de prestar o serviço de saúde quando adotar providências destinadas a promover as políticas públicas fixadas na Constituição Federal, no caso, quando promover em sua plenitude o serviço de saúde.

O trecho de linhas 1237 e 1238 (fragmento 36) corrobora para a dedução de que o voto do Ministro Celso de Melo representa o entendimento do STF acerca da adoção ou não da Teoria da Reserva do Possível em relação ao direito à saúde e, por conseguinte, que o STF acolhe a Teoria da Reserva do Possível, mas desde que estejam preenchidas as condições acima inferidas.

Apesar do voto ser firmado sobre a necessidade de se garantir a efetividade da norma constitucional em relação à garantia do direito subjetivo do indivíduo ao serviço de saúde e da obrigação do Estado em proteger e efetivar esse direito, infere-se das linhas 1244 a 1249 (fragmento 37) que a posição do STF extrapola os limites fixados pelo Constituinte em relação ao direito em questão, ao menos é o que se depreende, mais especificamente, do seguinte texto: “de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito”. Essa passagem permite deduzir que ainda não há a existência do direito, que este só surge com a atuação do Poder Judiciário.

Todavia, do conteúdo das linhas 1251 a 1256 (fragmento 38) é possível deduzir que o STF atua não com a finalidade de criar o direito, mas de restaurar o direito previamente garantido na Constituição. Desta feita, também deduz-se que,

como o constituinte originário conferiu ao STF a condição de guardião da Constituição Federal, não há afronta a tripartição de poderes, ao menos sob a perspectiva de que a norma constitucional goza de máxima efetividade, que deve ser amplamente efetivada e que cabe ao STF fazer valer essa força da norma constitucional, mesmo quando diante da atuação ou omissão dos outros Poderes, que, sem justo motivo, deixam de atentar para a amplitude da norma constitucional, isso é o que também se depreende da análise de conteúdo das linhas 1258 a 1266 (fragmento 39). Destas linhas se deduz ainda que esse dever de zelo pela norma constitucional se estende ao Poder Judiciário como um todo, não se restringe, portanto, ao STF.

O conteúdo extraído da mensagem deixada às linhas 1268 a 1280 (fragmento 40) confirma que os interesses dos indivíduos, que estejam tutelados por norma constitucional, delimitam o poder discricionário da Administração Pública.

Das linhas 1312 a 1322 (fragmento 41) deduz-se que a intervenção do STF também se justifica quando há omissão legiferante, ou seja, quando o Estado Legislador se omite da obrigação de legislar no sentido de dar efetividade ao mandamento constitucional. Por conseguinte, infere-se ainda que a alegação de que o orçamento público não comporta a pretensão formulada por um indivíduo perante o Poder Judiciário deve estar devidamente acompanhada da prova de que não houve, inclusive, omissão legislativa em relação à criação das condições necessárias para atender as necessidades pretendidas na via judicial.

As linhas 1336 a 1345 (fragmento 42) permitem confirmar a dedução anteriormente feita de que o STF não admite a Teoria da Reserva do Possível como tese a servir de fundamento para o não atendimento ao pedido de um cidadão sobre o direito à saúde quando se estiver diante de omissão do Poder Público.

A análise de conteúdo das linhas 1347 a 1352 (fragmento 43) corrobora para que se infira que a Administração Pública deve se desincumbir de dar condições para que os indivíduos possam fruir dos direitos fundamentais, sob pena de ser considerada omissa e ter sua postura omissiva colmatada pela atuação do STF. E dessa mesma passagem também se extrai novamente a dedução já apresentada nesta análise, ou seja, de que a impossibilidade de não fruição do direito fundamental só se sustenta por um justo motivo, a ser provado pelo Poder Público, o qual (o justo motivo), a teor do já analisado, só se configura quando há a

demonstração de que todas as medidas necessárias, administrativas e legiferantes, foram tomadas e ainda assim não há condições de atender a pretensão do indivíduo sobre o respectivo direito fundamental, no caso, sobre o direito à saúde.

Ao se manifestar novamente a então Presidente deixa a entender que o STF entende que o direito à saúde se sobrepõe a qualquer outro direito, pois é isso o que se deduz da passagem das linhas 1382 a 1384 (fragmento 44). Dessa análise também se infere que o direito à saúde de um indivíduo não pode se contrapor à saúde de outros indivíduos, e isso permite inferir que essa colisão de direitos deve ser objetivamente provada pela Administração Pública, a teor do que já se deduziu da decisão em análise.

Das linhas 1427 a 1503 (fragmento 45), referente a manifestação do Ministro Eros Grau, extrai-se que para a garantia do direito à saúde o STF pode, inclusive, deixar de aplicar uma disposição normativa que levaria a impossibilidade de efetivação do respectivo direito em questão, com base na ideia de que a própria norma excetuou a situação em concreto no momento em que não a alcançou com uma solução admissível, ou até mesmo com o fundamento de que a transgressão à norma se justificaria diante de uma determinada situação em concreto.

Aqui, foge-se um pouco da análise para se fazer uma breve consideração quanto à situação em concreto julgada pelo STF, o que se faz até mesmo em contraponto à inferência que se fez acima. Assim sendo, no caso, postula-se a implementação do direito à saúde com sustentação na norma constitucional que confere a este direito à condição de direito fundamental, a teor do já inferido no início da presente análise de conteúdo. E como contraponto a essa pretensão de concretização desse direito apontou-se que há norma, inclusive constitucional, que vedaria a efetivação do direito em questão nos moldes perseguidos, o que foi dito sob o argumento de que a liberação de recursos públicos deve se dá por meio de precatórios, além da vedação infralegal de liberação de recursos públicos por meio de decisão liminar. Desta feita, partindo-se do princípio que no caso em análise há norma que garante amplamente o direito à saúde, a teor do já inferido reiteradamente acima, bem como que também há norma que exige a liberação de recursos públicos por meio de precatório, constata-se que no caso apreciado pelo STF não há ausência de norma, muito menos há a necessidade de se transgredir

uma norma, o que há é a necessidade de se identificar qual norma se sobrepõe na questão.

Infere-se da passagem do voto do Ministro Cezar Peluso, ou seja, das linhas 1515 a 1533 (fragmento 46), que o direito à saúde se sobrepõe a qualquer outro, quando o indivíduo necessitar dele para garantir a sua vida. Assim sendo, é possível deduzir que a garantia ampla ao direito à saúde só se dá quando a pretensão à efetivação dele está justificada pela necessidade de se garantir a vida. Por isso, deduz-se que, ao fim e ao cabo, o direito à vida é que se sobrepõe a qualquer outro direito.

Da análise das linhas 1552 a 1558 (fragmento 47) reforça-se a inferência anteriormente feita no sentido de que a pretensão do indivíduo para a efetivação do direito à saúde se dá no limite do necessário para garantir a sua vida, bem como de que este direito é que se sobrepõe.

Apesar da Constituição Federal conferir a todos o direito à saúde e de atribuir ao Estado a obrigação de efetivar esse direito, infere-se mais uma vez pela análise da decisão do STF, agora pela mensagem extraída do conteúdo das linhas 1633 a 1651 (fragmento 48), referente ao voto do Ministro Gilmar Mendes, que a dimensão do direito à saúde se dá na apuração do caso concreto e no limite do necessário para salvaguardar o direito à vida. Isso também é confirmado diante da análise das linhas 1704 a 1713 e 1758 a 1767 (fragmento 49), respectivamente, referentes as manifestações dos Ministros Cezar Peluso e Marco Aurélio.

Das linhas 1673 a 1675 (fragmento 50) deduz-se que o STF pondera sobre a necessidade de se criar critérios para a implementação do direito à saúde por força de decisão judicial. Essa dedução reforça a pertinência desta pesquisa, pois nela busca-se justamente se evidenciar quais são as condições que impulsionam o STF a acolher ou refutar a Teoria da Reserva do Possível quando chamado a garantir a efetividade do direito à saúde.

E das linhas 1677 a 1681 (fragmento 51) se infere outra vez que a simples alegação de limitação do orçamento ou financeira não tem o condão de, por si só, justificar a não satisfação da pretensão de um determinado indivíduo sobre o direito à saúde.

Por derradeiro, cabe destacar que o STF, ao contrário de outrora<sup>605</sup>, passou a adotar o princípio da proporcionalidade ou da ponderação de valores quando da interpretação da norma constitucional que tem por finalidade tutelar os direitos fundamentais do indivíduo, pois, a teor das linhas 353 a 356; 704 a 716; 858 a 866 e 1378 a 1379 (fragmento 52), vislumbra-se, claramente, que os fundamentos ali postos são feitos sob esse princípio; no primeiro momento, o balizamento se deu para concluir pela negativa da implementação do direito à saúde nos moldes postulados, conforme mensagem das linhas 353 a 356, 704 a 716 e 1378 a 1394 (fragmento 53), já no segundo momento, a inspiração se deu para garantir a efetividade do direito à saúde nos limites do pleiteado pelo indivíduo no caso concreto analisado, a teor do conteúdo da mensagem extraída das linhas 858 a 866 e do desfecho final da posição do STF.

#### 5.3.1.4 Categoria-D: Quais são as condições que são necessárias para a admissão da Reserva do Possível?

E aqui se guarda as condições que são necessárias para a admissão da reserva do possível.

De acordo com a análise da decisão, a Reserva do Possível será capaz de limitar o direito à saúde quando o Estado provar objetivamente um justo motivo que o impeça de garantir esse direito nos moldes pleiteados pelo indivíduo, pois, de acordo com a posição do STF, a saúde é um direito vital para a garantia da vida da pessoa. Assim sendo, o Estado necessita provar que, no caso concreto, há um justo motivo que o impede de fornecer o serviço de saúde demandado, pois a simples alegação de que o orçamento público não comporta o pedido formulado em juízo não é capaz de impor a Reserva do Possível. Portanto, o Estado precisa provar objetivamente que ocorreu uma escassez de recursos, quer seja financeiro e

---

<sup>605</sup> Em 2004, a conclusão de Gustavo Ferreira Santos foi no sentido de que era “ possível apontar, na prática do Supremo Tribunal Federal, elementos identificadores de uma atividade de interpretação amarrada a postulados demasiado limitadores, o que se reflete na timidez com a qual se recebe a ideia de proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade ainda não foi alçado em nossa experiência de justiça constitucional à condição de princípio de interpretação solucionador das situações de tensão entre direitos” (SANTOS, Gustavo Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do supremo tribunal federal: limites e possibilidades. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 196). Contudo, ao que tudo indica, o STF passou a acolher o princípio da proporcionalidade como princípio de interpretação.

orçamentário ou de outra ordem, que o impede de cumprir com o dever de fornecer à saúde nos moldes desejados por seu titular. O Estado precisará provar ainda que a saúde e a vida do indivíduo não corre risco sem o fornecimento do serviço perseguido. Outrossim, o Estado deverá provar que a sua limitação não se deu por sua omissão, conforme se verifica nas seguintes linhas do texto em análise: 573 a 584 (fragmento 15); 906 a 926 (fragmento 25); 928 a 944 (fragmento 26); 1097 a 1133 (fragmento 32); 1147 a 1154 (fragmento 33); 1312 a 1322 (fragmento 41); 1336 a 1345 (fragmento 42); 1347 a 1352 (fragmento 43); 1515 a 1533 (fragmento 46); 1552 a 1558 (fragmento 47); 1633 a 1651 (fragmento 48); 1704 a 1713 e 1758 a 1767 (fragmento 49) e 1677 a 1681 (fragmento 51).

### **5.3.2 A Análise de Conteúdo do Acórdão do RE 581352 AgR/ AM**

Outrora foi dito que os acórdãos pesquisados apresentam fundamentação semelhante em relação à adoção ou não da delimitação do direito à saúde a um orçamento público, isto é, a Teoria da Reserva do Possível. Após a leitura flutuante, conforme já mencionado, foi feito um outro recorte sobre o *corpus* da pesquisa, com a finalidade de que se fizesse a segunda leitura da análise de conteúdo; quando foi esclarecido que a segunda leitura se daria apenas nos *corpus* 1 e 8 do levantamento realizado, por compreenderem, respectivamente, o acórdão mais antigo e o mais recente encontrado na pesquisa que versam sobre o direito à saúde e trazem como argumento da Administração Pública a Teoria da Reserva do Possível.

E, antes da segunda leitura sobre o *corpus* 1, foi dito que a segunda leitura sobre o *corpus* 8 ocorreria com o objetivo de checar se o resultado da análise do *corpus* 1 representa a posição do STF sobre a admissão da Teoria da Reserva do Possível quando ele é impulsionado a efetivar o direito à saúde, bem como o de confirmar quais os requisitos e as condições, circunstâncias e fundamentação que o levam a reprimir ou recepcionar essa tese da Administração Pública.

Uma segunda leitura, à luz da Análise de Conteúdo, sobre o *corpus* 8, também corrobora, conforme já apontado alhures, para a manutenção da segurança

do resultado da pesquisa, uma vez que permite testar as inferências<sup>606</sup> feitas no primeiro momento da análise, ou seja, durante a análise do *corpus* 1.

O primeiro *corpus* analisado compreende uma decisão do STF, que versa sobre uma demanda individual, originada em ação ordinária promovida por um particular em seu próprio benefício, na qual ele postula que o Estado de Pernambuco custeie o serviço de saúde que ele entende necessário para salvaguardar a sua saúde e, por conseguinte, a sua vida. Já a decisão descrita no *corpus* 8, conforme se deduz da leitura flutuante sobre esse material, diz respeito a uma lide decorrente de ação civil pública, promovida pelo Ministério Público do Estado do Amazonas, para assegurar o direito à saúde - agora como direito metaindividuais - das gestantes e crianças do Estado do Amazonas, sob o argumento de que esse direito foi sonogado por omissão desse Estado. Desta feita, a análise de conteúdo sobre o *corpus* 8 do material analisado também permite que se extraia qual é o entendimento do STF sobre a adoção da Teoria da Reserva do Possível frente à necessidade de implementar o direito à saúde quando se estiver diante de um pedido em favor de uma coletividade, cujo resultado colhido reforça a resposta da pesquisa quanto aos requisitos e as condições, circunstâncias e fundamentação que justificam para esse Tribunal o acolhimento ou não da Teoria da Reserva do Possível quando chamado a garantir a efetividade do direito à saúde, quer seja em ação individual ou coletiva.

A segunda leitura sobre o *corpus* 8 permite que a pesquisa seja delineada sob a análise normativa, trans-seccionais e longitudinais, o que permite apurar se houve mudanças de posição do STF no período pesquisado. Martin W. Bauer ao discorrer sobre a Análise de Conteúdo esclarece que a Análise de Conteúdo pode se dá por meio de seis delineamentos, dentre os quais se encontram os três que foram utilizados nesta pesquisa, conforme abaixo:

Existem seis delineamentos de pesquisa da AC. O mais simples, e menos interessante, é o estudo puramente descritivo, que conta a frequência de todas as características codificadas do texto. Mais interessantes são as análises normativas que fazem comparações com padrões, por exemplo,

---

<sup>606</sup> E “o teste inferencial de hipóteses estabelece os limites em que os achados de um estudo, geralmente feitos a partir de uma amostra, são passíveis de generalização para a população da qual a amostra provém. Inferir da amostra para a população é, portanto, esta extensão das conclusões de um grupo menor para uma população mais ampla.” MORAES, Roque. Análise de conteúdo. Revista Educação, Porto Alegre, v. 22, n. 37, p. 7-32, 1999.

análise de informação objetiva e não distorcida. Nas análises transseccionais, a comparação empírica pode conter textos de diferentes contextos, por exemplo, dois jornais cobrindo uma notícia específica durante um mês. Nas análises longitudinais, as comparações abarcam o mesmo contexto por um período de tempo mais longo. Isso nos permite detectar flutuações, regulares e irregulares, no conteúdo, e inferir mudanças concomitantes no contexto. Estudos mais elaborados funcionam como indicadores culturais: eles podem considerar muitos contextos por um período de muitos anos, como diferentes esferas públicas em que a biotecnologia se tornou um tema de discussão (Durant et al., 1998). Esse tipo de análise pode ser um substituto viável para pesquisa de opinião (ver Neisbitt, 1976 ou Janowitz, 1976). Os delineamentos mais ambiciosos são os delineamentos paralelos envolvendo análises longitudinais em combinação com outros dados longitudinais, tais como pesquisas de opinião, ou repetidas tentativas de entrevistas não estruturadas<sup>607</sup>

Após a leitura flutuante confirmou-se que a lide apreciada pelo STF, nos autos do agravo regimental no recurso extraordinário 581.352, realmente diz respeito à pretensão de efetivação do direito à saúde, bem como que Administração Pública apresentou como contrapretensão a tese da reserva do possível. Essa leitura ainda permitiu deduzir que o STF não acolheu a tese sustentada pela Administração Pública, refutando, no caso concreto, a possibilidade de delimitar a efetivação do direito à saúde ao orçamento público.

Contudo, como dito acima, será preciso uma segunda leitura para identificar os requisitos e as condições, circunstâncias e fundamentação que levaram o STF a rejeitar a contraposição do Estado quando do julgamento do caso que desencadeou o acórdão agora em análise. Reforça-se, uma segunda leitura também permitirá testar a segurança do resultado obtido com a análise de conteúdo que foi realizada no acórdão do STA 223 AgR / PE, especialmente em relação aos requisitos e às condições, circunstâncias e fundamentação que impulsionam ou não o STF a delimitar a efetivação do direito à saúde ao orçamento público. Uma segunda leitura sobre o acórdão do agravo regimental no recurso extraordinário 581.352 permite não olvidar que “Traçar um perfil ou comparar os perfis para identificar um contexto, são inferências básicas de uma AC.”<sup>608</sup> E como pondera Maria Laura Publisi Barbosa Franco, “o investigador pode também comparar mensagens de uma única fonte

---

<sup>607</sup> BAUER, Martin W. Análise de conteúdo clássica: uma revisão. in. BAUER, Martin W. / GASKELL, George. Pesquisa qualitativa com texto: imagem e som: um manual prático. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 195.

<sup>608</sup> BAUER, Martin W. / GASKELL, George. Pesquisa qualitativa com texto: imagem e som: um manual prático. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 193

emitidas em diferentes situações, em diferentes momentos e para diferentes audiências”<sup>609</sup>.

Assim sendo, passa-se a dar continuidade à análise de conteúdo - a partir de agora sob o olhar de uma segunda leitura - do inteiro teor do acórdão do agravo regimental no recurso extraordinário 581.352, cujo texto está transcrito no anexo D.

Tendo em vista que o objetivo agora é confirmar se a posição do STF, sobre a questão pesquisada, é a apontada na análise do Acórdão do STA 223 AgR / PE, pertinente é reiterar as categorias propostas para a análise desse acórdão. Por isso, aqui serão adotadas as mesmas categorias temáticas que foram utilizadas durante a Análise de Conteúdo da decisão sobre o STA 223 AgR / PE, conforme abaixo:

Quadro 20 - Categorias Temáticas do *corpus* nº 8 (Acórdão do RE 581352 AgR/ AM)

CATEGORIAS TEMÁTICAS	
A	Quais são os fundamentos do autor em relação ao direito à saúde?
B	Quais são os fundamentos do Estado para justificar a sua negativa em implementar o direito à saúde nos moldes postulados pelo autor?
C	Quais são os fundamentos que foram utilizados pelo STF para proferir sua posição acerca da possibilidade da Reserva do Possível limitar o direito à saúde?
D	Quais são as condições que são necessárias para a admissão da Reserva do Possível?

Elaborado pelo Autor

Identificadas as categorias temáticas, seguem abaixo a unidades de registros destacadas do texto, que também se deram pela perspectiva de unidades de registro temáticas.

Quadro 21 - Unidades de Registros do *corpus* nº 8 (Acórdão do RE 581352 AgR/ AM)

UNIDADES DE REGISTROS	
Fragmento 1 (6 a 13 e 120 a 132)	AGTE.(S) :ESTADO DO AMAZONAS PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAZONAS AGDO.(A/S) :MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS  E M E N T A: AMPLIAÇÃO E MELHORIA NO ATENDIMENTO DE

<sup>609</sup> FRANCO, Maria Laura Publisi Barbosa. Análise de Conteúdo. Brasília: Liber Livro, 2012, p. 32.

	<p>GESTANTES EM MATERNIDADES ESTADUAIS – DEVER “AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÕES DE FAZER. AMPLIAÇÃO E MELHORIA NO ATENDIMENTO DE GESTANTES EM MATERNIDADES ESTADUAIS. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA INFÂNCIA E DA ADOLESCÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DAS FUNÇÕES ESTATAIS. 1. A ação civil pública que tem por escopo impor obrigações de fazer consistentes em ampliar e melhorar o atendimento de gestantes em maternidades estaduais deve ser proposta perante o Juizado da Infância e da Adolescência do local onde ocorreu a omissão a ser corrigida, porquanto, em última análise, visa a proteger o direito fundamental à vida e à saúde de crianças e adolescentes (Lei 8.069/90, arts. 7º, 148, IV, 208, parágrafo único e 209).</p>
<p>Fragmento 2 (359 a 392)</p>	<p>Corretíssima, portanto, a r. sentença do ilustre magistrado de primeiro grau, que bem examinou a controvérsia constitucional, dirimindo-a com apoio em fundamentos que têm o beneplácito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (fls. 498/502).</p> <p>Vale destacar, por oportuno, fragmento dessa decisão (fls. 501):</p> <p>“Todos os estabelecimentos de saúde pública ou conveniados com o SUS – Sistema único de Saúde, são obrigados a prestar atendimento às gestantes, crianças e adolescentes, dando-lhes tratamento especial e adequado, procedendo a exames, diagnósticos e terapêutica recomendados, bem como prestar orientação aos pais, sobre anormalidades detectadas em seus metabolismos.</p> <p>Como vemos, a presente Ação Civil Pública visa, objetivamente, resgatar a ofensa a direitos das parturientes e neonatos, que por negligência e falta de estrutura hospitalar da rede de saúde pública do Estado, o qual vem incorrendo na oferta irregular no atendimento público na área da saúde, conforme constam das irregularidades apontadas na Exordial de fls. 01/30.</p> <p>É patente a dificuldade de acesso, atendimento e serviços na saúde pública. Pois, os pacientes percorrem longos e tortuosos caminhos em busca da recuperação de sua saúde e, na maioria das vezes, têm encontrado obstáculos quase que intransponíveis, em detrimento aos seus direitos fundamentais.</p> <p>Ademais, a salvo as questões de cumprimento de prazos determinados na medida liminar, a aplicação de multa pecuniária e a discussão sobre o princípio da separação dos poderes, sob argumento de que não pode o Poder Judiciário erigir prioridades para a administração, obrigando o Estado ao cumprimento de suas finalidades programáticas; em nenhum momento, o Requerido contestou as irregularidades apontadas pelo autor no sistema de saúde materno-infantil, objeto da presente ação.”</p>
<p>Fragmento 3 (115 a 139)</p>	<p>Com efeito, o recurso extraordinário deduzido nestes autos foi interposto contra acórdão, que, confirmado pelo E. Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, em sede de embargos de declaração (fls. 591/595), está assim ementado (fls. 569):</p> <p>“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÕES DE FAZER. AMPLIAÇÃO E MELHORIA NO ATENDIMENTO DE GESTANTES EM MATERNIDADES ESTADUAIS. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA INFÂNCIA E DA ADOLESCÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DAS FUNÇÕES ESTATAIS. 1. A ação civil pública que tem por escopo impor obrigações de fazer</p>

	<p>consistentes em ampliar e melhorar o atendimento de gestantes em maternidades estaduais deve ser proposta perante o Juizado da Infância e da Adolescência do local onde ocorreu a omissão a ser corrigida, porquanto, em última análise, visa a proteger o direito fundamental à vida e à saúde de crianças e adolescentes (Lei 8.069/90, arts. 7º, 148, IV, 208, parágrafo único e 209).</p> <p>2. Não cabe ao Ministério Público ou ao Poder judiciário impor as necessidades sociais que o Poder Executivo deve prioritariamente atender. Pensar diversamente implicaria violar o princípio da separação das funções estatais (Constituição Federal, art. 5º, LV) e a iniciativa do Poder Executivo quanto aos projetos de lei que disponham sobre a fixação de despesas públicas (Constituição Federal, arts. 165 e 167)." (grifei)</p>
Fragmento 4 (91 a 94)	O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO – (Relator): Trata-se de recurso de agravo, tempestivamente interposto pelo Estado do Amazonas, contra decisão que conheceu e deu provimento ao recurso extraordinário deduzido pelo Ministério Público estadual (fls. 820/848).
Fragmento 5 (141 a 144)	O Ministério Público do Estado do Amazonas, parte ora recorrida, sustentou que o acórdão por ele impugnado em sede recursal extraordinária teria transgredido os preceitos inscritos nos arts. 129, inciso II, 196, 197 e 227, todos da Constituição da República.
Fragmento 6 (24 a 41 e 475 a 481)	<p>(RTJ 185/794-796) – A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCAÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDER COMPROMETER O NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197) – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO ESTADO – A TEORIA DA “RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) – CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 196, 197 E 227) – A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” – A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE</p> <p>Cumprir advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.</p>
Fragmento 7 (161 a 169)	Cabe assinalar , desde logo, que a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse, como prestações de relevância pública , as ações e serviços de saúde (CF , art. 197), em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anormalmente , deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe , arbitrariamente, a eficácia jurídico-social , seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante .

Fragmento 8 (302 a 308)	É que, se assim não for, restarão comprometidas a integridade e a eficácia da própria Constituição, por efeito de violação negativa do estatuto constitucional, motivada por inaceitável inércia governamental no adimplemento de prestações positivas impostas ao Poder Público, consoante já advertiu, em tema de inconstitucionalidade por omissão, por mais de uma vez (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO), o Supremo Tribunal Federal:
Fragmento 9 (350 a 357)	Impende assinalar , contudo, que a incumbência de fazer implementar políticas públicas fundadas na Constituição poderá atribuir-se, ainda que excepcionalmente , ao Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos políticojurídicos que sobre eles incidem em caráter vinculante, vierem a comprometer , com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie ora em exame .
Fragmento 10 (395 a 397)	Mais do que nunca, é preciso enfatizar que o dever estatal de atribuir efetividade aos direitos fundamentais, de índole social, qualifica-se como expressiva limitação à discricionariedade administrativa.
Fragmento 11 (399 a 406)	Isso significa que a intervenção jurisdicional, justificada pela ocorrência de arbitrária recusa governamental em conferir significação real ao direito à saúde, tornar-se-á plenamente legítima (sem qualquer ofensa, portanto, ao postulado da separação de poderes), sempre que se impuser, nesse processo de ponderação de interesses e de valores em conflito, a necessidade de fazer prevalecer a decisão política fundamental que o legislador constituinte adotou em tema de respeito e de proteção ao direito à saúde.
Fragmento 12 (408 a 455)	<p>Cabe referir , neste ponto, ante a extrema pertinência de suas observações, a advertência de LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN, ilustre Procuradora Regional da República (“Políticas Públicas – A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público”, p. 59, 95 e 97, 2000, Max Limonad), cujo magistério , a propósito da limitada discricionariedade governamental em tema de concretização das políticas públicas constitucionais, corretamente assinala :</p> <p>“Nesse contexto constitucional, que implica também na renovação das práticas políticas, o administrador está vinculado às políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal; a sua omissão é passível de responsabilização e a sua margem de discricionariedade é mínima, não contemplando o não fazer.</p> <p>.....</p> <p>Como demonstrado no item anterior, o administrador público está vinculado à Constituição e às normas infraconstitucionais para a implementação das políticas públicas relativas à ordem social constitucional, ou seja, própria à finalidade da mesma: o bem-estar e a justiça social.</p> <p>.....</p> <p>Conclui-se, portanto, que o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional, pois tal restou deliberado pelo Constituinte e pelo legislador que elaborou as normas de integração.</p> <p>.....</p> <p>As dúvidas sobre essa margem de discricionariedade devem ser dirimidas pelo Judiciário, cabendo ao Juiz dar sentido concreto à norma e controlar a legitimidade do ato administrativo (omissivo ou comissivo), verificando se o mesmo não contraria sua finalidade constitucional, no caso, a concretização da ordem social constitucional.” (grifei)</p> <p>Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (LUÍS FERNANDO</p>

	<p>SGARBOSSA, “Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos”, vol. 1, 2010, Fabris Editor; STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York; ANA PAULA DE BARCELLOS, “A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais”, p. 245/246, 2002, Renovar; FLÁVIO GALDINO, “Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos”, p. 190/198, itens ns. 9.5 e 9.6, e p. 345/347, item n. 15.3, 2005, Lumen Juris), notadamente em sede de efetivação e implementação (usualmente onerosas) de determinados direitos cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.</p>
<p>Fragmento 13 (475 a 481)</p>	<p>Cumprir advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.</p>
<p>Fragmento 14 (483 a 493)</p>	<p>Tratando-se de típico direito de prestação positiva, que se subsume ao conceito de liberdade real ou concreta, a proteção à saúde – que compreende todas as prerrogativas, individuais ou coletivas, referidas na Constituição da República (notadamente em seu art. 196) – tem por fundamento regra constitucional cuja densidade normativa não permite que, em torno da efetiva realização de tal comando, o Poder Público disponha de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação, e de cujo exercício possa resultar, paradoxalmente, com base em simples alegação de mera conveniência e/ou oportunidade, a nulificação mesma dessa prerrogativa essencial.</p>
<p>Fragmento 15 (538 a 542)</p>	<p>Mas, como precedentemente acentuado, a missão institucional desta Suprema Corte, como guardiã da superioridade da Constituição da República, impõe, aos seus Juízes, o compromisso de fazer prevalecer os direitos fundamentais da pessoa, dentre os quais avultam, por sua inegável precedência, o direito à vida e o direito à saúde.</p>
<p>Fragmento 16 (544 a 551)</p>	<p>Cumprir não perder de perspectiva, por isso mesmo, que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível, assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar.</p>
<p>Fragmento 17 (607 a 614)</p>	<p>O sentido de fundamentalidade do direito à saúde – que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas – impõe, ao Poder Público, um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional.</p>
<p>Fragmento 18 (670 a 690)</p>	<p>A colmatação de omissões inconstitucionais, realizada em sede jurisdicional, notadamente quando emanada desta Corte Suprema, torna-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais</p>

	<p>ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.</p> <p>As situações configuradoras de omissão inconstitucional – ainda que se cuide de omissão parcial derivada da insuficiente concretização, pelo Poder Público, do conteúdo material da norma impositiva fundada na Carta Política – refletem comportamento estatal que deve ser repellido, pois a inércia do Estado qualifica-se como uma das causas geradoras dos processos informais de mudança da Constituição, tal como o revela autorizado magistério doutrinário (ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, “Processos Informais de Mudança da Constituição”, p. 230/232, item n. 5, 1986, Max Limonad; JORGE MIRANDA, “Manual de Direito Constitucional”, tomo II/406 e 409, 2ª ed., 1988, Coimbra Editora; J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “Fundamentos da Constituição”, p. 46, item n. 2.3.4, 1991, Coimbra Editora).</p>
<p>Fragmento 19 (788 a 792)</p>	<p>Refiro-me ao princípio da proibição do retrocesso , que, em tema de direitos fundamentais de caráter social, impede que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive, consoante adverte autorizado magistério doutrinário</p>

Elaborado pelo Autor

Das linhas 359 a 392, deduz-se que o juiz de primeiro grau deferiu o pedido do Ministério Público, o que desencadeou recurso ao Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas-TJAM, o qual recebeu provimento e, por conseguinte, gerou a reforma da sentença, a teor da análise das linhas 115 a 139.

Diante da decisão que reformou a sentença, infere-se que o Ministério Público interpôs recurso extraordinário, que foi provido e desencadeou a interposição, por parte do Estado do Amazonas, do agravo regimental que deu origem a decisão agora em análise, conforme se deduz da análise das linhas 91 a 94.

### 5.3.2.1 Categoria-A: Quais são os fundamentos do autor em relação ao direito à saúde?

Esta categoria traz os fundamentos do autor para justificar o pedido em relação ao direito à saúde.

Da análise de conteúdo sob à segunda leitura, infere-se que a ação civil pública que deu origem ao recurso extraordinário do Ministério Público do Estado do Amazonas e, posteriormente, ao agravo regimental do Estado do Amazonas, traz como pretensão a condenação desse Estado na obrigação de fazer, cujo pedido

mediato é a ampliação e melhoria no atendimento de gestantes em maternidades estaduais, ou seja, deduz-se que, ao fim e ao cabo, busca-se garantir o direito à saúde por meio de um melhor sistema (ou serviço) de saúde materno-infantil, conforme se depreende das linhas 6 a 13 e 120 a 132 (fragmento 1) dessa decisão.

E da análise de conteúdo das linhas 141 a 144 (fragmento 5), do *corpus* agora em estudo, verifica-se que o pedido do Ministério Público fora feito sob o fundamento, dentre outros, de que todos possuem o direito à saúde e é dever do Estado garantir esse direito, bem como que o Poder Público deve adotar medidas administrativas e legislativas para preservar e executar as ações e serviços de saúde, e que o Estado deve assegurar, com prioridade, o direito à vida e à saúde das crianças, resguardando-lhes de toda forma de negligência.

#### 5.3.2.2 Categoria-B: Quais são os fundamentos do Estado para justificar a sua negativa em implementar o direito à saúde nos moldes postulados pelo autor?

Esta categoria recepciona os fundamentos do Estado para justificar a negativa da concessão do pedido de saúde

O Estado do Amazonas se utilizou da Teoria da Reserva do Possível para postular a impossibilidade da concessão do pedido do Ministério Público, conforme mensagem extraída das linhas 24 a 41 e 475 a 481 (fragmento 6) da decisão analisada.

#### 5.3.2.3 Categoria-C: Quais são os fundamentos que foram utilizados pelo STF para proferir sua posição acerca da possibilidade da Reserva do Possível limitar o direito à saúde?

Aqui estão lançados os fundamentos que foram utilizados pelo STF para proferir sua posição sobre a possibilidade da reserva do possível limitar o direito à saúde.

De acordo com as linha 161 a 169 (fragmento 7), verifica-se que não se admite que o Estado seja omissivo no compromisso com os serviços de saúde.

A análise das linhas 302 a 308 (fragmento 8), 399 a 406 (fragmento 11), 408 a 455 (fragmento 12), 544 a 551 (fragmento 16) e 670 a 690 (fragmento 18) reforçam

a inferência e conclusão feita acima, pois nessa passagem o STF diz que é inaceitável a inércia do Estado no adimplemento de prestações positivas, como a saúde.

O teor das linhas 350 a 357 (fragmento 9) é claro é objetivo, ao trazer que o Poder Judiciário poderá, em situações excepcionais, fazer implementar políticas públicas, caso o Legislativo e o Executivo não se desincumbam de implementá-las.

A passagem sob o texto 475 a 481 e 483 a 493 (fragmento 13) permite confirmar que o STF admite a Reserva do Possível, mesmo quando se estiver diante de um direito fundamental, mas desde que esteja presente um justo motivo que seja provado objetivamente no caso concreto.

Ao se analisar as linhas 538 a 542 (fragmento 15) e 607 a 614 (fragmento 17), infere-se que o direito à vida e à saúde têm precedência em relação aos demais direitos fundamentais, ao menos sob o entendimento do STF.

Das linhas 788 a 792 (fragmento 19) se infere um fundamento jurídico, posto pelo STF, que não foi apresentado no julgamento da STA 223 AgR / PE, ao menos não expressamente. Dessas linhas, é possível constatar que o STF entende que há vedação ao retrocesso social, ou seja, que as conquistas sobre direitos fundamentais sejam desconstituídas.

#### 5.3.2.4 Categoria-D: Quais são as condições que são necessárias para a admissão da Reserva do Possível?

Esta categoria compreende as condições que são necessárias para a admissão da reserva do possível.

Após a análise da decisão RE 581352 AgR/ AM, confirma-se, pelo teor das linhas 475 a 481 e 483 a 493 (fragmento 13), que o STF acolhe a Reserva do Possível, mesmo ele entendendo que o direito à vida e a saúde gozam de uma fundamentabilidade superior aos demais direitos fundamentais, conforme linhas 538 a 542 (fragmento 15) e 607 a 614 (fragmento 17). Todavia, para que a Reserva do Possível seja acolhida para limitar o direito à saúde é preciso que o Estado se desincumba de provar que, no caso concreto, há, objetivamente, um justo motivo que o impeça de atender a demanda postulada sobre saúde. Essa análise também confirmou que a omissão do Estado afasta qualquer alegação de justo motivo. Essas

inferências e conclusões também são extraídas das linhas 161 a 169 (fragmento 7), das linhas 302 a 308 (fragmento 8), 399 a 406 (fragmento 11), 408 a 455 (fragmento 12), 544 a 551 (fragmento 16) e 670 a 690 (fragmento 18). A resposta desta categoria está complementada no tratamento do resultado que foi feito abaixo.

#### 5.4 TRATAMENTO DO RESULTADO, INFERÊNCIAS E INTERPRETAÇÃO

Realizada a pré-análise e a exploração do material, cabe agora realizar a apresentação final do resultado após a interpretação e inferências realizadas durante a exploração do *corpus* da pesquisa, pois a Análise de Conteúdo permitiu reconstruir os “mapas de conhecimento” que estão corporificados nos acórdãos analisados<sup>610</sup>.

##### 5.4.1 A Posição do STF sobre a Teoria da Reserva do Possível

Desenvolvida a pesquisa nos moldes acima apresentados, chega-se a hora da exposição dos resultados finais, ou seja, dos resultados que respondem as perguntas de partida formuladas acima. Nas palavras de Judith Martins Costa: “é neste momento que o jurista examina se pode ou não dar o parecer, que ele faz uma pesquisa exaustiva do universo para saber se ele pode ou não formar sua convicção. Esse é o momento de uma verdadeira pesquisa científica”<sup>611</sup>.

Analisados os dois *corpus* que foram selecionados como material final para a pesquisa, ou seja, o *corpus* 1 e 8, e confrontadas as deduções inferidas nas respectivas análises, infere-se que as deduções apontadas no decorrer da análise de conteúdo representam a posição do STF quando ele é chamado a garantir a efetividade do direito à saúde e a Administração Pública suscita a Teoria da Reserva do Possível, ou seja, quando o Poder Público alega que esse direito deve ser limitado ao que fora previamente estabelecido no orçamento público para o custeio

---

<sup>610</sup> BAUER, Martin W. / GASKELL, George. Pesquisa qualitativa com texto: imagem e som: um manual prático. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 194.

<sup>611</sup> COSTA, Judith Martins. in NOBRE, Marcos e alii. O que é pesquisa em Direito? São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 44)

da saúde, conforme se observa às linhas 359 a 361 do *corpus* 1 e às 24 a 41; 141 a 144 e 475 a 481 do *corpus* 8.

A análise de conteúdo permitiu - pela leitura em segundo plano (segunda leitura) e pelo confronto das inferências que surgiram da análise – concluir que o STF aceita a Teoria da Reserva do Possível, ou seja, que os direitos sociais e, por conseguinte, o direito à saúde, poderão sofrer limitação, inclusive por conta da escassez de recursos financeiros e econômicos.

Portanto, muito embora o STF ainda não tenha acolhido - a teor dos acórdãos analisados e das inferências levantadas - a justificativa da Administração Pública para deixar de dar efetividade e implementar o direito à saúde no caso concreto, verifica-se que o STF poderá deixar de vir a acolher um pedido judicial para que o Poder Público forneça o serviço de saúde nos moldes pretendidos pela parte quando a Administração Pública provar objetivamente que não foi omissa e que não praticou quaisquer atos a obstar a concretização desse direito, ou seja, que adotou todas as medidas administrativas e legiferantes para garantir as políticas públicas sobre o direito à saúde dos indivíduos.

Assim sendo, o STF entende que o direito à saúde se submeterá aos recursos disponibilizados pela Administração Pública se ela provar que a escassez de recursos se deu por um justo motivo.

Inferiu-se também pela análise de conteúdo que o STF entende que a norma constitucional que confere o direito à saúde aos indivíduos goza de máxima efetividade, ainda que admita-se o cunho programático em relação a alguma norma, e que por isso as normas insculpidas no art. 6º e 196 da CF devem ser observadas sob pena de ficar caracterizada a inconstitucionalidade por omissão, a ser sanada quer por via difusa, em ação individual ou coletiva, ou em controle concentrado, por meio do respectivo instrumento de controle de constitucionalidade.

Desta feita, o STF entende que o Estado deve se desincumbir da obrigação de concretizar o direito à saúde em seu sentido mais amplo; e que este compreende o que for necessário para garantir a vida do indivíduo, o qual (o que for necessário) poderá vir a ser delimitado, no caso concreto, por um justo motivo a ser provado pela Administração Pública. Assim, o direito à saúde se limita, no primeiro momento, pelo que for necessário para garantir o direito à vida, com dignidade, do indivíduo, e, no

segundo momento, por uma justa escassez de recursos, que não tenha sido causada por um ato omissivo ou comissivo do Poder Público.

Portanto, constatou-se na análise que o direito à saúde, afora uma justa causa para a escassez de recursos, está delimitado “apenas” pelo que extrapolar do necessário para salvaguardar a vida do indivíduo, isto é, o limite do direito à saúde é o que estiver compreendido, no caso concreto, como indispensável para garantir o direito à vida, ou seja, ao mínimo para a garantia da existência digna do indivíduo.

Destarte, também se verificou com a análise de conteúdo que o poder discricionário do Administrador Público se limita pelo que for indispensável para garantir o direito à saúde, ao fim e ao cabo, para preservar o direito à vida.

Desta feita, após a análise de conteúdo das decisões do STF, deduz-se que para a superação da Teoria da Reserva do Possível são necessários o preenchimento dos seguintes requisitos:

- 1) prova de que o serviço de saúde pretendido é indispensável para garantir a saúde e a vida do titular desse direito;
- 2) prova de que não há outro meio (procedimento médico/hospitalar, medicamento ou qualquer outro serviço) além do pretendido que seja capaz de garantir a saúde e ou a vida do beneficiário do direito;
- 3) ausência de prova objetiva da Administração Pública de que há escassez de recursos;
- 4) ausência de prova da Administração Pública de que há uma justa causa para o não atendimento da pretensão do titular da ação judicial;
- 5) ausência de prova da Administração Pública de que a escassez de recursos não se deu por ato omissivo ou comissivo do Estado-Executivo e Legislador;

Nesse diapasão, o autor da ação judicial que chamar o STF a dar efetividade ou a determinar a implementação do direito à saúde deve demonstrar que o serviço de saúde pretendido é indispensável para garantir a saúde e a vida do titular desse

direito e que não há outro meio, além do apresentado na pretensão, que seja capaz de garantir a saúde e ou a vida do beneficiário desses direitos.<sup>612</sup>

Já a Administração Pública, para impedir que esse direito seja efetivado na medida do que fora pretendido pelo autor da ação, deve<sup>613</sup> provar que não há recursos suficientes para atender a demanda, ou seja, que há escassez de recursos; bem como que existe uma justa causa para a mesma e que ela não se deu por ato omissivo ou comissivo do próprio Estado, isto é, deve provar que adotou todas as medidas administrativas e legiferantes para concretizar o direito à saúde.

Portanto, deduz-se, a contrário senso dos requisitos acima elencados, que, para o STF, são condições para o acolhimento da Teoria da Reserva do Possível e, por conseguinte, da delimitação do direito à saúde ao orçamento público que fora previamente fixado para o custeio desse bem, a demonstração, por meio de prova, por parte do Estado, que foram tomadas todas as medidas administrativas e legislativas que fossem possíveis de serem adotadas e ainda assim há uma escassez de recursos que impede a implementação do direito à saúde nos moldes desejados por seu titular. Assim sendo, a existência de prova de que há uma escassez de recursos (materiais, financeiro, orçamentário, de pessoal, físico ou qualquer outro meio capaz de garantir a manutenção da saúde e ou vida do indivíduo) é condição para o acolhimento da tese do Estado; também é condição que essa escassez não tenha se dado por ato ou conduta omissiva ou comissiva do Estado.

Por corolário, ainda a contrário senso dos requisitos apontados como necessários para a refutação da reserva do possível, deduz-se que a ausência de risco de vida do titular do direito à saúde e a colisão de direitos entre titulares desse direito são circunstâncias que podem levar o STF a acolher a Teoria da Reserva do Possível no caso concreto.

---

<sup>612</sup> Até porque, “o processo deve dar ao autor que tem razão ‘tudo aquilo e exatamente aquilo que tenha direito’”, conforme Liana Cirne Lins, ao apresentar uma passagem de Chiovenda, quando ela trata sobre a jurisdição constitucional. (LINS, Liana Cirne. *Da Jurisdição Constitucional ao Direito Processual Constitucional: Delineamentos de um Direito Processual Constitucionalmente Adequado a Partir da Reflexão Sobre a Judicialização dos Direitos Fundamentais Sociais*. In: MARTEL, Letícia de Campos Velho. (Org.). *Estudos Contemporâneos de Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 267-287).

<sup>613</sup> “Na realidade, a parte tem o ônus de exercer os atos processuais, não estando obrigada a praticá-los. Daí por que, caso a parte não os exerça, não sofrerá sanção nem será obrigada a fazê-lo, mas passará a deter uma posição de desvantagem no processo.” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. São Paulo: Dialética, 2013. p. 101)

E, em relação à fundamentação do STF, a mesma é catalogada neste momento com base nas unidades de registros extraídas do que os ministros suscitaram durante as decisões aqui analisadas, bem como no referencial teórico que foi apresentado nos capítulos anteriores deste trabalho, porque, pela a análise de conteúdo, interpreta-se o texto à luz do referencial de codificação.<sup>614</sup>

O levantamento dos fundamentos utilizados pelo STF também contribui para a promoção da uniformização da jurisprudência, pois, por meio dele, permite-se que os demais órgãos do Poder Judiciário identifiquem o que considera o seu órgão de cúpula no momento de apreciar a respectiva matéria, permitindo que eles sigam o vetor de racionalidade<sup>615</sup> que levou o STF a tal posição; o que, conforme já levantado anteriormente, fortalece a segurança jurídica<sup>616</sup>, na medida em que os demais órgãos do Poder Judiciário se abstenham de adotar fundamentos diferentes para casos semelhantes aos que deram origem ao *corpus* aqui analisado<sup>617</sup>. Ao tempo em que também permite a consubstanciação de uma decisão justa, nos moldes já preconizados anteriormente, ou seja, previsível e isonômica; e,

No sentido formal destes dois valores, previsibilidade significa que o caso deve ser resolvido de acordo com as normas previamente estabelecidas, ou melhor, deve ser resolvido de acordo com o modelo de decisão previamente estabelecido; e igualdade significa que casos iguais devem ser resolvidos igualmente. Portanto, os casos similares resolvidos sem similaridade precisam ter uma justificativa plausível.<sup>618</sup>

<sup>614</sup> Um referencial de codificação é um modo sistemático de comparação. Ele é um conjunto de questões (códigos) com o qual o codificador trata os materiais, e do qual o codificador consegue respostas, dentro de um conjunto predefinido de alternativas (valores de codificação). Embora o *corpus* de texto esteja aberto a uma multidão de possíveis questões, a AC interpreta o texto apenas à luz do referencial de codificação, que constitui uma seleção teórica que incorpora o objetivo da pesquisa. (BAUER, Martin W. / GASKELL, George. Pesquisa qualitativa com texto: imagem e som: um manual prático. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 199)

<sup>615</sup> ADEODATO, João Maurício. A retórica constitucional. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 211.

<sup>616</sup> “A obediência aos precedentes e a uniformização da jurisprudência prestam-se a concretizar, ainda, a segurança jurídica, garantindo previsibilidade e evitando a existência de decisões divergentes para situações jurídicas homogêneas ou para situações de fato semelhantes, sendo certo que decisões divergentes não atingem a finalidade de apagar os conflitos de que se originaram as demandas. Casos iguais devem ter, necessariamente, decisões iguais, sob pena de se instaurar um estado de incerteza.” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. O processo civil no estado constitucional e os fundamentos do projeto do novo código de processo civil brasileiro. Revista de Processo. São Paulo: RT, julho-2012, v. 209, p. 349-374.)

<sup>617</sup> “Tratar da mesma forma casos similares é algo fundamental para a estabilidade do poder e para a manutenção da segurança necessário ao desenvolvimento das relações sociais.” MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 109.

<sup>618</sup> MATOS, Nelson Juliano Cardoso. O Dilema da liberdade: alternativas republicanas à crise paradigmática no direito (o caso da judicialização da política no Brasil). 476 f. Tese (Doutorado) Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2008.

A análise também acabou por permitir que se extraísse das decisões estudadas um diagnóstico do entendimento do STF sobre os temas correlatos ao direito fundamental à saúde e a Teoria da Reserva do Possível, conforme exposto do decorrer do preenchimento das categorias temáticas.

#### **5.4.2 Há Simetria entre as Razões de Decidir do STF e às do Tribunal Constitucional Federal Alemão?**

Após a análise da decisão alemã, que serviu de paradigma para a Teoria da Reserva do Possível, e do estudo das decisões do STF, que versam sobre o direito à saúde e ao mesmo tempo sobre a reserva do possível, pertinente é identificar se há simetria entre as razões de decidir<sup>619</sup> do STF e às do Tribunal Constitucional Federal Alemão nos casos analisados.

Apesar do estudo das decisões não ter sido desenvolvido sob as técnicas processuais para a averiguação da *ratio decidendi*, as quais são usadas para a análise dos precedentes das decisões das Cortes Superiores, no Sistema da *Common law*, à luz da doutrina do *stare decisis*, pode-se suscitar que, ao fim e ao cabo, a análise coincidiu com o método de Goodhart, o qual, segundo Luiz Guilherme Marinoni, aponta que para a apuração das razões de decidir de um precedente<sup>620</sup> é “necessário determinar todos os fatos do caso como vistos pelo juiz e, após, identificar quais destes fatos o juiz admitiu como materiais ou fundamentais para decidir”<sup>621</sup>

Assim sendo, realizadas as análises de conteúdos sobre essas decisões, deduz-se que as razões de decidir guardam simetria, ainda mais quando considerado o entendimento mais atual do Tribunal Constitucional Federal alemão,

<sup>619</sup> “A *ratio decidendi* pode ser definida como a concreta expressão do resultado a que chegou o juiz com a interpretação e a aplicação da norma jurídica ao caso que lhe foi posto a julgamento. Em outras palavras, a *ratio decidendi* consiste numa regra geral sem a qual o caso seria decidido diversamente<sup>26</sup>. Quer isso dizer que a *ratio decidendi* identifica-se, não com a decisão do caso concreto, mas com a razão jurídica da decisão, ou seja, com o princípio jurídico que, aplicado aos fatos, determinou aquela particular decisão..” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. O processo civil no estado constitucional e os fundamentos do projeto do novo código de processo civil brasileiro. Revista de Processo. São Paulo: RT, julho-2012, v. 209, p. 349-374.)

<sup>620</sup> “precedentes significa decisões vinculantes de Cortes superiores da mesma jurisdição, assim como decisões da mesma Corte de apelação” MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 215.

<sup>621</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 226.

que ao conferir ao direito à saúde a condição de mínimo vital, que é indispensável para a garantia de uma vida digna, afasta qualquer possibilidade de adoção da Reserva do Possível. A simetria é vivenciada a partir dos fundamentos gerais sobre o tema, muito embora o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha adote uma postura mais protetiva em relação aos direitos que estão compreendidos como o mínimo vital, como a saúde, já que ele não recepciona a Reserva do Possível como fundamento plausível para restringir esses direitos e, do contrário, o STF a admite quando se estiver diante de um justo motivo.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Paralelo ao constitucionalismo moderno, se desenvolveram os direitos fundamentais, no primeiro momento, por força do matiz liberal, sob o pálio dos direitos individuais.

Esses direitos recebem a condição de fundamentais porque, sem eles, o então homem, hoje, numa linguagem democrática e isonômica, a pessoa ou o indivíduo, não sobrevive, pois tais direitos são indispensáveis para uma vida digna. Por isso, diz-se que os direitos fundamentais são inerentes à própria condição humana, razão pela qual, ao deixarem de ser tratados apenas sob a perspectiva internacional, ou seja, sob a classificação de direitos do homem ou humanos, para serem tutelados pelo ordenamento jurídico constitucional de um país, recebem a rubrica de fundamentais, sobrelevando-se a sua condição de fundamentabilidade.

Todavia, apenas o viés liberal não foi capaz de garantir uma vida digna, pois a liberdade e a igualdade de nada servem ao indivíduo se ele não tiver condições materiais de exercê-las efetivamente. O indivíduo, que goza da condição de ser livre e igual aos demais, carece, não só de uma postura negativa do Estado, mas, também, de uma posição positiva. Daí os direitos fundamentais não se bastarem tão somente naqueles direitos individuais, cuja tutela, de acordo com a teoria clássica, se dá com uma posição omissiva ou negativa do Estado, ou seja, sem a intervenção dele na liberdade dos indivíduos, que por serem livres e iguais, perante a lei, não careceriam de uma intervenção do Estado nas suas relações sociais, ou melhor, jurídicas.

Daí decorre a necessidade de garantia de direitos fundamentais materiais (ou prestacionais), o que obriga o Estado a garantir o fornecimento de bens aos indivíduos, assim como é convocado a intervir, ainda que minimamente, nas relações jurídicas perpetradas em sociedade. A intervenção se dá pela própria necessidade de se garantir a paz social, agora não só de cunho liberal, mas também de natureza social, pela qual todos os membros da sociedade precisam ser solidários uns com os outros, ante a premente ideia do Estado de Bem-Estar Social, que reacendeu o ideário da fraternidade.

A dignidade da pessoa humana e o bem-estar social passaram a orientar e a delimitar a ação do Estado, quer seja o Estado-Administrador, o Estado-Legiferante ou o Estado-Juiz, que passou a ter de adotar uma postura ativa frente aos novos direitos que foram engendrados à condição de fundamentais, agora sob a natureza de direitos sociais.

Os direitos sociais não se perfazem com uma postura abstencionista; pelo contrário, eles exigem a realização de prestações positivas, ou seja, de um fazer, até mesmo de um dar, de um agir, e não de um não fazer.

Os direitos sociais, como direitos fundamentais, são tutelados por normas constitucionais, que gozam de eficácia plena, ante a aplicabilidade imediata dessas normas.

Diante da força normativa da Constituição, que passou a garantir direitos sociais, como a saúde, a educação e a habitação, o Estado precisa se desincumbir do dever de implementá-los em favor dos indivíduos, no primeiro momento, por meio de ações que efetivem esses direitos de forma coletiva, ou seja, em favor de todos os indivíduos. No tocante ao direito à saúde, o Constituinte Originário foi categórico, ao dispor que a saúde é um direito de todos e dever do Estado, e que o seu acesso é integral e universal.

Assim sendo, para atender aos ditames constitucionais, o Estado se vale das chamadas políticas públicas, pois é a partir delas que ele planeja e programa as ações necessárias para o fornecimento dos serviços públicos, os quais, por força da determinação constitucional, em relação à saúde, deve se consubstanciar por ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde.

Desta feita, dentre esses serviços, encontra-se o de saúde pública, que não se esgota por uma simples consulta médica, pois a saúde, nos termos da Constituição da Organização Mundial de Saúde, vai do fornecimento de saneamento básico à garantia da felicidade aos indivíduos, porque, à luz do Bem-Estar Social, ser feliz também é ter saúde.

A implementação das políticas públicas, e, por conseguinte, do direito à saúde, exige que o Estado possua receitas suficientes para atender aos anseios da sociedade, que se convertem em despesas para os cofres públicos, já que até mesmo os tradicionais direitos fundamentais, como a liberdade e a igualdade,

exigem receitas suficientes para que sejam efetivados, pois, como visto, todo o direito tem um custo para o Estado.

É com a arrecadação de receitas e um orçamento público eficiente que o Estado se desonera do dever de fornecer o serviço de saúde, porque, arrecadada a receita e constituído o orçamento público equilibrado com as despesas, isto é, com as demandas da sociedade, não resta alternativa ao Estado, a não ser empenhar o respectivo montante no serviço de saúde.

Portanto, em sendo o direito à saúde um direito fundamental, garantido por força da Constituição Federal, cabe ao Estado efetivar e implementar esse direito na medida da necessidade do indivíduo, pois, como visto, ele tem como direito o mais alto grau de saúde possível, ou seja, ao que for necessário para tutelar sua saúde e vida, que só se limita, inicialmente, pelo que extrapolar o necessário para a garantia de sua saúde e vida, porque, fora isso, só se ocorrer uma escassez de recursos, por exemplo, de ordem financeira, estrutural e de pessoal.

Desta feita, a saúde deve ser garantida integralmente e a todos, indistintamente, sob pena de se macular a própria condição da pessoa humana, uma vez que o legislador, ao tratar da saúde, fixou que ela é um direito de todos, numa interpretação sistemática e teleológica, sejam brasileiros ou estrangeiros.

E nesse mister foi visto que o direito à saúde não se limita a um orçamento previamente fixado pelo Estado, pois, como visto, o conceito de saúde é amplo e vai de uma política de saneamento básico até a necessidade da garantia da felicidade do indivíduo. Outrossim, a delimitação da saúde ao orçamento público, no ordenamento jurídico brasileiro, carece de plausibilidade, porque esse orçamento sofre de algumas incongruências, como o desprezo pelas demandas em saúde que se concretizaram por força de decisão judicial, cuja demanda e o custeio não servirão de referência para o orçamento do ano seguinte; e a desassistência que vem sendo praticada pela União, a qual, ano a ano, tem reduzido, paulatinamente, o gasto com a saúde, deixando de empenhar o montante que foi eleito como necessário para o custeio das despesas em saúde, numa posição de subfinanciamento da saúde, passível de reprimenda na ordem jurídica, pois essa posição vai na contramão não só da garantia da dignidade da pessoa humana, mas também das próprias regras orçamentárias, que preconizam a necessidade de um planejamento com base nas efetivas necessidades para se garantir o bem comum.

Destarte, o orçamento só poderá ser considerado como limitador do direito à saúde quando o Estado provar que agiu no sentido de prever um orçamento capaz de atender as necessidades do indivíduo, bem como que adotou todas as providências de ordem estrutural, material e pessoal para suprir essas necessidades, mas, ainda assim, ocorreu uma escassez de recursos, de modo que o “possível” se sobreponha, agora no sentido de delimitador, ou seja, do que está ao alcance de ser feito pelo Estado.

No entanto, o Estado tem, frequentemente, quando chamado a efetivar o direito à saúde, suscitado que esse bem só poderá ser garantido dentro do que for possível, econômica e financeiramente, ante a suscitação da escassez de recursos.

Nesse diapasão, verificou-se que diante da omissão ou da ação do Estado, administrador e ou legislador, para com a implementação do direito à saúde, a coletividade ou indivíduo poderá se socorrer da intervenção do Poder Judiciário para fazer valer a vontade do povo, e, ao fim e ao cabo, o seu direito.

Uma leitura do direito mais humanizado e constitucionalizado, agora com os ideais do bem-estar social, permitiu que se apurasse que o Poder Judiciário está legitimado, pelo Constituinte, a intervir em caso de omissão dos Poderes Executivo e Legislativo.

E a busca pela tutela do Poder Judiciário se dá pelo exercício de outro direito fundamental, qual seja, o acesso à justiça. Muito embora, tenha-se visto que a efetivação desse direito carece de uma política pública mais efetiva, porque, apesar de haver instrumentos apropriados para efetivá-los, os mesmos são insuficientes, como se viu em relação ao número de defensores públicos necessários para que os hipossuficientes possam exercer o direito ao efetivo acesso à justiça.

Fato é que o indivíduo tem o direito à saúde e, por isso, ele tem exigido do Estado a garantia desse direito nos limites de sua necessidade. Mas o Estado se põe a sustentar que essa necessidade está delimitada pelo que fora previamente programado no orçamento público e, por conseguinte, ao que for possível de ser atendido pelos cofres públicos, o que é sustentado sob o fundamento da Teoria da Reserva do Possível, de origem alemã.

Assim sendo, o Estado primordialmente, o Estado Administrador, tem sustentado, com base na Reserva do Possível, que só é obrigado a efetivar a saúde até o que for possível, isto é, até os limites do orçamento público para a saúde.

Contudo, ao se analisar a Reserva do Possível, preconizada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, observa-se que essa teoria não se aplica quando se estiver diante de direitos que são indispensáveis para a garantia de uma vida digna aos indivíduos, ou seja, ela não se impõe aos direitos que estão compreendidos como mínimo existencial ou mínimo vital para a subsistência digna da pessoa. Portanto, a Reserva do Possível não pode servir de subterfúgio para que o Estado justifique a negativa de uma demanda sobre a saúde, já que esta é indispensável para a manutenção da própria vida do indivíduo, o que a caracteriza como parte do núcleo do mínimo existencial.

Além da análise da decisão alemã, paradigma da Reserva do Possível, analisou-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o que foi feito nos mesmos moldes do estudo da decisão alemã, ou seja, com base na Análise de Conteúdo, a qual permitiu identificar se o Poder Judiciário, representado pelo guardião da constituição federal, admite a Teoria da Reserva do Possível quando é chamado a intervir numa demanda sobre o direito à saúde. A análise das decisões do Supremo Tribunal Federal permitiu concluir que ele admite a Reserva do Possível, todavia, ela só será admitida como delimitadora do direito à saúde quando, no caso concreto, o Estado provar que há um justo motivo para a respectiva delimitação, isto é, quando ele demonstrar que praticou todos os atos necessários para implementar o direito à saúde, mas, mesmo assim, os mesmos não foram suficientes para atender a demanda posta em juízo.

As análises da decisão alemã e das decisões do Supremo Tribunal Federal alemão também permitiram constatar que a Corte alemã confere uma proteção superior, em relação à brasileira, aos direitos sociais que guardam relação com o mínimo existencial ou mínimo vital, mesmo a Lei Fundamental alemã não tutelando, expressamente, os direitos sociais, como o faz a Constituição Federal brasileira.

## REFERÊNCIAS

ABRAHÃO, Ana Lúcia. **Notas sobre o Planejamento em Saúde**. In. MATTA, Gustavo Corrêa / PONTES, Ana Lúcia de Moura. Políticas de saúde: organização e operacionalização do sistema único de saúde. Rio de Janeiro: EPSJV / Fiocruz, 2007.

ADEODATO, João Maurício. **Bases para uma metodologia da pesquisa em direito**. Disponível: <[http://www.idp.edu.br/component/docman/doc\\_download/363-bases-metodologia-direito-adeodato](http://www.idp.edu.br/component/docman/doc_download/363-bases-metodologia-direito-adeodato)> Acesso em: 02 de junho de 2014.

ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

ADORNO, SÉRGIO. in NOBRE, Marcos e alii. **O que é pesquisa em Direito?** São Paulo: Quartier Latin, 2005.

ALEMNHA. Parlamento Federal Alemão. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha** Disponível em: <[http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3254212/Daten/1330556/ConstituicaoPortugues\\_PDF.pdf](http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3254212/Daten/1330556/ConstituicaoPortugues_PDF.pdf)> Acesso em: 07 de março de 2014

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALMEIDA, Ramiro Rockenbach da Silva Matos Teixeira de. **Direitos humanos, reserva do possível e ônus da prova**. In Ruben Rockenbach Manete. Teoria Crítica dos Direitos Humanos: das lutas aos direitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ALVES, Jones Figueiredo. **Uma retórica do homem dignificado**. In João Maurício Adeodato. A retórica constitucional. São Paulo: Saraiva, 2010.

ANADEP - Associação Nacional dos Defensores Públicos. **Ministério diz que Pernambuco tem a pior defensoria do País**. Disponível: <<http://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=8378>> Acesso em 10 de maio de 2012.

ANADEP. I **Relatório Nacional de Atuações Coletivas da Defensoria Pública** : um estudo empírico sob a ótica dos “consumidores” do sistema de justiça / [Coordenação, José Augusto Garcia de Sousa]. – Brasília : ANADEP, 2013. Disponível em: <<http://www.forumjustica.com.br/wp-content/uploads/2013/06/I-RELAT%C3%93RIO-NACIONAL.pdf>> Acesso em: 29 de julho de 2014.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 195

ARAÚJO, Cláudia de Rezende Machado de. **A influência do constitucionalismo alemão no constitucionalismo brasileiro**. TEXTOS DE HISTÓRIA, vol. 16, nº 2, 2008, p. 151/156. Disponível em: <

<http://periodicos.unb.br/index.php/textos/article/view/947/614>> Acesso em: 27 de agosto de 2014.

ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. BARROS, Luciano José Pinheiro. **A repercussão geral nos recursos extraordinários à luz da aproximação dos modelos difuso e concentrado de controle de constitucionalidade**. In. Manoel Severo Neto. Direito, cidadania & processo. Recife: FASA, 2006.

ARCAYA, Oscar Godoy. **Antologia Política de Montesquieu**. Revista Estudios Públicos., otoño, 1996. p. 337/406. Disponível em: <[http://www.cepchile.cl/dms/archivo\\_1025\\_234/rev62\\_godoy.pdf](http://www.cepchile.cl/dms/archivo_1025_234/rev62_godoy.pdf)> Acesso em: 30 de julho de 2014.>

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013.

ARTMANN, Elizabeth. **O planejamento estratégico situacional no nível local: um Instrumento a favor da visão multissetorial**. Disponível em:<<http://www5.ensp.fiocruz.br/biblioteca/dados/OPESNIVELOCALJavier.rtf>> Acesso em: 14 jul. 2014.>

AHUALLI, Tânia Mara Ahualli e SENA, Jaqueline. Ativismo judicial e proteção dos direitos. In Fredie Didier Jr. Ativismo Judicial e Garantismo Processual. Salvador: Editora JusPoDIVM, 2013.

BAPTISTA, Tatiana Vargas de Faria. **História das Políticas de Saúde no Brasil: a trajetória do direito à saúde**. In. MATTA, Gustavo Corrêa / PONTES, Ana Lúcia de Moura. Políticas de saúde: organização e operacionalização do sistema único de saúde. Rio de Janeiro: EPSJV / Fiocruz, 2007.

BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição Federal brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1933, t. II, p. 489.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Direitos fundamentais orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BARDIN, Laurence. **Análise de Conteúdo**. Lisboa: Edições 70, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1982.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de teoria do Estado e ciência política**. São Paulo: Saraiva, 1995.

BAUER, Martin W. **Análise de conteúdo clássica**: uma revisão. In. BAUER, Martin W. / GASKELL, George. Pesquisa qualitativa com texto: imagem e som: um manual prático. Petrópolis: Vozes, 2002.

BAUER, Martin W., GASKELL, George e ALLUM, Nicholas C. **Qualidade, quantidade e interesses do conhecimento**: evitando confusões. in BAUER, Martin W. / GASKELL, George. Pesquisa qualitativa com texto: imagem e som: um manual prático. Petrópolis: Vozes, 2002.

BAUER, Martin W. / AARTS, Bas Aarts. **A construção do corpus**: um princípio para a coleta de dados qualitativos in BAUER, Martin W. / GASKELL, George. Pesquisa qualitativa com texto: imagem e som: um manual prático. Petrópolis: Vozes, 2002.

BARWICK, Sir Garfield Edward John. **Judiciary Law: some observations thereon, em current legal problems**. apud Mauro Cappelletti. Juízes Legisladores? Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

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

BOCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. **Estudios sobre el estado de derecho y la democracia**. Madrid: Editorial Trotta, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **A constituição aberta**. São Paulo: Malheiros, 1996.

**BRASIL**. CNJ.  
<<http://www.youtube.com/watch?v=Cyow8n58eSY&list=PL812F8EEE53D3A440>>

**BRASIL**. Advocacia Geral da União. Intervenção Judicial na Saúde Pública. Panorama no âmbito da Justiça Federal e Apontamentos na seara das Justiças Estaduais. Disponível em:  
<<http://u.saude.gov.br/images/pdf/2014/maio/29/Panorama-da-judicializa----o---2012--modificado-em-junho-de-2013.pdf>> Acesso em 22 de agosto de 2014.

**BRASIL**. Câmara Dos Deputados. Financiamento da Saúde: Brasil e Outros Países com Cobertura Universal. Brasília, 2013. Disponível em:  
<<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/orcamentobrasil/estudos/2013/NTn12de2013FinanciamentodaSadeBrasileOutrosPasesV.Prel..pdf>> Acesso em 27 de julho de 2014.

**BRASIL**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. D.O.U. de 05/10/1988.

**BRASIL.** Conselho Nacional de Justiça. Estatísticas podem ajudar a reduzir demandas judiciais de Saúde. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/17458-estatisticas-podem-ajudar-a-diminuir-demandas-judiciais-na-area-da-saude>. Acesso em: 20 de dezembro de 2011.>

**BRASIL.** Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Assistência de Média e Alta Complexidade no SUS / Conselho Nacional de Secretários de Saúde. – Brasília : CONASS, 2007, p. 13.

**BRASIL.** Conselho Nacional de Justiça. Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010. Publicado no DJ-e nº 61/2010, em 07/04/2010.

**BRASIL.** Decreto n. 7.827, de 16 de outubro de 2012. DOU de 17.10.2012.

**BRASIL.** DPU na mídia. " Estudo mostra déficit de 66% no total de defensores públicos federais". Disponível: <[http://www.dpu.gov.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=20677:estudo-mostra-deficit-de-66-no-total-de-defensores-publicos-federais&catid=34:noticias12&Itemid=223](http://www.dpu.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=20677:estudo-mostra-deficit-de-66-no-total-de-defensores-publicos-federais&catid=34:noticias12&Itemid=223)> Acesso em 27 de julho de 2014.

**BRASIL.** Fórum Nacional da Saúde – Relatório atualizado da Resolução 107. <[http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/relatorio\\_atualizado\\_da\\_resolucao107.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/relatorio_atualizado_da_resolucao107.pdf)> Acesso em: 20 de dezembro de 2011.

**BRASIL.** Fundação Oswaldo Cruz. A saúde no Brasil em 2030: diretrizes para a prospecção estratégica do sistema de saúde brasileiro. Rio de Janeiro: Fiocruz/Ipea/Ministério da Saúde/Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, 2012.

**BRASIL.** Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Ipea. Mapa da defensoria pública no Brasil. Disponível em <<http://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria/deficitdedefensores> > Acesso em 27 de julho de 2014.

**BRASIL.** Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Ipea. Mapa da defensoria pública no Brasil. Disponível em <[http://www.ipea.gov.br/sites/images/downloads/mapa\\_da\\_defensoria\\_publica\\_no\\_brasil\\_impresso.pdf](http://www.ipea.gov.br/sites/images/downloads/mapa_da_defensoria_publica_no_brasil_impresso.pdf)> Acesso em 27 de julho de 2014.

**BRASIL.** Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. DOU de 31.10.1966.

**BRASIL.** Lei Complementar n. 80, de 12 de janeiro de 1994. DOU de 13.1.1994.

**BRASIL.** Lei Complementar n. 141, de 13 de janeiro de 2012.. DOU de 16.1.2012.

**BRASIL.** Lei n. 1.060, de 05 de fevereiro de 1950. D.O.U. de 13.2.1950.

**BRASIL.** Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003. D.O.U. de 03/10/2003.

**BRASIL.** Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. D.O.U. de 20/09/1990.

**BRASIL.** Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública. Judicialização do direito à saúde

<<http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?tipo=realizada#>>

**BRASIL.** Supremo Tribunal Federal. A Constituição e o Supremo. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/>>. Acesso em 26 de abril de 2012.>

**BRASIL.** Supremo Tribunal Federal. ADPF 153, voto do Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 29-4-2010, Plenário, DJE de 6-8-2010.

**BRASIL.** Supremo Tribunal Federal (STF). Regimento Interno: [atualizado até junho de 2014] – consolidado e atualizado até maio de 2002 por Eugênia Vitória Ribas. Brasília: STF, 2014.

**BRASIL.** Supremo Tribunal Federal. <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/saude-e-meio-ambiente/forum-da-saude.>>

**BRASIL.** Supremo Tribunal Federal. Pet 1246 MC, Presidente Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Decisão Proferida pelo(a) Ministro(a) CELSO DE MELLO, julgado em 31/01/1997, publicado em DJ 13/02/1997.

**BRASIL.** Supremo Tribunal Federal. <[http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/relatorio\\_atualizado\\_da\\_resolucao107.pdf.](http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/relatorio_atualizado_da_resolucao107.pdf.)>

**BRASIL.** Supremo Tribunal Federal. Rcl 4374, voto do Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 18-4-2013, Plenário, DJE de 04-09-2013.

**BRASIL.** Supremo Tribunal Federal. RE 581352 AgR/ AM, voto do Rel. Min. Celso de Melo, julgamento em 29/10/2013, Segunda Turma, DJE de 22-11-2013.

**BRASIL.** Ministério da Saúde. VIII Conferência Nacional de Saúde – Relatório Final. 17 A 21 DE MARÇO DE 1986. <[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8\\_conferencia\\_nacional\\_saude\\_relatorio\\_final.pdf.](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8_conferencia_nacional_saude_relatorio_final.pdf.)> Acesso em: 13 de julho de 2014.

**BRASIL.** Tribunal de Contas da União. Relatório Sistêmico de Fiscalização da Saúde. Disponível em: <[http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/imprensa/noticias/noticias\\_arquivos/032.624-2013-1%20Fisc%20Saude.pdf](http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/imprensa/noticias/noticias_arquivos/032.624-2013-1%20Fisc%20Saude.pdf)> Acesso em: 22 de agosto de 2014.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em direito.** In Maria Paula Dallari Bucci. Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Quatro Respostas sobre o Amicus Curiae.** Revista da Escola Nacional da Magistratura - Ano II, ed. nº 5 -- Brasília: Escola Nacional da Magistratura, 2008.

CAMPOS, Dejalma de. **Direito financeiro e orçamentário.** São Paulo: Atlas, 2001.

CAMPOS, Hélio Sílvio Ourem. **Segurança jurídica**: valores e expressões objetivas. In: Manoel Severo Neto. Direito, cidadania & processo. Recife: FASA, 2006.

CAMARGO JR., Kenneth Rochel de. COELI, Cláudia Medina. MORENO, Arlinda B. **Informação e Avaliação em Saúde**. In: MATTA, Gustavo Corrêa / PONTES, Ana Lúcia de Moura. Políticas de saúde: organização e operacionalização do sistema único de saúde. Rio de Janeiro: EPSJV / Fiocruz, 2007.

CANAS, Vitalino. **Princípio da proporcionalidade**. In: Dicionário Jurídico da Administração Pública (separata). Coimbra: Almedina, 1994.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CANOTILHO. José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993. p. 183.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

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

CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan. **Montesquieu e a releitura da separação de poderes no Estado contemporâneo**: elementos para uma abordagem crítica. Lex Humana, <http://seer.ucp.br/seer/index.php/LexHumana>, v. 1, n. 2, Dez. 2010. ISSN 2175-0947. Disponível em: <<http://seer.ucp.br/seer/index.php?journal=LexHumana&page=article&op=view&path%5B%5D=21&path%5B%5D=20>>. Acesso em: 30 Jul. 2014.

CARVALHO, Salo de. **Como (não) se faz um trabalho de conclusão**: provocações úteis para orientadores e estudantes de direito. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO NETO, Menelick de. **A hermenêutica constitucional sob o paradigma do estado democrático de direito**. In Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático do direito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CATARINA, Daniele Corrêa Santa. **Teoria Crítica dos Direitos Humanos: uma análise comparativa com a teoria tradicional**. In Ruben Rockenbach Manete. Teoria Crítica dos Direitos Humanos: das lutas aos direitos.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Motivo e motivação do ato administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979.

COLARES, Virgínia. **Linguagem & Direito**. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2010.

COLARES, Virgínia. **O processo e a textualização do discurso jurídico**. In. Manoel Severo Neto. Direito, cidadania & processo. Recife: FASA, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2007.

CORTE IDH. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Sentença de 4 de julho de 2006. Serie C No. 149. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_149\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf)>. Acesso em: 24 de agosto de 2014.

COSCARELLI, C. V. **Reflexões sobre as inferências**. Anais do VI CBLA - Congresso Brasileiro de Linguística Aplicada, Faculdade de Letras da UFMG, CD Rom, 2002.

COSTA, Judith Martins. in NOBRE, Marcos e alii. **O que é pesquisa em Direito?** São Paulo: Quartier Latin, 2005.

COSTA-MARTINS, Judith. **Direito Privado como um “sistema em construção”**: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. In Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 35 n. 139 jul./set. 1998, p. 5/22. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/383/r139-01.pdf?sequence=4>> Acesso em: 25 de julho de 2014.

CRUZ, Flávio. et al. **Comentários à lei nº 4.320**. São Paulo: Atlas, 1999.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. São Paulo: Dialética, 2013.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **O processo civil no estado constitucional e os fundamentos do projeto do novo código de processo civil brasileiro**. Revista de Processo. São Paulo: RT, julho-2012, v. 209, p. 349-374.

DANTAS, Ivo. **Das disposições constitucionais transitórias**: uma redução teórica. Revista de direito administrativo, nº 199, p. 79-87, jan./mar. de 1995 | Revista de informação legislativa, v.32, nº 126, p. 141-147, abr./jun. de 1995. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176315>> Acesso em: 27 de agosto de 2014.

DE ARAÚJO, Alessandra Matos. **Efetividade do Direito à Educação: Análise de Conteúdo da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/sao\\_paulo/Integra.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/Integra.pdf)> Acesso em: 9 jan. 2014.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2011.

DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. **Direito constitucional**: instituições de direito público. São Paulo; Revista dos Tribunais, 1984.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Porto Alegre: Unisinos, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRAZ, Tércio Sampaio in NOBRE, Marcos e alii. **O que é pesquisa em Direito?** São Paulo: Quartier Latin, 2005.

FIGUEIREDO, Ivanilda. **Políticas públicas e a realização dos direitos sociais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

FORGIONI, Paula. in NOBRE, Marcos e alii. **O que é pesquisa em Direito?** São Paulo: Quartier Latin, 2005.

FRANCO, Maria Laura Publisi Barbosa. **Análise de Conteúdo**. Brasília: Liber Livro, 2012.

GAYER, Reinhard. **Prestações Positivas Contra o Estado e a Cláusula da Reserva do Possível**. II Seminário Internacional Brasil-Alemanha. 16 de junho de 2011. Florianópolis: EmagisTRF4. Disponível em: <<http://youtu.be/E3zeSegl83c>> e <[http://youtu.be/\\_Dm5xNsvinl](http://youtu.be/_Dm5xNsvinl)> Acesso em: 28 de agosto de 2014.

GAYER, Reinhard. **Pretensões positivas contra o Estado e a Reserva do Possível na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal**. Seminário Internacional Brasil – Alemanha : Thompson Flores (2. : 2011: Florianópolis, SC). II Seminário Internacional Brasil – Alemanha : Thompson Flores (português – alemão) : 16 e 17 de junho de 2011, Florianópolis, Brasil / Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários ; coordenação científica Márcio Flávio Mafra Leal – Brasília : CJF, 2011, p. 19.

GALINDO, Bruno César Machado Torres. **Direitos fundamentais. Análise de sua concretização constitucional**. Curitiba: Juruá, 2006.

GELIS FILHO, Antonio. **Sistemas de saúde e constituição**: análise da relação entre a presença de proteção constitucional do direito à saúde e mortalidade infantil em 112 países. 2005. 177 f. Tese (Doutorado) Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas.

GIACOMONI, James. **Orçamento público**. São Paulo: Atlas, 2009.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, Romeu. In. **Pesquisa social : teoria, método e criatividade** I Suely Ferreira Deslandes, Otavio Cruz Neto, Romeu Gomes; Maria Cecilia de Souza Minayo (organizadora). - Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

GOMES, Fábio de Barros Correia. Impasses no financiamento da saúde no Brasil: da constituinte à regulamentação da emenda 29/00. *Saúde em Debate*. Revista do Centro Brasileiro de Estudos de Saúde. Volume 38, Número 100. Rio De Janeiro, Jan-Mar 2014.

GRIZIOTTI apud OLIVEIRA, Regis **Fernandes de**. **Manual de direito financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

HÂBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional a sociedade aberta dos intérpretes da constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição sociedade aberta dos interpretes. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Knowledge and Human Interests**. 1987, 371 apud BAUER, Martin W., GASKELL, George e ALLUM, Nicholas C. Qualidade, quantidade e interesses do conhecimento evitando confusões. in BAUER, Martin W. / GASKELL, George. *Pesquisa qualitativa com texto: imagem e som: um manual prático*. Petrópolis: Vozes, 2002.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: FABRIS EDITOR, 1991.

HOUAISS, Antônio. **Houaiss eletrônico**. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2009.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass Robert. **The cost of rights**: why liberty depends on taxes. New York: W. W. Norton & Company, 2000.

HORBACH, Beatriz Bastide. **Benefícios sociais e a garantia do mínimo existencial**: o Caso HARTZ IV. Observatório da jurisdição constitucional. Brasília: IDP, Ano 4, 2010/2011. Disponível em: <<http://ojs.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/446/287>> Acesso em: 27 de agosto de 2014.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LARA, Natalia Carolina Cairo e MENDES, Áquilas Nogueira. **As políticas de regionalização do SUS: construção histórica e embate**. Trabalho publicado nos Anais do 2º Congresso Brasileiro de Política, Planejamento e Gestão em Saúde, realizado em Belo Horizonte – MG nos dias 01, 02 e 03 de outubro de 2013. Disponível em: <<http://www.politicaemsaude.com.br/anais/trabalhos/publicacoes/064.pdf>> Acesso em: 9 jan. 2014.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LEAL, Rogério Gesta. **A efetivação do direito à saúde por uma jurisdição-serafim: limites e possibilidades**. In Jorge Renato dos Reis e Rogério Gesta Leal. *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2006.

LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto. **Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

LIMA, Maria Emília Amarante Torres. **Análise de conteúdo. Psicologia em Revista**, Belo Horizonte, v. 9, n. 13, jun. 2003, p. 76-88. Disponível: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/psicologiaemrevista/article/viewFile/166/179>> Acesso em: 27 de novembro de 2013.

LINS, Liana Cirne. **Da Jurisdição Constitucional ao Direito Processual Constitucional: Delineamentos de um Direito Processual Constitucionalmente Adequado a Partir da Reflexão Sobre a Judicialização dos Direitos Fundamentais Sociais**. In: MARTEL, Letícia de Campos Velho. (Org.). Estudos Contemporâneos de Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LINS, Liana Cirne . **Pensar a Eficácia dos Direitos Fundamentais à Luz do Processo**: Reflexões em homenagem ao Professor Ivo Dantas. In: ROSA, André Vicente Pires; MONTEIRO, Roberta. (Org.). Direito Constitucional: os desafios contemporâneos. Uma homenagem ao Professor Ivo Dantas. 1ed.Curitiba: Juruá, 2012.

LINS, Liana Cirne . **A Tutela Inibitória Coletiva das Omissões Administrativas: Um Enfoque Processual Sobre a Justiciabilidade dos Direitos Fundamentais Sociais**. RDE. Revista de Direito do Estado, v. 12, p. 223-262, 2008.

LINS, Liana Cirne. **A prevalência da tutela coletiva do direito fundamental à saúde sobre a tutela individual: considerações processuais sobre a judicialização da saúde**, p. 9705. Trabalho publicado nos Anais do XIX Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Florianópolis – SC nos dias 13, 14, 15 e 16 outubro de 2010. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/florianopolis/Integra.pdf>> Acesso em: 9 jan. 2014.

LINS, Liana Cirne. **A Justiciabilidade dos Direitos Fundamentais Sociais**. Uma avaliação crítica do tripé denegatório da sua exibibilidade e da concretização constitucional seletiva. Revista de Informação Legislativa, v. 182, 2009.

LOPES, José Reinaldo Lima. **Direito subjetivo e direitos sociais**: o dilema do judiciário no estado social de direito. In José Eduardo Faria. Direitos humanos, direitos sociais e justiça. São Paulo: Malheiros, 1998.

LOPES, Maurício Caldas. **Judicialização da saúde**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la constitucion*. Barcelona: Ariel, 1970.

MACHADO, Edinilson Donisete. HERRERA, Luiz Henrique Martim. **O mínimo existencial e a reserva do possível: ponderação Hermenêutica reveladora de um substancialismo mitigado**. Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010. Disponível em:

<<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3480.pdf>> Acesso em: 13 agosto de 2014.

MAIA, Fernando Joaquim Ferreira. **O neoconstitucionalismo , o acesso à justiça e o fim teleológico e democrático do direito processual**. In Arnaldo Fonseca de Albuquerque Maranhão Neto. Direitos humanos e fundamentais: temas contemporâneos. Recife: Bagaço, 2012.

MANVEL, Allan D. apud Dejalma de Campos. **Direito financeiro e orçamentário**. São Paulo: Atlas, 2001.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **A separação de poderes no Brasil**. Brasília: Programa Nacional de Desburocratização. São Paulo: Instituto dos Advogados de São Paulo, 1985.

MATOS, Nelson Juliano Cardoso. **O Dilema da liberdade**: alternativas republicanas à crise paradigmática no direito (o caso da judicialização da política no Brasil). 476 f. Tese (Doutorado). Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antonio Bandeira De. **Eficacia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais**. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 1992.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. VALE, André Rufino. **O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: IDP, Ano 2, 2008/2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional**. Revista Jurídica Virtual. Brasília, vol. 2, n. 13, junho/1999.

MENEGUIN, Fernando Boarato. SANTOS, Pedro Felipe de Oliveira. **Há Incompatibilidade entre Legalidade e Eficiência?** Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/ CONLEG/Senado, ago/2013 (Texto para Discussão nº 133). Disponível em: [www.senado.leg.br/estudos](http://www.senado.leg.br/estudos). Acesso em 5 ago. 2013.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. **O desafio do conhecimento**: pesquisa qualitativa em saúde. São Paulo: HUCITEC, 2010.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. in. **Pesquisa social** : teoria, método e criatividade I Suely Ferreira Deslandes, Otavio Cruz Neto, Romeu Gomes; Maria Cecília de Souza Minayo (organizadora). - Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAES, Roque. **Análise de conteúdo**. Revista Educação, Porto Alegre, v. 22, n. 37, p. 7-32, 1999.

NABAIS, José Casalta. **A face oculta dos direitos fundamentais**: os deveres e os custos dos direitos. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15184-15185-1-PB.pdf>> Acesso em 20 de maio de 2012.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

NETO, José Mário Wanderley Gomes. HOLANDA, Maria Lucicleide Cavalcanti da Silva. **Cidadania e acesso à justiça: modelo de assistência judiciária oferecido pelo estado de Pernambuco a partir da constituição de 1988**. In. Manoel Severo Neto. Direito, cidadania & processo. Recife: FASA, 2006.

NETO, José Mário Wanderley Gomes. **O acesso à justiça em Mauro Cappelletti**: análise teórica desta concepção como “movimento” de transformação das estruturas do processo civil brasileiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005.

NOBRE, Marcos e alii. **O que é pesquisa em Direito?** São Paulo: Quartier Latin, 2005.

NOGUEIRA, Vera Maria Ribeiro. **Bem-Estar, Bem-Estar Social ou Qualidade de Vida**: A Reconstrução De Um Conceito. in Semina: ciências sociais e humanas / Universidade Estadual de Londrina, v. 23, p. 107-122, set. 2002.

NUNES, Antônio José Avelãs. **Os tribunais e o direito à saúde**. In Antônio José Avelãs Nunes. Fernando Facury Scaff. Os tribunais e o direito à saúde. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

OLIVEIRA, Luciano. In LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto. **Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

OLIVEIRA, Luciano. **Não fale do Código de Hamurabi**. <[http://www.uniceub.br/media/180293/Texto\\_IX.pdf](http://www.uniceub.br/media/180293/Texto_IX.pdf)> Acesso em: 10 de agosto de 2012.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Manual de direito financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

OLIVEIRA, Eliana de. ENS, Romilda Teodora. ANDRADE, Daniela B. S. Freire. MUSSIS, Carlo Ralph de. Análise de conteúdo e pesquisa na área da educação. Revista Diálogo Educacional, Curitiba, v. 4, n.9, p.11-27, maio/ago. 2003.

Organização das Nações Unidas (ONU). **Conferência Mundial sobre Direitos Humanos**. Declaração e programa de ação de viena. 1993. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/viena.htm>> Acesso em: 24 de agosto de 2014.

Organização Mundial de Saúde (OMS), Relatório Mundial de Saúde 2010: Financiamento dos Sistemas de Saúde. O caminho para a cobertura universal. Disponível em: <<http://www.who.int/eportuguese/publications/pt/>>. Acesso em 27 de julho de 2014.

PAIM, Jairnilson. **O que é o SUS**. [online]. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2009. Disponível: <<http://books.scielo.org/id/jmpzgz>> Acesso em 17 de junho de 2014.

PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. **O princípio da dignidade da pessoa humana na perspectiva do direito como integridade**. São Paulo: LTr, 2009.

PERU. Tribunal Constitucional. Sentença do Tribunal Constitucional. EXP. N.º 2945-2003-AA/TC. Lima. 20.04.2004. Disponível em: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02945-2003-AA.html>> Acesso em: 23 de agosto de 2014.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra, 1989.

PIOVESAN, Flávia. **A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, SP , v. 11, n. 45, out.-dez. 2003, p. 216-236.

PIOVESAN, Flávia. **Ações afirmativas e direitos humanos**. Revista USP, São Paulo, SP , n. 69, mar./maio, 2006, p. 36-43.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

**Revista Consultor Jurídico**. "Brasil só tem 1,5 defensor para cada 100 mil pessoas". Disponível: <<http://www.conjur.com.br/2012-fev-15/entrevista-patricia-bettin-chaves-defensora-publica-uniao-rs>> Acesso em 10 de maio de 2012.

RODOVALHO, Maria Fernanda de Toledo. **Ativismo judicial e proteção dos direitos**. In Fredie Didier Jr. *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Salvador: Editora JusPoDIVM, 2013.

SANTOS, Gustavo Ferreira. **Direito, cidadania & processo. Eficácia Judicial do Direito Fundamento à Saúde – Reflexões Iniciais.** Recife: FASA, 2006.

SANTOS, Gustavo Ferreira. **Constituição e Constitucionalismo/Neoconstitucionalismo e Democracia.** Curitiba: Juruá, 2010.

SANTOS, Gustavo Ferreira. **Neoconstitucionalismo, poder judiciário e direitos fundamentais.** Curitiba: Juruá, 2011.

SANTOS, Gustavo Ferreira. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do supremo tribunal federal:** limites e possibilidades. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SANTOS, Gustavo Ferreira. **Jurisdição constitucional e separação de poderes:** limites e legitimidade do controle da constitucionalidade das leis. Revista da Pós-Graduação em Direito da UNICAP, Recife, v. 1, n. 1,, p. 61-110, jan. 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988.** Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 11, setembro/outubro/novembro, 2007. P. 3. Disponível: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>.> Acesso em: 20 de dezembro de 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direitos fundamentais orçamento e “reserva do possível”.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da constituição federal de 1988.** In Tânia Margarete Mezzomo Keinert, Silvia Helena Bastos de Paula e José Rubens de Alcântara Bonfim. São Paulo: Instituto de Saúde, 2009.

SCAFF, Fernando Facury. **Direito à saúde e os tribunais.** In Antônio José Avelãs Nunes. Fernando Facury Scaff. Os tribunais e o direito à saúde. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SCHWABE, JÜRGEN. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão.** Organizador: Leonardo Martins. Montevideo: Mastergraf, 2005.

SERRA, Carlos Gonçalves. RODRIGUES, Paulo Henrique. **O Financiamento da Saúde no Brasil.** In. MATTA, Gustavo Corrêa / PONTES, Ana Lúcia de Moura. Políticas de saúde: organização e operacionalização do sistema único de saúde. Rio de Janeiro: EPSJV / Fiocruz, 2007.

SILVA, Alessandra Cabral Meireles da. **Autismo: o acesso ao trabalho como efetivação dos direitos humanos**. 2013. 203 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de Pernambuco. Pró-Reitoria Acadêmica. Programa do Mestrado em Ciências da Religião, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Garantias econômicas, políticas e jurídicas da eficácia dos Direitos Sociais**. Disponível: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 10 de janeiro de 2012.

SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a constituição**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Maria de Fátima Miranda de Oliveira e. Queiroz. Maria Emília Miranda de Oliveira. **A dignidade da pessoa humana no novo paradigma de direitos do homem**. In Arnaldo Fonseca de Albuquerque Maranhão Neto. Direitos humanos e fundamentais: temas contemporâneos. Recife: Bagaço, 2012.

SLAIBI FILHO, Nagib. **A norma constitucional**. Disponível: <[http://www.tjrj.jus.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=c05f448c-47e2-423e-a4c0-94f6b1273724&groupId=10136](http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=c05f448c-47e2-423e-a4c0-94f6b1273724&groupId=10136)>. Acesso em: 02 de agosto de 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SUNDFELD, Carlos Ari. in NOBRE, Marcos e alii. **O que é pesquisa em Direito?** São Paulo: Quartier Latin, 2005.

TAVARES, Cláudio de Mello. **Direito à vida**. Revista da Escola Nacional da Magistratura - Ano II, ed. nº 5 -- Brasília: Escola Nacional da Magistratura, 2008.

TEIXEIRA, João Paulo de Allain. REMÍGIO, Rodrigo Ferraz de Castro. **Elementos de direito constitucional internacional: a emenda 45/2004 e a tutela dos direitos humanos no Brasil**. In Arnaldo Fonseca de Albuquerque Maranhão Neto. Direitos humanos e fundamentais: temas contemporâneos. Recife: Bagaço, 2012.

TESSMANN, Erotides Kniphoff. SANGOI, Trícia Schaidhauer. **As “questões políticas”: aportes teóricos e repercussões no âmbito da jurisdição constitucional**. Revista de Direito Dom Alberto, v. 1, n. 1, 2010. Disponível em: <<http://domalberto.ning.com/page/rdda-01-artigos>> Acesso em: 28 de agosto de 2014.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. In LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto. **Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao estudo do Direito: primeiras linhas**. São Paulo: Atlas, 2014.

VELTEN, Paulo. **Introdução aos fundamentos dos direitos humanos nas cortes internacionais**. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/textos/a\\_pdf/intro\\_fund\\_dh\\_cortes\\_internacionais.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/textos/a_pdf/intro_fund_dh_cortes_internacionais.pdf)> Acesso em: 30 de abril de 2014.

VIEIRA, Oscar Vilhena. in NOBRE, Marcos e alii. **O que é pesquisa em Direito?** São Paulo: Quartier Latin, 2005.

WANDSCHEER, Roselaine. Deutsche Welle. **Tribunal declara inconstitucional a lei alemã de auxílio social**. Disponível em: <<http://www.dw.de/tribunal-declara-inconstitucional-a-lei-alem%C3%A3-de-aux%C3%ADlio-social/a-5232639>> Acesso em: 27 de agosto de 2014.

WOISCHNIK, Jan. **Prefácio**. In Jürgen Schwabe,. Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Organizador: Leonardo Martins. Montevideo: Mastergraf, 2005.

XIMENES, Julia Maurmann. **Levantamento de Dados na Pesquisa em Direito-A Técnica da Análise de Conteúdo**. Trabalho publicado nos Anais do XX Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Vitória – ES nos dias 16, 17, 18 e 19 de novembro de 2011. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/anais/XXcongresso/Integra.pdf>> Acesso em: 9 jan. 2014.

XIMENES, Julia Maurmann; RIBEIRO, Ana Cândida Eugênio Pinto. **Efetivação dos direitos fundamentais e ativismo judicial. Uma proposta de análise empírica**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2306, 24 out. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13752>>. Acesso em: 9 jan. 2014.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

## **ANEXO A - ESCLARECIMENTOS EM RELAÇÃO À COMPOSIÇÃO DA BASE DE DADOS DA PESQUISA JURISPRUDENCIAL NO PORTAL DO STF**

From: Jurisprudência  
To: "ricardo@santosemonteiro.adv.br"  
Subject: RES: (acl) Dúvida  
Date: segunda-feira, 14 de abril de 2014 13:03:15

---

Prezado Senhor,

Os acórdãos somente são disponibilizados na base de dados da pesquisa de jurisprudência após sua publicação no Diário de Justiça.

Atenciosamente, Coordenadoria de Análise de Jurisprudência  
Supremo Tribunal Federal

---

De: ricardo@santosemonteiro.adv.br [mailto:ricardo@santosemonteiro.adv.br]  
Enviada em: segunda-feira, 14 de abril de 2014 10:48  
Para: Jurisprudência  
Assunto: RES: (acl) Dúvida

Prezada Coordenadoria, bom dia!

Gostaria de saber se os acórdãos só são disponibilizados na base de dados da pesquisa de jurisprudência após a publicação dos mesmos?

Obrigado!

Charlston Ricardo Vasconcelos dos Santos  
Rua do Progresso, nº 405, Boa Vista, Recife-PE Telefone:  
81 2119-0550 / 9444-4529  
www.santosemonteiro.adv.br ricardo@santosemonteiro.adv.br  
<http://lattes.cnpq.br/8028963542473799>

---

De: Jurisprudência [mailto:jurisprudencia@stf.jus.br]  
Enviada em: sexta-feira, 28 de março de 2014 13:56  
Para: 'ricardo@santosemonteiro.adv.br'  
Assunto: RES: (acl) Dúvida

Prezado Senhor,

Todos os acórdãos, a partir de 1950, estão na base de dados da Internet.

Atenciosamente, Coordenadoria de Análise de Jurisprudência  
Supremo Tribunal Federal

---

De: ricardo@santosemonteiro.adv.br [mailto:ricardo@santosemonteiro.adv.br]  
Enviada em: quinta-feira, 27 de março de 2014 09:40  
Para: Jurisprudência  
Assunto: RES: (acl) Dúvida

Prezados(as), bom dia!

Os esclarecimentos abaixo também servem para os acórdãos, ou seja, também só são disponibilizados acórdãos previamente selecionados e só a partir de 2008 é que todos os acórdãos passaram a compor a base da pesquisa?

Desde já agradeço a atenção dispensada.

Charlston Ricardo Vasconcelos dos Santos  
Rua do Progresso, nº 405, Boa Vista, Recife-PE Telefone:  
81 2119-0550 / 9444-4529  
www.santosemonteiro.adv.br ricardo@santosemonteiro.adv.br  
<http://lattes.cnpq.br/8028963542473799>

---

De: Jurisprudência [mailto:jurisprudencia@stf.jus.br]  
Enviada em: quarta-feira, 26 de março de 2014 12:34  
Para: 'ricardo@santosemonteiro.adv.br'  
Assunto: (acl) Dúvida

Prezado Senhor,

A partir de 2008, todas as decisões monocráticas e da Presidência passaram a constar do banco de dados deste tribunal. Anteriormente a esse período as bases continham apenas decisões previamente selecionadas.

Atenciosamente, Coordenadoria de Análise de Jurisprudência  
Supremo Tribunal Federal

---

De: ricardo@santosemonteiro.adv.br [mailto:ricardo@santosemonteiro.adv.br]  
Enviada em: segunda-feira, 24 de março de 2014 10:32  
Para: Jurisprudência  
Assunto: Dúvida

Prezados(as), bom dia!

Na área de pesquisa de jurisprudência, ou seja, no endereço <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp> há uma observação de que as bases decisões monocráticas e decisões da presidência contém apenas decisões selecionadas.

Gostaria de mais esclarecimentos sobre a observação acima apontada.

O resultado da pesquisa traz todas as decisões monocráticas e da presidência que contém os elementos de pesquisa indicados ou traz apenas algumas decisões que foram previamente selecionadas pelo STF como disponíveis na pesquisa?

Fiz uma pesquisa *booleana* na pesquisa de jurisprudência do STF, com a finalidade de levantar dados para uma dissertação na qual preciso apontar o número de acórdãos, decisões monocráticas e da presidência que contém alguns elementos de registros, por isso, preciso dizer no trabalho se o resultado quantitativo corresponde realmente ao que foi apresentado na pesquisa *booleana*.

Certo da compreensão, desde já agradeço a resposta.

## ANEXO B – DECISÃO ALEMÃ PARADIGMA DA RESERVA DO POSSÍVEL

79. BVERFG 33, 303<sup>622</sup>

1. (NUMERUS CLAUSUS)

2.

3. Controle concreto 18/07/1972

4. MATÉRIA:

5. Trata-se do julgamento de dois Controles concretos, apresentados pelos Tribunais Administrativos de Hamburg e da Baviera.

6. Objeto desses processos eram regulamentações de admissão

7. [vestibular] para medicina humana nas universidades de Hamburg e da

8. Baviera, dos anos de 1969 e 1970.

9. O § 17 da Lei Universitária de Hamburg, de 25 de abril de 1969,

10. determinava:

11.

12.

13. (1) A admissão para alguns cursos pode ser restringida, se e

14. enquanto isso for necessário, em vista da capacidade de absorção

15. da universidade, para garantir a regular realização de um curso na

16. respectiva área do conhecimento. Antes da introdução de uma

17. limitação da admissão, deve-se, sobretudo, avaliar, se e em que

18. extensão a universidade pode tomar medidas, principalmente na

19. área da reforma do ensino, que sejam adequadas a evitar uma

20. restrição da admissão.

21. (2) Limitações da admissão serão regulamentadas por leis de

22. admissão, nas quais devem ser estabelecidas regras sobre a escolha e o

23. número dos candidatos a serem admitidos. A cada seis meses deve

24. ser verificado se ainda está presente a condição do parágrafo 1º.

25. (3) Leis de admissão serão estatuídas pelo Senado (Conselho)

26. Acadêmico, depois da oitiva dos departamentos interessados.

27.

28. Sobre esta base, o Senado (Conselho) acadêmico da universidade

29. estatuiu, para o semestre de verão de 1970, uma lei de admissão para o

30. curso da medicina humana e odontologia. Segundo ela, as vagas disponíveis

31. para candidatos alemães deviam ser distribuídas na proporção de 60%

32. segundo fatores de desempenho (currículo do candidato) e 40% segundo o

33. princípio do ano de nascimento; pôde ainda uma parte das vagas a serem

34. definidas a cada semestre ficar reservada a casos especialmente peculiares

35. (difíceis). A escolha segundo os fatores de desempenho baseava-se

36. fundamentalmente na nota média aferida do certificado de conclusão do

37. curso secundário (Reifezeugnis). No caso da escolha segundo o princípio do

38. ano de nascimento, eram admitidos prioritariamente candidatos que já

39. tivessem prestado o serviço militar ou um serviço civil alternativo àquele.

40. Diferentemente da Lei Universitária de Hamburg, a Lei de

41. Admissão às Universidades Bávaras, de 8 de julho de 1970, continha, de

42. um lado, o princípio de que os números de estudantes para algumas

43. áreas do conhecimento somente poderiam ser limitadas se isso fosse

44. estritamente essencial à manutenção do funcionamento regular de um

45. curso, tendo em vista a capacidade das instalações das universidades

46. (Art. 2 II da Lei de Admissão). Por outro lado, a lei fixava critérios para

47. a distribuição de vagas universitárias (Art. 3) e continha, finalmente,

48. uma autorização da edição de um decreto pelo Ministério da Educação

49. Bávaro para a concretização desses requisitos.

50. Com base na apresentação do Tribunal Administrativo de

51. Hamburg, o TCF declarou o § 17 da Lei Universitária de Hamburg, no

<sup>622</sup> SCHWABE, JÜRGEN. Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Organizador: Leonardo Martins. Montevideo: Mastergraf, 2005. p. 656/667.

52. caso de um Numerus Clausus absoluto, como sendo incompatível com a  
53. Grundgesetz. No caso da regulamentação bávara da Lei de Admissão, o  
54. TCF afastou, com base na apresentação do Tribunal Administrativo  
55. Bávaro, somente a cláusula do “filho da terra”, encontrada no Art. 3 II  
56. da Lei de Admissão, a qual previa vantagens de candidatos bávaros às  
57. vagas estudantis nas universidades bávaras.  
58.  
59. 1. Sobre a avaliação constitucional de limitações absolutas de admissão para  
60. calouros de uma determinada especialização (aqui: Numerus Clausus absoluto para o  
61. curso de medicina), pelo exaurimento da capacidade total de ensino.  
62. 2. Do direito à livre escolha profissional e dos locais de ensino, garantido no Art.  
63. 12 I 1 GG c. c., o princípio geral da igualdade e o princípio do Estado social, decorre  
64. um direito à admissão ao curso universitário. Esse direito pode ser limitado por meio  
65. de lei ou com base em uma lei.  
66. 3. Limitações absolutas de admissão para calouros de uma determinada  
67. especialização são constitucionais, somente se:  
68. a) elas forem determinadas nos limites do estritamente necessário, depois do  
69. uso exaustivo das capacidades de ensino disponíveis, e  
70. b) houver escolha e distribuição dos candidatos, segundo critérios racionais,  
71. com uma chance para todo candidato qualificado para o ensino superior e com o  
72. respeito, na maior medida do possível, da escolha individual do lugar de ensino.  
73.  
74. 4. O legislador é quem deve tomar as decisões essenciais sobre os requisitos da  
75. determinação [ato administrativo] de limitações absolutas de admissão e sobre os  
76. critérios de escolha a serem aplicados. As universidades podem ser autorizadas à  
77. regulamentação de demais particularidades dentro dos limites estabelecidos.  
78. 5. O § 17 da lei universitária de Hamburg de 25 de abril de 1969 é incompatível  
79. com a Grundgesetz, quando o legislador, de seu lado, não fixou, para o caso de limitações  
80. absolutas de admissão, regras sobre o modo e a relação hierárquica dos critérios de  
81. escolha.  
82.  
83. Decisão (Urteil) do Primeiro Senado de 18 de julho de 1972  
84. Com base na audiência pública de 3 de maio de 1972  
85. - 1 BvL 32/70 e 25/71 –  
86. (...)  
87.  
88. RAZÕES  
89.  
90. Em dois processos de admissão ao curso de medicina na Universidade de  
91. Hamburg e Munique, os juízos e tribunais administrativos competentes requerem a  
92. decisão do TCF sobre se certas normas do direito estadual sobre limitações da admissão  
93. ao ensino universitário (Numerus Clausus) são compatíveis com a Grundgesetz.  
94.  
95. I. – IV. (...)  
96. B. – I.  
97. As apresentações judiciais são admitidas.  
98. 1. – 2. (...).  
99.  
100. II.  
101.  
102. 1. Objeto do exame de constitucionalidade é tão somente o Numerus Clausus  
103. absoluto para calouros de determinada área de especialização, causado em virtude do  
104. exaurimento de toda a capacidade de ensino, podendo deixar de ser consideradas as  
105. limitações locais e estruturais, que dificultam somente a escolha por uma determinada  
106. universidade, ou as limitações que atinjam apenas aos estudantes de semestres mais  
107. avançados já admitidos. O Numerus Clausus absoluto diferencia-se dessas limitações  
108. por seu efeito extremamente incisivo, pois ele faz com que um número maior ou  
109. menor dos candidatos tenham que adiar o início do curso desejado por um tempo  
110. mais ou menos longo. Em caso de forte demanda e correspondentes longos períodos

111. de espera, tais limitações de admissão afetam não só a escolha dos locais de formação,  
112. como também podem influenciar na escolha profissional, provocando até mesmo o  
113. abandono das intenções originais. Candidatos socialmente mais carentes não têm as  
114. mesmas possibilidades, como os mais abastados, de passar por períodos mais longos  
115. de espera ou de tentar a realização de um curso no exterior.  
116. 2. (...).  
117. C.  
118. As regulamentações sobre a admissão ao curso superior de Hamburg e da Baviera  
119. não são em sua total extensão compatíveis com a Grundgesetz.  
120.  
121. I.  
122.  
123. 1. Como parâmetro de exame para a avaliação da constitucionalidade de limitações  
124. à admissão, conforme também adotado pela jurisprudência e literatura jurídica (cf. a  
125. síntese da jurisprudência perpetrada por Schmitt, DVBl. 1971, p. 382 e por Wunsch,  
126. WissR, Tomo 5, Número 1, 1972, p. 16 et seq.), traz-se à pauta, em primeira linha,  
127. o direito de todos os alemães, outorgado pelo Art. 12 I GG, de livremente escolher os  
128. locais de ensino para sua formação.  
129. Quando da inserção desse direito na Grundgesetz, e igualmente quando da sua  
130. interpretação inicial, pensava-se sobretudo que o Art. 12 I GG garantiria ao indivíduo  
131. um direito de resistência (Abwehrrecht) contra as limitações de liberdade junto à  
132. formação universitária. Então foi enfatizado, nas discussões da Comissão Principal do  
133. Conselho Parlamentar, que se deveria assegurar, sob quaisquer circunstâncias, a  
134. liberdade de escolha entre diferentes universidades e a possibilidade de assistir a aulas  
135. de professores especialmente célebres, tendo em vista uma formação diversificada.  
136. Também haveria de se evitar que alguns Estados-membros permitissem apenas a pessoas  
137. naturais desses Estados a realização de cursos em suas universidades (StenBer. über die  
138. 44. Sitzung des Hauptausschusses vom 19. Januar 1949 – Relatório estenográfico da  
139. 44ª Seção da Comissão Principal de 19 de janeiro de 1949 –, p. 575 et seq.). Desse  
140. modo, descreve-se um aspecto parcial essencial da proteção do direito fundamental, o  
141. qual tem que ser respeitado ao máximo possível, se, em decorrência do exaurimento  
142. de toda a capacidade de ensino, se tornar inevitável uma distribuição planejada dos  
143. candidatos pelas diferentes instituições de ensino.  
144. No caso de completo exaurimento da capacidade de ensino surge um outro  
145. aspecto essencial do direito à livre escolha do local de formação, que é a sua estreita  
146. relação com aquele que é, pelo Art. 12 I GG, o igualmente garantido direito  
147. fundamental da livre escolha profissional. Em regra, a formação representa o estágio  
148. que antecede ao início da profissão; ambos são partes integrantes de um coerente  
149. transcorrer da vida. Nesse sentido, já foi, há muito, assinalado na jurisprudência do  
150. TCF sobre o Art. 12 I GG que não apenas os conceitos ali usados de escolha profissional  
151. e posterior exercício profissional são inseparáveis, compondo um complexo unitário  
152. da atividade profissional como base de subsistência, mas que também as prescrições  
153. sobre a formação prévia para uma profissão pertencem ao ordenamento jurídico dessa  
154. atuação profissional (cf. BVerfGE 7, 377 [401, 406]). Dessa estreita ligação, o Tribunal  
155. Administrativo Federal (Bundesverwaltungsgericht) inferiu corretamente que limitações  
156. na admissão à formação não podem servir ao direcionamento profissional (JZ 1963,  
157. p. 675; cf. também BVerwGE 6, 13 e 7, 287). Além disso, esse estreito contexto leva  
158. forçosamente à conclusão de que, pelo menos quando o início de uma profissão  
159. – como no caso de médicos – pressupuser uma determinada formação, as limitações  
160. ao livre acesso à formação prescrita [para o início da atividade de médico] devem ser  
161. tão rigidamente avaliadas, como os próprios pressupostos de admissão para a profissão.  
162. A proteção constitucional do direito fundamental no âmbito do ensino e formação  
163. profissionais não se esgota, assim, na função de proteção tradicionalmente atribuída  
164. aos direitos de liberdade contra intervenções do poder público. O TCF asseverou  
165. várias vezes que os direitos fundamentais, como normas objetivas, estatuem igualmente  
166. uma ordem axiológica que vale como decisão constitucional fundamental para todas  
167. as áreas do Direito, e que, por isso, os direitos fundamentais não são apenas direitos  
168. de resistência (Abwehrrechte) do cidadão contra o Estado (BVerfGE 21, 362 [372]  
169. com outras referências). Quanto mais fortemente o Estado moderno se inclina à

170. seguridade social e ao fomento cultural dos cidadãos, mais aparece, no contexto da  
 171. relação entre cidadãos e Estado, a exigência complementar pela outorga de direito  
 172. fundamental da participação (*grundrechtliche Verbürgung der Teilhabe*) em prestações  
 173. estatais, ao lado do postulado original da garantia de direito fundamental da liberdade  
 174. em face do Estado. Esse desenvolvimento mostra-se especialmente evidente no âmbito  
 175. do ensino e formação profissionais, o qual neste ponto, apesar de sua relação, no mais,  
 176. estreita com a liberdade de escolha profissional, com esta claramente não se confunde:  
 177. A liberdade profissional realiza-se atualmente – à exceção do serviço público submetido  
 178. à regulamentação extraordinária do Art. 33 GG (cf., sobre isso: BVerfGE 7, 377  
 179. [398]; 17, 371 [379 s.]) – principalmente no âmbito da ordem profissional e de  
 180. trabalho privadas, e é direcionada especialmente para resguardar a conformação da  
 181. vida pessoal e autônoma, garantindo, portanto, a liberdade em face de constrições ou  
 182. proibições no contexto da escolha e do exercício profissional. Por outro lado, a livre  
 183. escolha dos locais de formação segundo sua natureza tem como escopo o livre acesso  
 184. às instituições; o direito de liberdade não teria nenhum valor sem o pressuposto  
 185. fático da possibilidade de exercê-lo. Nesse sentido, o projeto da lei básica do ensino  
 186. superior (*Hochschulrahmengesetz*) parte do direito de cada alemão de concluir o curso  
 187. superior por ele escolhido, se ele provar a qualificação necessária para tal curso.  
 188. O reconhecimento desse direito não está à disposição do livre arbítrio do  
 189. legislador. Aqui pode restar em aberto se os “direitos de participação” poderiam ser,  
 190. em dada extensão, derivados já do fato do Estado social de direito assumir uma posição  
 191. de garantidor para a concretização do sistema axiológico dos direitos fundamentais na  
 192. realidade constitucional (cf. sobre isso BVerwGE 27, 360 *Privatschulfinanzierung*).  
 193. Mesmo quando se deva, por princípio, insistir em que, também no Estado social  
 194. moderno, permaneça sendo decisão inquestionável do legislador se e em que medida  
 195. ele quer garantir direitos de participação nos limites da Administração envolvida no  
 196. assunto, ainda podem, sim, ser deduzidas pretensões jurídicas ao acesso a essas  
 197. instituições a partir do princípio da igualdade c.c. Art. 12 I GG e com o princípio do  
 198. Estado social, desde que o Estado tenha criado certas instituições de ensino. Isso vale  
 199. principalmente onde o Estado – como na área do ensino superior – fez uso de um  
 200. monopólio fático, não arbitrariamente disponível, e onde – como na área da formação  
 201. em profissões acadêmicas – a participação em prestações estatais for ao mesmo tempo  
 202. pressuposto necessário da realização dos direitos fundamentais. Aqui, em um Estado  
 203. de direito e social de liberdade (*freiheitlicher Rechts- und Sozialstaat*), não mais pode  
 204. confiar-se à livre decisão dos órgãos estatais delimitar a seu bel prazer o círculo dos  
 205. favorecidos e excluir uma parte dos cidadãos das vantagens, principalmente porque  
 206. isso, em sede de resultado, implicaria em um direcionamento profissional. Pelo  
 207. contrário, decorre aqui, do fato de o Estado oferecer prestações, um direito de todo  
 208. cidadão qualificado para o ensino superior de participar, a princípio igualmente, da  
 209. chance de vida oferecida. O Art. 12 I GG c.c. Art. 3 I GG e com a ordem do Estado  
 210. social, garante, portanto, um direito do cidadão que preencha os requisitos subjetivos  
 211. à admissão no curso universitário de sua escolha.  
 212.  
 213. 2. Segundo opinião geral, esse direito à admissão à universidade deve ser,  
 214. coerentemente à sua natureza, desde o início limitado exclusivamente a um direito de  
 215. participação em cursos universitários [já] existentes. Contrapondo-se a tal opinião, o  
 216. Tribunal Administrativo de Hamburg, em sua apresentação (*Vorlagebeschluss*), parte  
 217. de um dever de expansão da capacidade de formação, concluindo a partir disso que a  
 218. ordem de um *Numerus Clausus* absoluto para ingressantes somente restaria  
 219. fundamentada se, no mínimo, concomitantemente, fosse previsto o cumprimento  
 220. daquele dever [de expansão das vagas, n.org.] dentro de determinados prazos. Por  
 221. ambas as opiniões, alguns aspectos que são essenciais para a proteção do direito  
 222. fundamental no presente contexto foram, todavia, negligenciados:  
 223. A problemática de limitações absolutas é caracterizada pelo fato de que a  
 224. capacidade disponível não é suficiente para alocar todos os devidamente qualificados  
 225. ao ensino superior. Se a análise constitucional for restringida desde o início à  
 226. participação naquilo que já existe, ela perderia daí o cerne das dificuldades. Enquanto  
 227. que, no caso normal da participação nos benefícios do Estado social, nomeadamente  
 228. junto a vantagens financeiras, conseqüências posteriores de uma limitação a meios

229. disponíveis podem ser razoavelmente absorvidas pela via da redistribuição, o Numerus  
230. Clausus absoluto conduz à crassa desigualdade de que parte dos candidatos tudo  
231. recebe e outra parte – ao menos, por um período mais ou menos longo e possivelmente  
232. decisivo para a tomada da decisão [profissional] definitiva – nada recebe. Se o número  
233. das pessoas recusadas aumentar excessivamente, como no caso do curso de medicina,  
234. até muito além da metade dos candidatos, o direito protegido constitucionalmente  
235. de admissão restará ameaçado de tornar-se inócuo. Em virtude desses efeitos, não se  
236. pode negar que o Numerus Clausus absoluto se encontre à margem do  
237. constitucionalmente aceitável. Como tais efeitos somente poderão ser enfrentados de  
238. forma sustentável por meio da expansão da capacidade, poder-se-ia questionar se  
239. decorreria das decisões axiológicas de direitos fundamentais e do uso do monopólio  
240. de formação um mandamento constitucional objetivo próprio [do princípio] do Estado  
241. social, de prover capacidades de formação suficientes para as diferentes disciplinas  
242. universitárias. Aqui não é necessário decidir se essa questão haveria de ser respondida  
243. afirmativamente e se desse mandamento constitucional poderia ser derivado, sob  
244. pressupostos especiais, um direito individual do cidadão imponível judicialmente à  
245. criação de vagas de estudo. Isso porque só sealaria em conseqüências constitucionais  
246. no caso de evidente violação daquele mandamento constitucional. Hoje, uma tal  
247. violação não pode ser verificada na área do estudo de medicina:  
248. Mesmo na medida em que os direitos sociais de participação em benefícios  
249. estatais não são desde o início restringidos àquilo existente em cada caso, eles se  
250. encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo,  
251. racionalmente falando, exigir da coletividade. Isso deve ser avaliado em primeira linha  
252. pelo legislador em sua própria responsabilidade. Ele deve atender, na administração  
253. de seu orçamento, também a outros interesses da coletividade, considerando, conforme  
254. a prescrição expressa do Art. 109 II GG, as exigências da harmonização econômica  
255. geral. A ele compete também a decisão sobre a extensão e as prioridades da expansão  
256. do ensino superior, devendo se atentar para o fato de que ampliação e novas construções  
257. de instituições de ensino superior fazem parte, consoante o Art. 91a GG, das tarefas  
258. em prol da coletividade a serem cumpridas em atuação conjunta da União e dos  
259. Estados-membros. Junto a tais decisões, os órgãos estatais competentes deverão se  
260. orientar, de um lado, pelas reconhecíveis tendências de demanda por vagas no ensino  
261. superior, pois uma orientação exclusiva por investigações de necessidade, de qualquer  
262. forma difíceis de serem realizadas, poderia provocar direcionamento profissional e  
263. exame de necessidade não permitidos, e na qual restaria reduzido o significado da  
264. livre auto-determinação enquanto elemento constitutivo de um ordenamento de  
265. liberdade. Por outro lado, um tal mandamento constitucional não obriga, contudo, a  
266. prover a cada candidato, em qualquer momento, a vaga do ensino superior por ele  
267. desejada, tornando, desse modo, os dispendiosos investimentos na área do ensino  
268. superior dependentes exclusivamente da demanda individual freqüentemente flutuante  
269. e influenciável por variados fatores. Isso levaria a um entendimento errôneo da  
270. liberdade, junto ao qual teria sido ignorado que a liberdade pessoal, em longo prazo,  
271. não pode ser realizada alijada da capacidade funcional e do balanceamento do todo, e  
272. que o pensamento das pretensões subjetivas ilimitadas às custas da coletividade é  
273. incompatível com a idéia do Estado social. Como o Tribunal Constitucional Federal  
274. repetidas vezes enfatizou em relação ao direito fundamental da liberdade geral de  
275. ação (cf. BVerfGE 4, 7 [15]; 8, 274 [329]; 27, 344 [351]), a Grundgesetz decidiu a  
276. tensão indivíduo-coletividade na acepção de dependência da e vinculação com a  
277. coletividade da pessoa (Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit); o  
278. indivíduo deve, por isso, tolerar aqueles limites à sua liberdade de ação que o legislador  
279. prescrever para o cuidado e fomento da vida social coletiva nos limites do geralmente  
280. exigível, contanto que permaneça protegida a individualidade da pessoa. Essas  
281. considerações são válidas principalmente no campo da garantia de participação em  
282. benefícios estatais. Fazer com que os recursos públicos só limitadamente disponíveis  
283. beneficiem apenas uma parte privilegiada da população, preterindo-se outros  
284. importantes interesses da coletividade, afrontaria justamente o mandamento de justiça  
285. social, que é concretizado no princípio da igualdade. Não se pode, portanto, proibir  
286. ao legislador que ele também se oriente pela necessidade urgente de pessoal nas  
287. diferentes profissões, contanto que não seja possível cobrir demanda individual e

288. necessidade social geral por meio da orientação estudantil [oferecida a estudantes e  
289. candidatos nas universidades].  
290. Com base nesses critérios, uma violação constitucional não pode ser constatada.  
291. A obrigação de fazer rapidamente o necessário na medida do possível não é negada  
292. por nenhum responsável nos órgãos estatais. No § 2 da lei de fomento à construção  
293. de universidades (Hochschulbauförderungsgesetz) foi reconhecido expressamente que a  
294. União e os Estados-membros, “no cumprimento das tarefas públicas de expansão e  
295. construção de novas instituições científicas do ensino superior, devem trabalhar no  
296. sentido da criação de um sistema universitário de cursos, número, tamanho e  
297. localização”, “por meio do qual é garantida uma oferta suficiente e balanceada de  
298. vagas de pesquisa e formação”. No que tange ao cumprimento dessa obrigação, segundo  
299. a opinião geral, a situação emergencial atual não se deve apenas a dificuldades objetivas,  
300. mas também ao fato de que a demanda ainda mais forte provada pela propaganda  
301. educacional não foi correspondida por medidas adequadas de expansão física e de  
302. reforma acadêmica. Não obstante, já no passado fora utilizada uma parte considerável  
303. dos recursos disponíveis justamente para a expansão dos muito dispendiosos institutos  
304. de medicina. Desde o reconhecimento das dificuldades, foram implementados grandes  
305. esforços para sua superação, devendo-se aqui fazer menção ao primeiro plano de ação  
306. (Rahmenplan) feito depois da lei de fomento à construção de universidades. Para os  
307. Estados-membros Hamburg e Baviera, acrescente-se que aqui o percentual [de  
308. estudantes] no número total de estudantes de medicina é mais alto do que o percentual  
309. [de habitantes] no número de habitantes da República Federal [da Alemanha].  
310.  
311. 3. Se, de acordo com as considerações acima, o exposto reconhecimento legal da  
312. obrigação de expandir as capacidades de formação dentro de prazos não representa,  
313. no presente momento, um pressuposto de admissão para o Numerus Clausus absoluto  
314. ordenado constitucionalmente, então se deve exigir mais rapidamente que o acesso às  
315. instituições de ensino superior já existentes possa ser limitado somente mediante a  
316. presença de estritos pressupostos jurídicos formais e materiais.  
317. a) Que o direito dos candidatos habilitados à admissão ao curso superior de  
318. sua escolha seja restringível se depreende – na medida em que esse direito é protegido  
319. no Art. 12 I GG – já da reserva de regulamentação no 2º período [Art. 12 I 2 GG].  
320. Ela compreende também o direito de livre escolha dos locais de formação, como já  
321. comprova sua interpretação histórica. (...). Também da já mencionada unidade do  
322. Art. 12 I GG, conclui-se que a reserva de regulamentação não se refere apenas ao  
323. exercício da profissão, alcançando também, de acordo com a sua natureza, a escolha  
324. profissional (assim já em BVerfGE 7, 377 [402 et seq.]), e também a escolha do local  
325. da formação que antecede a escolha profissional. Se a pretensão jurídica da admissão  
326. universitária for entendida como direito (social) de participação a prestações  
327. (benefícios) estatais, então sua restringibilidade decorre do fato de os direitos de  
328. participação – como já mencionado – serem submetidos à reserva do possível, e  
329. necessariamente terem que ser regulamentados.  
330. b) Assim, as limitações por princípio permitidas do direito à admissão são  
331. fundamentadas constitucionalmente apenas [se implementadas] por meio de lei ou  
332. com base na lei. (...). Na medida em que a autorização para tais limitações deve ser  
333. inferida da reserva de regulamentação no Art. 12 I 2 GG, a exigência formal mencionada  
334. decorre imediatamente desse dispositivo constitucional. Se até as regulamentações do  
335. exercício da profissão lá mencionadas necessitam de um fundamento legal, então  
336. muito mais necessitam de fundamento legal tais limitações da livre escolha dos locais  
337. de formação, os quais podem atingir a liberdade de escolha profissional. Se o direito  
338. à admissão nas instituições de ensino superior já existentes é entendido como direito  
339. de participação, nada diferente decorre nesse contexto. Aqui também pode restar em  
340. aberto se os princípios relativos ao Estado de direito da reserva legal e de legalidade da  
341. ação estatal valem regularmente apenas para a Administração interventiva, e não, da  
342. mesma forma, para a Administração de prestação (cf. sobre isso BVerfGE 8, 155 [167  
343. s.]), uma vez que aqui um fundamento legal é necessário, porque a participação nas  
344. prestações estatais significa o pressuposto necessário para a realização de direitos  
345. fundamentais. Aqui o próprio legislador, como aquele de cujas decisões depende a  
346. extensão da oferta de prestação, deve chamar para si a responsabilidade de ter de

347. limitar o número dos favorecidos como conseqüência de capacidades insuficientes,  
348. aceitando vultosos tratamentos desiguais.  
349. c) Do ponto de vista jurídico material, concluiu-se das considerações feitas  
350. até aqui que às limitações absolutas de admissão devem ser feitas exigências rigorosas<sup>317</sup>.  
351. Conforme a chamada teoria dos degraus (Stufentheorie) do Tribunal Constitucional  
352. Federal (cf. BVerfGE 7, 377 [401 et seq.]; 30, 292 [315 et seq.]), o poder regulamentar,  
353. segundo o Art. 12 I GG, deve ser tão mais limitado quanto mais ele atingir também  
354. a liberdade de escolha profissional. Uma vez que também a posterior escolha profissional  
355. depende da escolha do curso de formação e como um Numerus Clausus absoluto para  
356. um determinado curso, baseado no esgotamento da capacidade de formação pelas  
357. instituições, corresponde a um pressuposto objetivo de admissão na acepção da teoria  
358. dos degraus (Stufentheorie) (cf. BVerfGE 7, 377 [407 s.]), uma ordem estatal somente  
359. pode ser permitida, segundo os princípios gerais desenvolvidos para o Art. 12 I GG,  
360. se for para a defesa contra grandes perigos, comprovados ou muito prováveis, que  
361. ameacem um bem coletivo extremamente importante, e somente sob a estrita  
362. observância do princípio da proporcionalidade, ainda que os efeitos colaterais  
363. imagináveis – como: migração para outros cursos e debandada para o exterior – não  
364. possam deixar de ser considerados. Visto sob a perspectiva do pensamento do direito  
365. de participação orientado pelo princípio da igualdade, surgem exigências ainda mais  
366. rigorosas, já que limitações de admissão do tipo ora em pauta podem significar a  
367. distribuição de chances biográficas.  
368. Assim, um Numerus Clausus absoluto para ingressantes na universidade somente  
369. será constitucional, segundo o estágio das experiências realizadas, quando ele:  
370. (1.) for prescrito nos limites do estritamente necessário, sob a utilização exaustiva  
371. das capacidades criadas com recursos públicos já existentes de formação (cf. sobre isso  
372. abaixo: II), e quando  
373. (2.) a escolha e a distribuição ocorrerem segundo critérios racionais, com uma  
374. chance para todo candidato em si qualificado ao ensino superior e com o maior  
375. atendimento possível à escolha individual do local de formação (cf. sobre isso: abaixo  
376. III) (...).  
377. II. – IV. (...)  
378. (ass.) Benda, Ritterspach, Dr. Haager, Rupp-v. Brünneck,  
379. Dr. Böhmer, Dr. Faller, Dr. Brox, Dr. Simon  
380. <sup>317</sup> Essa expressão, comum na jurisprudência do TCF, significa que, para que o ato objeto  
do exame possa ser considerado constitucional, muitas condições têm que ser atendidas.

## ANEXO C – INTEIRO TEOR DO ACÓRDÃO DO STA 223 AGR / PE

1. 14/04/2008 TRIBUNAL PLENO
2. AG.REG. NA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA 223 PERNAMBUCO
3. RELATORA ORIGINÁRIA : MINISTRA PRESIDENTE
4. REDATOR PARA O : MIN. CELSO DE MELLO
5. ACÓRDÃO
6. AGTE.(S) : [...]
7. ADV.(A/S) : [...]
8. AGDO.(A/S) : ESTADO DE PERNAMBUCO
9. ADV.(A/S) : PGE-PE - SÉRGIO AUGUSTO SANTANA SILVA
- 10.
11. E M E N T A: VÍTIMA DE ASSALTO OCORRIDO EM REGIÃO DO ESTADO DE
12. PERNAMBUCO AO QUAL SE ATRIBUI OMISSÃO NO DESEMPENHO DA OBRIGAÇÃO
13. DE OFERECER À POPULAÇÃO LOCAL NÍVEIS EFICIENTES E ADEQUADOS DE
14. SEGURANÇA PÚBLICA – PRÁTICA CRIMINOSA QUE CAUSOU TETRAPLEGIA À
15. VÍTIMA E QUE LHE IMPÔS, PARA SOBREVIVER, DEPENDÊNCIA ABSOLUTA EM
16. RELAÇÃO A SISTEMA DE VENTILAÇÃO PULMONAR ARTIFICIAL – NECESSIDADE DE
17. IMPLANTAÇÃO DE MARCAPASSO DIAFRAGMÁTICO INTRAMUSCULAR (MARCAPASSO
18. FRÊNICO) – RECUSA DO ESTADO DE PERNAMBUCO EM VIABILIZAR A CIRURGIA
19. DE IMPLANTE DE REFERIDO MARCAPASSO, A DESPEITO DE HAVER SUPOSTAMENTE
20. FALHADO EM SEU DEVER CONSTITUCIONAL DE PROMOVER AÇÕES EFICAZES E
21. ADEQUADAS DE SEGURANÇA PÚBLICA EM FAVOR DA POPULAÇÃO LOCAL (CF,
22. art. 144, “caput”) - DISCUSSÃO EM TORNO DA RESPONSABILIDADE CIVIL
23. OBJETIVA DO ESTADO (CF, art. 37, § 6º) – TEORIA DO RISCO
24. ADMINISTRATIVO – DOCTRINA – PRECEDENTES - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA
25. CONCEDIDA EM FAVOR DA VÍTIMA, NA CAUSA PRINCIPAL, PELO SENHOR
26. DESEMBARGADOR RELATOR DO PROCESSO – SUSPENSÃO DE EFICÁCIA DESSA
27. DECISÃO POR ATO DA PRESIDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – MEDIDA
28. DE CONTRACAUTELA QUE NÃO SE JUSTIFICAVA EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE SEUS
29. PRESSUPOSTOS – DIREITO À VIDA E À SAÚDE - DEVER ESTATAL DE
30. ASSISTÊNCIA À SAÚDE RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL (CF,
31. arts. 196 e 197) – OBRIGAÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE AO
32. PODER PÚBLICO, INCLUSIVE AOS ESTADOS-MEMBROS DA FEDERAÇÃO –
33. CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO
34. INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO ESTADO DE PERNAMBUCO – DESRESPEITO À
35. CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819) –
36. COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA
37. REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) – A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL:
38. RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCAÇÃO DESSA
39. CLÁUSULA PUDE comprometer o NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO
40. EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197) – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA
41. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E
42. NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL
43. NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE
44. SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES
45. ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER
46. PÚBLICO – A TEORIA DA “RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO
47. DAS LIMITAÇÕES”) – CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS
48. CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE
49. VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA
50. SAÚDE (CF, ARTS. 6º, 196 E 197) – A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS
51. TRÁGICAS” – A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO
52. NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS
53. JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO
54. JURISPRUDENCIAL DO DIREITO – CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE

55. DA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE  
 56. SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS  
 57. CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO  
 58. EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE  
 59. EXCESSO) – DOCTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM  
 60. TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA  
 61. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 –  
 62. RTJ 199/1219-1220) – RECURSO DE AGRAVO PROVIDO.

63.  
 64. A C Ó R D Ã O

65.  
 66. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os  
 67. Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a  
 68. Presidência da Ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata de  
 69. julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria de votos, vencida  
 70. a Presidente, Ministra Ellen Gracie (Relatora), em dar provimento ao  
 71. recurso de agravo. Lavrará o acórdão o Senhor Ministro Celso de  
 72. Mello. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Carlos  
 73. Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes  
 74. Direito.

75.  
 76. Brasília, 14 de abril de 2008.

77.  
 78. CELSO DE MELLO - REDATOR P/ O ACÓRDÃO

79.  
 80. 14/04/2008 TRIBUNAL PLENO  
 81. AG.REG.NA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA 223-9  
 82. PERNAMBUCO

83.  
 84. RELATORA ORIGINÁRIA : MINISTRA PRESIDENTE  
 85. RELATOR PARA O : MIN. CELSO DE MELLO  
 86. ACÓRDÃO  
 87. AGRAVANTE(S) : [...]  
 88. ADVOGADO(A/S) : [...]  
 89. OUTRO(A/S)  
 90. AGRAVADO(A/S) : ESTADO DE PERNAMBUCO  
 91. ADVOGADO(AZS) : PGE-PE - SÉRGIO AUGUSTO SANTANA  
 92. SILVA

93.  
 94. R E L A T Ó R I O

95.  
 96. A Senhora Ministra Ellen Gracie: 1. Cuida-se de  
 97. agravo regimental interposto por [...],  
 98. representado por sua curadora, Sra. [...] (fl.  
 99. 114); da decisão que suspendeu a execução da decisão antecipatória  
 100. da tutela proferida no Agravo de Instrumento n.º 0157690-9, em  
 101. tramitação perante o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de  
 102. Pernambuco.

103.  
 104. Naquela decisão, o relator deferiu parcialmente o  
 105. pedido de antecipação dos efeitos da tutela para que "o Estado de  
 106. Pernambuco, incontinenti, pague todas as despesas necessárias à  
 107. realização da cirurgia em comento, na forma e com o profissional  
 108. requerido pela parte agravante" (fls. 1.067/1.069).

109.  
 110. Quando da apreciação do presente pedido de  
 111. contracautela, esta Presidência também suspendeu a determinação de  
 112. imediata liberação da quantia de R\$ 279.000,00 (duzentos e setenta e  
 113. nove mil reais), depositada judicialmente pelo Estado de

114. Pernambuco, nos autos da Ação de Indenização por Danos Morais e  
115. Materiais (Processo n.º 001.2007.043289-0), em tramitação perante a  
116. 3a. Vara da Fazenda Pública da Comarca de Recife/PE (fls.  
117. 1.262/1.266).  
118.  
119. No caso dos autos, a cirurgia pleiteada em sede de  
120. antecipação dos efeitos da tutela, objetiva implantar um marcapasso  
121. diafragmático, equipamento destinado a permitir que o paciente volte  
122. a respirar sem a dependência de respirador mecânico.  
123.  
124. 2. Após minudente descrição dos fatos ocorridos, bem  
125. como seu atual quadro clínico (fls. 1.526/1.528), o agravante  
126. sustenta, em síntese:  
127.  
128. a) a prejudicialidade do pedido formulado pelo  
129. Estado de Pernambuco, posto que, antes mesmo de seu deferimento  
130. por esta Presidência, o eminente relator já teria reconsiderado o  
131. despacho objeto do pedido de contracautela, suspendendo a imediata  
132. transferência da quantia depositada (fls. 1.529/1.530);  
133.  
134. b) a existência de manifestação da Secretaria de Saúde do  
135. Estado de Pernambuco (fls. 1601/1602), datada em 25.07.2007, de onde se  
136. depreende que "não há tratamento similar ou alternativo que substitua o  
137. implante diafragmático ora requerido" (fl. 1.532);  
138.  
139. c) a inexistência, no Brasil, de profissional  
140. habilitado, "capaz de desenvolver esse tipo de procedimento com  
141. segurança", o que justificaria a "necessidade de o Dr. [...]   
142. executar a cirurgia em questão" (fls. 1.532 e 1.541);  
143.  
144. d) a impossibilidade de fornecimento de garantias  
145. pelo êxito absoluto do procedimento cirúrgico, por se tratar de uma  
146. obrigação "de meios e não de resultado", imposta pelas limitações da  
147. ciência médica (fl. 1.532);  
148.  
149. e) a necessidade urgente da intervenção cirúrgica  
150. pretendida, haja vista a possibilidade de ocorrência de graves e  
151. irreparáveis danos à saúde e à vida do interessado, ocorrendo, pois, o  
152. denominado perigo de dano inverso (fls. 1.532/1.533);  
153.  
154. f) a comprovação, por correspondência eletrônica  
155. expedida pela empresa [...], segundo a qual se  
156. atesta "que o produto a ser implantado no diafragma do agravante  
157. está registrado junto a U.S. Food and Drug Administration" (fls.  
158. 1.534 e 1.605/1.609). Ademais, ressalta que o procedimento cirúrgico  
159. em exame encontra-se previsto na tabela de classificação brasileira  
160. hierarquizada de procedimentos médicos, publicada pela Associação  
161. Médica Brasileira - AMB (fls. 1.533 e 1.613/1.614);  
162.  
163. g) a garantia de contraprestação, consubstanciada em  
164. correspondência expedida em 18.03.2008 pela empresa [...]  
165. [...], segundo a qual "atesta que a quantia recebida a  
166. título de honorários e da compra do produto (marcapasso) vincula o  
167. Dr. [...] a comparecer no dia 30.04.2008, munido do  
168. marcapasso, a fim de realizar a cirurgia contratada; e obriga a  
169. [...] a encaminhar o produto comprado" (fls. 1.531 e 1.600). De  
170. igual forma, apresenta correspondência, datada de 18.03.2008, em  
171. que o Dr. [...] orienta o pagamento integral das despesas  
172. referentes ao procedimento cirúrgico, bem como dos serviços

173. contratados, em conta bancária da empresa [...]  
174. [...] (fls. 1.598);  
175.  
176. Ao final, pugna pela observância do princípio  
177. constitucional da dignidade da pessoa humana, em conformidade com  
178. os arts. 1.º; 37, § 6.º e 144 da Constituição da República (fls.  
179. 1.536/1.537).  
180.  
181. 3. O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do  
182. Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel  
183. Santos, aprovado pelo Procurador-Geral da República, Dr. Antônio  
184. Fernando Barros e Silva de Souza, opina pelo desprovemento do  
185. agravo regimental (fls. 1.624/1.637).  
186.  
187. É o relatório.  
188.  
189. V O T O  
190.  
191. A Senhora Ministra Ellen Gracie - (Relatora): 1.  
192. Antes de ingressar na análise propriamente dita do presente recurso,  
193. verifico nos autos que o agravante, em 16.07.2007, propôs, perante o  
194. Juízo de Direito da 3a. Vara dos Feitos da Fazenda Pública da  
195. Comarca de Recife/PE (Processo n.º 001.2007.043289-0), Ação de  
196. Indenização por Perdas e Danos Morais e Materiais com pedido de  
197. antecipação de tutela.  
198.  
199. Objetiva, em sede de tutela antecipada, a  
200. responsabilização do Estado de Pernambuco pelo "custo decorrente  
201. da cirurgia de implante diafragmático que devolverá ao autor a  
202. condição de respirar sem a dependência do respirador mecânico,  
203. cuja importância perfaz o valor correspondente a U\$ 150.000 (cento  
204. e cinquenta mil dólares americanos)." (fl. 74) E, no mérito, "a  
205. condenação do réu ao pagamento de indenização: a) por danos  
206. emergentes, (...); b) pensão vitalícia (...); c) por danos morais e  
207. estéticos sofridos pelo Autor, (...)." (fl. 75)  
208.  
209. 2. Em apertada síntese, sustenta em sua pretensão inicial  
210. que:  
211.  
212. a) em 03.12.2006, foi vítima de assalto em via pública,  
213. sofrendo lesões graves na 1ª. e 2a. vértebras cervicais por disparo de  
214. arma de fogo e, em virtude destes ferimentos, tetraplegia irreversível;  
215.  
216. b) em virtude do crime praticado, entende  
217. caracterizada a responsabilidade civil subjetiva do Estado de  
218. Pernambuco (art. 37, § 6.º, da Constituição Federal), por falta ou  
219. falha no serviço, diante de sua omissão "no dever constitucional de  
220. manter a segurança pública" (fl. 46).  
221.  
222. Aduz, para tanto, que "a falta de serviço (faute du  
223. service), in casu, está configurada pelo fato de o Estado ter deixado  
224. de promover políticas públicas governamentais garantidoras da  
225. segurança pública da região que vitimou o Autor, deixando, por  
226. conseguinte, de atender ao clamor público, (...), sobre o alto grau de  
227. periculosidade da região". Além disso, o Estado teria agido  
228. culposamente ao permitir que o autor do disparo contra o Agravante,  
229. que aguarda julgamento por homicídio qualificado, permanecesse  
230. "em liberdade por anos" (fls. 48/49).  
231.

232. Nesse contexto, o ilustre magistrado, em 14.08.2007,  
233. indeferiu o pedido de antecipação de tutela, tendo em vista "a  
234. necessidade de se analisar os limites de responsabilidade do Estado  
235. pela prestação de serviço de segurança pública a seu cargo. Além do  
236. que, há vedação legal em se deferir antecipação de tutela que  
237. importe em pagamento puro e simples de alto valor monetário." (fl.  
238. 223).  
239.  
240. O ora agravante interpôs, em 20.08.2007, recurso de  
241. Agravo de Instrumento perante o egrégio Tribunal de Justiça do  
242. Estado de Pernambuco (Processo n.º 0157690-9), obtendo de seu  
243. relator, em 11.10.2007, parcial provimento para que o Estado de  
244. Pernambuco, "incontinenti, pague todas as despesas necessárias à  
245. realização da cirurgia em comento, na forma e com o profissional  
246. requerido pela parte agravante" (fls. 1.067/1.069).  
247.  
248. Em cumprimento à determinação daquele Tribunal, o  
249. ilustre magistrado a quo, em 06.03.2008, determinou a "liberação da  
250. quantia depositada judicialmente, a qual deverá ser depositada em  
251. favor do médico, Dr. [...], na conta corrente por ele  
252. indicada", nos Estados Unidos da América (fls. 415/416).  
253.  
254. 3. Nesse contexto, o Estado de Pernambuco, ingressou  
255. perante esta Suprema Corte, em 10.03.2008, com o presente pedido  
256. de suspensão de tutela antecipada.  
257.  
258. Nessa mesma data, 10.03.2008, tendo em vista o  
259. despacho liberatório dos valores depositados em juízo, o  
260. Desembargador Francisco Bandeira de Mello, substituto do  
261. Desembargador João Bosco Gouveia de Melo, suspendeu, "a título  
262. cautelar, a autorização de transferência integral do depósito  
263. efetuada pelo Juízo da 3ª Vara da Fazenda Estadual (no âmbito do  
264. processo n.º001.2007.043289-0)" (fls. 1.229/1.230).  
265.  
266. 4. Diante da decisão proferida por esta Presidência em  
267. 12.03.2008, que, a pedido do Estado de Pernambuco, suspendeu a  
268. execução da decisão inicialmente proferida pelo relator do Agravo de  
269. Instrumento n.º 0157690-9, em trâmite perante o egrégio Tribunal de  
270. Justiça daquela unidade da federação (fls. 1.262/1.266), o agravante  
271. formulou pedido pugnando pelo seu reexame (fls. 1.350/1.352), o  
272. qual foi indeferido, em 17.03.2008, ao entendimento de que:  
273.  
274. "(...)  
275. 2. Não assiste razão ao autor da  
276. ação de indenização indicado quanto à  
277. prejudicialidade da presente medida de  
278. contracautela.  
279. A decisão impugnada no presente  
280. pedido de suspensão, proferida pelo Desembargador  
281. João Bosco Gouveia de Melo, em 11 de outubro de  
282. 2007, deferiu em parte 'a tutela antecipada recursal  
283. perseguida, no sentido de determinar que o Estado  
284. de Pernambuco, in continenti, pague todas as  
285. despesas necessárias à realização da cirurgia em  
286. comento, na forma e com o profissional requerido  
287. pela parte Agravante' (fls. 1.067-1.069).  
288. No dia 10 de março do corrente ano, o  
289. Desembargador Francisco Bandeira de Mello,  
290. substituto do Desembargador João Bosco Gouveia

291. de Melo, suspendeu, 'a título cautelar, a autorização  
292. de transferência integral do depósito efetuada pelo  
293. Juízo da 3ª Vara da Fazenda Estadual (no âmbito do  
294. processo nº. 001.2007.04289-0)' (fls. 1.229-1230).  
295. A decisão emanada desta Presidência  
296. não perdeu o seu objeto, pois o despacho  
297. interlocutório exarado pelo Desembargador  
298. Francisco Bandeira de Mello apenas suspendeu a  
299. autorização de transferência integral do depósito a  
300. ser efetuado na conta bancária do Dr. [...]   
301. [...], diante da constatação de que existem  
302. 'despesas outras a ser custeado com o montante  
303. depositado, sobremodo o pagamento do marcapasso  
304. diafragmático' (fl. 1.229).  
305. O Desembargador Francisco Bandeira  
306. de Mello, sem revisitar os fundamentos que levaram  
307. à concessão da tutela antecipada, apenas previu a  
308. necessidade da fixação de um novo modus operandi  
309. quanto ao pagamento de todas as despesas  
310. autorizadas por aquela decisão originária de  
311. 11.10.2007.  
312. A decisão desta Presidência, portanto,  
313. não se ateve à questão secundária da forma do  
314. pagamento do montante pretendido, pois suspendeu,  
315. com base nos artigos 4º da Lei 8.437/92 e 1º da Lei  
316. 9.494/97, a integral execução da decisão  
317. antecipatória proferida, originariamente, em 11 de  
318. outubro de 2007, pelo Desembargador João Bosco  
319. Gouveia de Melo, relator do Agravo de Instrumento  
320. n.º 0157690-9. Irrelevante, assim, o surgimento,  
321. naquela mesma data de 10.03.2008, da mencionada  
322. decisão proibitiva da transferência integral do valor  
323. para a conta bancária indicada pelo médico norteamericano.  
324. 3. Ante o exposto, indefiro o pedido  
325. de reconsideração ora pleiteado, o que faço sem  
326. prejuízo do exame de agravo regimental que venha a  
327. ser interposto contra a decisão de fls. 1.262-1.266.  
328. (...)”  
329. 5. Oportunizou-se ao interessado, naquela mesma  
330. decisão, prazo para juntada de documentos capazes de comprovar,  
331. detalhadamente, (1) a inviabilidade de tratamento alternativo  
332. fornecido pelo Sistema Único de Saúde, (2) a inexistência de médico  
333. residente em qualquer parte do País habilitado a implantar o marcapasso  
334. prescrito, e (3) a aprovação ou o registro da técnica e do  
335. aparelho pretendidos no órgão de controle norte-americano  
336. competente, o U.S. Food and Drug Administration.  
337.  
338. Ademais, determinei que o interessado comprovasse,  
339. no mesmo prazo legal, como seria efetuado o pagamento de cada uma  
340. das despesas envolvidas na realização da cirurgia ora em análise, e  
341. quais garantias haveria na sua contraprestação.  
342.  
343. 6. Em atenção a esse despacho, o interessado interpôs  
344. novo pedido de reconsideração e recurso de agravo regimental,  
345. instruindo o presente feito com os documentos de fls. 1.541 a 1.614.  
346.  
347. 7. O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do  
348. Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel  
349. Santos, aprovado pelo Procurador-Geral da República, Dr. Antônio

350. Fernando Barros e Silva de Souza, opina pelo desprovemento do  
351. agravo regimental (fls. 1.624/1.637).  
352.  
353. 8. Inicialmente, ressaltado que a decisão ora agravada  
354. estabeleceu, diante da inquestionável gravidade do caso e da  
355. especificidade singular descrita nestes autos, a necessidade de  
356. ponderação entre a exequibilidade imediata do provimento cautelar  
357. emitido nos autos do agravo de instrumento, posteriormente  
358. submetido ao presente pedido de contracautela, e a plausibilidade  
359. jurídica da resistência oposta pelo Estado, mormente pela alegação  
360. de ofensa direta aos arts. 100, 167, inciso II, e 196 da Constituição  
361. Federal e contrariedade ao disposto no art. 2.º-B, da Lei n.º 9.494/97,  
362. que proíbe a execução provisória de julgados contra o Poder Público.  
363.  
364. 9. Para tanto, destaco excerto da decisão agravada,  
365. proferida à luz dos artigos 4º da Lei 8.437/92 e 1º da Lei 9.494/97,  
366. que, ao meu entender, representa o núcleo de sua fundamentação:  
367.  
368. “(...)”  
369. 4. Em juízo mínimo de deliberação,  
370. conforme autoriza a jurisprudência pacificada do  
371. Supremo Tribunal Federal (SS 846-AgR/DF, rel.  
372. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 29.5.1996; SS  
373. 1.272-AgR/RJ, rel. Ministro Carlos Velloso, DJ  
374. 18.5.2001, dentre outros), entendo que a decisão em  
375. tela, ao determinar, monocrática e incidentalmente,  
376. o imediato pagamento da importância de R\$  
377. 279.000,00 (duzentos e setenta e nove mil reais),  
378. descumpriu o que dispõe o art. 100 da Constituição  
379. da República.  
380. Ademais, a determinação judicial para  
381. pagamento imediato de todas as despesas  
382. necessárias para a realização da cirurgia pleiteada,  
383. inclusive com o repasse direto do valor depositado  
384. pelo Estado requerente à conta bancária no exterior  
385. do médico eleito pelos familiares do impetrante  
386. (Ofícios de fls. 418 a 424), contraria o disposto no  
387. artigo 2º-B da Lei n.º 9.494/97, que proíbe a  
388. execução provisória de julgados contra o Poder  
389. Público.  
390.  
391. E dizer, no presente caso, encontra-se  
392. devidamente demonstrada a ocorrência de grave  
393. lesão à ordem pública, considerada em termos de  
394. ordens jurídico-constitucional e jurídico-processual.  
395.  
396. 5. Ademais, cumpre ter presente que  
397. o procedimento pretendido pelos familiares do  
398. impetrante e desenvolvido por um grupo de  
399. pesquisadores da Universidade de Yale - EUA, para  
400. implantação de um Marcapasso Diafragmático  
401. Muscular (MDM), conforme informações e laudos  
402. médicos apresentados pelo Secretário Executivo de  
403. Vigilância e Saúde do Estado de Pernambuco,  
404. 'encontra-se em fase experimental e ainda não foi  
405. aprovado pelo FDA - órgão americano que  
406. regulamenta o uso de drogas, equipamentos e  
407. materiais na área médica' (fls. 339/346).  
408.

409. 6. Há que se considerar, finalmente,  
410. que a decisão objeto do presente pedido de  
411. contracautela representa grave lesão à ordem  
412. pública, considerada em termos de ordem  
413. administrativa, porquanto permite a realização de  
414. cirurgia de alto custo não contemplada no Sistema  
415. Único de Saúde (fl. 339), sem qualquer instauração  
416. de procedimento administrativo ou avaliação médica  
417. credenciada para tanto.  
418.
419. 7. Ante o exposto, defiro o pedido  
420. para suspender a execução da decisão interlocutória  
421. proferida pelo MM. Desembargador Relator do  
422. Agravo de Instrumento n.º 0157690-9 do Tribunal de  
423. Justiça do Estado de Pernambuco, bem como a  
424. decisão que determina a liberação da quantia  
425. depositada nos autos da Ação de Indenização  
426. (Processo n.º 001.2007.04289-0, em tramitação  
427. perante a 4a. Vara da Fazenda Pública do Estado de  
428. Pernambuco.  
429. (...)" (fls. 1.265/1.266).  
430.
431. 10. Cumpre esclarecer, por oportuno, não cabe a esta  
432. Presidência proceder à prévia análise dos argumentos de seu pedido  
433. indenizatório, pois dizem respeito ao próprio mérito da ação. É dizer,  
434. não cabe, em pedido suspensivo, "a análise com profundidade e  
435. extensão da matéria de mérito analisada na origem" (SS 1.918-  
436. AgR/DF, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 30.4.2004), domínio  
437. reservado ao juízo recursal.  
438.
439. Contudo, a jurisprudência pacificada do Supremo  
440. Tribunal Federal (SS 846-AgR/DF, rel. Ministro Sepúlveda Pertence,  
441. DJ 29.5.1996; SS 1.272-AgR/RJ, rel. Ministro Carlos Velloso, DJ  
442. 18.5.2001, dentre outros) permite que se exerça um juízo mínimo de  
443. deliberação, o que se mostra especialmente recomendável na hipótese  
444. destes autos, dada a peculiaridade do caso em análise e o contexto  
445. jurídico em que ela se insere.  
446.
447. 11. Esta Suprema Corte a muito firmou o entendimento  
448. de que o fato de a segurança pública ser dever do Estado, não lhe  
449. impõe a responsabilidade objetiva por eventual dano decorrente de  
450. crime. Nesse sentido, destaco os seguintes precedentes: AR 1.376,  
451. rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, DJ 22.06.2006; RE 382.054, rel.  
452. Min. Carlos Velloso, 2a. Turma, DJ 01.10.2004; AI 239.107-AgR e  
453. RE 130.764, rel. Min. Moreira Alves, 1a. Turma, DJ 12.11.1999 e DJ  
454. 07.08.1992, respectivamente; RE 172.025, rel. Min. Ilmar Galvão, 1a.  
455. Turma, DJ 19.12.1996.  
456.
457. Dentre muitos outros precedentes deste Tribunal,  
458. destaco, por seu próprio conteúdo didático, o acórdão proferido nos  
459. autos do RE 179.147, rel. Min. Carlos Velloso, 2a. Turma, DJ  
460. 12.12.1997, assim ementado:  
461.
462. "CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO.  
463. CIVIL. DANO MORAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS  
464. PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO E DAS  
465. PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO  
466. PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO. ATO OMISSIVO  
467. DO PODER PÚBLICO. MORTE DE PRESIDÁRIO POR

468. OUTRO PRESIDÁRIO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA.  
469. CULPA PUBLICIZADA: FAUTE DE SERVICE. CF., ART.  
470. 37, §6.  
471. I - A responsabilidade civil das pessoas  
472. jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas  
473. de direito privado prestadoras de serviço público,  
474. responsabilidade objetiva, com base no risco  
475. administrativo, ocorre diante dos seguintes  
476. requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c)  
477. e desde que haja nexos causal entre o dano e a ação  
478. administrativa.  
479. II-(...).
480. III - Tratando-se de ato omissivo do  
481. poder público, a responsabilidade civil por tal ato é  
482. subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, numa de  
483. suas três vertentes, negligência, imperícia ou  
484. imprudência, não sendo, entretanto, necessário  
485. individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao  
486. serviço público, de forma genérica, faute de service  
487. dos franceses.
488. IV - Ação julgada procedente,  
489. condenando o Estado a indenizar a mãe do  
490. presidiário que foi morto por outro presidiário, por  
491. dano moral. Ocorrência da faute de service.  
492. V- R.E. não conhecido"
493.  
494. 12. Logo, cumpre ao autor demonstrar, em amparo a sua  
495. pretensão indenizatória formulada perante o juízo de origem, que o  
496. ato omissivo imputado, embora possível de ser praticado pelo Poder  
497. Público, não o foi por dolo ou por culpa da autoridade administrativa,  
498. em qualquer de suas modalidades - imprudência, negligência ou  
499. imperícia.  
500.
501. 13. Já com relação ao seu pedido de tutela antecipada,  
502. conforme esclarece o ilustre Min. Teori Albino Zavascki<sup>1</sup>, é  
503. indispensável a "coincidência entre o conteúdo da medida e a  
504. consequência jurídica resultante do direito material afirmado",  
505. tendo em vista que "não se antecipa a eficácia jurídico-formal (ou  
506. seja, a eficácia declaratória, constitutiva e condenatória) da  
507. sentença; antecipa-se a eficácia que a futura sentença pode produzir  
508. no campo da realidade dos fatos".  
509.
510. Entendo que tal identidade, diversamente do que  
511. ocorre no processo cautelar, exige da tutela antecipada de mérito, não  
512. apenas uma análise da prova robusta dos fatos, mas também a  
513. formação de um juízo de verossimilhança suficientemente capaz de  
514. identificar, nos autos, o que José Carlos Barbosa Moreira<sup>2</sup> menciona  
515. como uma "forte probabilidade de que o direito alegado realmente  
516. exista", no sentido de "persuadir o juiz de que, pelo que consta nos  
517. autos, pelo que se pôde apurar até então, é bem mais provável que  
518. ao final se tenha de dar ganho de causa ao autor do que a hipótese  
519. contrária"<sup>3</sup>.  
520.
521. Sob essa ótica, não há como dispensar, no particular,  
522. a investigação desses pressupostos cumulativos (prova inequívoca e o  
523. juízo de probabilidade do direito alegado), frente a probabilidade de  
524. êxito futuro do provimento indenizatório pleiteado, exigindo-se,  
525. conforme bem ressaltou o ilustre magistrado a quo, uma prévia  
526. análise dos "limites de responsabilidade do Estado pela prestação de

527. serviço de segurança pública a seu cargo" (fl. 223).  
528.
529. 14. A esta questão soma-se ainda outra: as restrições de  
530. medidas antecipatórias contra o Poder Público, à luz do § 3.º do art.  
531. 1.º da Lei n.º 8.437/924 (que reproduz a regra do § 2.º do art. 2735 do  
532. CPC) e também do art. 1.º da Lei n.º 9.494/976, cuja  
533. constitucionalidade foi firmada por esta Suprema Corte, quando do  
534. julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade n.º 4, rel. Min.  
535. Sydney Sanches, DJ 21.05.1997.  
536.
537. A Lei 8.437/92, em seu art. 4º, caput, c/c o art. 1o  
538. da Lei 9.494/97, prevê o deferimento do pedido de suspensão da  
539. execução de tutela antecipada, nas ações movidas contra o Poder  
540. Público ou seus agentes, a requerimento da pessoa jurídica de direito  
541. público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de  
542. flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à  
543. segurança e à economia públicas.  
544.
545. 15. Tenho sustentado que pedidos de contracautela  
546. formulados em situações relacionadas ao pagamento de tratamentos,  
547. cirurgias e medicamentos a pacientes devem ser analisados, caso a  
548. caso, de forma concreta, e não de forma abstrata e genérica. Certo,  
549. ainda, que as decisões proferidas em pedido de suspensão, nesse  
550. tema, restringem-se ao caso específico analisado, não se estendendo  
551. os seus efeitos e as suas razões a outras hipóteses, por se tratar de  
552. medida tópica, pontual.  
553.
554. Não desconheço o sofrimento e a dura realidade  
555. vivida pelo agravante e, com especial deferência, por seus familiares,  
556. que zelosamente empreendem esforços para assegurar e prover, o  
557. mais rápido possível, uma melhor condição ao seu ente querido.  
558.
559. 16. É preciso convir, no entanto, que a determinação  
560. para que o Estado de Pernambuco, "incontinenti, pague todas as  
561. despesas necessárias à realização da cirurgia em comento, na forma  
562. e com o profissional requerido pela parte agravante" (fls.  
563. 1.067/1.069), defronta-se especialmente com o conceito de ordem  
564. pública administrativa, a qual exige verificação, "ao menos, da  
565. aparente legalidade da postura da Administração que a decisão a  
566. suspender põe em risco"<sup>8</sup>.  
567.
568. Sobre o tema ordem administrativa, destaco excerto  
569. da lavra do eminente Ministro Néri da Silveira, proferido nos autos  
570. da SS 5.265, DJ 07.12.1979, quando na Presidência do extinto  
571. Tribunal Federal de Recursos, verbis:  
572.
573. "(...) Se a liminar pode constituir  
574. ameaça de grave lesão à ordem estabelecida para a  
575. ação da Administração Pública, por força de lei, nas  
576. suas múltiplas manifestações, cabe ser suspensa sua  
577. eficácia pelo Presidente do Tribunal. Não pode, em  
578. verdade, o juiz decidir contra a lei. Se esta prevê  
579. determinada forma para a prática do ato  
580. administrativo, não há o juiz, contra disposição  
581. normativa, de coactar a ação do Poder Executivo,  
582. sem causa legítima. Fazendo-o, atenta contra a  
583. ordem estabelecida, em lei, para os atos da  
584. Administração."  
585.

586. 17. No presente caso, tenho como devidamente  
587. configurada a grave lesão à ordem pública, em sua acepção jurídico administrativa,  
588. porquanto impõe ao Poder Público o pagamento de  
589. cirurgia de alto custo sem qualquer registro de prévio procedimento  
590. administrativo para tanto9.  
591.  
592. Afora os documentos que representam, em essência,  
593. a manifestação do desejo dos familiares em proceder com a referida  
594. intervenção cirúrgica (fls. 1.541; 1.543 a 1.547; 1.589 a 1.590 e  
595. 1.603), verifico que não consta dos autos qualquer avaliação clínica  
596. prévia, capaz de aferir, de maneira segura e adequada, a viabilidade  
597. técnica ou mesmo a prescrição clínica para que o paciente, ora  
598. agravante, submeta-se ao procedimento cirúrgico pleiteado.  
599.  
600. Pelo contrário, colho do relatório de auditoria  
601. médica realizada pela Secretaria Estadual da Saúde, de 25.07.2007,  
602. que: "(...) É necessário realizar um estudo na função bilateral dos  
603. {nervos} frênicos, com um estudo da força frênica bilateral. Há  
604. relatos evidenciando que o risco cirúrgico na implantação desse  
605. marcapasso em pacientes tetraplégicos é maior, (...), como é o caso  
606. do paciente". E conclui: "por se tratar de um procedimento  
607. incipiente, de custo elevado, não oferecendo garantias de sucesso e  
608. ainda em fase experimental, (...). O Procedimento ainda não consta  
609. no rol de procedimentos da ANS, (...), tendo sido inclusive negado  
610. pela operadora de saúde (...), da qual o paciente é usuário" (fl.  
611. 1.602-Grifei).  
612.  
613. No mesmo sentido, consta dos autos o parecer  
614. técnico, da lavra do Dr. [...], de 10.01.2008, em  
615. que esclarece: "1 - o procedimento em tela vem sendo aperfeiçoado  
616. há mais de 30 anos e, até o presente momento, não foi evidenciada a  
617. efetividade do tratamento proposto, sendo ainda utilizado apenas em  
618. caráter experimental." E conclui: "2 - na observância do quadro  
619. clínico do paciente e mesmo sendo o procedimento experimental, o  
620. paciente não preencheria os requisitos mínimos, básicos para sua  
621. aplicabilidade no caso em tela" (fl. 342 - Grifei).  
622.  
623. Finalmente, o Secretário Executivo de Gestão e  
624. Vigilância em Saúde daquele Estado, em nota técnica sobre o tema,  
625. conclui: "(...), os arts. 124 e 130 do Código de Ética Médica  
626. explicitam que indicações sem resolutividade garantida em pacientes  
627. com afecções incuráveis são terminantemente proibidas,  
628. considerando não existir evidências clínicas de segurança e cura"  
629. (fls. 339/341 - Grifei).  
630.  
631. Persistem, nesse aspecto, severas dúvidas quanto a  
632. viabilidade técnica do procedimento, bem como a sua prescrição  
633. clínica ao agravante, requisitos que são também exigidos pela  
634. agência americana "Food and Drug Administration - FDA", que  
635. impõe condições restritas ao procedimento, conforme se depreende  
636. da correspondência encaminhada para a [...],  
637. em 03.03.1998, fls. 1.605/1.607.  
638.  
639. 18. Encontra-se também devidamente demonstrada a  
640. ocorrência de grave lesão à ordem pública, em sua acepção jurídicoconstitucional  
641. e jurídico-processual, porquanto a tutela antecipada de  
642. mérito, ao determinar o imediato pagamento de "todas as despesas  
643. necessárias à realização da cirurgia em comento, na forma e com o  
644. profissional requerido pela parte Agravante" (fls. 1.067/1.069),

645. inclusive com o repasse direto do valor depositado em juízo à conta  
646. bancária no exterior do médico eleito pelos familiares do agravante,  
647. descumpriu o que dispõem os arts. 100 da Constituição da República  
648. e 2º.-B da Lei n.º 9.494/97.
649.  
650. É que a disciplina constitucional do processo de  
651. execução por quantia certa contra a Fazenda Pública torna  
652. imprescindível a expedição de precatório, qualquer que seja a  
653. natureza do crédito exequendo.
654.  
655. Em questão similar a dos presentes autos, este  
656. Plenário, vencido o eminente Ministro Celso de Mello, nos autos da  
657. STA 90-AgR/PI, de minha relatoria, DJ 26.10.2007, proferiu decisão  
658. assim ementada:
659.  
660. "AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE  
661. TUTELA ANTECIPADA DETERMINAÇÃO DE  
662. PAGAMENTO IMEDIATO DE VALORES RECONHECIDOS  
663. JUDICIALMENTE. OCORRÊNCIA DE GRAVE LESÃO À  
664. ORDEM PÚBLICA. VIOLAÇÃO AO ART. 100 DA  
665. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E AO ART 2º-B DA LEI  
666. 9.494/97. NECESSIDADE DE SUBMISSÃO AO REGIME  
667. CONSTITUCIONAL DOS PRECATÓRIOS.  
668. 1. Art. 1º da Lei 9.494/97, c/c art. 4º da  
669. Lei 8.437/92: configuração de grave lesão à ordem  
670. pública. Pedido de suspensão de tutela antecipada  
671. deferido.  
672. 2. A tutela jurisdicional pretendida pelo  
673. agravante, consubstanciada no pagamento  
674. antecipado dos valores reconhecidos judicialmente  
675. só pode ser efetivada após o trânsito em julgado da  
676. ação sob o procedimento ordinário ajuizada na  
677. origem.  
678. 3. A jurisprudência do Supremo  
679. Tribunal Federal, ao interpretar o disposto no caput  
680. do art. 100 da Constituição da República, firmou-se  
681. no sentido de submeter, mesmo as prestações de  
682. caráter alimentar, ao regime constitucional dos  
683. precatórios, ainda que reconhecendo a possibilidade  
684. jurídica de se estabelecerem duas ordens distintas de  
685. precatórios, com preferência absoluta dos créditos  
686. de natureza alimentícia (ordem especial) sobre  
687. aqueles de caráter meramente comum (ordem geral).  
688. Precedentes.  
689. 4. Agravo regimental improvido. "
690.  
691. 19. Nesse sentido, transcrevo parte do parecer da  
692. Procuradoria-Geral da República, verbis:  
693.  
694. "26. Ao ordenar o imediato pagamento  
695. do valor necessário à realização da cirurgia do  
696. autor, a decisão concessiva de antecipação de tutela  
697. afrontou a restrição imposta pelo art. 2.º-B da Lei  
698. n.º 9.494/97, que proíbe a execução provisória de  
699. julgados contra o Poder Público. Por conseguinte,  
700. qualquer cobrança efetivada antes do trânsito em  
701. julgado da ação de indenização constitui lesão à  
702. ordem pública, uma vez compreendida nesta o  
703. conceito de ordem jurídico-processual. (...)

704. 27. A ponderação dos valores em  
705. conflito, neste caso, portanto, leva ao deferimento do  
706. pedido de contracautela, parecendo recomendável a  
707. suspensão dos efeitos da decisão questionada até o  
708. trânsito em julgado da ação de indenização, uma vez  
709. que a imediata execução da decisão compromete a  
710. programação estatal, gerando impacto grave e  
711. imprevisto nas finanças públicas e embaraço às  
712. prestações universais de saúde, evidenciando  
713. inegável lesão à ordem e à economia públicas. " (fls.  
714. 1.636/1.637)  
715.
716. 20. Diante do exposto, nego provimento ao recurso.  
717.
718. 14/04/2008 TRIBUNAL PLENO  
719.
720. AG.REG. NA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA 223 PERNAMBUCO  
721.
722. V O T O  
723.
724. O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Peço vênia, Senhora  
725. Presidente, para dissentir do voto proferido por Vossa Excelência,  
726. fazendo-o com apoio nas cláusulas constitucionais que consagram a  
727. inviolabilidade do direito à vida (CF, art. 5º, "caput"), a proteção  
728. ao direito à saúde (CF, art. 196) e o reconhecimento do direito à  
729. segurança pública (CF, art. 144, "caput").  
730. Acentuo, desde logo, que a essencialidade do direito à  
731. saúde (CF, art. 196) – que representa projeção derivada do direito à  
732. vida (RE 393.175-AgR/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.) - fez com  
733. que o legislador constituinte qualificasse, como prestações de  
734. relevância pública, as ações e serviços de saúde (CF, art. 197), em  
735. ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder  
736. Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais,  
737. anormalmente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional,  
738. frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja  
739. por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável  
740. modalidade de comportamento governamental desviante.  
741.
742. Impõe-se examinar, portanto, a questão central da  
743. presente causa e verificar se se revela possível ao Judiciário, sem  
744. que incorra em ofensa ao postulado da separação de poderes,  
745. determinar a adoção, pelo Estado de Pernambuco, porque qualificado  
746. pelo agravante como omissão no adimplemento de políticas públicas  
747. constitucionalmente estabelecidas em matéria de saúde e de segurança  
748. pública, de medidas ou providências destinadas a assegurar,  
749. concretamente, ao ora recorrente, [...], o  
750. acesso e o gozo de direitos afetados pela inexecução governamental  
751. de deveres jurídico-constitucionais.  
752.
753. Observo, quanto a esse tema, que, ao julgar a  
754. ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, proferi decisão assim ementada  
755. (Informativo/STF nº 345/2004):  
756.
757. "ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO  
758. FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL  
759. DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM  
760. TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO  
761. CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL.  
762. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

763. ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE  
 764. DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS,  
 765. ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE  
 766. DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA  
 767. CLÁUSULA DA 'RESERVA DO POSSÍVEL'. NECESSIDADE DE  
 768. PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E  
 769. DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO  
 770. 'MÍNIMO EXISTENCIAL'. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA  
 771. ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO  
 772. DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE  
 773. SEGUNDA GERAÇÃO).”

774.  
 775. Salientei, então, em referida decisão, que o Supremo  
 776. Tribunal Federal, considerada a dimensão política da jurisdição  
 777. constitucional outorgada a esta Corte, não pode demitir-se do  
 778. gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos,  
 779. sociais e culturais que se identificam – enquanto direitos de  
 780. segunda geração (ou de segunda dimensão) – com as liberdades  
 781. positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE  
 782. MELLO – RTJ 199/1219-1220, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

783.  
 784. É que, se assim não for, restarão comprometidas a  
 785. integridade e a eficácia da própria Constituição, por efeito de  
 786. violação negativa do estatuto constitucional, motivada por  
 787. inaceitável inércia governamental no adimplemento de prestações  
 788. positivas impostas ao Poder Público, consoante já advertiu, em tema de  
 789. inconstitucionalidade por omissão, por mais de uma vez (RTJ 175/1212-1213,  
 790. Rel. Min. CELSO DE MELLO), o Supremo Tribunal Federal:

791.  
 792. “DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO – MODALIDADES DE  
 793. COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO.

794. - O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer  
 795. mediante ação estatal quanto mediante inércia  
 796. governamental. A situação de inconstitucionalidade pode  
 797. derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que  
 798. age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a  
 799. Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os  
 800. princípios que nela se acham consignados. Essa conduta  
 801. estatal, que importa em um ‘facere’ (atuação positiva),  
 802. gera a inconstitucionalidade por ação.  
 803. - Se o Estado deixar de adotar as medidas  
 804. necessárias à realização concreta dos preceitos da  
 805. Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes  
 806. e exeqüíveis, abstendo-se, em conseqüência, de cumprir  
 807. o dever de prestação que a Constituição lhe impôs,  
 808. incidirá em violação negativa do texto constitucional.  
 809. Desse ‘non facere’ ou ‘non praestare’, resultará a  
 810. inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total,  
 811. quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial,  
 812. quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder  
 813. Público.

814. ....  
 815. - A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em  
 816. maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo  
 817. texto constitucional – qualifica-se como comportamento  
 818. revestido da maior gravidade político-jurídica, eis  
 819. que, mediante inércia, o Poder Público também  
 820. desrespeita a Constituição, também ofende direitos que  
 821. nela se fundam e também impede, por ausência de medidas

822. concretizadoras, a própria aplicabilidade dos  
823. postulados e princípios da Lei Fundamental.”  
824. (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)  
825.  
826. É certo – tal como observei no exame da ADPF 45/DF,  
827. Rel. Min. CELSO DE MELLO (Informativo/STF nº 345/2004) – que não se  
828. inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do  
829. Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a  
830. atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ  
831. CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição  
832. Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra),  
833. pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes  
834. Legislativo e Executivo.  
835.  
836. Impende assinalar, contudo, que a incumbência de  
837. fazer implementar políticas públicas fundadas na Constituição  
838. poderá atribuir-se, ainda que excepcionalmente, ao Judiciário, se  
839. e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os  
840. encargos político- jurídicos que sobre eles incidem em caráter  
841. vinculante, vierem a comprometer, com tal comportamento, a  
842. eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos  
843. impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie ora  
844. em exame.  
845.  
846. Corretíssima, portanto, a decisão emanada do Senhor  
847. Desembargador-Relator do E. Tribunal de Justiça do Estado de  
848. Pernambuco, que bem examinou a controvérsia constitucional, ainda  
849. que em sede de antecipação de tutela, para dirimi-la com apoio em  
850. fundamentos que têm o beneplácito da jurisprudência do Supremo  
851. Tribunal Federal.  
852.  
853. Mais do que nunca, é preciso enfatizar que o dever  
854. estatal de atribuir efetividade aos direitos fundamentais, de índole  
855. social, qualifica-se como expressiva limitação à discricionariedade  
856. administrativa.  
857.  
858. Isso significa que a intervenção jurisdicional,  
859. justificada pela ocorrência de arbitrária recusa governamental em  
860. conferir significação real ao direito à saúde, tornar-se-á  
861. plenamente legítima (sem qualquer ofensa, portanto, ao postulado da  
862. separação de poderes), sempre que se impuser, nesse processo de  
863. ponderação de interesses e de valores em conflito, a necessidade de  
864. fazer prevalecer a decisão política fundamental que o legislador  
865. constituinte adotou em tema de respeito e de proteção ao direito à  
866. saúde.  
867.  
868. Cabe referir, neste ponto, ante a extrema  
869. pertinência de suas observações, a advertência de LUIZA CRISTINA  
870. FONSECA FRISCHEISEN, ilustre Procuradora Regional da República  
871. (“Políticas Públicas – A Responsabilidade do Administrador e o  
872. Ministério Público”, p. 59, 95 e 97, 2000, Max Limonad), cujo  
873. magistério, a propósito da limitada discricionariedade  
874. governamental em tema de concretização das políticas públicas  
875. constitucionais, corretamente assinala:  
876.  
877. “Nesse contexto constitucional, que implica também  
878. na renovação das práticas políticas, o administrador  
879. está vinculado às políticas públicas estabelecidas na  
880. Constituição Federal; a sua omissão é passível de

881. responsabilização e a sua margem de discricionariedade  
882. é mínima, não contemplando o não fazer.  
883. ....  
884. Como demonstrado no item anterior, o administrador  
885. público está vinculado à Constituição e às normas  
886. infraconstitucionais para a implementação das políticas  
887. públicas relativas à ordem social  
888. constitucional, ou seja, própria à finalidade da mesma:  
889. o bem-estar e a justiça social.  
890. ....  
891. Conclui-se, portanto, que o administrador não tem  
892. discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade  
893. e conveniência de implementação de políticas públicas  
894. discriminadas na ordem social constitucional, pois tal  
895. restou deliberado pelo Constituinte e pelo legislador  
896. que elaborou as normas de integração.  
897. ....  
898. As dúvidas sobre essa margem de discricionariedade  
899. devem ser dirimidas pelo Judiciário, cabendo ao Juiz  
900. dar sentido concreto à norma e controlar a legitimidade  
901. do ato administrativo (omissivo ou comissivo),  
902. verificando se o mesmo não contraria sua finalidade  
903. constitucional, no caso, a concretização da ordem  
904. social constitucional.” (grifei)  
905.  
906. Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais  
907. premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do  
908. possível” (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “The Cost of Rights”,  
909. 1999, Norton, New York; ANA PAULA DE BARCELLOS, “A Eficácia Jurídica  
910. dos Princípios Constitucionais”, p. 245/246, 2002, Renovar; FLÁVIO  
911. GALDINO, “Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos”, p. 190/198,  
912. itens ns. 9.5 e 9.6, e p. 345/347, item n. 15.3, 2005, Lumen Juris),  
913. notadamente em sede de efetivação e implementação (usualmente  
914. onerosas) de determinados direitos cujo adimplemento, pelo Poder  
915. Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas  
916. concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.  
917.  
918. Não se ignora que a realização dos direitos econômicos,  
919. sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de  
920. seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um  
921. inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades  
922. orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente,  
923. a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal,  
924. desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a  
925. limitação material referida, a imediata efetivação do comando  
926. fundado no texto da Carta Política.  
927.  
928. Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em  
929. tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele – a partir de  
930. indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-  
931. -administrativa – o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de  
932. fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a  
933. preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições  
934. materiais mínimas de existência (ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE  
935. MELLO, Informativo/STF nº 345/2004).  
936.  
937. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva  
938. do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente  
939. aferível – não pode ser invocada, pelo Poder Público, com a

940. finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas  
941. obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta  
942. governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo,  
943. aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de  
944. essencial fundamentalidade.  
945.
946. Tratando-se de típico direito de prestação positiva,  
947. que se subsume ao conceito de liberdade real ou concreta, a proteção  
948. à saúde – que compreende todas as prerrogativas, individuais ou  
949. coletivas, referidas na Constituição da República (notadamente em  
950. seu art. 196) – tem por fundamento regra constitucional cuja  
951. densidade normativa não permite que, em torno da efetiva realização  
952. de tal comando, o Poder Público disponha de um amplo espaço de  
953. discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de  
954. conformação, e de cujo exercício possa resultar, paradoxalmente, com  
955. base em simples alegação de mera conveniência e/ou oportunidade, a  
956. nulificação mesma dessa prerrogativa essencial.  
957.
958. Quero observar, incidentalmente, consideradas as  
959. peculiaridades pertinentes ao caso em exame, que as lesões causadas  
960. à vítima, parte ora agravante, guardam relação de causalidade com a  
961. alegada omissão do Estado de Pernambuco, que se revelou incapaz,  
962. supostamente, de proteger a vida e a integridade corporal de seus  
963. cidadãos, não obstante notórios os elevados índices de criminalidade  
964. violenta registrados no local em que [...]   
965. sofreu a brutal agressão perpetrada por delinquentes em atuação  
966. naquela área.  
967.
968. Não se desconhece que a Constituição da República, em  
969. seu art. 37, § 6º, consagrou o princípio da responsabilidade civil  
970. objetiva do Estado, não importando que se trate de comportamento  
971. positivo ou que se cuide de conduta negativa daqueles que atuam em  
972. nome do Poder Público.  
973.
974. Esse entendimento – vale notar – tem o beneplácito do  
975. magistério da doutrina, que faz incidir a responsabilidade civil  
976. objetiva do Estado, uma vez presentes os requisitos a que alude a  
977. teoria do risco administrativo (RTJ 163/1107-1108 - RTJ 182/1107),  
978. mesmo naqueles casos em que o nexo causal se estabeleça entre a  
979. omissão administrativa e o dano sofrido pela vítima (HELY LOPES  
980. MEIRELLES, “Direito Administrativo Brasileiro”, p. 650, 31ª ed.,  
981. 2005, Malheiros; SERGIO CAVALIERI FILHO, “Programa de  
982. Responsabilidade Civil”, p. 248, 5ª ed., 2003, Malheiros; JOSÉ  
983. CRETELLA JÚNIOR, “Curso de Direito Administrativo”, p. 90, 17ª ed.,  
984. 2000, Forense; YUSSEF SAID CAHALI, “Responsabilidade Civil do  
985. Estado”, p. 40, 2ª ed., 1996, Malheiros; TOSHIO MUKAI, “Direito  
986. Administrativo Sistematizado”, p. 528, 1999, Saraiva; CELSO RIBEIRO  
987. BASTOS, “Curso de Direito Administrativo”, p. 213, 5ª ed., 2001,  
988. Saraiva; GUILHERME COUTO DE CASTRO, “A Responsabilidade Civil  
989. Objetiva no Direito Brasileiro”, p. 61/62, 3ª ed., 2000, Forense;  
990. MÔNICA NICIDA GARCIA, “Responsabilidade do Agente Público”,  
991. p. 199/200, 2004, Fórum; ODETE MEDAUAR, “Direito Administrativo  
992. Moderno”, p. 430, item n. 17.3, 9ª ed., 2005, RT, v.g.).  
993.
994. Lembro-me, a propósito do caso ora em julgamento, de  
995. uma decisão emanada da colenda Segunda Turma do Supremo Tribunal  
996. Federal, em que se registrou manifesta “faute du service” por parte  
997. do Estado do Rio Grande do Sul e de cuja omissão resultaram  
998. gravíssimas consequências infligidas às vítimas por criminoso

999. foragido que as estuprou e contra elas praticou outros atos de  
1000. violência pessoal, pondo em evidência o descumprimento, por referida  
1001. unidade da Federação, de seu dever constitucional de tornar efetivo  
1002. o direito dos cidadãos à segurança pública (RE 409.203/RS).  
1003.  
1004. Assinalo que Vossa Excelência, Senhora Presidente, que  
1005. também participou desse julgamento, reconheceu a responsabilidade  
1006. civil objetiva do Estado do Rio Grande do Sul, por omissão,  
1007. destacando, em seu duto voto-vista, “a imediatidade da conexão  
1008. entre o ato omissivo dos agentes estatais e o grave episódio danoso  
1009. que vitimou a pequena Jaqueline” e concluindo que, “Somente por  
1010. inação dos agentes estatais”, consumou-se, em razão de práticas  
1011. criminosas cometidas pelo condenado foragido, “a tragédia que  
1012. atingiu a família e, em especial, a menor de 12 anos”.  
1013.  
1014. A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE (PRESIDENTE E RELATORA) –  
1015. Eram foragidos?  
1016.  
1017. O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Tratava-se de apenas  
1018. um condenado evadido...  
1019.  
1020. A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE (PRESIDENTE E RELATORA) –  
1021. Que não tinha havido regressão de regime?  
1022.  
1023. O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Exatamente.  
1024.  
1025. O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência  
1026. preconiza o provimento parcial para manter o ato quanto à obrigação  
1027. de fazer?  
1028.  
1029. O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Proponho o provimento  
1030. integral do recurso de agravo.  
1031.  
1032. O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Quanto à obrigação  
1033. de dar, Vossa Excelência mantém o ato da Presidência. Seria o  
1034. afastamento da tutela antecipada na ação indenizatória?  
1035.  
1036. O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Reforma, com a devida  
1037. vênia, a decisão ora agravada, para acolher, em todos os seus  
1038. termos, o pleito formulado pelo recorrente a fls. 1.537/1.538,  
1039. item VI (vol. 09).  
1040.  
1041. O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Pelo que percebi, há  
1042. dois temas, incluindo o alusivo à tutela antecipada, sob o ângulo  
1043. dos danos causados, ação de indenização ainda em curso.  
1044.  
1045. O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Precisamente.  
1046.  
1047. O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Sim. E o tema  
1048. referente à assistência imediata à saúde.  
1049.  
1050. O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Assistência imediata,  
1051. por tratar-se de medida cujo atendimento poderá representar a  
1052. diferença entre a vida e a morte desse paciente, ora agravante.  
1053.  
1054. O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Para viagem e  
1055. operação.  
1056.  
1057. A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE (PRESIDENTE E RELATORA) –

1058. Não. Ele não vem aqui, parece-me que é o paciente quem vai lá. Não  
1059. sei.  
1060.  
1061. O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: O médico deverá ir a  
1062. Pernambuco onde o procedimento cirúrgico terá lugar...  
1063.  
1064. O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Não ficar mais  
1065. ligado ao respirador mecânico.  
1066.  
1067. O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Com essa cirurgia de  
1068. implantação do marcapasso frênico, o paciente, ora agravante, poderá  
1069. viver de modo autônomo, livre da dependência mecânica que o mantém  
1070. ligado a aparelho de ventilação pulmonar artificial.  
1071.  
1072. Retomo o meu voto, Senhora Presidente. E, ao fazê-lo,  
1073. enfatizo que o caso ora em exame põe em evidência, como já  
1074. precedentemente destacado, o altíssimo relevo jurídico-social que  
1075. assume, em nosso ordenamento positivo, o direito à saúde,  
1076. especialmente em face do mandamento inscrito no art. 196 da  
1077. Constituição da República, que assim dispõe:  
1078.  
1079. “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do  
1080. Estado, garantido mediante políticas sociais e  
1081. econômicas que visem à redução do risco de doença e de  
1082. outros agravos e ao acesso universal e igualitário às  
1083. ações e serviços para sua promoção, proteção e  
1084. recuperação.” (grifei)  
1085.  
1086. Na realidade, o cumprimento do dever político-  
1087. -constitucional consagrado no art. 196 da Lei Fundamental do Estado,  
1088. consistente na obrigação de assegurar, a todos, a proteção à saúde,  
1089. representa fator, que, associado a um imperativo de solidariedade  
1090. social, impõe-se ao Poder Público, qualquer que seja a dimensão  
1091. institucional em que atue no plano de nossa organização federativa.  
1092.  
1093. A impostergabilidade da efetivação desse dever  
1094. constitucional justifica o acolhimento do pleito que o ora agravante  
1095. deduziu na presente sede processual.  
1096.  
1097. Tal como pude enfatizar em decisão por mim proferida no  
1098. exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto  
1099. assemelhado ao da presente causa (Pet 1.246/SC), entre proteger a  
1100. inviolabilidade do direito à vida e à saúde – que se qualifica como  
1101. direito subjetivo inalienável a todos assegurado pela própria  
1102. Constituição da República (art. 5º, “caput”, e art. 196) – ou fazer  
1103. prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse  
1104. financeiro e secundário do Estado, entendo, uma vez configurado esse  
1105. dilema, que razões de ordem ético-jurídica impõem, ao julgador, uma  
1106. só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à  
1107. vida e à saúde humanas.  
1108.  
1109. Essa relação dilemática, que se instaura na presente  
1110. causa, conduz os Juízes deste Supremo Tribunal a proferir decisão  
1111. que se projeta no contexto das denominadas “escolhas trágicas”  
1112. (GUIDO CALABRESI e PHILIP BOBBITT, “Tragic Choices”, 1978, W. W.  
1113. Norton & Company), que nada mais exprimem senão o estado de tensão  
1114. dialética entre a necessidade estatal de tornar concretas e reais as  
1115. ações e prestações de saúde em favor das pessoas, de um lado, e as  
1116. dificuldades governamentais de viabilizar a alocação de recursos

1117. financeiros, sempre tão dramaticamente escassos, de outro.
- 1118.
1119. Mas, como precedentemente acentuado, a missão
1120. institucional desta Suprema Corte, como guardiã da superioridade da
1121. Constituição da República, impõe, aos seus Juízes, o compromisso de
1122. fazer prevalecer os direitos fundamentais da pessoa, dentre os quais
1123. avultam, por sua inegável precedência, o direito à vida e o direito
1124. à saúde.
- 1125.
1126. Cumpre não perder de perspectiva, por isso mesmo, que o
1127. direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica
1128. indisponível, assegurada à generalidade das pessoas pela própria
1129. Constituição da República. Traduz bem jurídico constitucionalmente
1130. tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o
1131. Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas
1132. sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso
1133. universal e igualitário à assistência médico-hospitalar.
- 1134.
1135. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da
1136. Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos
1137. que compõem, no plano institucional, a organização federativa do
1138. Estado brasileiro (JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, “Comentários à Constituição
1139. de 1988”, vol. VIII/4332-4334, item n. 181, 1993, Forense
1140. Universitária) – não pode convertê-la em promessa constitucional
1141. inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas
1142. expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de
1143. maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever por um
1144. gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a
1145. própria Lei Fundamental do Estado.
- 1146.
1147. Nesse contexto, incide, sobre o Poder Público, a
1148. gravíssima obrigação de tornar efetivas as ações e prestações de
1149. saúde, incumbindo-lhe promover, em favor das pessoas e das
1150. comunidades, medidas – preventivas e de recuperação –, que, fundadas
1151. em políticas públicas idôneas, tenham por finalidade viabilizar e
1152. dar concreção ao que prescreve, em seu art. 196, a Constituição da
1153. República, tal como este Supremo Tribunal tem reiteradamente
1154. reconhecido:
- 1155.
1156. “O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA
1157. CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA.
1158. - O direito público subjetivo à saúde representa
1159. prerrogativa jurídica indisponível assegurada à
1160. generalidade das pessoas pela própria Constituição da
1161. República (art. 196). Traduz bem jurídico
1162. constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve
1163. velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem
1164. incumbe formular – e implementar – políticas sociais e
1165. econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos,
1166. o acesso universal e igualitário à assistência
1167. farmacêutica e médico-hospitalar.
1168. - O direito à saúde – além de qualificar-se como
1169. direito fundamental que assiste a todas as pessoas –
1170. representa conseqüência constitucional indissociável do
1171. direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a
1172. esfera institucional de sua atuação no plano da
1173. organização federativa brasileira, não pode mostrar-se
1174. indiferente ao problema da saúde da população, sob pena
1175. de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave

1176. comportamento inconstitucional.
1177. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE
1178. TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE.
1179. - O caráter programático da regra inscrita no
1180. art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários
1181. todos os entes políticos que compõem, no plano
1182. institucional, a organização federativa do Estado
1183. brasileiro – não pode convertê-la em promessa
1184. constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder
1185. Público, fraudando justas expectativas nele depositadas
1186. pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o
1187. cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto
1188. irresponsável de infidelidade governamental ao que
1189. determina a própria Lei Fundamental do Estado.”
1190. (RE 393.175-AgR/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO)
- 1191.
1192. O sentido de fundamentalidade do direito à saúde (CF,
1193. arts. 6º e 196) – que representa, no contexto da evolução histórica
1194. dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais
1195. relevantes das liberdades reais ou concretas – impõe, ao Poder
1196. Público, um dever de prestação positiva que somente se terá por
1197. cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem
1198. providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação
1199. efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional.
- 1200.
1201. Vê-se, desse modo, que, mais do que a simples
1202. positivação dos direitos sociais – que traduz estágio necessário ao
1203. processo de sua afirmação constitucional e que atua como pressuposto
1204. indispensável à sua eficácia jurídica (JOSÉ AFONSO DA SILVA, “Poder
1205. Constituinte e Poder Popular”, p. 199, itens ns. 20/21, 2000,
1206. Malheiros) –, recai, sobre o Estado, inafastável vínculo
1207. institucional consistente em conferir real efetividade a tais
1208. prerrogativas básicas, em ordem a permitir, às pessoas, nos casos de
1209. injustificável inadimplemento da obrigação estatal, que tenham elas
1210. acesso a um sistema organizado de garantias instrumentalmente
1211. vinculadas à realização, por parte das entidades governamentais, da
1212. tarefa que lhes impôs a própria Constituição.
- 1213.
1214. Não basta, portanto, que o Estado meramente proclame
1215. o reconhecimento formal de um direito. Torna-se essencial que, para
1216. além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele
1217. integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente
1218. naqueles casos em que o direito – como o direito à saúde – se
1219. qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do
1220. cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações
1221. positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional.
- 1222.
1223. Tenho para mim, desse modo, presente tal contexto, que
1224. o Estado de Pernambuco, no caso, não poderá demitir-se do mandato
1225. constitucional, juridicamente vinculante, que lhe foi outorgado pelo
1226. art. 196, da Constituição, e que representa – como anteriormente já
1227. acentuado – fator de limitação da discricionariedade político-
1228. -administrativa do Poder Público, cujas opções, tratando-se de proteção à
1229. saúde, não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo
1230. de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse
1231. direito básico de índole social, de que é legítimo titular o Senhor
1232. [...], parte ora agravante.
- 1233.
1234. Entendo, por isso mesmo, como já anteriormente

1235. assinalado, que se revela plenamente viável o acolhimento do  
1236. presente agravo regimental deduzido por [...],  
1237. notadamente em face da jurisprudência que se formou, no Supremo  
1238. Tribunal Federal, sobre a questão ora em análise.  
1239.  
1240. Nem se atribua, indevidamente, ao Judiciário, Senhora  
1241. Presidente, no contexto em exame, uma (inexistente) intrusão em  
1242. esfera reservada aos demais Poderes da República.  
1243.  
1244. É que, dentre as inúmeras causas que justificam esse  
1245. comportamento afirmativo do Poder Judiciário (de que resulta uma  
1246. positiva criação jurisprudencial do direito), inclui-se a  
1247. necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da  
1248. República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura,  
1249. simples e conveniente omissão dos poderes públicos.  
1250.  
1251. Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, ao suprir as  
1252. omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas  
1253. que objetivam restaurar a Constituição violada pela inércia dos  
1254. Poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão  
1255. institucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional  
1256. que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República.  
1257.  
1258. A colmatação de omissões inconstitucionais, realizada  
1259. em sede jurisdicional, notadamente quando emanada desta Corte  
1260. Suprema, torna-se uma necessidade institucional, quando os órgãos  
1261. do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o  
1262. cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa  
1263. determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se  
1264. tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos  
1265. estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma  
1266. posição de pura passividade.  
1267.  
1268. O fato inquestionável é um só: a inércia estatal em  
1269. tornar efetivas as imposições constitucionais traduz inaceitável  
1270. gesto de desprezo pela Constituição e configura comportamento que  
1271. revela um incompreensível sentimento de despreço pela autoridade,  
1272. pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição  
1273. da República.  
1274.  
1275. Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar  
1276. uma Constituição sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou,  
1277. então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la  
1278. aplicável somente nos pontos que se mostrarem convenientes aos  
1279. desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos  
1280. cidadãos.  
1281.  
1282. A percepção da gravidade e das consequências lesivas  
1283. derivadas do gesto infiel do Poder Público que transgride, por  
1284. omissão ou por insatisfatória concretização, os encargos de que se  
1285. tornou depositário, por efeito de expressa determinação  
1286. constitucional, foi revelada, entre nós, já no período monárquico,  
1287. em lúcido magistério, por PIMENTA BUENO (“Direito Público Brasileiro  
1288. e Análise da Constituição do Império”, p. 45, reedição do Ministério  
1289. da Justiça, 1958) e reafirmada por eminentes autores contemporâneos  
1290. em lições que acentuam o desvalor jurídico do comportamento estatal  
1291. omissivo (JOSÉ AFONSO DA SILVA, “Aplicabilidade das Normas  
1292. Constitucionais”, p. 226, item n. 4, 3ª ed., 1998, Malheiros; ANNA  
1293. CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, “Processos Informais de Mudança da

1294. Constituição”, p. 217/218, 1986, Max Limonad; PONTES DE MIRANDA,  
1295. “Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969”,  
1296. tomo I/15-16, 2ª ed., 1970, RT, v.g.).  
1297.  
1298. O desprestígio da Constituição – por inércia de órgãos  
1299. meramente constituídos – representa um dos mais graves aspectos da  
1300. patologia constitucional, pois reflete inaceitável desprezo, por  
1301. parte das instituições governamentais, da autoridade suprema da Lei  
1302. Fundamental do Estado.  
1303.  
1304. Essa constatação, feita por KARL LOEWENSTEIN (“Teoria  
1305. de la Constitución”, p. 222, 1983, Ariel, Barcelona), coloca em pauta  
1306. o fenômeno da erosão da consciência constitucional, motivado pela  
1307. instauração, no âmbito do Estado, de um preocupante processo de  
1308. desvalorização funcional da Constituição escrita, como já ressaltado,  
1309. pelo Supremo Tribunal Federal, em diversos julgamentos, como resulta  
1310. evidente da seguinte decisão consubstanciada em acórdão assim ementado:  
1311.  
1312. “(...) DESCUMPRIMENTO DE IMPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL  
1313. LEGIFERANTE E DESVALORIZAÇÃO FUNCIONAL DA CONSTITUIÇÃO  
1314. ESCRITA.  
1315. - O Poder Público – quando se abstém de cumprir,  
1316. total ou parcialmente, o dever de legislar, imposto em  
1317. cláusula constitucional, de caráter mandatório –  
1318. infringe, com esse comportamento negativo, a própria  
1319. integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito  
1320. do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da  
1321. consciência constitucional (ADI 1.484-DF, Rel. Min.  
1322. CELSO DE MELLO).  
1323. - A inércia estatal em adimplir as imposições  
1324. constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela  
1325. autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo,  
1326. comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela  
1327. mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma  
1328. Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir  
1329. integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o  
1330. propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos  
1331. pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos  
1332. desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses  
1333. maiores dos cidadãos. (...)”  
1334. (RTJ 183/818-819, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)  
1335.  
1336. Em tema de implementação de políticas governamentais  
1337. previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente nas  
1338. áreas de educação infantil (RTJ 199/1219-1220) e de saúde pública  
1339. (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213), a Corte Suprema brasileira tem  
1340. proferido decisões que neutralizam os efeitos nocivos, lesivos e  
1341. perversos resultantes da inatividade governamental, em situações nas  
1342. quais a omissão do Poder Público representava um inaceitável insulto  
1343. a direitos básicos assegurados pela própria Constituição da  
1344. República, mas cujo exercício estava sendo inviabilizado por  
1345. contumaz (e irresponsável) inércia do aparelho estatal.  
1346.  
1347. O Supremo Tribunal Federal, em referidos julgamentos,  
1348. colmatou a omissão governamental, conferiu real efetividade a  
1349. direitos essenciais, dando-lhes concreção, e, desse modo, viabilizou  
1350. o acesso das pessoas à plena fruição de direitos fundamentais, cuja  
1351. realização prática lhes estava sendo negada, injustamente, por  
1352. arbitrária abstenção do Poder Público.

1353.  
1354. Desse modo, Senhora Presidente, e novamente pedindo-lhe  
1355. vênua, tenho para mim que a decisão proferida pelo eminente Senhor  
1356. Desembargador-Relator do Tribunal de Justiça do Estado de  
1357. Pernambuco, cuja eficácia veio a ser suspensa por Vossa Excelência  
1358. na presente STA 223/PE, ajusta-se à jurisprudência que o Supremo  
1359. Tribunal Federal firmou na matéria ora em exame.  
1360.  
1361. Sendo assim, e em face das razões expostas, dou  
1362. provimento ao presente recurso de agravo interposto pelo Senhor  
1363. [...], para os fins e efeitos nele indicados.  
1364.  
1365. É o meu voto.  
1366.  
1367. 14/04/2008 PLENÁRIO  
1368.  
1369. AG.REG. NA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA 223 PERNAMBUCO  
1370.  
1371. V O T O  
1372. (confirmação de voto)  
1373.  
1374. A Senhora Ministra Ellen Gracie (Presidente e Relatora) -  
1375. Ministro Celso de Mello, eu gostaria muito de acompanhar Vossa  
1376. Excelência, de ter, originalmente, indeferido esta suspensão como tantas  
1377. outras. Tenho certeza de que todos os Integrantes da Corte acompanham  
1378. Vossa Excelência na compreensão do grave problema que é a segurança  
1379. pública no País hoje. Estou certa de que todos nós nos condemos com a  
1380. situação individual deste caso e de tantos outros casos que têm chegado  
1381. ao Tribunal, pedindo o fornecimento, pelas autoridades de saúde pública,  
1382. de medicamentos ou tratamentos extremamente custosos. Sabemos todos  
1383. que o direito à saúde é um direito, como Vossa Excelência muito bem  
1384. coloca, que se sobrepõe a todo e qualquer outro. Mas verifico, também,  
1385. Ministro Celso, e essa ponderação me levou a orientar, nesta suspensão e  
1386. em outros despachos anteriores, que a saúde de uns não pode se  
1387. contrapor à saúde de todos. Os orçamentos de saúde pública são,  
1388. conforme sabemos, limitados, e já vemos que, por força de muitas  
1389. decisões judiciais, há secretarias de saúde por todo o País que já não têm,  
1390. ou, pelo menos, têm menos recursos para colocar em áreas, como, por  
1391. exemplo, a vacinação geral da população, e isso acaba se transformando  
1392. em epidemias que seriam, ou poderiam ter sido, controladas  
1393. adequadamente. Não há dúvida alguma que o ideal seria poder  
1394. proporcionar a cada um dos doentes todo tipo de tratamento existente.  
1395.  
1396. Neste caso específico, Ministro Celso, chamou-me, desde  
1397. início, atenção a largueza com que foi deferida a ordem. Veja Vossa  
1398. Excelência as palavras do Desembargador: que “o Estado de Pernambuco,  
1399. incontinênti, pague todas as despesas necessárias à realização da cirurgia em  
1400. comento, na forma e com o profissional requerido pela parte agravante”.  
1401.  
1402. Ou seja, deu inteiro discrímen ao requerente de escolher a  
1403. forma, o tipo de tratamento. Dados constantes nos autos nos revelam que,  
1404. talvez, nem seja útil, talvez nem seja viável realizar a intervenção neste  
1405. paciente, por dolorosa que seja a situação. Mais do que isso, determinava  
1406. o Desembargador, e por isso mesmo o seu substituto posteriormente  
1407. reviu a determinação, que, de imediato, se fizesse remessa a uma conta  
1408. nos Estados Unidos de um valor bastante elevado, sem que se tivesse  
1409. qualquer garantia de que esse profissional efetivamente comparecerá ao  
1410. Brasil, que efetivamente este aparelho será implantado, ou seja,  
1411. praticamente um cheque em branco.

1412.  
1413. Então, todas essas considerações e principalmente esta  
1414. grande reflexão de que se deve, com as verbas públicas, procurar fazer o  
1415. maior bem ao maior número de pessoas possível, fazem com que eu  
1416. mantenha a posição adotada até agora, com vênias de Vossa Excelência,  
1417. embora, como disse, gostasse muito de seguir a sua orientação.  
1418.  
1419. O Senhor Ministro Celso de Mello: CANCELADO.  
1420.  
1421. 14/04/2008 TRIBUNAL PLENO  
1422.  
1423. AG.REG.NA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA 223-9 PERNAMBUCO  
1424.  
1425. VOTO  
1426.  
1427. O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Senhora Presidente, vou  
1428. pedir vênias a Vossa Excelência para também dar provimento ao agravo.  
1429. Inicialmente reporto-me à decisão que esta Corte tomou  
1430. no Agravo Regimental na Reclamação nº 3.034, em que se discutiu  
1431. matéria relacionada a precatórios e reconheceu-se tratar-se de uma  
1432. exceção.  
1433. Aqui também estou convencido de que estamos diante de  
1434. um caso de exceção. O que confere regularidade ao sistema jurídico é  
1435. exatamente a captura da exceção pelo ordenamento.  
1436. A exceção se manifesta de modo diverso, de uma feita  
1437. quando incluída a exceção no ordenamento. Vale dizer, quando há a  
1438. captura da exceção e se realiza o que em um vocábulo italiano é mais  
1439. fácil de dizer [não creio que este vocábulo exista em português]: a  
1440. completude do ordenamento. A completude do ordenamento se dá quando  
1441. a exceção é capturada e trazida para dentro do direito. Aí, na  
1442. expressão do Agamben, a partir da obra de Carl Schmitt, a norma  
1443. inclui, captura a exceção desaplicando-se de determinada situação.  
1444. Mas a exceção manifesta-se no direito não somente  
1445. quando se opera a sua inclusão nele. Ela se dá também quando se  
1446. exclui algumas situações do âmbito da norma, quando se deixa de  
1447. aplicar a norma a determinadas situações. Isso tem sido feito com  
1448. frequência pelo Poder Judiciário. E bem próximo a nós. É como se o  
1449. sistema jurídico fosse calibrado por essas capturas e por essas  
1450. autênticas transgressões do sistema. Essas transgressões ocorrem  
1451. sempre que os tribunais, em geral, excluem determinada situação da  
1452. incidência da norma.  
1453. Aqui me parece estarmos diante de situação da inclusão  
1454. da exceção.  
1455. Procurei, agora, nas minhas anotações, creio que há  
1456. outra decisão da Corte, da qual foi Relator o Ministro Cezar Peluso,  
1457. em que se apreendeu exata e precisamente o sentido da exceção.  
1458. Lembro-me do meu voto, naquela ocasião, em que eu dizia - e aqui me  
1459. refiro à Reclamação nº 3.034, já que não consigo me recordar do  
1460. número daquela decisão; talvez o Ministro Cezar Peluso possa  
1461. lembrar-se - em que eu dizia que nós estávamos ali, como agora  
1462. estamos aqui, diante de uma situação singular, uma situação de  
1463. exceção:  
1464.  
1465. "(...) como observa Carl Schmidt, as normas só valem  
1466. para as situações normais. A normalidade da situação  
1467. que pressupõem é um elemento básico do seu 'valer'.  
1468.  
1469. Pois o sistema jurídico vale, exata e precisamente,  
1470. porque é capaz de plasticamente abranger essas situações.

1471. Maurice Hauriou disse, a propósito, algo muito  
1472. significativo. Fala dessa idéia, muito justa, de que as leis não são  
1473. feitas senão para um certo estado normal da sociedade. Se esse  
1474. estado é modificado, é natural que as leis e suas garantias sejam,  
1475. naquele caso, suspensas. E prossegue: são belas as leis, é verdade,  
1476. "mais il faut avoir le temps" de fazer as leis, é necessário haver o  
1477. tempo de se fazer as leis para que elas cubram certas situações e,  
1478. sobretudo, é necessário que não estejamos mortos antes que elas  
1479. sejam feitas.
1480. O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o  
1481. caos e o estado da normalidade, uma zona de indiferença capturada  
1482. pela norma. De sorte que não é a exceção que se subtrai à norma, mas  
1483. ela que, suspendendo-se, dá lugar à exceção --- apenas desse modo  
1484. ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção.  
1485.
1486. Por isso eu dizia naquela ocasião e digo novamente  
1487. agora:  
1488.
1489. "A esta Corte, sempre que necessário, incumbe decidir  
1490. regulando também essas situações de exceção (...)"  
1491.
1492. Ao fazê-lo, não nos afastamos do ordenamento.  
1493. Permanecemos dentro dele, eis que aplicamos a norma à exceção  
1494. desaplicando-a, isto é, retirando-a da exceção.  
1495.
1496. Estou muito sereno, se me permitir Vossa  
1497. Excelência essa expansão, em dar provimento a este agravo. Porque  
1498. penso que, fazendo-o, mais uma vez cumprimos a função de integrar o  
1499. direito. Insisto: o que confere regularidade ao sistema jurídico, o  
1500. que lhe dá estabilidade, o que lhe dá validade é exatamente essa  
1501. capacidade, que devemos ter, de apreender a exceção, trazendo-a para  
1502. dentro do direito. Algumas vezes excluindo, de modo a, de uma forma  
1503. ou de outra, conferirmos completude ao ordenamento.  
1504.
1505. Peço vênia a Vossa Excelência, mas acompanho a  
1506. corrente instalada pelo Ministro Celso de Mello no belo voto que  
1507. proferiu.  
1508.
1509. 14/04/2008 TRIBUNAL PLENO  
1510.
1511. AG.REG. NA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA 223 PERNAMBUCO  
1512.
1513. VOTO  
1514.
1515. O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Senhora Presidente,  
1516. acho que a nenhum Membro da Corte são estranhas a indignação e as preocupações  
1517. do Ministro CELSO DE MELLO, em primeiro lugar, quanto aos deveres do Estado,  
1518. em relação aos direitos e garantias individuais, aos serviços públicos, mas me  
1519. preocupa sobretudo que a Corte tome, sem a composição plena, um precedente que,  
1520. a meu ver, traz em si certo risco à própria subsistência do Estado. Estamos abrindo  
1521. precedente seriíssimo, com a particularidade de que se trata de um privilégio.  
1522. Provavelmente, neste País, milhões de pessoas estejam em situações  
1523. tão ou mais delicadas em relação às omissões que o Estado pratica quanto aos seus  
1524. deveres constitucionais e estão sofrendo ofensas tão ou mais graves em relação aos  
1525. seus direitos fundamentais, e não são atendidas, a Corte não as tem atendido.  
1526. A Corte tem negado, em outras vias, essas antecipações de tutela, que,  
1527. generalizadas, a meu ver, põem em risco a própria capacidade do Estado de gerir a coisa  
1528. pública como tal.  
1529. Isso me preocupa extremamente, Senhora Presidente. E sinto-me

1530. absolutamente tranqüilo em fazer essas ponderações, mas, neste caso, vou abrir uma  
1531. exceção, apenas baseado no fato de que, a ser verdadeira a asserção feita pelo Ministro  
1532. CELSO DE MELLO com base em documento constante dos autos, o agravante estaria  
1533. em risco de vida.  
1534.  
1535. O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: E o agravante,  
1536. inequivocamente, sofre risco de perder a vida. Leio, quanto a tal situação, a decisão  
1537. proferida pelo MM. Juiz de Direito Djalma Andreilino Nogueira Júnior:  
1538.  
1539. "Reexaminando o pedido de expedição de alvará, verifico que razão  
1540. assiste ao autor no sentido da liberação do valor depositado, primeiro  
1541. porque a decisão do Egrégio Tribunal de Justiça não é sentença (art. 475  
1542. CPC) e depois porque a decisão antecipatória de tutela foi no sentido do  
1543. pagamento incontinenti das despesas com a cirurgia do autor, até porque  
1544. ele corre risco de morte em caso de demora da providência aqui  
1545. adotada.  
1546. Sendo assim, defiro a liberação C..).  
1547. Recife, 06 de março de 2008." (grifei)  
1548.  
1549. O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Foi por isso que citei um  
1550. pequeno trecho de Maurice Hauriou: é preciso estar vivo até que venha a solução.  
1551.  
1552. O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Senhora Presidente,  
1553. exatamente para entender essa circunstância, que eu diria singularíssima, de o  
1554. Tribunal se encontrar diante de caso em que eventual retardo de providências que  
1555. incumbiriam, em tese, ainda que com base em mera verossimilhança das alegações do  
1556. demandante, pode comprometer-lhe a vida, em respeito a isso e para que a Corte não  
1557. corra o risco de assumir a responsabilidade de falhar na provisão dessas medidas  
1558. necessárias, vou acompanhar a dissidência, para dar provimento ao agravo.  
1559.  
1560. 14/04/2008 TRIBUNAL PLENO  
1561.  
1562. AG.REG.NA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA 223-9 PERNAMBUCO  
1563.  
1564. TRIBUNAL PLENO  
1565.  
1566. AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA 223  
1567.  
1568. VOTO  
1569.  
1570. O SR. MINISTRO GILMAR MENDES - Senhora Presidente,  
1571. raramente coloca-se diante do Tribunal um caso com color de  
1572. dramaticidade como este em toda a sua dimensão. Claro que temos aqui  
1573. elencos de princípios e podemos falar realmente, se falarmos em  
1574. colisão naquilo que puder ser aceito, numa colisão complexa, porque  
1575. de fato temos uma série de principios em jogo: a questão da proteção  
1576. judicial efetiva, foi mencionada aqui a necessidade até de  
1577. antecipação de tutela, tendo em vista a singularidade do caso; a  
1578. questão ligada às normas de organização e procedimento do artigo  
1579. 100, que também acabam por ser excepcionalizadas, tendo em vista as  
1580. próprias peculiaridades do caso; o direito à vida, à saúde e à  
1581. integridade física tal como colocada e, no caso, decorrente da  
1582. responsabilidade civil do Estado; e, ainda num juízo de delibação,  
1583. mostrou a intervenção do Ministro Celso de Mello não se tratar de um  
1584. reconhecimento pura e simples de responsabilidade civil do Estado  
1585. pelo simples fato, mas muito provavelmente em razão de uma falta do  
1586. serviço, o chamado direito à segurança pública. Tudo isso nos leva a  
1587. algumas reflexões.  
1588. Há alguns dias, tivemos debate no Supremo Tribunal

1589. Federal sobre o caso da transposição do São Francisco, que tinha  
1590. como leitmotiv, como pano de fundo, também uma situação que  
1591. eventualmente colocava em risco a vida de alguém, no caso, de um  
1592. militante político, o bispo Dom Cáppio, que fazia greve de fome.  
1593. Esse tema foi objeto de discussão naquela situação. Hoje o quadro é  
1594. muito diverso, como se vê da própria descrição do fato. Não se trata  
1595. de alguém que se impôs uma condição ou se submeteu a uma condição  
1596. voluntariamente, mas é de outra índole. Aí, lembrei-me, Senhora  
1597. Presidente, de um dos casos dramáticos da jurisprudência  
1598. constitucional mundial: o célebre caso Schleyer. Em que consiste  
1599. esse caso Schleyer? Tratava-se de um grande empresário, de um  
1600. capitão de indústria, de um homem extremamente importante na vida  
1601. pública alemã, que é seqüestrado pelas brigadas vermelhas que pedem,  
1602. então, a libertação de alguns presos. Os familiares de Schleyer vão  
1603. à Corte Constitucional alemã e pedem que a Corte tome uma  
1604. deliberação numa cautelar - não poderia ser de outra forma. E essa  
1605. Turma, inclusive, era composta por gente do naipe de Benda, Simon,  
1606. Faller, Katzenstein, Hesse e Böhmer. A decisão é assinada por Hesse.  
1607. Essa questão foi colocada e a Corte tinha esta pergunta: obrigar, ou  
1608. não, o governo alemão a atender aquele pedido dos terroristas e, com  
1609. isso, preservava a vida de Schleyer, ou negava a cautelar.  
1610. Num julgamento de forte teor simbólico, a Corte se  
1611. pronuncia no sentido de que o Estado de Direito tinha muitos valores  
1612. a preservar e que, no caso específico, era necessário que tudo isso  
1613. fosse levado em conta e nega a cautelar. Como era de se esperar,  
1614. Schleyer acaba sendo assassinado pelos seus seqüestradores.  
1615. O caso ora em exame não tem, obviamente, essa  
1616. dramaticidade, mas, de qualquer forma, é extremamente sério. Também  
1617. não me sinto atraído, como já ponderou o Ministro Cezar Peluso,  
1618. pelas exceções, especialmente quanto à antecipação da tutela. Temos  
1619. toda uma jurisprudência em torno desse assunto, são normas de  
1620. organização e procedimento que, em caso de generalização da exceção,  
1621. podemos ter riscos para a própria organização financeira do Estado.  
1622. Temos tido debates, Vossa Excelência, inclusive, tem  
1623. trazido alguns casos sobre o direito à saúde e alguns secretários de  
1624. Estado, inclusive, têm apontado nessas liminares concedidas pelo  
1625. menos uma das causas de desorganização do serviço de saúde, na  
1626. medida em que podemos estar a destinar recursos para pretensões  
1627. individuais extremamente justas - ninguém está a colocar em dúvida  
1628. essa pretensão - em detrimento do social, do coletivo, da  
1629. possibilidade de organização. Por isso, nós todos temos alguma  
1630. reserva mental em relação a essas decisões com características de  
1631. antecipação de tutela de liminar em casos desta natureza. Só que o  
1632. caso específico realmente suscita alguma reflexão.  
1633. A proteção judicial efetiva do artigo 5o, inciso XXXV,  
1634. envolve também a proteção cautelar da tutela antecipada, porque o  
1635. que interessa - isso tem sido, inclusive, dito pelo próprio Supremo  
1636. Tribunal Federal numa vastíssima jurisprudência - é assegurar aquele  
1637. bem da vida cuja proteção há de ser garantida. E, em casos  
1638. determinados, a vedação da tutela cautelar pode comprometer a  
1639. própria proteção judicial efetiva.  
1640. Por isso, o Supremo, inclusive, já declarou várias  
1641. vezes inconstitucional a proibição de cautelares ou liminares  
1642. naqueles casos em que se poderia ter um juízo de negativa da  
1643. prestação jurisdicional. A questão do precatório também parece que,  
1644. neste caso, há de ser levada em conta neste contexto. Não preciso  
1645. ressaltar a importância do direito à vida. Ainda me impressionou  
1646. significativamente este contexto do direito à segurança pública, que  
1647. poderia até ser visto como um direito coletivo, mas na situação

1648. específica: crime praticado num dado local onde já se sabe que se  
1649. praticam essas condutas de forma contínua e contumaz. Tudo isso me  
1650. leva, realmente, a também pensar, a partir de um pensamento do  
1651. possível, numa solução diferenciada para o caso.  
1652. Mas, Senhora Presidente, além disso, o que me  
1653. impressionou foi a condução do caso pelo Estado de Pernambuco. Uma  
1654. atitude procrastinatória contínua: retenção dos autos, gerando uma  
1655. medida cautelar de busca e apreensão? faz o depósito, dando a  
1656. impressão de que cumpriria a decisão e, depois, busca o bloqueio da  
1657. quantia. Essas não são atitudes de lealdade por parte do ente  
1658. estatal que, claro, tem de arrostar os desafios colocados, mas com  
1659. essa lealdade.  
1660. Tudo isso composto, em conjunto, também me leva,  
1661. ressaltando a excepcionalidade do caso, o perigo de sua  
1662. generalização - eu falava com o Ministro Eros Grau há pouco que  
1663. cogitava até de pedir vista, mas também o pedido de vista, num caso  
1664. como este, assume coloração de uma dramaticidade singular, quer  
1665. dizer, pode-se negar a própria proteção solicitada, compreendendo a  
1666. seriedade do trabalho, a fundamentação trazida por Vossa Excelência,  
1667. e compreendendo, inclusive, a delicadeza desse mister exercido na  
1668. Presidência do Tribunal.  
1669.  
1670. A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE (PRESIDENTE E RELATORA) -  
1671. Dentro em breve. Vossa Excelência sentirá com mais intensidade.  
1672.  
1673. O SR. MINISTRO GILMAR MENDES - Já vivi isso em algumas  
1674. substituições e me preocupa, sobretudo, a necessidade de criar  
1675. critérios para essas questões, por exemplo, de saúde.  
1676.  
1677. A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE (PRESIDENTE E RELATORA) -  
1678. Principalmente quando se contrapõe, como neste caso, não a saúde de  
1679. indivíduo um contra um mero orçamento, por meras questões  
1680. financeiras, mas a saúde de um requerente e a saúde de toda a  
1681. coletividade.  
1682.  
1683. O SR. MINISTRO GILMAR MENDES - Mas, neste caso,  
1684. também, mais do que isso, como já apontado nos votos anteriores,  
1685. essa questão da vida nessa dimensão - e realmente é difícil colocar  
1686. qualquer contraponto a isso - e vinculada a uma responsabilidade do  
1687. Estado, porque tivesse acontecido isso porque um tijolo caiu na  
1688. cabeça de um passante ou porque ele caiu por um acidente de  
1689. automóvel, poderíamos discutir isso em outra circunstância, mas não.  
1690. Tudo indica que há, sim, no mínimo, uma responsabilidade por omissão  
1691. por parte do Estado. É claro que esse é um juízo extremamente  
1692. complexo que estamos a fazer. O ideal seria que pudéssemos discutir  
1693. isso com maior largueza, mas a própria singularidade do caso não nos  
1694. permite.  
1695. Por isso, peço vênia a Vossa Excelência para também  
1696. dar provimento ao agravo, com as vênias de estilo.  
1697.  
1698. 14/04/2008 TRIBUNAL PLENO  
1699.  
1700. AG.REG.NA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA 223-9 PERNAMBUCO  
1701.  
1702. EXPLICAÇÃO  
1703.  
1704. O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Senhora Presidente,  
1705. só quero acrescentar que, em toda a linha da preocupação do Ministro GILMAR  
1706. MENDES, o que realmente me motivou e motiva, pedindo vênia a Vossa

1707. Excelência, cujo drama não sou capaz de avaliar, mas sou capaz de figurar, de  
1708. algum modo, em tratar desses casos, é o risco que o Tribunal assumiria de  
1709. frustrar a prestação jurisdicional. Ou seja, se essa providência não for tomada,  
1710. quando esta ação for julgada pode ser que o ora agravante tenha falecido e, com  
1711. isso, o Estado deixa de prestar, como é de seu dever. Foi sobretudo isso. E  
1712. também quero reafirmar o caráter excepcional, singularíssimo, da posição que  
1713. estou tomando neste caso.  
1714.  
1715. 14/04/2008 TRIBUNAL PLENO  
1716.  
1717. AG.REG.NA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA 223-9 PERNAMBUCO  
1718.  
1719. O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Presidente, entendo  
1720. não estar prejudicado o pedido formulado pelo Governo do Estado de  
1721. Pernambuco. Sobejam aspectos, considerado o pronunciamento do Juízo  
1722. de origem.  
1723. Tem-se, de um lado, a suspensão do levantamento de  
1724. importância depositada, a título de tutela antecipada, em ação  
1725. indenizatória por danos morais e materiais. Houve a suspensão desse  
1726. levantamento pelo Juízo de origem. De outro, viabilizar o Estado  
1727. assistência à saúde.  
1728. Vejo com reservas, conforme tenho salientado neste  
1729. Plenário, o instrumental em jogo, a suspensão de segurança, a  
1730. suspensão de liminar, a suspensão de tutela antecipada, no que, a um  
1731. só tempo, se parte para o desprezo ao contraditório, deixando-se de  
1732. cientificar do pedido do Estado o beneficiado pela decisão que se  
1733. pretende ver suspensa, ocorrendo a unilateralidade e não a  
1734. bilateralidade própria ao processo. O instituto da suspensão somente  
1735. beneficia a pessoa jurídica de direito público. No caso, não cabe  
1736. sequer considerar o Poder Público em juízo. Quando a administração  
1737. pública comparece em juízo, ela não o faz dotada da soberania que,  
1738. na maioria das vezes, lhe é própria, mas simplesmente como parte.  
1739. Além desses aspectos, há dois preceitos em total  
1740. desuso na quadra vivida, considerada a postura do Estado. Refiro-me  
1741. ao artigo 144 da Constituição Federal:  
1742.  
1743. Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito  
1744. e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da  
1745. ordem pública e da incolumidade das pessoas e do  
1746. patrimônio, (...)  
1747.  
1748. Tem-se, então, o rol revelador dos órgãos aos quais  
1749. cabe a obrigação de implementar esse zelo, o serviço.  
1750. O outro dispositivo está na seção que versa a saúde:  
1751.  
1752. Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado,  
1753. garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à  
1754. redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso  
1755. universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção,  
1756. proteção e recuperação.  
1757.  
1758. A situação concreta demonstra dupla falha do Estado.  
1759. Falhou o Estado no campo da segurança pública. Houve seqüelas  
1760. seriíssimas para o beneficiado pela decisão prolatada na Corte de  
1761. origem. Já agora pretende o Estado, também, adentrar o campo  
1762. omissivo e deixar de prestar a assistência cabível, visando afastar  
1763. o cidadão agravante de um respirador mecânico, submetendo-se à  
1764. cirurgia para introduzir um marca-passo diafragmático.  
1765. Ora, está-se diante de uma situação realmente

1766. excepcional em que a ausência de providência no campo jurisdicional  
1767. poderá acarretar o evento morte.  
1768. Se, de um lado, caminhará, até mesmo suplantados os  
1769. óbices alusivos ao contraditório e à unilateralidade do  
1770. instrumental, para a suspensão, presente a antecipação de tutela na  
1771. ação indenizatória - já houve a suspensão do próprio ato pelo  
1772. Tribunal de Justiça de Pernambuco -, de outro, não posso deixar de  
1773. reconhecer que tarda a viabilização da cirurgia pretendida pelo  
1774. agravante. A todos os títulos, até mesmo considerada a origem da  
1775. problemática por ele sofrida, o Estado deve assumir a postura de  
1776. responsável e buscar, pelo menos, mitigar as conseqüências que o ato  
1777. omissivo - que é generalizado e não primazia de Tatuí ocasionou.  
1778. Por isso, peço vênha a Vossa Excelência para  
1779. acompanhar os colegas nos votos proferidos e prover o agravo.  
1780.  
1781. PLENÁRIO  
1782.  
1783. EXTRATO DE ATA  
1784.  
1785. AG.REG. NA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA 223  
1786. PROCED. : PERNAMBUCO  
1787. RELATOR : MINISTRO PRESIDENTE  
1788. REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. CELSO DE MELLO  
1789. AGTE.(S) : [...]  
1790. ADV.(A/S) : [...]  
1791. AGDO.(A/S) : ESTADO DE PERNAMBUCO  
1792. ADV.(A/S) : PGE-PE - SÉRGIO AUGUSTO SANTANA SILVA  
1793.  
1794. Decisão: O Tribunal, por maioria, vencida a Presidente,  
1795. Ministra Gracie (relatora), deu provimento ao recurso de agravo.  
1796. Lavrará o acórdão o Senhor Ministro Celso de Mello. Ausentes,  
1797. justificadamente, os Senhores Ministros Carlos Britto, Joaquim  
1798. Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito.  
1799. Plenário, 14.04.2008.  
1800. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Presentes à  
1801. sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar  
1802. Mendes, Cezar Peluso, Eros Grau.  
1803. Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro  
1804. Gurgel Santos.  
1805. p/Luiz Tomimatsu  
1806. Secretário

**ANEXO D – INTEIRO TEOR DO ACÓRDÃO RE 581352 AGR/ AM**

1. 29/10/2013 SEGUNDA TURMA
- 2.
3. AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 581.352 AMAZONAS
- 4.
5. RELATOR :MIN. CELSO DE MELLO
6. AGTE.(S) :ESTADO DO AMAZONAS
7. PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO
8. AMAZONAS
9. AGDO.(A/S) :MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS
10. PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO
11. AMAZONAS
- 12.
13. E M E N T A: AMPLIAÇÃO E MELHORIA NO ATENDIMENTO
14. DE GESTANTES EM MATERNIDADES ESTADUAIS – DEVER
15. ESTATAL DE ASSISTÊNCIA MATERNO-INFANTIL RESULTANTE
16. DE NORMA CONSTITUCIONAL – OBRIGAÇÃO JURÍDICO-
17. -CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO,
18. INCLUSIVE AOS ESTADOS-MEMBROS – CONFIGURAÇÃO, NO
19. CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL
20. IMPUTÁVEL AO ESTADO-MEMBRO – DESRESPEITO À
21. CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL
22. (RTJ 183/818-819) – COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A
23. AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA
24. (RTJ 185/794-796) – A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL:
25. RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A
26. INVOCAÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDE PROMETER O
27. NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL
28. (RTJ 200/191-197) – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA
29. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA
30. CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A
31. FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA
32. DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA
33. INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE
34. DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE
35. IMPOSTOS AO ESTADO – A TEORIA DA “RESTRIÇÃO DAS
36. RESTRIÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) – CARÁTER
37. COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS,
38. INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE
39. VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS,
40. ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 196, 197 E 227) – A
41. QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” – A COLMATAÇÃO DE
42. OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE
43. INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS
44. JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO
45. JURISPRUDENCIAL DO DIREITO – CONTROLE JURISDICIONAL DE
46. LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO ESTADO: ATIVIDADE DE

47. FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE  
48. DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS  
49. (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO  
50. EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E  
51. PROIBIÇÃO DE EXCESSO) – DOCTRINA – PRECEDENTES DO  
52. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE  
53. POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA  
54. REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) –  
55. POSSIBILIDADE JURÍDICO-PROCESSUAL DE UTILIZAÇÃO  
56. DAS “ASTREINTES” (CPC, ART. 461, § 5º) COMO MEIO COERCITIVO  
57. INDIRETO – EXISTÊNCIA, NO CASO EM EXAME, DE RELEVANTE  
58. INTERESSE SOCIAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA: INSTRUMENTO  
59. PROCESSUAL ADEQUADO À PROTEÇÃO JURISDICIONAL DE  
60. DIREITOS REVESTIDOS DE METAINDIVIDUALIDADE –  
61. LEGITIMAÇÃO ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CF, ART. 129,  
62. III) – A FUNÇÃO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO  
63. “DEFENSOR DO POVO” (CF, ART. 129, II) – DOCTRINA –  
64. PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

65.  
66. A C Ó R D Ã O

67. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do  
68. Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência da  
69. Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamentos e das  
70. notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao  
71. agravo regimental, nos termos do voto do Relator.

72.  
73. Brasília, 29 de outubro de 2013.

74.  
75. CELSO DE MELLO – RELATOR

76.  
77. 29/10/2013 SEGUNDA TURMA

78.  
79. AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 581.352 AMAZONAS

80.  
81. RELATOR :MIN. CELSO DE MELLO

82. AGTE.(S) :ESTADO DO AMAZONAS

83. PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO  
84. AMAZONAS

85. AGDO.(A/S) :MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS

86. PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO  
87. AMAZONAS

88.  
89. R E L A T Ó R I O

90.  
91. O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO – (Relator): Trata-se  
92. de recurso de agravo, tempestivamente interposto pelo Estado do  
93. Amazonas, contra decisão que conheceu e deu provimento ao recurso  
94. extraordinário deduzido pelo Ministério Público estadual (fls. 820/848).

95.  
96. Postula-se, nesta sede recursal, seja reformado o ato decisório ora  
97. questionado (fls. 850/858).

98.  
99. Por não me convencer das razões expostas, submeto, à apreciação  
100. desta colenda Turma, o presente recurso de agravo.

101.  
102. É o relatório.

103.

104. 29/10/2013 SEGUNDA TURMA

105.

106. AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 581.352 AMAZONAS

107.

108. V O T O

109.

110. O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO – (Relator): Não  
111. assiste razão à parte recorrente, eis que a decisão agravada ajusta-se, com  
112. integral fidelidade, à diretriz jurisprudencial que o Supremo Tribunal  
113. Federal firmou na matéria ora em exame.

114.

115. Com efeito, o recurso extraordinário deduzido nestes autos foi  
116. interposto contra acórdão, que, confirmado pelo E. Tribunal de Justiça do  
117. Estado do Amazonas, em sede de embargos de declaração (fls. 591/595), está  
118. assim ementado (fls. 569):

119.

120. “AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÕES DE FAZER.

121. AMPLIAÇÃO E MELHORIA NO ATENDIMENTO DE

122. GESTANTES EM MATERNIDADES ESTADUAIS.

123. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA INFÂNCIA E DA

124. ADOLESCÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA.

125. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DAS FUNÇÕES ESTATAIS.

126. 1. A ação civil pública que tem por escopo impor obrigações

127. de fazer consistentes em ampliar e melhorar o atendimento de

128. gestantes em maternidades estaduais deve ser proposta perante o

129. Juizado da Infância e da Adolescência do local onde ocorreu a omissão

130. a ser corrigida, porquanto, em última análise, visa a proteger o direito

131. fundamental à vida e à saúde de crianças e adolescentes (Lei 8.069/90,  
132. arts. 7º, 148, IV, 208, parágrafo único e 209).

133. 2. Não cabe ao Ministério Público ou ao Poder judiciário

134. impor as necessidades sociais que o Poder Executivo deve

135. prioritariamente atender. Pensar diversamente implicaria violar

136. o princípio da separação das funções estatais (Constituição

137. Federal, art. 5º, LV) e a iniciativa do Poder Executivo quanto aos

138. projetos de lei que disponham sobre a fixação de despesas públicas

139. (Constituição Federal, arts. 165 e 167).” (grifei)

140.

141. O Ministério Público do Estado do Amazonas, parte ora recorrida,

142. sustentou que o acórdão por ele impugnado em sede recursal

143. extraordinária teria transgredido os preceitos inscritos nos arts. 129,

144. inciso II, 196, 197 e 227, todos da Constituição da República.

145.

146. O Ministério Público Federal, em manifestação da lavra do ilustre

147. Subprocurador-Geral da República Dr. WAGNER DE CASTRO

148. MATHIAS NETTO, opinou pelo provimento do apelo extremo em

149. questão, em parecer assim ementado (fls. 807):

150.

151. “Recurso Extraordinário. Ação Civil Pública.

152. Atendimento hospitalar pré e perinatal. Observância às diretrizes

153. do Sistema Único de Saúde. Obrigação de fazer oriunda de

154. mandamento normativo. Adequação da via. Pelo provimento do

155. recurso.” (grifei)

156.

157. O exame desta causa convence-me da inteira correção dos

158. fundamentos invocados pelo Ministério Público Federal e que informam

159. e dão consistência ao seu douto parecer.

160.

161. Cabe assinalar , desde logo, que a essencialidade do direito à saúde

162. fez com que o legislador constituinte qualificasse, como prestações de

163. relevância pública , as ações e serviços de saúde (CF , art. 197), em ordem a  
 164. legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário  
 165. naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anormalmente , deixassem  
 166. de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe ,  
 167. arbitrariamente, a eficácia jurídico-social , seja por intolerável omissão,  
 168. seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento  
 169. governamental desviante .

170.  
 171. Isso significa, portanto, que a pretensão recursal extraordinária  
 172. deduzida pelo Ministério Público – que dispõe de plena legitimidade  
 173. ativa “ad causam” para propor ação civil pública visando à defesa do  
 174. direito à saúde (AI 655.392/RS, Rel. Min. EROS GRAU – AI 662.339/RS,  
 175. Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – RE 462.416/RS, Rel. Min. GILMAR  
 176. MENDES, v.g.) – tem o beneplácito da jurisprudência constitucional  
 177. desta Suprema Corte:

178.  
 179. “Agravo regimental no agravo de instrumento. Constitucional.  
 180. Legitimidade do Ministério Público. Ação civil pública.  
 181. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do  
 182. princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Reserva do  
 183. possível. Invocação. Impossibilidade. Precedentes.  
 184. 1. Esta Corte já firmou a orientação de que o Ministério  
 185. Público detém legitimidade para requerer, em Juízo, a  
 186. implementação de políticas públicas por parte do Poder Executivo  
 187. de molde a assegurar a concretização de direitos difusos, coletivos  
 188. e individuais homogêneos garantidos pela Constituição Federal,  
 189. como é o caso do acesso à saúde.  
 190. 2. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode  
 191. determinar que a Administração pública adote medidas assecuratórias  
 192. de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais sem que  
 193. isso configure violação do princípio da separação de poderes.  
 194. 3. A Administração não pode invocar a cláusula da  
 195. “reserva do possível” a fim de justificar a frustração de  
 196. direitos previstos na Constituição da República, voltados à  
 197. garantia da dignidade da pessoa humana, sob o fundamento de  
 198. insuficiência orçamentária.  
 199. 4. Agravo regimental não provido.”  
 200. (AI 674.764-AgR/PI, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – grifei)

201.  
 202. “DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO A SAÚDE.  
 203. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO.  
 204. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. AÇÃO CIVIL  
 205. PÚBLICA. PROSEGUIMENTO DE JULGAMENTO.  
 206. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA NO PODER DISCRICIONÁRIO  
 207. DO PODER EXECUTIVO. ARTIGOS 2º, 6º E 196 DA  
 208. CONSTITUIÇÃO FEDERAL.  
 209. 1. O direito a saúde é prerrogativa constitucional  
 210. indisponível, garantido mediante a implementação de políticas  
 211. públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas  
 212. que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço.  
 213. 2. É possível ao Poder Judiciário determinar a  
 214. implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas  
 215. públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência  
 216. em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo.  
 217. Precedentes.  
 218. 3. Agravo regimental improvido.”  
 219. (AI 734.487-AgR/PR, Rel. Min. ELLEN GRACIE –  
 220. grifei)  
 221.

222. A atuação do Ministério Público em defesa de direitos e interesses  
 223. metaindividuais, viabilizada, instrumentalmente, por meio processual  
 224. adequado (a ação civil pública, no caso), que lhe permite invocar a tutela  
 225. jurisdicional do Estado com o objetivo de fazer com que os Poderes  
 226. Públicos respeitem, em favor da coletividade, os serviços de relevância  
 227. pública (CF, art. 129, II), como se qualificam, constitucionalmente, as ações e  
 228. serviços de saúde (CF, art. 197), legitima-se, plenamente, em decorrência  
 229. da condição institucional de verdadeiro “defensor do povo” que é  
 230. conferida ao “Parquet” pela própria Constituição da República.

231.  
 232. Nesse contexto, põe-se em destaque uma das mais significativas funções  
 233. institucionais do Ministério Público, consistente no reconhecimento de que  
 234. lhe assiste a posição eminente de verdadeiro “defensor do povo” (HUGO  
 235. NIGRO MAZZILLI, “Regime Jurídico do Ministério Público”,  
 236. p. 224/227, item n. 24, “b”, 3ª ed., 1996, Saraiva, v.g.), incumbido de  
 237. impor, aos poderes públicos, o respeito efetivo aos direitos que a  
 238. Constituição da República assegura aos cidadãos em geral (CF, art. 129, II),  
 239. podendo, para tanto, promover as medidas necessárias ao adimplemento  
 240. de tais garantias, o que lhe permite valer-se das ações coletivas, como as  
 241. ações civis públicas, que representam poderoso instrumento processual  
 242. concretizador das prerrogativas fundamentais atribuídas, a qualquer  
 243. pessoa, pela Carta Política.

244.  
 245. Tenho para mim, desse modo, que se revela inquestionável a  
 246. qualidade do Ministério Público para ajuizar ação civil pública  
 247. objetivando, em sede de processo coletivo – hipótese em que estará presente  
 248. “o interesse social, que legitima a intervenção e a ação em juízo do Ministério  
 249. Público (CF 127 ‘caput’ e CF 129 IX)” (NELSON NERY JUNIOR, “O  
 250. Ministério Público e as Ações Coletivas”, “in” Ação Civil Pública,  
 251. p. 366, coord. por Édis Milaré, 1995, RT – grifei) –, a defesa de direitos  
 252. impregnados de transindividualidade, porque revestidos de inegável  
 253. relevância social (RTJ 178/377-378 – RTJ 185/302, v.g.), como sucede com o  
 254. direito à saúde, que traduz prerrogativa jurídica de índole  
 255. eminentemente constitucional.

256.  
 257. Reconhecida, assim, a adequação da via processual eleita, para cuja  
 258. instauração o Ministério Público dispõe de plena legitimidade ativa (CF,  
 259. art. 129, III), impõe-se examinar a questão central da presente causa e  
 260. verificar se se revela possível ao Judiciário, sem que incorra em ofensa ao  
 261. postulado da separação de poderes, determinar a adoção, pelo Estado,  
 262. quando injustamente omissa no adimplemento de políticas públicas  
 263. constitucionalmente estabelecidas, de medidas ou providências  
 264. destinadas a assegurar, concretamente, à coletividade em geral, o acesso e  
 265. o gozo de direitos afetados pela inexecução governamental de deveres  
 266. jurídico-constitucionais.

267.  
 268. Observo, quanto a esse tema, que, ao julgar a ADPF 45/DF, Rel.  
 269. Min. CELSO DE MELLO, proferi decisão assim ementada  
 270. (Informativo/STF nº 345/2004):

271.  
 272. “ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO  
 273. FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE  
 274. CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO  
 275. DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO  
 276. DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA  
 277. HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL.  
 278. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL  
 279. ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.  
 280. INOPONIBILIDADE DO ARBITRÍO ESTATAL À

281. EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E  
 282. CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE  
 283. CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM  
 284. TORNO DA CLÁUSULA DA ‘RESERVA DO POSSÍVEL’.  
 285. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS  
 286. INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE  
 287. DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO ‘MÍNIMO  
 288. EXISTENCIAL’. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA  
 289. ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE  
 290. CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS  
 291. CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).”  
 292.  
 293. Salientei, então, em referida decisão, que o Supremo Tribunal  
 294. Federal, considerada a dimensão política da jurisdição constitucional outorgada  
 295. a esta Corte, não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos  
 296. os direitos econômicos, sociais e culturais que se identificam – enquanto  
 297. direitos de segunda geração (ou de segunda dimensão) – com as  
 298. liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min.  
 299. CELSO DE MELLO – RTJ 199/1219-1220, Rel. Min. CELSO DE MELLO,  
 300. v.g.).  
 301.  
 302. É que, se assim não for, restarão comprometidas a integridade e a  
 303. eficácia da própria Constituição, por efeito de violação negativa do  
 304. estatuto constitucional, motivada por inaceitável inércia governamental no  
 305. adimplemento de prestações positivas impostas ao Poder Público,  
 306. consoante já advertiu, em tema de inconstitucionalidade por omissão, por  
 307. mais de uma vez (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO), o  
 308. Supremo Tribunal Federal:  
 309.  
 310. “DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO – MODALIDADES  
 311. DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO  
 312. PODER PÚBLICO.  
 313. - O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante  
 314. ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação  
 315. de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento  
 316. ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo  
 317. com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e  
 318. os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal,  
 319. que importa em um ‘facere’ (atuação positiva), gera a  
 320. inconstitucionalidade por ação.  
 321. - Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à  
 322. realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a  
 323. torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em  
 324. consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe  
 325. impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse  
 326. ‘non facere’ ou ‘non praestare’, resultará a inconstitucionalidade  
 327. por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência  
 328. adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo  
 329. Poder Público.  
 330. ....  
 331. - A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou  
 332. em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional –  
 333. qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade  
 334. político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também  
 335. desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se  
 336. fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras,  
 337. a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei  
 338. Fundamental.”  
 339. (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

340.  
341. É certo – tal como observei no exame da ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO  
342. DE MELLO (Informativo/STF nº 345/2004) – que não se inclui,  
343. ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário –  
344. e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de  
345. implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE,  
346. “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207,  
347. item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo  
348. reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.  
349.  
350. Impende assinalar , contudo, que a incumbência de fazer  
351. implementar políticas públicas fundadas na Constituição poderá  
352. atribuir-se, ainda que excepcionalmente , ao Judiciário, se e quando os  
353. órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos políticojurídicos  
354. que sobre eles incidem em caráter vinculante, vierem a  
355. comprometer , com tal comportamento, a eficácia e a integridade de  
356. direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura  
357. constitucional, como sucede na espécie ora em exame .  
358.  
359. Corretíssima, portanto, a r. sentença do ilustre magistrado de  
360. primeiro grau, que bem examinou a controvérsia constitucional,  
361. dirimindo-a com apoio em fundamentos que têm o beneplácito da  
362. jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (fls. 498/502).  
363.  
364. Vale destacar, por oportuno, fragmento dessa decisão (fls. 501):  
365.  
366. “Todos os estabelecimentos de saúde pública ou  
367. conveniados com o SUS – Sistema único de Saúde, são obrigados  
368. a prestar atendimento às gestantes, crianças e adolescentes,  
369. dando-lhes tratamento especial e adequado, procedendo a exames,  
370. diagnósticos e terapêutica recomendados, bem como prestar  
371. orientação aos pais, sobre anormalidades detectadas em seus  
372. metabolismos.  
373. Como vemos, a presente Ação Civil Pública visa,  
374. objetivamente, resgatar a ofensa a direitos das parturientes e  
375. neonatos, que por negligência e falta de estrutura hospitalar da  
376. rede de saúde pública do Estado, o qual vem incorrendo na oferta  
377. irregular no atendimento público na área da saúde, conforme  
378. constam das irregularidades apontadas na Exordial de fls. 01/30.  
379. É patente a dificuldade de acesso, atendimento e serviços na  
380. saúde pública. Pois, os pacientes percorrem longos e tortuosos  
381. caminhos em busca da recuperação de sua saúde e, na maioria das  
382. vezes, têm encontrado obstáculos quase que intransponíveis, em  
383. detrimento aos seus direitos fundamentais.  
384.  
385. Ademais, a salvo as questões de cumprimento de prazos  
386. determinados na medida liminar, a aplicação de multa pecuniária  
387. e a discussão sobre o princípio da separação dos poderes, sob  
388. argumento de que não pode o Poder Judiciário erigir prioridades para  
389. a administração, obrigando o Estado ao cumprimento de suas  
390. finalidades programáticas; em nenhum momento, o Requerido  
391. contestou as irregularidades apontadas pelo autor no  
392. sistema de saúde materno-infantil, objeto da presente ação.”  
393. (grifei)  
394.  
395. Mais do que nunca, é preciso enfatizar que o dever estatal de  
396. atribuir efetividade aos direitos fundamentais, de índole social, qualifica-se  
397. como expressiva limitação à discricionariedade administrativa.  
398.

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

407.  
 408. Cabe referir , neste ponto, ante a extrema pertinência de suas  
 409. observações, a advertência de LUIZA CRISTINA FONSECA  
 410. FRISCHEISEN, ilustre Procuradora Regional da República  
 411. (“Políticas Públicas – A Responsabilidade do Administrador e o  
 412. Ministério Público”, p. 59, 95 e 97, 2000, Max Limonad), cujo  
 413. magistério , a propósito da limitada discricionariedade  
 414. governamental em tema de concretização das políticas públicas  
 415. constitucionais, corretamente assinala :

416.  
 417. “Nesse contexto constitucional, que implica também na  
 418. renovação das práticas políticas, o administrador está vinculado às  
 419. políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal; a sua  
 420. omissão é passível de responsabilização e a sua margem de  
 421. discricionariedade é mínima, não contemplando o não fazer.

422. ....  
 423. Como demonstrado no item anterior, o administrador público  
 424. está vinculado à Constituição e às normas infraconstitucionais  
 425. para a implementação das políticas públicas relativas à  
 426. ordem social constitucional, ou seja, própria à finalidade da mesma: o  
 427. bem-estar e a justiça social.

428. ....  
 429. Conclui-se, portanto, que o administrador não tem  
 430. discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e  
 431. conveniência de implementação de políticas públicas  
 432. discriminadas na ordem social constitucional, pois tal restou  
 433. deliberado pelo Constituinte e pelo legislador que elaborou as  
 434. normas de integração.

435. ....  
 436. As dúvidas sobre essa margem de discricionariedade devem ser  
 437. dirimidas pelo Judiciário, cabendo ao Juiz dar sentido concreto à  
 438. norma e controlar a legitimidade do ato administrativo (omissivo  
 439. ou comissivo), verificando se o mesmo não contraria sua finalidade  
 440. constitucional, no caso, a concretização da ordem social  
 441. constitucional.” (grifei)

442.  
 443. Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas,  
 444. significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (LUÍS  
 445. FERNANDO SGARBOSSA, “Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos”,  
 446. vol. 1, 2010, Fabris Editor; STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN,  
 447. “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York; ANA PAULA DE  
 448. BARCELLOS, “A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais”,  
 449. p. 245/246, 2002, Renovar; FLÁVIO GALDINO, “Introdução à Teoria  
 450. dos Custos dos Direitos”, p. 190/198, itens ns. 9.5 e 9.6, e p. 345/347,  
 451. item n. 15.3, 2005, Lumen Juris), notadamente em sede de efetivação e  
 452. implementação (usualmente onerosas) de determinados direitos cujo  
 453. adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações  
 454. estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou  
 455. coletivas.

456.  
 457. Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e

458. culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de  
459. concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo  
460. financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal  
461. modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade  
462. econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá  
463. razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida,  
464. a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta  
465. Política.
466.  
467. Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese,  
468. criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de  
469. sua atividade financeira e/ou político-administrativa – o ilegítimo,  
470. arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar  
471. o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de  
472. condições materiais mínimas de existência (ADPF 45/DF, Rel. Min.  
473. CELSO DE MELLO, Informativo/STF nº 345/2004).
474.  
475. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” –  
476. ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode  
477. ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente,  
478. do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente  
479. quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação  
480. ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de  
481. um sentido de essencial fundamentalidade.
482.  
483. Tratando-se de típico direito de prestação positiva, que se subsume  
484. ao conceito de liberdade real ou concreta, a proteção à saúde – que  
485. compreende todas as prerrogativas, individuais ou coletivas, referidas na  
486. Constituição da República (notadamente em seu art. 196) – tem por  
487. fundamento regra constitucional cuja densidade normativa não permite  
488. que, em torno da efetiva realização de tal comando, o Poder Público  
489. disponha de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje  
490. maior grau de liberdade de conformação, e de cujo exercício possa  
491. resultar, paradoxalmente, com base em simples alegação de mera  
492. conveniência e/ou oportunidade, a nulificação mesma dessa prerrogativa  
493. essencial.
494.  
495. O caso ora em exame põe em evidência o altíssimo relevo  
496. jurídico-social que assume, em nosso ordenamento positivo, o direito à  
497. saúde, especialmente em face do mandamento inscrito no art. 196 da  
498. Constituição da República, que assim dispõe:
499.  
500. “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado,  
501. garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à  
502. redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso  
503. universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção,  
504. proteção e recuperação.” (grifei)
505.  
506. Na realidade, o cumprimento do dever político-constitucional  
507. consagrado no art. 196 da Lei Fundamental do Estado, consistente na  
508. obrigação de assegurar, a todos, a proteção à saúde, representa fator, que,  
509. associado a um imperativo de solidariedade social, impõe-se ao Poder  
510. Público, qualquer que seja a dimensão institucional em que atue no plano  
511. de nossa organização federativa.
512.  
513. A impostergabilidade da efetivação desse dever constitucional  
514. autoriza o acolhimento do pleito recursal que o Ministério Público do  
515. Estado do Amazonas deduziu na presente causa.
- 516.

517. Tal como pude enfatizar em decisão por mim proferida no exercício  
518. da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado  
519. ao da presente causa (Pet 1.246/SC), entre proteger a inviolabilidade do  
520. direito à vida e à saúde – que se qualifica como direito subjetivo  
521. inalienável a todos assegurado pela própria Constituição da República  
522. (art. 5º, “caput”, e art. 196) – ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa  
523. fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo,  
524. uma vez configurado esse dilema, que razões de ordem ético-jurídica  
525. impõem, ao julgador, uma só e possível opção: aquela que privilegia o  
526. respeito indeclinável à vida e à saúde humanas.

527.  
528. Essa relação dilemática, que se instaura na presente causa, conduz  
529. os Juízes deste Supremo Tribunal a proferir decisão que se projeta no  
530. contexto das denominadas “escolhas trágicas” (GUIDO CALABRESI e  
531. PHILIP BOBBITT, “Tragic Choices”, 1978, W. W. Norton & Company),  
532. que nada mais exprimem senão o estado de tensão dialética entre a  
533. necessidade estatal de tornar concretas e reais as ações e prestações de  
534. saúde em favor das pessoas, de um lado, e as dificuldades  
535. governamentais de viabilizar a alocação de recursos financeiros, sempre  
536. tão dramaticamente escassos, de outro.

537.  
538. Mas, como precedentemente acentuado, a missão institucional desta  
539. Suprema Corte, como guardião da superioridade da Constituição da  
540. República, impõe, aos seus Juízes, o compromisso de fazer prevalecer os  
541. direitos fundamentais da pessoa, dentre os quais avultam, por sua  
542. inegável precedência, o direito à vida e o direito à saúde.

543.  
544. Cumpre não perder de perspectiva, por isso mesmo, que o direito  
545. público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível,  
546. assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da  
547. República. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja  
548. integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a  
549. quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e  
550. econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e  
551. igualitário à assistência médico-hospitalar.

552.  
553. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta  
554. Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que  
555. compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado  
556. brasileiro (JOSÉ CRETILLA JÚNIOR, “Comentários à Constituição de  
557. 1988”, vol. VIII/4332-4334, item n. 181, 1993, Forense Universitária) – não  
558. pode convertê-la em promessa constitucional inconsequente, sob pena  
559. de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela  
560. coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu  
561. impostergável dever por um gesto irresponsável de infidelidade  
562. governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do  
563. Estado.

564.  
565. Nesse contexto, incide, sobre o Poder Público, a gravíssima obrigação  
566. de tornar efetivas as ações e prestações de saúde, incumbindo-lhe  
567. promover, em favor das pessoas e das comunidades, medidas –  
568. preventivas e de recuperação –, que, fundadas em políticas públicas  
569. idôneas, tenham por finalidade viabilizar e dar concreção ao que  
570. prescreve, em seu art. 196, a Constituição da República, tal como este  
571. Supremo Tribunal tem reiteradamente reconhecido:

572.  
573. “O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA  
574. CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO  
575. DIREITO À VIDA.

576. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa  
577. jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela  
578. própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico  
579. constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de  
580. maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular –  
581. e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a  
582. garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência  
583. farmacêutica e médico-hospitalar.
584. - O direito à saúde – além de qualificar-se como direito  
585. fundamental que assiste a todas as pessoas – representa  
586. conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder  
587. Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no  
588. plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se  
589. indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir,  
590. ainda que por censurável omissão, em grave comportamento  
591. inconstitucional.
- 592.
593. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA  
594. NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA  
595. CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE.
596. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da  
597. Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que  
598. compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado  
599. brasileiro – não pode convertê-la em promessa constitucional  
600. inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas  
601. expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira  
602. ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto  
603. irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a  
604. própria Lei Fundamental do Estado.”  
605. (RE 393.175-AgR/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO)
- 606.
607. O sentido de fundamentalidade do direito à saúde – que  
608. representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da  
609. pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais  
610. ou concretas – impõe, ao Poder Público, um dever de prestação positiva  
611. que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais,  
612. quando estas adotarem providências destinadas a promover, em  
613. plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto  
614. constitucional.
- 615.
616. Vê-se, desse modo, que, mais do que a simples positivação dos  
617. direitos sociais – que traduz estágio necessário ao processo de sua  
618. afirmação constitucional e que atua como pressuposto indispensável à  
619. sua eficácia jurídica (JOSÉ AFONSO DA SILVA, “Poder Constituinte e  
620. Poder Popular”, p. 199, itens ns. 20/21, 2000, Malheiros) –, recai, sobre o  
621. Estado, inafastável vínculo institucional consistente em conferir real  
622. efetividade a tais prerrogativas básicas, em ordem a permitir, às pessoas,  
623. nos casos de injustificável inadimplemento da obrigação estatal, que  
624. tenham elas acesso a um sistema organizado de garantias  
625. instrumentalmente vinculadas à realização, por parte das entidades  
626. governamentais, da tarefa que lhes impôs a própria Constituição.
- 627.
628. Não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o  
629. reconhecimento formal de um direito. Torna-se essencial que, para  
630. além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele  
631. integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente  
632. naqueles casos em que o direito – como o direito à saúde – se qualifica  
633. como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de  
634. exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas

635. pelo próprio ordenamento constitucional.  
636.  
637. Tenho para mim, desse modo, presente tal contexto, que o Estado não  
638. poderá demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhe  
639. foi outorgado pelo art. 196, da Constituição, e que representa – como  
640. anteriormente já acentuado – fator de limitação da discricionariedade político-  
641. -administrativa do Poder Público, cujas opções, tratando-se de proteção à saúde,  
642. não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de  
643. simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito  
644. básico de índole social.  
645.  
646. Entendo, por isso mesmo, como já anteriormente assinalado,  
647. que se revela acolhível a pretensão recursal deduzida pelo Ministério  
648. Público do Estado do Amazonas, notadamente em face da jurisprudência  
649. que se formou, no Supremo Tribunal Federal, sobre a questão ora em  
650. análise.  
651.  
652. Nem se atribua, indevidamente, ao Judiciário, no contexto em exame,  
653. uma (inexistente) intrusão em esfera reservada aos demais Poderes da  
654. República.  
655.  
656. É que, dentre as inúmeras causas que justificam esse  
657. comportamento afirmativo do Poder Judiciário (de que resulta uma  
658. positiva criação jurisprudencial do direito), inclui-se a necessidade de fazer  
659. prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes  
660. transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão  
661. dos poderes públicos.  
662.  
663. Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões  
664. inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivam  
665. restaurar a Constituição violada pela inércia dos Poderes do Estado, nada  
666. mais faz senão cumprir a sua missão institucional e demonstrar, com esse  
667. gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei  
668. Fundamental da República.  
669.  
670. A colmatação de omissões inconstitucionais, realizada em sede  
671. jurisdicional, notadamente quando emanada desta Corte Suprema,  
672. torna-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder  
673. Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de  
674. obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio  
675. estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente que o Poder  
676. Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à  
677. Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.  
678.  
679. As situações configuradoras de omissão inconstitucional – ainda que se  
680. cuide de omissão parcial derivada da insuficiente concretização, pelo Poder  
681. Público, do conteúdo material da norma impositiva fundada na Carta  
682. Política – refletem comportamento estatal que deve ser repellido, pois a  
683. inércia do Estado qualifica-se como uma das causas geradoras dos  
684. processos informais de mudança da Constituição, tal como o revela  
685. autorizado magistério doutrinário (ANNA CÂNDIDA DA CUNHA  
686. FERRAZ, “Processos Informais de Mudança da Constituição”,  
687. p. 230/232, item n. 5, 1986, Max Limonad; JORGE MIRANDA, “Manual  
688. de Direito Constitucional”, tomo II/406 e 409, 2ª ed., 1988, Coimbra  
689. Editora; J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “Fundamentos  
690. da Constituição”, p. 46, item n. 2.3.4, 1991, Coimbra Editora).  
691.  
692. O fato inquestionável é um só: a inércia estatal em tornar efetivas  
693. as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela

694. Constituição e configura comportamento que revela um  
695. incompreensível sentimento de despreço pela autoridade, pelo  
696. valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da  
697. República.  
698.
699. Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma  
700. Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então,  
701. de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável  
702. somente nos pontos que se mostrarem convenientes aos desígnios dos  
703. governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.  
704.
705. A percepção da gravidade e das consequências lesivas derivadas do  
706. gesto infiel do Poder Público que transgride, por omissão ou por  
707. insatisfatória concretização, os encargos de que se tornou depositário, por  
708. efeito de expressa determinação constitucional, foi revelada, entre nós, já  
709. no período monárquico, em lúcido magistério, por PIMENTA BUENO  
710. (“Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império”,  
711. p. 45, reedição do Ministério da Justiça, 1958) e reafirmada por eminentes  
712. autores contemporâneos em lições que acentuam o desvalor jurídico do  
713. comportamento estatal omissivo (JOSÉ AFONSO DA SILVA, “Aplicabilidade  
714. das Normas Constitucionais”, p. 226, item n. 4, 3ª ed., 1998, Malheiros;  
715. ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, “Processos Informais de  
716. Mudança da Constituição”, p. 217/218, 1986, Max Limonad; PONTES DE  
717. MIRANDA, “Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1,  
718. de 1969”, tomo I/15-16, 2ª ed., 1970, RT, v.g.).  
719.
720. O desprestígio da Constituição – por inércia de órgãos meramente  
721. constituídos – representa um dos mais graves aspectos da patologia  
722. constitucional, pois reflete inaceitável desprezo, por parte das instituições  
723. governamentais, da autoridade suprema da Lei Fundamental do Estado.  
724.
725. Essa constatação, feita por KARL LOEWENSTEIN (“Teoria de la  
726. Constitución”, p. 222, 1983, Ariel, Barcelona), coloca em pauta o fenômeno  
727. da erosão da consciência constitucional, motivado pela instauração, no âmbito do  
728. Estado, de um preocupante processo de desvalorização funcional da  
729. Constituição escrita, como já ressaltado, pelo Supremo Tribunal Federal, em  
730. diversos julgamentos, como resulta evidente da seguinte decisão  
731. consubstanciada em acórdão assim ementado:  
732.
733. “(...) DESCUMPRIMENTO DE IMPOSIÇÃO  
734. CONSTITUCIONAL LEGIFERANTE E DESVALORIZAÇÃO  
735. FUNCIONAL DA CONSTITUIÇÃO ESCRITA.  
736. - O Poder Público – quando se abstém de cumprir, total ou  
737. parcialmente, o dever de legislar, imposto em cláusula  
738. constitucional, de caráter mandatário – infringe, com esse  
739. comportamento negativo, a própria integridade da Lei  
740. Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante  
741. fenômeno da erosão da consciência constitucional (ADI 1.484-DF,  
742. Rel. Min. CELSO DE MELLO).  
743. - A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais  
744. traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e  
745. configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É  
746. que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma  
747. Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então,  
748. de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável  
749. somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos  
750. desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos  
751. cidadãos.  
752.

753. DIREITO SUBJETIVO À LEGISLAÇÃO E DEVER  
754. CONSTITUCIONAL DE LEGISLAR : A NECESSÁRIA  
755. EXISTÊNCIA DO PERTINENTE NEXO DE CAUSALIDADE .  
756. - O direito à legislação só pode ser invocado pelo interessado,  
757. quando também existir – simultaneamente imposta pelo próprio  
758. texto constitucional – a previsão do dever estatal de emanar  
759. normas legais. Isso significa que o direito individual à atividade  
760. legislativa do Estado apenas se evidenciará naquelas estritas hipóteses  
761. em que o desempenho da função de legislar refletir, por efeito de  
762. exclusiva determinação constitucional, uma obrigação jurídica  
763. indeclinável imposta ao Poder Público. (...).”  
764. (RTJ 183/818-819, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)  
765.  
766. Em tema de implementação de políticas governamentais previstas e  
767. determinadas no texto constitucional, notadamente nas áreas de  
768. educação infantil (RTJ 199/1219-1220) e de saúde pública (RTJ 174/687 –  
769. RTJ 175/1212-1213), a Corte Suprema brasileira tem proferido decisões  
770. que neutralizam os efeitos nocivos, lesivos e perversos resultantes da  
771. inatividade governamental, em situações nas quais a omissão do Poder  
772. Público representava um inaceitável insulto a direitos básicos  
773. assegurados pela própria Constituição da República, mas cujo exercício  
774. estava sendo inviabilizado por contumaz (e irresponsável) inércia do  
775. aparelho estatal.  
776.  
777. O Supremo Tribunal Federal, em referidos julgamentos, colmatou a  
778. omissão governamental, conferiu real efetividade a direitos essenciais,  
779. dando-lhes concreção, e, desse modo, viabilizou o acesso das pessoas à  
780. plena fruição de direitos fundamentais, cuja realização prática lhes  
781. estava sendo negada, injustamente, por arbitrária abstenção do Poder  
782. Público.  
783.  
784. Para além de todas as considerações que venho de fazer, há, ainda,  
785. um outro parâmetro constitucional que merece ser invocado no caso ora  
786. em julgamento.  
787.  
788. Refiro-me ao princípio da proibição do retrocesso , que, em tema de  
789. direitos fundamentais de caráter social, impede que sejam  
790. desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela  
791. formação social em que ele vive, consoante adverte autorizado  
792. magistério doutrinário (GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO  
793. MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO,  
794. “Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais”,  
795. 1ª ed./2ª tir., p. 127/128, 2002, Brasília Jurídica; J. J. GOMES  
796. CANOTILHO, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”,  
797. p. 320/322, item n. 03, 1998, Almedina; ANDREAS JOACHIM KRELL,  
798. “Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha”,  
799. p. 40, 2002, Sergio Antonio Fabris Editor; INGO W. SARLET,  
800. “Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e  
801. efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988”, “in”  
802. Interesse Público, p. 91/107, n. 12, 2001, Notadez; THAIS MARIA  
803. RIEDEL DE RESENDE ZUBA, “O Direito Previdenciário e o  
804. Princípio da Vedação do Retrocesso”, p. 107/139, itens ns. 3.1 a 3.4,  
805. 2013, LTr, v.g.).  
806.  
807. Na realidade, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social  
808. traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa  
809. pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional (como o direito à  
810. saúde), impedindo, em consequência, que os níveis de concretização  
811. dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou

812. suprimidos, exceto na hipótese – de todo inócua – em que  
813. políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias  
814. governamentais.  
815.  
816. Lapidar , sob todos os aspectos, o magistério de J. J. GOMES  
817. CANOTILHO, cuja lição , a propósito do tema, estimula as seguintes  
818. reflexões (“Direito Constitucional e Teoria da Constituição”,  
819. p. 320/321, item n. 3, 1998, Almedina):  
820.  
821. “O princípio da democracia económica e social aponta  
822. para a proibição de retrocesso social.  
823. A ideia aqui expressa também tem sido designada como  
824. proibição de ‘contra-revolução social’ ou da ‘evolução reaccionária’.  
825. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e económicos  
826. (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à  
827. educação), uma vez obtido um determinado grau de realização,  
828. passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e  
829. um direito subjectivo. A ‘proibição de retrocesso social’ nada pode  
830. fazer contra as recessões e crises económicas (reversibilidade fáctica),  
831. mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos  
832. adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego,  
833. prestações de saúde), em clara violação do princípio da protecção  
834. da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social  
835. e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao  
836. respeito pela dignidade da pessoa humana. O reconhecimento desta  
837. protecção de direitos prestacionais de propriedade, subjectivamente  
838. adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo  
839. tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente com  
840. os direitos concretos e as expectativas subjectivamente alicerçadas. A  
841. violação no núcleo essencial efectivado justificará a sanção de  
842. inconstitucionalidade relativamente aniquiladoras da chamada justiça  
843. social. Assim, por ex., será inconstitucional uma lei que extinga o  
844. direito a subsídio de desemprego ou pretenda alargar  
845. desproporcionadamente o tempo de serviço necessário para a aquisição  
846. do direito à reforma (...). De qualquer modo, mesmo que se afirme sem  
847. reservas a liberdade de conformação do legislador nas leis sociais, as  
848. eventuais modificações destas leis devem observar os princípios do  
849. Estado de direito vinculativos da actividade legislativa e o núcleo  
850. essencial dos direitos sociais. O princípio da proibição de  
851. retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos  
852. direitos já realizado e efectivado através de medidas legislativas (‘lei da  
853. segurança social’, ‘lei do subsídio de desemprego’, ‘lei do serviço de  
854. saúde’) deve considerar-se constitucionalmente garantido sendo  
855. inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de  
856. outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na  
857. prática numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura a simples  
858. desse núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e  
859. inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já  
860. realizado.” (grifei)  
861.  
862. Bem por isso, o Tribunal Constitucional português (Acórdão nº 39/84), ao  
863. invocar a cláusula da proibição do retrocesso, reconheceu a  
864. inconstitucionalidade de ato estatal que revogara garantias já  
865. conquistadas em tema de saúde pública, vindo a proferir decisão assim  
866. resumida pelo ilustre Relator da causa, Conselheiro VITAL MOREIRA,  
867. em douto voto de que extraio o seguinte fragmento (“Acórdãos do  
868. Tribunal Constitucional”, vol. 3/95-131, 117-118, 1984, Imprensa Nacional,  
869. Lisboa):  
870.

871. “Que o Estado não dê a devida realização às tarefas  
872. constitucionais, concretas e determinadas, que lhe estão  
873. cometidas, isso só poderá ser objecto de censura constitucional  
874. em sede de inconstitucionalidade por omissão. Mas quando desfaz  
875. o que já havia sido realizado para cumprir essa tarefa, e com isso  
876. atinge uma garantia de um direito fundamental, então a censura  
877. constitucional já se coloca no plano da própria  
878. inconstitucionalidade por acção.
879. Se a Constituição impõe ao Estado a realização de uma  
880. determinada tarefa – a criação de uma certa instituição, uma  
881. determinada alteração na ordem jurídica -, então, quando ela seja  
882. levada a cabo, o resultado passa a ter a protecção directa da  
883. Constituição. O Estado não pode voltar atrás, não pode  
884. descumprir o que cumpriu, não pode tornar a colocar-se na  
885. situação de devedor. (...) Se o fizesse, incorreria em violação  
886. positiva (...) da Constituição.
887. ....
888. Em grande medida, os direitos sociais traduzem-se para o  
889. Estado em obrigação de fazer, sobretudo de criar certas instituições  
890. públicas (sistema escolar, sistema de segurança social, etc.).  
891. Enquanto elas não forem criadas, a Constituição só pode  
892. fundamentar exigências para que se criem; mas após terem sido  
893. criadas, a Constituição passa a proteger a sua existência, como se já  
894. existissem à data da Constituição. As tarefas constitucionais impostas  
895. ao Estado em sede de direitos fundamentais no sentido de criar certas  
896. instituições ou serviços não o obrigam apenas a criá-los, obrigam-no  
897. também a não aboli-los uma vez criados.
898. Quer isto dizer que a partir do momento em que o Estado  
899. cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente  
900. impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional  
901. deste deixa de consistir (ou deixar de consistir apenas) numa  
902. obrigação positiva, para se transformar (ou passar também a ser)  
903. numa obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a actuar  
904. para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a  
905. abster-se de atentar contra a realização dada ao direito  
906. social.
907. Este enfoque dos direitos sociais faz hoje parte integrante da  
908. concepção deles a teoria constitucional, mesmo lá onde é  
909. escasso o elenco constitucional de direitos sociais e onde, portanto,  
910. eles têm de ser extraídos de cláusulas gerais, como a cláusula do  
911. ‘Estado social’.” (grifei)
- 912.
913. As razões ora expostas convencem-me da inteira procedência da  
914. pretensão recursal deduzida pelo Ministério Público do Estado do  
915. Amazonas, seja em face das considerações que expendeu no recurso  
916. extraordinário em causa, seja, ainda, em virtude dos próprios  
917. fundamentos que dão suporte ao parecer do ilustre Subprocurador-Geral  
918. da República Dr. WAGNER DE CASTRO MATHIAS NETTO, que, no  
919. ponto, assim se pronunciou (fls. 809, 810 e 818):
- 920.
921. “Nesse contexto, é perfeitamente possível ao Poder Judiciário,  
922. através da regular prestação jurisdicional, condenar o Estado a uma  
923. obrigação de fazer, em ação civil pública, na tutela de interesses  
924. difusos, coletivos e individuais – indisponíveis ou homogêneos – bem  
925. como das respectivas e necessárias políticas públicas, cuja razão de  
926. existir é a sociedade.
927. Admitir tese diversa, imunizando a atuação do Estado, em  
928. razão da estratégia política assumida, a qualquer controle judicial  
929. ou à efetividade que lhe é inerente, redundaria em liberdade

930. irrestrita ao administrador, com a minimização ou mesmo  
931. supressão de normas constitucionais e dispositivos legais, relegando  
932. seu cumprimento a plano secundário, a depender da  
933. discricionariedade administrativa e das prioridades estabelecidas pelo  
934. poder público.  
935. Esta, por certo, não é a finalidade da Carta Política, que,  
936. estruturando o poder e definindo as fronteiras de seu exercício, não  
937. deve, simplesmente e sem maiores conseqüências, sucumbir às opções  
938. governamentais, estas sim obrigatoriamente limitadas aos parâmetros  
939. constitucionais vigentes.  
940. ....  
941. Assim, comprovada a inação governamental abusiva, que  
942. redundou, concretamente, em negativa de garantia inerente ao  
943. núcleo da dignidade da pessoa humana, afigura-se viável a  
944. pretensão deduzida na ação civil pública.” (grifei)  
945.  
946. Isso significa, portanto, considerada a indiscutível primazia  
947. constitucional reconhecida à assistência materno-infantil (ANA MARIA  
948. MOREIRA MARCHESAN, “O princípio da prioridade absoluta aos  
949. direitos da criança e do adolescente e a discricionariedade  
950. administrativa”, “in” RT 749/82-103), que a ineficiência administrativa, o  
951. descaso governamental com direitos básicos do cidadão, a incapacidade  
952. de gerir os recursos públicos, a incompetência na adequada  
953. implementação da programação orçamentária em tema de saúde pública,  
954. a falta de visão política na justa percepção, pelo administrador, do  
955. enorme significado social de que se reveste a saúde da criança e da  
956. gestante (art. 227 da Constituição da República), a inoperância funcional  
957. dos gestores públicos na concretização das imposições constitucionais  
958. estabelecidas em favor das pessoas carentes não podem nem devem  
959. representar obstáculos à execução, pelo Poder Público, notadamente pelo  
960. Estado, das normas inscritas nos arts. 196, 197 e 227 da Constituição da  
961. República, que traduzem e impõem, ao Estado, um inafastável dever de  
962. cumprimento obrigacional, sob pena de a ilegitimidade dessa inaceitável  
963. omissão governamental importar em grave vulneração a um direito  
964. fundamental da cidadania e que é, no contexto que ora se examina, o direito  
965. à saúde, cuja amplitude conceitual abrange, na globalidade de seu  
966. alcance, o “dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao  
967. adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde (...) além de  
968. colocá-los a salvo de toda forma de negligência (...)” (CF, art. 227).  
969.  
970. Entendo, assim, não assistir razão ao acórdão proferido pelo  
971. E. Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, pois o eventual  
972. acolhimento de seus argumentos certamente conduziria a resultado  
973. inaceitável sob a perspectiva constitucional do direito à vida, à saúde e à  
974. assistência materno-infantil.  
975.  
976. Observo, ainda, que o Ministério Público do Estado do Amazonas  
977. também postulou a imposição de multa cominatória ao Estado do  
978. Amazonas, no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) por dia de atraso na  
979. adoção das medidas de ampliação e de melhoria no atendimento a  
980. gestantes e a recém-nascidos em maternidades estaduais.  
981.  
982. Cabe enfatizar, neste ponto, que a aplicação de multa cominatória,  
983. como meio coercitivo indireto, “por tempo de atraso”, destinada a conferir  
984. efetividade à tutela jurisdicional específica, em ordem a possibilitar a  
985. obtenção do resultado prático decorrente da condenação judicial relativa  
986. à execução de obrigação de fazer, encontra pleno suporte em nosso  
987. ordenamento positivo (CPC, art. 461, §§ 4º e 5º).  
988.

989. É de ressaltar, por oportuno, que as “astreintes” podem ser  
 990. legitimamente impostas às pessoas jurídicas de direito público, consoante  
 991. adverte autorizado magistério doutrinário (LEONARDO JOSÉ  
 992. CARNEIRO DA CUNHA, “Algumas Questões sobre as Astreintes  
 993. (Multa Cominatória)”, “in” Revista Dialética de Direito  
 994. Processual nº 15, p. 95/104, item n. 7, junho/2004; GUILHERME RIZZO  
 995. AMARAL, “As Astreintes e o Processo Civil Brasileiro: multa do artigo  
 996. 461 do CPC e outras”, p. 99/103, item n. 3.5.4, 2004, Livraria do Advogado  
 997. Editora; EDUARDO TALAMINI, “Tutela Relativa aos Deveres de Fazer  
 998. e de não Fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC,  
 999. arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84)”, p. 246/247, item n. 9.3.4, 2ª ed., 2003,  
 1000. Editora Revista dos Tribunais, v.g.).  
 1001.  
 1002. Esse entendimento doutrinário, por sua vez, reflete-se na  
 1003. jurisprudência firmada pelos Tribunais, cujas decisões (RE 488.208/SC,  
 1004. Rel. Min. CELSO DE MELLO – RT 808/253-256 – RF 370/297-299 –  
 1005. Ag 743.420-AgRg/PR, Rel. Min. NILSON NAVES – REsp 201.378/SP, Rel.  
 1006. Min. FERNANDO GONÇALVES – REsp 611.434/RN, Rel. Min. FELIX  
 1007. FISCHER – REsp 769.532/PE, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA –  
 1008. REsp 784.188/RS, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI –  
 1009. REsp 810.017/RS, Rel. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, v.g.)  
 1010. reconhecem a possibilidade jurídico-processual de condenação da Fazenda  
 1011. Pública na multa cominatória prevista no § 5º do art. 461 do CPC, tal  
 1012. como esta Suprema Corte já o proclamou:  
 1013.  
 1014. “LEGITIMIDADE JURÍDICA DA IMPOSIÇÃO, AO  
 1015. PODER PÚBLICO, DAS ‘ASTREINTES’.  
 1016. - Inexiste obstáculo jurídico-processual à utilização, contra  
 1017. entidades de direito público, da multa cominatória prevista no § 5º  
 1018. do art. 461 do CPC. A ‘astreinte’ – que se reveste de função  
 1019. coercitiva – tem por finalidade específica compelir,  
 1020. legitimamente, o devedor, mesmo que se cuide do Poder Público, a  
 1021. cumprir o preceito. Doutrina. Jurisprudência.”  
 1022. (RE 495.740-TAR/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO)  
 1023.  
 1024. Também correta, quanto a esse tópico, a r. sentença proferida pelo  
 1025. magistrado estadual de primeiro grau.  
 1026.  
 1027. Cumpre referir, finalmente, que, ao contrário do alegado pelo Estado  
 1028. do Amazonas na presente sede recursal, não há que se cogitar, na espécie,  
 1029. de aplicação da denominada teoria da causa madura, que supõe a  
 1030. existência – inócurrenente no caso – de sentença meramente terminativa, vale  
 1031. dizer, de sentença que extinguiu o processo, sem resolução de mérito  
 1032. (CPC, art. 515, § 3º).  
 1033.  
 1034. Com efeito, o ilustre magistrado de primeiro grau – ao examinar a  
 1035. causa sob os seus diversos aspectos, notadamente aqueles de caráter  
 1036. fático-probatório, havendo inclusive reconhecido que o próprio Estado do  
 1037. Amazonas, “em nenhum momento (...) contestou as irregularidades apontadas  
 1038. pelo autor no sistema de saúde materno-infantil, objeto da presente ação”  
 1039. (fls. 501 – grifei) – veio a proferir sentença definitiva, veiculadora de  
 1040. resolução jurisdicional do mérito da causa, plenamente ajustável ao que  
 1041. dispõe o art. 269, inciso I, do CPC (fls. 498/502).  
 1042.  
 1043. Como precedentemente assinalado, por tratar-se, no caso, de  
 1044. sentença definitiva completa, inexiste obstáculo processual a que, provido o  
 1045. recurso extraordinário deduzido pelo Ministério Público estadual, seja  
 1046. invalidado o acórdão recorrido e restaurada, em sua integralidade, a  
 1047. sentença definitiva emanada do magistrado de primeira instância, que

1048. efetivamente julgou o fundo da controvérsia.  
1049.  
1050. Diversa, porém, seria a situação processual se o acórdão recorrido  
1051. houvesse meramente reconhecido a ilegitimidade ativa “ad causam” do  
1052. Ministério Público para o ajuizamento da ação civil pública, hipótese em  
1053. que, provido o apelo extremo do “Parquet”, caberia a esta Corte  
1054. determinar o regular prosseguimento da causa no primeiro grau de  
1055. jurisdição, como já tive o ensejo de decidir nesta Suprema Corte  
1056. (RE 591.304/SE, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RE 608.870/PE, Rel. Min.  
1057. CELSO DE MELLO, v.g.).  
1058.  
1059. Essa, no entanto, não é a hipótese ora em exame, como anteriormente  
1060. ressaltado, motivo pelo qual se revela plenamente legítimo o julgamento  
1061. monocrático (fls. 820/848) de que ora se recorre.  
1062.  
1063. Sendo assim, e tendo em consideração as razões expostas, nego  
1064. provimento ao presente recurso de agravo, mantendo, em consequência, por  
1065. seus próprios fundamentos, a decisão ora agravada.  
1066.  
1067. É o meu voto.  
1068.  
1069. SEGUNDA TURMA  
1070.  
1071. EXTRATO DE ATA  
1072.  
1073. AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 581.352  
1074. PROCED. : AMAZONAS  
1075. RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO  
1076. AGTE.(S) : ESTADO DO AMAZONAS  
1077. PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAZONAS  
1078. AGDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS  
1079. PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS  
1080.  
1081. Decisão: A Turma, por votação unânime, negou provimento ao  
1082. agravo regimental, nos termos do voto do Relator. 2ª Turma,  
1083. 29.10.2013.  
1084.  
1085. Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à  
1086. sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes,  
1087. Ricardo Lewandowski e Teori Zavascki.  
1088.  
1089. Subprocurador-Geral da República, Dr. Mário José Gisi.  
1090.  
1091. Ravena Siqueira  
1092. Secretária Substituta