



Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Centro de Ciências Sociais
Faculdade de Direito

José Luis Castro Rodriguez

**A efetivação judicial do direito fundamental à saúde
e o orçamento público**

Rio de Janeiro
2014

José Luis Castro Rodriguez

A efetivação judicial do direito fundamental à saúde e o orçamento público



Dissertação apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento.

Orientador: Prof.^o Dr. Sérgio André Rocha

Rio de Janeiro

2014

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

R696

Rodriguez, José Luis Castro.

A efetivação judicial do direito fundamental à saúde e o orçamento público / José Luis Castro Rodriguez. – 2014.
83 f.

Orientador: Prof. Dr. Sergio André Rocha.
Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,
Faculdade de Direito.

1. Direitos fundamentais - Teses. 2. Direitos sociais – Teses. 3. Direito à saúde – Teses. I. Rocha, Sérgio André. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 342.7

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

José Luis Castro Rodriguez

A efetivação judicial do direito fundamental à saúde e o orçamento público

Dissertação apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento.

Aprovada em 29 de agosto de 2014.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Sérgio André Rocha (Orientador)
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Marcus Livio Gomes
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Aurélio Pitanga Seixas Filho
Universidade Federal Fluminense

Rio de Janeiro

2014

RESUMO

RODRIGUEZ, J.L.C. *A efetivação judicial do direito fundamental à saúde e o orçamento público*. 2014. 83 f. Dissertação (Mestrado em Tributação, Finanças Públicas e Desenvolvimento) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

O presente trabalho tem por objetivo estudar as principais questões relacionadas à efetivação pelo Poder Judiciário do direito social a saúde. Serão analisados na primeira parte do trabalho os direitos sociais fundamentais e o mínimo existencial, no qual se inclui o direito à saúde, abordando-se a importância dada pela Constituição Federal a tal direito e sua regulamentação infraconstitucional, com destaque para a organização do Estado e as fontes de recursos. Após se demonstrar a importância do direito à saúde como direito social fundamental, será estudada na segunda parte do trabalho a escassez de recursos para o atendimento de todas as necessidades da população, abordando-se o conceito de reserva do possível e a relevância das leis orçamentárias para o alcance as prioridades sociais. Por fim, será demonstrada a legitimidade e necessidade de ingerência do Poder Judiciário na concretização do direito à saúde, destacando-se as posições doutrinárias e decisões judiciais que buscam alcançar o equilíbrio entre o atendimento de tal direito fundamental, o reconhecimento da limitação de recursos e a valorização do orçamento público.

Palavras-chave: Direitos sociais fundamentais. Direito à saúde. Mínimo existencial. Reserva do possível. Leis orçamentárias. Poder judiciário.

ABSTRACT

RODRIGUEZ, J.L.C. *The Judicial Execution of the Fundamental right to health and the public budget*. 2014. 83f. Dissertação (Mestrado em Tributação, Finanças Públicas e Desenvolvimento) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

The present work aims to study the main issues related to the implementation by the judiciary of the social right to health. In the first part of the work, it will be analyzed the fundamental social rights and the existential minimum, which includes the right to health, addressing the importance given by the Federal Constitution to such law and its regulations *infra*, with emphasis on the Organization of the State and the sources of funds. After demonstrating the importance of the right to health as a fundamental social right, in the second part of the work it will be studied the scarcity of resources for the care of all the needs of the population, addressing the concept of reservation is possible and the relevance of budget laws to achieve social priorities. Finally, the legitimacy and necessity of interference of the judiciary in the realization of the right to health will be demonstrated, emphasizing doctrinal positions and judicial decisions that seek to achieve a balance between the availability of such a fundamental right, the recognition of the limitation of resources and the enhancement of the public budget.

Keywords: Fundamental social rights. Right to health. Existential minimum. Reservation possible. Budget laws. Judiciary.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADPF	Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPMF	Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
EC	Emenda Constitucional
LC	Lei Complementar
LDO	Lei de Diretrizes Orçamentárias
LOA	Lei Orçamentária Anual
LRF	Lei de Responsabilidade Fiscal
MP	Medida Provisória
PIB	Produto Interno Bruto
PPA	Plano Plurianual
RE	Recurso Extraordinário
SL	Suspensão de Liminar
SS	Suspensão de Segurança
STA	Suspensão de Tutela Antecipada
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
SUS	Sistema Único de Saúde

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	8
1	OS DIREITOS SOCIAIS E A REALIDADE BRASILEIRA	8
2	O PODER JUDICIÁRIO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS	9
2.1	Parâmetros de Atuação	9
3	OBJETIVOS	11
4	DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL À SAÚDE	12
4.1	Os Direitos Sociais Fundamentais	12
4.2	Os Direitos Sociais Fundamentais e o Mínimo Existencial	14
4.2.1	<u>Conceito e Conteúdo de Mínimo Existencial</u>	15
5	OS DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS NO BRASIL	18
6	O DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988	22
6.1	Princípios Fundamentais do Sistema Único de Saúde	22
6.1.1	<u>Universalidade</u>	22
6.1.2	<u>Equidade</u>	23
6.1.3	<u>Integralidade</u>	24
6.2	A Organização do Sistema Único de Saúde	25
6.2.1	<u>Descentralização</u>	25
6.2.2	<u>Regionalização e Hierarquização</u>	26
6.2.3	<u>Integração</u>	26
6.3	O Financiamento da Saúde	27
7	A RESERVA DO POSSÍVEL E AS LEIS ORÇAMENTÁRIAS	30
7.1	Reserva do Possível	30
7.1.1	<u>Reserva do Possível e Mínimo Existencial</u>	31
7.1.2	<u>Jurisprudência do STF</u>	34
8	A IMPORTÂNCIA DAS LEIAS ORÇAMENTÁRIAS	36
8.1	A Dinâmica Orçamentária no Direito Brasileiro	37
8.1.1	<u>Plano Plurianual</u>	38
8.1.2	<u>Lei de Diretrizes Orçamentárias</u>	38
8.1.3	<u>Lei Orçamentária Anual</u>	40

8.2	Princípios Orçamentários	40
8.2.1	<u>Universalidade</u>	41
8.2.2	<u>Unidade</u>	41
8.2.3	<u>Transparência</u>	42
8.2.4	<u>Equilíbrio</u>	42
8.3	Lei de Responsabilidade Fiscal	43
9	A DEFICIÊNCIA DAS LEIS ORÇAMENTÁRIAS COMO INSTRUMENTO DE PLANEJAMENTO	44
10	O PODER JUDICIÁRIO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	45
10.1	Principais Críticas Doutrinárias	45
10.1.1	<u>Falta de Legitimidade</u>	47
10.1.2	<u>Violação à Legalidade Orçamentária</u>	48
10.1.3	<u>Deficiência Operacional</u>	49
10.2	Formas de intervenção	50
10.2.1	<u>Implemento ou Formulação de Políticas Públicas</u>	53
10.2.2	<u>Implemento de Políticas Públicas</u>	54
10.2.3	<u>Formulação de Políticas Públicas</u>	56
10.3	Demandas individuais ou coletivas	57
11	PARÂMETROS DE INTERVENÇÃO	62
11.1	Princípio de Proibição de Retrocesso Social	62
11.2	Princípio da Proporcionalidade	64
12	QUESTÕES PRÁTICAS	66
12.1	Legitimidade passiva nas decisões judiciais	66
12.2	Medicamentos e procedimentos não previstos nas normas do SUS	68
13	ATUAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA	72
	CONCLUSÃO	76
	REFERÊNCIAS	79

INTRODUÇÃO

1 OS DIREITOS SOCIAIS E A REALIDADE BRASILEIRA

Diferentemente dos direitos individuais, que pressupõem a abstenção do Estado, os direitos sociais exigem prestações materiais para sua concretização.

Surgem, então, os problemas relacionados à sua efetividade, uma vez que todo direito tem um custo, e os recursos são limitados, de tal forma que a concretização de um direito por vezes importa na não concretização total ou parcial de outro.

E por mais que se reconheça a importância do orçamento público para a implementação das políticas públicas, não há como se negar o déficit que existe no Brasil entre sua elaboração e implementação e as demandas sociais. Não por outra razão a imprensa noticia diariamente a deficiência na prestação dos serviços públicos pelo Estado brasileiro.

E dentre os serviços públicos, destaca-se a saúde, que por estar intrinsecamente ligada ao princípio da dignidade da pessoa humana, previsto na Constituição da República Federal do Brasil de 1988 (CRFB/88) como um dos fundamentos da ordem constitucional (art. 1º, III)¹ e como uma das finalidades da ordem econômica (art. 170, caput)², faz parte do conteúdo mínimo necessário para a vida humana digna.

¹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
I - a soberania;
II - a cidadania;
III - a dignidade da pessoa humana;
IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
V - o pluralismo político.
Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição (BRASIL, 1988).

² “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios” (BRASIL, 1988).

2 O PODER JUDICIÁRIO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS

Embora a escolha das políticas públicas caiba em princípio ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo, por serem eleitos pelo povo, a deficiência na concretização de direitos sociais priorizados pelo constituinte originário acaba por exigir uma participação ativa do Poder Judiciário na correção das omissões.

Diante dos comandos constitucionais que estabelecem os fins do Estado brasileiro, demanda-se cada vez mais do Poder Judiciário a ingerência nas políticas públicas e na transformação da realidade social.

Sobressai, assim, o papel essencial do juiz para o desenvolvimento social e a superação das desigualdades, cabendo-lhe importante tarefa na busca do verdadeiro Estado social.

2.1 Parâmetros de Atuação

Diante de tal realidade, surge a necessidade de um Poder Judiciário independente e preparado para enfrentar as grandes questões inerentes aos desafios de uma sociedade multifacetada e desigual como a brasileira, alicerçada em uma Constituição que prevê direitos sociais frequentemente negligenciados.

Em face, no entanto, da necessidade de equilíbrio com os demais Poderes, faz-se necessária a fixação de limites e parâmetros à atuação do Poder Judiciário.

Dentre estes encontra-se o princípio da proporcionalidade, que deve ser utilizado tanto para verificar a ocorrência de violação aos preceitos constitucionais relativos aos direitos sociais, em especial o direito à saúde, quanto para fixar as medidas a serem implementadas, devendo o Juiz analisar, no caso concreto, a razão dada pela Administração para não haver cumprido os ditames constitucionais, ponderando-a com os fins almejados pelo Constituinte.

Num Estado social desenvolvimentista e dirigente como o brasileiro, fundamentado no regime democrático de direito, o Poder Judiciário tem, portanto, o relevante papel de garantir a efetividade das normas constitucionais que estabeleçam direitos sociais.

Desta forma, é cada vez maior o número de demandas acerca do tema políticas públicas, razão pela qual a ingerência do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais representa, tema de extrema relevância no cenário jurídico atual.

3 OBJETIVOS

Serão estudados na primeira parte do trabalho os direitos sociais fundamentais e o mínimo existencial, no qual se inclui o direito à saúde, abordando-se a importância dada pela CRFB/1988 a tal direito e sua regulamentação infraconstitucional, com destaque para a organização do Estado e as fontes de recursos.

Após se apontar a importância do direito à saúde como direito social fundamental, será estudada na segunda parte do trabalho a escassez de recursos para o atendimento de todas as necessidades da população, abordando-se o conceito de reserva do possível e a relevância das leis orçamentárias para o alcance das prioridades sociais.

Por fim, será ressaltada a legitimidade e necessidade de ingerência do Poder Judiciário na concretização do direito à saúde, destacando-se as posições doutrinárias e decisões judiciais que buscam alcançar o equilíbrio entre o atendimento de tal direito fundamental, o reconhecimento da limitação de recursos e a valorização do orçamento público como instrumento de concretização de políticas públicas.

4 DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL À SAÚDE

4.1 Os Direitos Sociais Fundamentais

Com as revoluções burguesas e o advento do constitucionalismo liberal, cujo grande objetivo foi construir o Estado de Direito, em que o poder é limitado pela lei, surgiram os chamados direitos fundamentais de primeira geração, que são direitos a prestações estatais negativas, como por exemplo o direito à liberdade de religião, e o direito à liberdade de expressão.

Tais direitos são baseados, sobretudo, no valor da liberdade, uma vez que seu objetivo essencial é demarcar uma área de livre atuação dos sujeitos, em que o indivíduo vai atuar de acordo com a sua consciência e não de acordo com a vontade do Estado.

Ocorre que, embora tenham representado grande avanço civilizatório, uma vez que ensejaram a extinção da sociedade dividida em estamentos até então existente, não foram suficientes para atender às demandas sociais por melhoria na qualidade de vida da população.

Passou-se, então, a se defender que a liberdade burguesa, que parte da premissa de que todos os homens tem patrimônio mínimo e sejam educados, não se adequava à realidade existente.

Conforme relata Weis (1999, p. 39):

Os direitos sociais surgiram em função da desumana situação em que vivia a população pobre das cidades industrializadas da Europa Ocidental, em resposta ao tratamento oferecido pelo capitalismo industrial e diante da inércia própria do Estado liberal, em meados do século XIX.

Herkenhoff (2002, p. 51-52), por sua vez relata que:

A afirmação dos 'direitos sociais' derivou da constatação da fragilidade dos direitos liberais, quando o homem, a favor do qual se proclamam liberdades, não satisfaz ainda necessidades primárias: alimentar-se, vestir-se, morar, ter condições de saúde, ter segurança diante da doença, da velhice, do desemprego e dos outros percalços da vida.

Surgiu, então, o constitucionalismo social, focado no plano econômico, e baseado na igualdade material.

Tal constitucionalismo social veio resgatar o antigo conceito de igualdade de Aristóteles: “igualdade significa tratar de forma igual os iguais, e de forma desigual, os desiguais, na medida em que se desigualam”.

Nas palavras de Bobbio (2004, p. 662):

De uma maneira geral, adotou-se a distinção aristotélica entre Justiça distributiva e Justiça reparadora. A primeira é ‘aquela que se exterioriza na distribuição de honras, de bens materiais ou de qualquer outra coisa divisível entre os que participam do sistema político’ (Ética, 1.930b), enquanto que a segunda está mais especificamente ligada a situações em que uma pessoa, ao receber uma ofensa de outra pessoa, pede a conseqüente reparação.

E a partir daí advém uma nova geração de direitos, os chamados direitos de segunda geração ou direitos sociais, que têm por objetivo viabilizar aos indivíduos, por meio do Estado, a satisfação de suas necessidades básicas, para que vivam de forma digna.

São exemplos de direitos sociais o direito à saúde, à assistência social, à moradia, à educação, à previdência social, dentre outros.

A respeito dos direitos sociais ensina o prêmio Nobel de Economia de 1999, Sen (2000, p. 46):

A liberdade individual é essencialmente um produto social, e existe uma relação de mão dupla entre (1) as disposições sociais que visam expandir as liberdades individuais e (2) o uso de liberdades individuais não só para melhorar a vida de cada um, mas também para tornar as disposições sociais mais apropriadas e eficazes.

Acrescenta o Autor (p. 31):

[...] a privação de liberdade pode surgir em razão de processos inadequados (como a violação do direito ao voto ou de outros direitos políticos ou civis), ou de oportunidades inadequadas que algumas pessoas têm para realizar o mínimo do que gostariam (incluindo a ausência de oportunidades elementares como a capacidade de escapar da morte prematura, morbidez inevitável ou fome involuntária).

Deve-se, por fim, ressaltar que embora sejam os direitos sociais via de regra prestacionais, ou seja, direitos a prestações estatais positivas, por meio dos quais se

exige do Estado uma obrigação, e não apenas uma abstenção, possuem também uma dimensão procedimental, de tal forma que sua exclusão demanda a observância do devido processo legal.

4.2 Os Direitos Sociais Fundamentais e o Mínimo Existencial

Como já visto, os direitos sociais estão intimamente ligados à dignidade da pessoa humana, já que têm por objetivo conferir aos cidadãos uma existência digna.

Segundo Silva (2005, p. 286):

[...] direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais.

Ensina o Autor (p. 3):

Mas o que são os direitos sociais? Como dimensão dos direitos fundamentais do homem, já os entendemos como prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se connexionam com o direito de igualdade.

No mesmo sentido Sarlet (2001, p.37):

Assim, em todas as situações em que o argumento da reserva de competência do legislador (assim como a separação de poderes e as demais objeções habituais aos direitos sociais a prestações como direitos subjetivos) implicar grave agressão (ou mesmo o sacrifício) do valor maior da vida e da dignidade da pessoa humana, ou nas hipóteses em que, da análise dos bens constitucionais colidentes, resultar a prevalência do direito social prestacional, poder-se-á sustentar, na esteira de Alexy e de Gomes Canotilho, que, na esfera de um padrão mínimo existencial, haverá como reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações, admitindo-se, onde tal mínimo for ultrapassado, tão-somente um direito subjetivo “prima facie”, já que – nesta seara – não há como resolver a problemática em termos de uma lógica do tudo ou nada. Esta solução impõe-se até mesmo em homenagem à natureza eminentemente principiológica da norma contida no art. 5º, § 1º, da CF, e das próprias normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais.

E a efetividade dos direitos sociais e, por consequência, da dignidade da pessoa humana, relaciona-se ao denominado mínimo existencial, que serve de parâmetro para que se verifique um padrão mínimo de direitos sociais a ser reconhecido pelo Estado (MENDES, 2006, p. 43).

Diante disto, faz-se necessário, inicialmente, um breve esclarecimento quanto à noção de núcleo essencial dos direitos fundamentais, tema sobre o qual a doutrina se divide entre as teorias absoluta e relativa.

Segundo os defensores da teoria absoluta haveria um núcleo essencial absolutamente intangível, concebido em abstrato e que, por isso mesmo, não dependeria das especificidades do caso concreto. Tal núcleo consistiria em limite absoluto à atividade restritiva do legislador.

Já conforme a teoria relativa, o conteúdo essencial de um direito fundamental é definido para cada caso, e consiste no mínimo insuscetível de restrição ou redução obtido pela aplicação de uma técnica de ponderação, de acordo com os postulados da proporcionalidade (MENDES, 2006, p. 43-44).

Deve-se ressaltar, no entanto, que nem sempre um direito fundamental social terá no seu núcleo um conteúdo equivalente ao mínimo existencial, tendo em vista as diversas modalidades de direitos sociais positivadas na Constituição. No caso do direito à saúde, por exemplo, a correspondência entre núcleo essencial e mínimo existencial parece bastante clara, mas tal não ocorre quanto ao direito fundamental à participação nos lucros do empregador (OLSEN, 2006, p. 346).

4.2.1 Conceito e Conteúdo de Mínimo Existencial

Segundo Barcellos (2002, p. 346), o mínimo existencial corresponderia a “um elemento constitucional essencial, pelo qual se deve garantir um conjunto de necessidades básicas do indivíduo”.

Para a Autora (p. 258), o mínimo existencial configura o núcleo irreduzível do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual incluiria um mínimo de quatro elementos de natureza prestacional: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça.

De acordo com Florenzano (2005, p. 247), a definição das necessidades básicas de todo ser humano correspondentes ao mínimo existencial está na sua relação com o disposto no artigo 7º, IV, da CRFB/88, que prevê um salário mínimo “capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social”.

Segundo Krell (2002, p. 63) o padrão mínimo social para sobrevivência incluirá sempre “o atendimento básico e eficiente de saúde, o acesso a uma alimentação básica e vestimentas, à educação de primeiro grau e à garantia de uma moradia [...]”.

Já para Sarlet e Figueiredo (2008, p. 22) o conteúdo do mínimo existencial não se confunde com o mínimo vital ou mínimo de sobrevivência, já que a garantia de sobrevivência física do homem não significa necessariamente a manutenção da vida em condições dignas, com qualidade.

Ressaltam ser impossível se estabelecer um elenco taxativo dos elementos nucleares do mínimo existencial, o que demanda uma análise à luz das necessidades de cada pessoa e seu núcleo familiar.

Esclarecem, no entanto, que é possível enumerar um conjunto de conquistas já sedimentadas, que serviriam com um roteiro ao intérprete e aos órgãos vinculados à concretização do mínimo existencial.

Clève (2006, p. 38) defende que:

Os direitos sociais não têm a finalidade de dar ao brasileiro, apenas, o mínimo. Ao contrário, eles reclamam um horizonte eficaz progressivamente mais vasto, dependendo isso apenas do comprometimento da sociedade e do governo e da riqueza produzida pelo país. Aponta, a Constituição, portanto, para a idéia de máximo, mas de máximo possível (o problema da possibilidade).

Torres (1995, p. 126), por sua vez, aproxima o conceito de mínimo existencial da própria noção de pobreza. Segundo o autor “há que se distinguir entre pobreza absoluta, que deve ser obrigatoriamente combatida pelo Estado, e a pobreza relativa, ligada a causas de produção econômica ou de redistribuição de bens, que será minorada de acordo com as possibilidades sociais e orçamentárias”.

A importância da definição do mínimo existencial se evidencia nas situações em que a concretização dos direitos sociais esbarra na chamada reserva do possível, ou seja, na alegação de falta de recursos financeiros por parte do Estado.

Tal conceito será estudado com maior profundidade mais à frente, mas a questão que se coloca é qual seria seu alcance e que direitos estariam nele incluídos uma vez que se entenda que o mínimo existencial é um núcleo intangível do direito social que, portanto, não pode sucumbir à alegação da reserva do possível.

5 OS DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS NO BRASIL

Segundo a doutrina, a CRFB/1988 pode ser classificada como de natureza compromissória, sendo a combinação possível entre ideologias distintas.

A ideia da complementariedade entre as gerações de direito foi muito claramente utilizada pelo Constituinte. E tal se deu em razão do momento histórico em que a CRFB/1988 foi criada.

Quantos aos direitos de primeira geração, deve-se a ter a CRFB/1988 representado um grande marco de redemocratização do País e, em relação aos direitos de segunda geração, em razão dos absurdos níveis de desigualdade social.

Conforme Sen (2000, p. 170-171):

A expansão dos serviços de saúde, educação, seguridade social etc. contribui diretamente para a qualidade da vida e seu florescimento. Há evidências até de que, mesmo com renda relativamente baixa, um país que garante serviços de saúde e educação a todos pode efetivamente obter resultados notáveis de duração e qualidade de vida de toda a população.

Segundo Sarlet (2001, p. 17):

A Constituição de 1988 – e isto pode ser tido como mais um de seus méritos – acolheu os direitos fundamentais sociais expressamente no título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), concedendo-lhes capítulo próprio e reconhecendo de forma inequívoca o seu “status” de autênticos direitos fundamentais, afastando-se, portanto, da tradição anterior do nosso constitucionalismo, que, desde a Constituição de 1934, costumava abrigar estes direitos (ao menos parte dos mesmos), no título da ordem econômica e social, imprimindo-lhes reduzida eficácia e efetividade, ainda mais porquanto eminentemente consagrados sob a forma de normas de cunho programático.

Além da amplitude do catálogo de direitos fundamentais, destaca-se que o Constituinte foi generoso em sua eficácia, dando a estes um regime jurídico reforçado.

O art. 5º, parágrafo 2º da CRFB/88, por exemplo, institui a chamada cláusula materialmente aberta, ao dispor que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais de que o Brasil seja parte”.

O artigo art. 60, parágrafo 4º, inciso IV, por sua vez, dá aos direitos e garantias individuais o *status* de cláusulas pétreas³.

A despeito, no entanto, de tal regime jurídico reforçado, fato é que numa primeira fase, que durou até o final da década de 90, prevaleceu a ideia de que as normas constitucionais de direitos sociais seriam normas não aplicáveis, normas ditas programáticas, o que significaria dizer que só se poderia, por exemplo, pedir ao Estado o que fosse previsto em uma Lei regulamentadora da norma constitucional. Vigia portanto, na prática, a reserva do possível jurídica.

E tal fato por certo se deu em razão da amplitude dada aos direitos fundamentais, como adverte Leal (2006, p. 157-158):

A falta de rigor teórico que possibilitou a constitucionalização de tais reivindicações sociais sob a forma de direitos fundamentais acabou por admitir a invenção de novos direitos a partir de novos reclamos da sociedade sem haver um mínimo de preocupação a respeito da sua qualidade como direito e, sobretudo, como direito fundamental. Tem-se a impressão de que a proliferação de novos direitos é apenas uma sequência de um processo de positivação de reivindicações sociais que se iniciou com os chamados direitos sociais. Desse modo, vêm surgindo novos direitos rotulados de fundamentais que, a exemplo dos direitos econômicos e sociais, constituem anseios populares sem a menor condição de serem normatizados como direitos.

Só se poderia postular uma pretensão de tutela de direito social se houvesse uma dotação orçamentária específica para aquela prestação. Não se poderia pleitear com base diretamente na Constituição.

Tal jurisprudência durou até o início dos anos 2000, quando mudanças foram desencadeadas por decisões proferidas em ações que demandaram do Poder Público o fornecimento de medicamentos.

Em caso paradigmático julgado em 2000⁴, embora o Supremo Tribunal Federal (STF) pudesse condenar o Estado do Rio Grande do Sul ao fornecimento do medicamento com base em Lei Estadual que previa tal obrigatoriedade, decidiu que

³ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
 § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
 I - a forma federativa de Estado;
 II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
 III - a separação dos Poderes;
 IV - os direitos e garantias individuais (BRASIL, 1988).

⁴ RE 271286/RS, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 12/9/2000 (BRASIL, 2000).

havia direito do autor ao recebimento da prestação postulada com base diretamente no direito à saúde:

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, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

Passou-se a entender, então, que é possível se extrair diretamente da Constituição pretensões individuais de tutela de direitos sociais:

A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade.

A posição que prevalece no Brasil, portanto, é que os direitos sociais tem natureza de direito subjetivo *prima facie*, o que significa dizer que, além da dimensão coletiva, possuem uma dimensão individual, sendo protegidos pelo Poder Judiciário nos dois planos.

Nesse sentido as lições de Sarlet (2001, p. 26):

Em que pese a localização topográfica do dispositivo, que poderia sugerir uma exegese restritiva, o fato é que, mesmo sob o ponto de vista da mera literalidade (o preceito referido é claro ao mencionar “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais”), não há como sustentar uma redução do âmbito de aplicação da norma a qualquer das categorias específicas de direitos fundamentais consagradas na nossa Constituição, nem mesmo aos assim equivocadamente denominados direitos individuais e coletivos do art. 5º. [...] Aliás, a extensão do regime material da aplicabilidade imediata aos direitos fora do catálogo não encontra qualquer óbice no texto de nossa Lei Fundamental, harmonizando, para além disso, com a concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais consagrada, entre nós, no art. 5º, § 2º, da CF.

Saber, porém, se esse direito subjetivo *prima facie* se convolará em direito subjetivo definitivo pressupõe que se pondere a norma que protege o direito social com outros princípios constitucionais, tais como separação de poderes, legalidade orçamentária e princípio democrático.

Só haverá um direito definitivo, portanto, se a norma do direito social preponderar sobre as demais, o que deve ser auferido à luz da aplicação do princípios da proporcionalidade.

6 O DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A evolução da jurisprudência, portanto, reconheceu a saúde como direito público subjetivo de eficácia plena e imediata, elevando-a ao patamar de direito essencial em função de sua ligação intrínseca com o direito à vida e à dignidade da pessoa humana no âmbito da positivação dos direitos sociais atribuída pela Constituição de 1988.

Desta forma, restou claro que incluiu a jurisprudência o direito à saúde no mínimo existencial, e, portanto, no núcleo essencial dos direitos sociais.

E não poderia ser diferente, uma vez que resta evidente a preocupação do Constituinte de 1988 com o direito à saúde, tanto que, nos artigos 196 a 200, idealizou o denominado Sistema Único de Saúde (SUS), em verdadeiro processo de reforma do sistema de saúde até então vigente⁵.

6.1 Princípios Fundamentais do Sistema Único de Saúde

A norma fundamental que norteia todas as outras que constituem a base legal da política de saúde e do processo de organização do SUS no Brasil hoje é o artigo 196 da CRFB/1988, que afirma: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Tal artigo traz, além da ideia central do direito à saúde como direito de cidadania, inerente a todos aqueles que sejam brasileiros, por nascimento ou naturalização, a noção de caber ao Estado a responsabilidade por promover a

⁵ Antes da Constituição de 1988, o usuário se dividia em trabalhadores e indigentes. Aos trabalhadores, fossem empregados ou autônomos, ativos ou aposentados, trabalhadores urbanos ou rurais, e seus dependentes, era assegurado o acesso aos serviços do antigo INAMPS, na medida em que contribuíam (como contribuem ainda hoje) para a Previdência Social. Aos excluídos do mercado formal de trabalho restava recorrer às instituições filantrópicas ou, mais frequentemente, aos serviços públicos mantidos pelo Ministério da Saúde ou da Educação (Centros e Hospitais Universitários) e pelas Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde (BRASIL, 1988).

saúde, proteger o cidadão contra os riscos a que ele se expõe e assegurar a assistência em caso de doença ou outro agravo à saúde.

Tamanha responsabilidade política e social assumida pelo Estado implica na formulação e implementação de políticas econômicas e sociais que tenham como finalidade a melhoria das condições de vida e saúde dos diversos grupos da população.

Para tanto, torna-se imperiosa a formulação e implementação de políticas voltadas, especificamente, para garantir o acesso dos indivíduos e grupos às ações e serviços de saúde, o que se constitui, exatamente, no eixo da Política de saúde, conjunto de propostas sistematizadas em planos, programas e projetos que visam, em última instância, reformar o sistema de serviços de saúde, de modo a assegurar a universalização do acesso e a integralidade das ações.

Do artigo 196 podem, assim, ser extraídos os princípios finalísticos que informam a prestação do serviço público no Brasil após a CRFB/88: universalidade, equidade e integralidade.

6.1.1 Universalidade

A universalidade implica na extensão de cobertura dos serviços, de modo que venham, paulatinamente, a se tornar acessíveis a toda a população.

6.1.2 Equidade

A equidade, por sua vez, diz respeito à necessidade de se tratar desigualmente os desiguais, de modo a se alcançar a igualdade de oportunidades de sobrevivência e de desenvolvimento pessoal e social entre os membros de uma dada sociedade.

O ponto de partida da noção de equidade é o reconhecimento da desigualdade entre as pessoas e os grupos sociais e o reconhecimento de que muitas dessas desigualdades são injustas e devem ser superadas.

Em saúde, especificamente, as desigualdades sociais se apresentam como desigualdades diante do adoecer e do morrer, reconhecendo-se a possibilidade de redução dessas desigualdades, de modo a garantir condições de vida e saúde mais iguais para todos.

A contribuição que um sistema de serviços de saúde pode dar à superação das desigualdades sociais em saúde implica redistribuição da oferta de ações e serviços, e na redefinição do perfil dessa oferta, de modo a priorizar a atenção em grupos sociais cujas condições de vida e saúde sejam mais precárias, bem como enfatizar ações específicas para determinados grupos e pessoas que apresentem riscos diferenciados de adoecer e morrer por determinados problemas.

O princípio da equidade, portanto, diz respeito a duas dimensões do processo de reforma do sistema de saúde. De um lado, a reorientação do fluxo de investimentos para o desenvolvimento dos serviços nas várias regiões, estados e municípios, e, de outro, a reorientação das ações a serem realizadas, de acordo com o perfil de necessidades e problemas da população usuária.

Nesse último sentido, a busca de equidade se articula, dinamicamente com outro princípio finalístico do SUS, qual seja, a integralidade do cuidado à saúde.

6.1.3 Integralidade

A noção de integralidade diz respeito ao leque de ações possíveis para a promoção da saúde, prevenção de riscos e agravos e assistência a doentes, implicando a sistematização do conjunto de práticas que vem sendo desenvolvidas para o enfrentamento dos problemas e o atendimento das necessidades de saúde.

A integralidade é um atributo do modelo de atenção integral à saúde, que contempla o conjunto de ações de promoção da saúde, prevenção de riscos e agravos, assistência e recuperação.

Um modelo integral, portanto, é aquele que dispõe de estabelecimentos, unidades de prestação de serviços, pessoal capacitado e recursos necessários à produção de ações de saúde que vão desde as ações inespecíficas de promoção da saúde em grupos populacionais definidos, às ações específicas de vigilância ambiental, sanitária e epidemiológica dirigidas ao controle de riscos e danos, até

ações de assistência e recuperação de indivíduos enfermos, sejam ações para a detecção precoce de doenças, sejam ações de diagnóstico, tratamento e reabilitação.

6.2 A Organização do Sistema Único de Saúde

O debate em torno das estratégias de mudança do sistema de serviços de saúde de modo a que este venha a garantir a integralidade do cuidado não é novo, tendo ocorrido em várias partes do mundo desde o século passado.

As políticas e reformas desenvolvidas em vários sistemas de saúde no mundo contribuíram para a sistematização de vários princípios organizativos, que foram assumidos, em nossa legislação, como diretrizes estratégicas para a organização do SUS.

São elas a descentralização da gestão dos recursos, a regionalização e hierarquização das unidades de produção de serviços e a integração das ações promocionais, preventivas e curativas.

6.2.1 Descentralização

A descentralização da gestão do sistema implica na transferência de poder de decisão sobre a política de saúde do nível federal para os estados e municípios. Esta transferência ocorre a partir da redefinição das funções e responsabilidades de cada nível de governo com relação à condução político administrativa do sistema de saúde em seu respectivo território (nacional, estadual, municipal), com a transferência, concomitante, de recursos financeiros, humanos e materiais para o controle das instâncias governamentais correspondentes.

6.2.2 Regionalização e Hierarquização

A regionalização e a hierarquização dos serviços dizem respeito à forma de organização dos estabelecimentos entre si e com a população usuária.

A regionalização dos serviços implica a delimitação de uma base territorial para o sistema de saúde, que leva em conta a divisão político-administrativa do país, mas também contempla a delimitação de espaços territoriais específicos para a organização das ações de saúde, subdivisões ou agregações do espaço político-administrativo.

A hierarquização dos serviços, por sua vez, diz respeito à possibilidade de organização das unidades segundo grau de complexidade tecnológica dos serviços, isto é, o estabelecimento de uma rede que articula as unidades mais simples às unidades mais complexas, através de um sistema de referência e contra referência de usuários e de informações.

O processo de estabelecimento de redes hierarquizadas pode também implicar o estabelecimento de vínculos específicos entre unidades (de distintos graus de complexidade tecnológica) que prestam serviços de determinada natureza, como por exemplo, a rede de atendimento a urgências/emergências, ou a rede de atenção à saúde mental.

6.2.3 Integração

Finalmente, a integração entre as ações promocionais, preventivas e curativas consiste na possibilidade de se estabelecer um perfil de oferta de ações e serviços do sistema que contemple as várias alternativas de intervenção sobre os problemas de saúde em vários planos de sua história social, abarcando intervenções sobre condições de vida, riscos e danos à saúde.

Cabe registrar a distinção entre integralidade e integração, termos que por vezes se confundem no debate acerca da organização dos serviços de saúde.

Se a integralidade, como posto anteriormente, é um atributo do modelo, algo que o modelo de atenção à saúde deve ser, a integração é um processo, algo a fazer para que o modelo de atenção seja integral.

A construção de um modelo de atenção integral à saúde pressupõe, portanto, o desenvolvimento de um processo de implantação de ações que não são desenvolvidas no sistema de saúde, ao mesmo tempo em que se promove a integração, tanto vertical quanto horizontal de ações que são desenvolvidas.

No primeiro caso, situam-se, por exemplo, as ações de vigilância ambiental, sanitária e epidemiológica, escassamente desenvolvidas na maioria dos nossos sistemas municipais de saúde, bem como as ações de promoção da saúde, praticamente inexistentes em nosso sistema como um todo.

6.3 O Financiamento da Saúde

De todos os artigos que compõem a Seção que trata da Saúde na CRFB de 1988, o que mais interessa ao objetivo do presente trabalho é o artigo 198, na redação dada pela Emenda Constitucional (EC) 29, de 13 de setembro 2000.

Isto porque tal emenda, ao determinar que, por meio de Lei Complementar (LC), seriam definidos os percentuais que a União, os Estados e os Municípios aplicariam na área da saúde, deixou clara sua importância para a sociedade brasileira, explicitando ainda mais a prioridade para esta área que deve ser dada na alocação dos recursos públicos.

Previu referida Emenda, por meio de artigo acrescido ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)⁶, regras a serem aplicadas pela União, Estados

⁶ Art. 77. Até o exercício financeiro de 2004, os recursos mínimos aplicados nas ações e serviços públicos de saúde serão equivalentes:

I – no caso da União:

a) no ano 2000, o montante empenhado em ações e serviços públicos de saúde no exercício financeiro de 1999 acrescido de, no mínimo, cinco por cento;

b) do ano 2001 ao ano 2004, o valor apurado no ano anterior, corrigido pela variação nominal do Produto Interno Bruto – PIB;

II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, doze por cento do 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; e

e Municípios até 2004, quando então deveriam ser aplicados os dispositivos da Lei Complementar cuja promulgação nela estava prevista.

Ocorre que tal LC não foi promulgada na época devida⁷, só vindo a ser novamente debatida a partir de dezembro de 2007, em razão da derrota da União em prorrogar a Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF)⁸.

Passados mais de três anos de discussões, foi finalmente publicada a LC 141, de 13 de janeiro de 2012, regulamentando a EC 29.

Dentre os dispositivos aprovados, destaca-se o artigo 5º, que manteve a obrigação de a União aplicar o montante correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior acrescido de, no mínimo, o percentual correspondente à variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB) ocorrida no ano anterior e os artigos 6º e 7º, que igualmente mantiveram a exigência de os Estados e Municípios, aplicarem, respectivamente, no mínimo 12% e 15% da arrecadação com impostos e o Distrito Federal de 12% a 15%, conforme se trate de tributo de natureza estadual ou distrital.

Merecem destaque ainda os artigos 3º e 4º, que estabelecem o que deve ser considerado para se calcular se o valor investido está de acordo com o que prevê a lei. Valem, portanto, apenas as aplicações em ações e serviços públicos de saúde

III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, quinze por cento do 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.

§ 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que apliquem percentuais inferiores aos fixados nos incisos II e III deverão elevá-los gradualmente, até o exercício financeiro de 2004, reduzida a diferença à razão de, pelo menos, um quinto por ano, sendo que, a partir de 2000, a aplicação será de pelo menos sete por cento.

§ 2º Dos recursos da União apurados nos termos deste artigo, quinze por cento, no mínimo, serão aplicados nos Municípios, segundo o critério populacional, em ações e serviços básicos de saúde, na forma da lei.

§ 3º Os recursos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios destinados às ações e serviços públicos de saúde e os transferidos pela União para a mesma finalidade serão aplicados por meio de Fundo de Saúde que será acompanhado e fiscalizado por Conselho de Saúde, sem prejuízo do disposto no art. 74 da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

⁷ Neste intervalo se aplicou o disposto no parágrafo 4º do já transcrito artigo 77 do ADCT:

"§ 4º Na ausência da lei complementar a que se refere o art. 198, § 3º, a partir do exercício financeiro de 2005, aplicar-se-á à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios o disposto neste artigo" (BRASIL, 1988).

⁸ "No dia 13 de dezembro de 2007, o Senado Federal rejeitou a proposta de prorrogação da CPMF até 2011, cessando a cobrança do tributo no dia 31 de Dezembro do mesmo ano." (G1, 2007)

de acesso universal, igualitário e gratuito, o que inclui controle sanitário e de epidemias, compra de medicamentos e equipamentos médicos, reforma de unidades de saúde, desenvolvimento tecnológico e capacitação de pessoal. Não se consideram, porém, gastos com pagamento de aposentadoria e pensões, merenda escolar, limpeza urbana, preservação ambiental e assistência social foram vedados.

7 A RESERVA DO POSSÍVEL E AS LEIS ORÇAMENTÁRIAS

7.1 Reserva do Possível

Ainda que parte significativa dos recursos públicos tenha sido constitucionalmente vinculada ao atendimento das demandas relacionadas à saúde, o fato é que a preponderância da dimensão prestacional dos direitos sociais dificulta sua concretização. E a reserva do possível significa, justamente que não se pode exigir do Estado além daquilo que é financeiramente possível.

Segundo Miranda (1990, p. 348):

[...] a efectivação dos direitos económicos, sociais e culturais não depende apenas da aplicação das normas constitucionais concernentes à organização económica. Depende, também, e sobretudo, dos próprios factores económicos, assim como – o que nem sempre é suficientemente tido em conta – dos condicionalismos institucionais, do modo de organização e funcionamento da Administração pública e dos recursos financeiros.

O conceito de reserva do possível teve origem em caso julgado em 1972 pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. Discutia-se na hipótese a compatibilidade de dispositivos de leis estaduais que restringiam o acesso ao curso de medicina, com a garantia à liberdade de escolha da profissão prevista na Lei Fundamental Alemã (OLSEN, 2006, p. 229).

Decidiu o Tribunal que a prestação exigida do Estado deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal forma que não seria razoável impor ao Estado a obrigação de proporcionar ao curso de medicina de todos os interessados.

A doutrina, no entanto, critica a importação da reserva do possível pelo sistema brasileiro, em razão da grande diferença sócio econômica entre os dois países. Neste sentido a Krell (2002, p. 108-109):

Devemos nos lembrar que os integrantes do sistema jurídico alemão não desenvolveram seus posicionamentos para com os direitos sociais num Estado de permanente crise social e milhões de cidadãos socialmente excluídos. Na Alemanha – como nos países centrais – não há um grande contingente de pessoas que não acham vagas nos hospitais mal equipados da rede pública; não há a necessidade de organizar a produção e distribuição da alimentação básica a milhões de indivíduos para evitar sua subnutrição ou morte; não há altos números de crianças e jovens fora da escola; não há pessoas que não conseguem sobreviver fisicamente com o montante pecuniário de assistência social que recebem, etc.

7.1.1 Reserva do Possível e Mínimo Existencial

Diverge a doutrina quanto à relação existente entre a reserva do possível e o mínimo existencial, no qual se inclui o direito à saúde, como demonstrado em capítulo anterior.

Segundo Galdino (2002, p. 188) a reserva do possível seria integrante dos direitos fundamentais, e a escassez de recursos financeiros não seria um elemento de restrição à efetividade do direito fundamental, e sim uma condicionante da própria existência do direito:

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

No mesmo sentido Amaral e Melo (2008, p. 101), para quem “a escassez faz parte da definição, da delimitação em concreto do próprio direito”, de forma que, prosseguem, “a chamada 'reserva do possível' é elemento integrante”.

Para a maioria da doutrina, porém, a aplicação da reserva do possível encontra limite quando se está diante de direitos relacionados ao mínimo existencial.

Sarlet e Figueiredo (2008, p. 30) a reserva do possível não se enquadra como elemento integrante dos direitos fundamentais, tratando-se, na verdade, de espécie de limite jurídico e fático e, em alguns casos, verdadeira garantia:

Por outro lado, não nos parece correta a afirmação de que a reserva do possível seja elemento integrante dos direitos fundamentais, como se fosse parte de seu núcleo essencial ou mesmo como se estivesse enquadrada no âmbito do que se convencionou denominar de limites imanentes dos direitos fundamentais. A reserva do possível constituiu, em verdade (considerada toda a sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflito de direitos, quando se cuidar da invocação – desde que observados os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos fundamentais – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental.

Segundo os autores (p. 42-43), quando se tratar de direitos relacionados ao mínimo existencial, a reserva do possível não pode por si só ser fundamento para impedir a satisfação do direito:

[...] em matéria de tutela do mínimo existencial [...] há que reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações e uma cogente tutela defensiva, de tal sorte que, em regra, razões vinculadas à reserva do possível não devem prevalecer como argumento a, por si só, afastar a satisfação do direitos e exigência do cumprimento dos deveres, tanto conexos quanto autônomos, já que nem o princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária nem o da separação dos poderes assumem feições absolutas.

Ressaltam (p. 42-43) serem irrelevantes as questões relacionadas à reserva do possível, se aferidas no caso concreto, mediante produção de prova submetida ao contraditório, a real necessidade da prestação pleiteada e a efetiva relação com o mínimo existencial.

Torres (2008, p. 81-82), por sua vez, entende que a proteção do mínimo existencial não se sujeita à reserva do possível, uma vez que tais direitos se encontram nas garantias institucionais da liberdade, na estrutura dos serviços públicos essenciais e na organização de estabelecimentos públicos:

A proteção positiva do mínimo existencial não se encontra sob a reserva do possível, pois sua fruição não depende do orçamento nem de políticas públicas, ao contrário do que acontece com os direitos sociais. Em outras palavras, o Judiciário pode determinar a entrega das prestações positivas, eis que tais direitos fundamentais não se encontram sob a discricionariedade da Administração ou do Legislativo, mas se compreendem nas garantias institucionais da liberdade, na estrutura dos serviços públicos essenciais e na organização de estabelecimentos públicos (hospitais, clínicas, escolas primárias, etc.).

Barcellos (2002, p. 252) adota uma posição ainda mais rígida da definição do conceito de mínimo existencial. Para a autora, o mínimo existencial constitui o conteúdo mais essencial do princípio da dignidade da pessoa humana, que, por esse motivo, deve ser aplicado como uma regra, sem margem à ponderação:

[...] uma fração do princípio da dignidade da pessoa humana, seu conteúdo mais essencial, está contida naquela esfera do consenso mínimo assegurada pela Constituição e transformada em matéria jurídica. É precisamente aqui que reside a eficácia jurídica positiva ou simétrica e o caráter de regra do princípio constitucional. Ou seja: a não realização dos efeitos compreendidos nesse mínimo constitui uma violação ao princípio constitucional, no tradicional esquema do “tudo ou nada”, podendo-se exigir judicialmente a prestação equivalente. Não é possível ponderar um princípio, especialmente o da dignidade da pessoa humana, de forma irrestrita, ao ponto de não sobrar coisa alguma que lhe confira substância; também a ponderação tem limites.

Prossegue (p. 252) afirmando que a reserva do possível pode conviver com o mínimo existencial, mas em primeiro lugar devem ser atendidas as demandas relacionadas a esse mínimo, para que só então possa haver discussão sobre a aplicação dos recursos públicos remanescentes:

A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial) estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.

Para Emerson Garcia⁹, a reserva do possível somente poderia prevalecer em relação ao mínimo existencial se comprovada total impossibilidade fática, ou seja, total ausência de recursos, sucumbindo, no entanto, diante da mera falta de previsão orçamentária:

⁹ GARCIA, Emerson. O direito à educação e suas perspectivas de efetividade. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 480, 30 out. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5847>>. Acesso em: 18 jul. 2014.

Tratando-se de impossibilidade jurídica, o que decorreria não da ausência de receita, mas da ausência de previsão orçamentária para a realização da despesa, deverá prevalecer o entendimento que prestigie a observância do mínimo existencial. Restando incontroverso o descompasso entre a lei orçamentária e os valores que integram a dignidade da pessoa humana, entendemos deva esta prevalecer, com o conseqüente afastamento do princípio da legalidade da despesa pública.

Nessas hipóteses, segundo o Autor¹⁰, o Poder Judiciário poderia autorizar a realização dos gastos, com base na razoabilidade e ponderação, cabendo ao Poder Executivo realocar despesas para cumprir a efetivação dos direitos:

Como desdobramento do que vem de ser dito, poderá o Poder Judiciário, a partir de critérios de razoabilidade e com a realização de uma ponderação responsável dos interesses envolvidos, determinar a realização dos gastos na forma preconizada, ainda que ausente a previsão orçamentária específica. Caberá ao Poder Executivo, nos limites de sua discricão política, o contingenciamento ou o remanejamento de verbas visando a tornar efetivos os direitos que ainda não o são.”

7.1.2 Jurisprudência do STF

Em relação à Reserva do Possível, merece destaque a decisão proferida pelo Ministro do STF Celso de Mello no bojo da Medida Cautelar na ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, em que se debatia o veto presidencial a artigo da Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2003 (Lei 10.707/03) que afastava a imposição constitucional que estabelece percentuais mínimos para aplicação de verbas públicas em gastos com o sistema de saúde.

Embora tenha sido determinado o arquivamento da ação por perda superveniente de objeto, uma vez que, após a propositura da ADPF, o Poder Executivo voltou atrás e enviou um Projeto de Lei que reproduziu o preceito vetado, foram feitas diversas considerações importantes, conforme se verifica pela leitura da ementa do julgado:

¹⁰ *Ibidem.*

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da Liberdade de Conformação do Legislador. Considerações em torno da cláusula da 'Reserva do Possível'. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do 'mínimo existencial'. Viabilidade instrumental da Arguição de Descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).

Na análise efetuada, o Ministro Celso de Mello explicitou que:

[...] a cláusula da 'reserva do possível' – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente auferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

8 A IMPORTÂNCIA DAS LEIS ORÇAMENTÁRIAS

Segundo Baleeiro (2004, p. 411), orçamento é o ato pelo qual o Poder legislativo prevê e autoriza ao Poder Executivo, por certo período e em pormenor, as despesas destinadas ao funcionamento dos serviços públicos e outros fins adotados pela política econômica ou geral do país, assim como a arrecadação das receitas já criadas em lei.

Silva (2010, p, 703), por sua vez, destaca que o orçamento é o processo, é o conjunto integrado de documentos pelos quais se elaboram, se expressam, se aprovam, se executam e se avaliam os planos e programas de obras, serviços e encargos governamentais, com estimativa de receita e fixação das despesas de cada exercício financeiro.

Não há, portanto, como se conceber um Estado organizado sem normas orçamentárias coerentes e que espelhem as necessidades da população. O processo de sua elaboração deve, assim, ser concebido para a realização de grande debate público sobre as políticas públicas a serem implementadas, dentre elas as relacionadas aos serviços de saúde de um país.

O orçamento é o principal instrumento de realização de políticas públicas. Desta forma, a finalidade do Estado, ao obter recursos, para em seguida gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é a de realizar os objetivos fundamentais da CRFB/88 (LEAL, 2006, p. 177).

Conforme enfatiza Piscitelli (2004, p. 18-20):

Seja na produção e fornecimento de bens e serviços públicos, seja atuando nas clássicas funções tendentes a promover o crescimento, a redistribuição e a estabilização, o Estado é o agente fundamental que, por meio de diferentes políticas, pode interferir decisivamente na atividade econômica de qualquer país.

No mesmo sentido Scaff (2006, p.147), ao ressaltar que “como o Estado não cria recursos, mas apenas gerencia os que recebe da sociedade, é imperioso que haja uma correlação entre as metas sociais e os recursos que gerência, seja através de arrecadação própria ou de empréstimos obtidos junto ao mercado.”

Ciente dessa necessidade, o Constituinte Originário instituiu no art. 165 da CRFB/88 um conjunto de regras que norteiam toda a atividade financeira do Estado Brasileiro.

Para que se entenda a importância do orçamento, devem ser estudados os principais aspectos das leis orçamentárias.

8.1 A Dinâmica Orçamentária no Direito Brasileiro

No Brasil, há três leis orçamentárias que materializam o planejamento do Estado. O Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA). Vige, portanto, o que se chama de tripartição do planejamento orçamentário. Deve-se ressaltar, no entanto, que, embora em termos formais, o orçamento se espalhe por três documentos distintos, em termos materiais sua ideia é uma, devendo assim as leis se integrarem de forma harmônica e finalística.

As leis orçamentárias são de iniciativa do Chefe do Poder Executivo nas três esferas de Governo. Tal iniciativa é vinculada, estabelecendo o artigo 35, §2º do ADCT da CRFB/88¹¹ prazos de remessa dos projetos para o Poder Legislativo.

¹¹ “§ 2º - Até a entrada em vigor da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9º, I e II, serão obedecidas as seguintes normas:

I - o projeto do plano plurianual, para vigência até o final do primeiro exercício financeiro do mandato presidencial subsequente, será encaminhado até quatro meses antes do encerramento do primeiro exercício financeiro e devolvido para sanção até o encerramento da sessão legislativa;
II - o projeto de lei de diretrizes orçamentárias será encaminhado até oito meses e meio antes do encerramento do exercício financeiro e devolvido para sanção até o encerramento do primeiro período da sessão legislativa;
III - o projeto de lei orçamentária da União será encaminhado até quatro meses antes do encerramento do exercício financeiro e devolvido para sanção até o encerramento da sessão legislativa.” (BRASIL, 1988).

8.1.1 Plano Plurianual

O PPA encontra previsão no art. 165, §1º da CRFB/88¹² e materializa o planejamento de longo prazo no qual deve constar toda a programação a ser executada ao longo dos próximos quatro anos, com vistas à promoção do desenvolvimento econômicos e do equilíbrio regional.

Deve-se ressaltar que nenhum investimento que dure mais de um exercício financeiro pode ser executado sem que esteja previsto no PPA, sob pena de crime de responsabilidade¹³.

8.1.2 Lei de Diretrizes Orçamentárias

Cabe à LDO materializar anualmente o PPA, além de orientar a confecção da LOA. Nos termos do artigo 165, § 2º da Constituição Federal:

A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subseqüente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.

Algumas observações devem ser feitas em relação à LDO. A primeira delas diz respeito à sua iniciativa.

A LDO foi importada da França e da Alemanha, países com regime de governo parlamentarista. Diferentemente do que ocorre no Brasil, em que a iniciativa é do Chefe do Poder Executivo, em tais regimes a LDO é de iniciativa do Parlamento.

¹² Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

I - o plano plurianual;

(...)

§ 1º - A lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada (BRASIL, 1988).

¹³ “Art. 167. São vedados:

§ 1º - Nenhum investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro poderá ser iniciado sem prévia inclusão no plano plurianual, ou sem lei que autorize a inclusão, sob pena de crime de responsabilidade” (BRASIL, 1988).

E quanto à tal aspecto surge uma primeira crítica da doutrina. Alegam alguns doutrinadores que, diferentemente do que ocorre nos países parlamentaristas, em que foi concebida, aqui temos a mesma pessoa - Chefe do Poder Executivo - elegendo as diretrizes prioritárias do Governo por meio da LDO e propondo a forma de sua implementação por meio da LOA, o que reduz em muito o debate que, conforme já ressaltado, deve envolver o implemento das políticas públicas.

Outra crítica diz respeito ao desvio de finalidade da LDO. Segundo o artigo 165, § 9º da CRFB/88, cabe à LC:

dispor sobre o exercício financeiro, a vigência, os prazos, a elaboração e a organização do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e da lei orçamentária anual, bem como estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta bem como condições para a instituição e funcionamento de fundos.

Como tal lei ainda não foi editada, têm sido utilizados dispositivos da Lei 4.320, de 17 de março de 1964 e da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) - LC 101, de 4 de maio de 2000. Ocorre que tais diplomas não suprem as demandas inerentes ao processo de elaboração do Orçamento Anual, de tal forma que a LDO, que é uma lei ordinária, acaba por trazer todos os anos dispositivos com tal objetivo, desincumbindo-se assim de funções que o constituinte originário relegou à espécie normativa com rito diferenciado¹⁴.

Tal prática configura grave inconstitucionalidade formal, já que a exigência de lei complementar para a definição dos principais aspectos das leis orçamentárias é indício de que o constituinte não deseja que temas de tamanha importância possam ser alteradas segundo a conveniência dos Governos de ocasião, em prejuízo, uma vez mais, do necessário debate acerca das políticas públicas a serem implementadas.

¹⁴ Pode-se citar como exemplo a previsão nas disposições finais das LDOs da permissão de utilização da LOA do ano anterior ou do projeto de LOA ainda em tramitação em caso de sua não aprovação a tempo para o exercício a que se refere.

8.1.3 Lei Orçamentária Anual

Cabe à LOA materializar todos os anos o planejamento feito no PPA, segundo as diretrizes definidas na LDO.

Segundo o artigo 165 parágrafo 5º da CRFB/88, a LOA compreenderá:

o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público”, “o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto” e “o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.

Ao tratar da LOA, Piscitelli (2004, 18-20) ensina que:

[...] essa lei, com base nas estimativas e autorização para a obtenção de receitas, fixa, até o encerramento da sessão legislativa, os gastos para o exercício seguinte. Este é o calendário previsto, tudo dentro de uma perspectiva de planejamento a médio prazo, com planos plurianual nacionais, regionais e setoriais. E que o planejamento é uma forma de a sociedade, por meio de seus representantes e instituições, aferir suas potencialidades e limitações, coordenando seus recursos e esforços para realizar, por intermédio das estruturas do Estado, as ações necessárias ao atingimento [sic] dos objetivos nacionais.

8.2 **Princípios Orçamentários**

Diversos são os princípios orçamentários, mas os que melhor evidenciam a importância do orçamento como instrumento de efetivação das políticas públicas são princípios constitucionais orçamentários da universalidade, unidade, transparência e do equilíbrio.

8.2.1 Universalidade

O princípio da universalidade encontra-se expressamente previsto no já transcrito artigo 165, § 5º da CRFB/88, bem como no artigo 6º da Lei 4320/64¹⁵.

Significa que o orçamento deve prever todas as receitas, despesas, concessão de subsídios e subvenções e renúncia de receitas.

Conforme Silva (2003, p.146):

O princípio da universalidade foi sempre considerado essencial a uma boa administração orçamentária. Sua formulação, como quase todos os princípios orçamentários, efetivou-se em nome do controle político das atividades financeiras.

8.2.2 Unidade

O princípio da unidade, por sua vez, também expressamente previsto no artigo 165 da CRFB/88, decorre do princípio da universalidade e significa a necessidade de coordenação política entre as normas orçamentárias.

Na definição de Sanches (2004, p.367):

Princípio orçamentário clássico, segundo o qual o orçamento de cada pessoa jurídica de direito público, de cada esfera de governo (União, Estados ou Municípios), deve ser elaborado com base numa mesma política orçamentária, estruturado de modo uniforme e contido num só documento, condenáveis todas as formas de orçamentos paralelos.

Apresenta-se sob duas perspectivas. A unidade entre o PPA, a LDO e a LOA e a unidade na própria LOA, que engloba o Orçamento da Seguridade Social, o Orçamento dos Poderes e o Orçamento de Investimento das Estatais.

Tal princípio se acha igualmente consagrado no art. 2º da Lei nº 4.320/64, que estabelece:

¹⁵ “§6º - O projeto de lei orçamentária será acompanhado de demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia” (BRASIL, 1988).

A Lei de Orçamento conterà a discriminação da receita e despesa de forma a evidenciar a política econômico-financeira e o programa de trabalho do Governo, obedecidos os princípios da unidade, (grifo nosso) universalidade e anualidade.” Acha-se expresso, também, no art. 165 da Constituição, cujo § 5º estabelece: A lei orçamentária anual compreenderá: I- o orçamento fiscal referente aos poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público; II- o orçamento de investimento das empresas [...]; III- o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados.

8.2.3 Transparência

O princípio da transparência encontra-se previsto implicitamente no artigo 165, §§ 5º e 6º da CRFB¹⁶, bem no artigo 48 da LRF, que dispõe serem instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público “os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos.”

8.2.4 Equilíbrio

O princípio do equilíbrio, por sua vez, também se encontra previsto implicitamente no artigo 165, 5º e 6º da CRFB/88, bem como na LRF, só que no artigo 4º, segundo o qual “a lei de diretrizes orçamentárias atenderá o disposto no §2º do art. 165 da Constituição” e disporá também sobre “equilíbrio entre receitas e despesas” e “critérios e forma de limitação de empenho, a ser efetivada nas hipóteses previstas na alínea b do inciso II deste artigo, no art. 9º e no inciso II do § 1º do art. 31;”

¹⁶ Exemplo muito comum é a previsão nas disposições finais das LDOs da permissão de utilização da LOA do ano anterior ou do projeto de LOA ainda em tramitação em caso de sua não aprovação a tempo para o exercício a que se refere.

8.3 Lei de Responsabilidade Fiscal

Em 4 de maio de 2000 foi promulgada a Lei Complementar 101, chamada Lei de Responsabilidade Fiscal, que reafirmou a importância das Leis Orçamentárias como instrumento estratégico de planejamento e manutenção do equilíbrio orçamentário e da estabilidade econômica.

Além dos princípios constitucionais orçamentários nela reafirmados, sobressai na LRF o princípio do equilíbrio fiscal, mais amplo e que transcende o mero equilíbrio orçamentário.

Segundo Nóbrega (2002, p. 32), de acordo com tal princípio, o Estado deverá pautar sua gestão pelo equilíbrio entre receitas e despesa. Dessa forma, toda vez que ações ou fatos venham a desviar a gestão da equalização, medidas devem ser tomadas para que a trajetória de equilíbrio seja retomada.

Por fim, merece destaque o dispositivo da LRF que tornou obrigatório constar na LDO anexos de riscos e de metas fiscais.

9 A DEFICIÊNCIA DAS LEIS ORÇAMENTÁRIAS COMO INSTRUMENTO DE PLANEJAMENTO

A despeito de toda a relevância das Leis Orçamentárias como instrumento de planejamento do Estado no implemento de políticas públicas e concretização dos direitos sociais, a realidade brasileira nos mostra que ainda há um grande caminho a ser percorrido até que o papel para elas traçado pelo Constituinte originário seja alcançado em sua plenitude.

Desta forma, embora a escolha das políticas públicas caiba em princípio ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo, por serem eleitos pelo povo, a deficiência na concretização de direitos sociais priorizados pelo constituinte originário acaba por exigir uma participação ativa do Poder Judiciário na correção das omissões.

O Judiciário passa, assim, à condição de "protagonista da socialização de direitos, cumprindo sua vocação de potencializar, proteger e efetivar os direitos humanos econômicos, sociais e culturais" (VAZ, 2007, p.47).

Como porém deve atuar o Poder Judiciário na garantia do direito fundamental à saúde. Até que ponto tem legitimidade, e como compatibilizar sua atuação com a inevitável escassez de recursos (a despeito da prioridade dada ao financiamento da saúde pelo Constituinte) e a necessidade de respeito às leis orçamentárias, que regem toda a atividade financeira do Estado e são de suma importância para seu funcionamento.

Passa-se então ao estudo dos principais aspectos e questionamentos quanto a esta atuação.

10 O PODER JUDICIÁRIO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Uma primeira observação a ser feita para que se entenda a atuação do Poder Judiciário diz respeito ao seu papel como garantidor dos direitos fundamentais, sejam eles individuais ou sociais. Isto porque a concretização destes, que têm valor intrínseco, ou seja, valor neles próprios, depende da existência de um conjunto de garantias.

Estas, por sua vez, de caráter instrumental, podem ser processuais ou institucionais. As processuais são as ações que se destinam à tutela de direitos fundamentais. São as chamadas ações constitucionais ou remédios constitucionais - mandado de segurança, mandado de injunção, habeas corpus, habeas datas, ação civil pública e ação popular, entre outros.

As institucionais se referem às instituições que se destinam à sua proteção, seja no âmbito do Direito Público, seja no âmbito do Direito Privado. No âmbito do Direito Privado, destacam-se as associações civis, mas é no âmbito do Direito Público que se encontra o Poder Judiciário¹⁷.

Sobre a importância do papel do Poder Judiciário, destaca Lopes (2006, p. 165) que:

De fato, dos anos 80 para cá, assistiu-se ao recurso aos tribunais como forma de garantir a efetividade a declarações de direitos sociais. Este recurso teve dois importantes aspectos: criar uma nova forma de visibilidade para certas demandas e colocá-las sob a linguagem própria do direito, uma linguagem de deveres correlativos e de responsabilidades definidas. Esta nova judicialização contribui para um novo alcance da democracia entre nós. Ao colocar os temas em discussão sob a linguagem do direito dá-se um passo importante - embora ainda de resultados ambíguos - na direção de considerar os direitos sociais como direitos propriamente ditos e não como simples concessões ou benefícios dados por um paternal poder privado ou político.

10.1 Principais Críticas Doutrinárias

A despeito do reconhecido papel do Poder Judiciário como garantidor dos direitos fundamentais, vários autores brasileiros defendem que não cabe aos juízes

¹⁷ Ao lado do Ministério Público, Defensoria Pública e Advocacia pública e privada.

analisar direitos fundamentais sociais, já que a concretização destes dependeria de disponibilidade orçamentária, cuja elaboração, aprovação e implementação cabem exclusivamente aos Poderes Legislativo e Executivo.

Tal afirmação, porém, vai de encontro aos preceitos informadores da própria ordem constitucional brasileira. Isto porque a Constituição de 1988 estabeleceu em seu artigo 3º os objetivos a serem alcançados pelo Estado brasileiro, que independem do governo que estejam em seu comando. Desta forma, o Governo da ocasião deve sempre buscar os objetivos previstos pelo constituinte originário.

As norma orçamentárias, portanto, ao serem elaboradas e concretizadas, devem ter necessária e obrigatória pertinência com os objetivos traçados no art. 3º, bem como com outras contidas no texto constitucional. E se assim não fizerem, caberá ao Poder Judiciário intervir para a corrigir eventuais omissões, ressaltando-se, no entanto, a necessidade de fixação nesse processo de mecanismos de autolimitação.

Ressalta Luis Roberto Barroso¹⁸:

A importância da Constituição – e do Judiciário como seu intérprete maior – não pode suprimir, por evidente, a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo. A Constituição não pode ser ubíqua. Observados os valores e fins constitucionais, cabe à lei, votada pelo parlamento e sancionada pelo Presidente, fazer as escolhas entre as diferentes visões alternativas que caracterizam as sociedades pluralistas. Por essa razão, o STF deve ser deferente para com as deliberações do Congresso. Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos. Juízes e tribunais não podem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida – impondo suas escolhas, suas preferências, sua vontade. Só atuam, legitimamente, quando sejam capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição.

Desta forma, deve o Juiz, ao decidir sobre políticas públicas e reconhecer um direito fundamental a ser atendido, ter ciência de seu papel e buscar não sobrepor-se aos demais Poderes.

Acerca do papel do Juiz acrescenta o mesmo Autor¹⁹:

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista Atualidades Jurídicas*, Brasília, n. 4, jan./fev. 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 16 jul. 2014.

¹⁹ *Ibidem*.

Aqui, porém, há uma sutileza: juízes não podem ser populistas e, em certos casos, terão de atuar de modo contra majoritário. A conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático. Logo, a intervenção do Judiciário, nesses casos, sanando uma omissão legislativa ou invalidando uma lei inconstitucional, dá-se a favor e não contra a democracia.

10.1.1 Falta de Legitimidade

Um dos principais questionamentos, portanto, em relação à atuação do Poder Judiciário na concretização do direito à saúde diz respeito a quem compete escolher as políticas públicas em um regime democrático.

Defende parte da doutrina que a efetivação das políticas públicas cabe, exclusivamente, aos Poderes Executivo e Legislativo, já que os membros do Poder Judiciário, por não serem eleitos, careceriam de legitimidade democrática.

Isto porque os recursos públicos são insuficientes para atender a todas as necessidades sociais, de tal forma que se impõe ao Estado a necessidade permanente de tomar decisões difíceis, investindo recursos nos setores que entende mais importantes.

Tal argumento baseia-se no fato de que os recursos necessários ao custeio dos medicamentos e procedimentos são obtidos por meio da cobrança de tributos, cabendo ao povo, decidir, preferencialmente, por meio de seus representantes eleitos, a forma como os recursos públicos devem ser gastos e que prioridades serão atendidas em cada momento.

Ocorre que tal discussão não é nova, já tendo sido objeto de profundos estudos em razão da ampliação do papel do Poder Judiciário no controle de constitucionalidade das leis a partir da CRFB/88.

O argumento de que somente o voto legitima o poder não prevaleceu, triunfando o entendimento de que a independência na atuação e acima de tudo, a motivação de suas decisões, confere legitimidade ao Poder Judiciário para o controle dos demais Poderes.

Embora, portanto, o déficit de representação política do Poder Judiciário enseje particular preocupação com o elemento legitimador ao agir no implemento de

políticas públicas já definidas e, e especialmente, em sua formulação, substituindo outro Poder que se revelou omissivo no cumprimento de seus deveres, prevalece o entendimento de que o dever de motivação das decisões judiciais, na forma como previsto no artigo 93, inciso IX da CRFB/88²⁰ dá legitimidade e respectiva aptidão para determinar o convencimento e a pacificação social.

Ao tratar do tema da legitimidade, Valle (2009, p. 100) ressalta que enquanto no controle de constitucionalidade o debate se dá no âmbito do conteúdo dos direitos fundamentais, a partir, portanto, do próprio texto constitucional, no controle das políticas públicas, a atuação jurisdicional a ele não se limita, exigindo-se um aspecto mais operacional, de concretização fática dos direitos:

Em matéria de controle de constitucionalidade, o debate que normalmente se estabelece diz respeito ao conteúdo de direitos fundamentais - aqueles assegurados no Texto Fundamental e que não encontram na produção legislativa infra constitucional ou no exercício da função administrativa o seu reconhecimento, ao menos não na extensão identificada pela Corte como devida. Nesse sentido, a assertiva de que o STF se vale, como fundamento de legitimidade de seu agir, da chamada representação argumentativa guarda coerência lógica com o sistema, na medida em que os parâmetros de configuração desses mesmos direitos se situam no texto constitucional, e o exercício que se desenvolve na jurisdição é a argumentação sobre como se combinam e aplicam esses mesmos parâmetros no traçado do conteúdo dos direitos.

Quando se cogita, de outro lado, do controle de políticas públicas - vertente já mais operacional dessa mesma operação de garantia de efetividade de direitos fundamentais - a atuação jurisdicional pode não se identificar em absoluto com a definição do conteúdo propriamente de direitos; ou pode ainda envolver essa delimitação mas também a vários outros temas a serem equacionados, notadamente, na sua transposição para o plano concreto, e em caráter de generalidade aos beneficiários desses mesmos direitos fundamentais.

10.1.2 Violação à Legalidade Orçamentária

Outro argumento utilizado, correlato ao da falta de legitimidade diz respeito à violação da legalidade orçamentária.

²⁰ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

(...)

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação (BRASIL, 2014).

Alega-se que decisões judiciais condenando o Estado a custear prestações em relação a qual não há dotação orçamentária específica representaria violação ao princípio orçamentário e por consequência à separação dos poderes.

Deve-se, considerar, no entanto, como salienta Amaral (2008, p. 102), que embora seja o orçamento o momento máximo da cidadania, em que as escolhas públicas são feitas e controladas, a experiência brasileira nos mostra que ainda há um grande caminho a ser percorrido, diante da hipertrofia do Executivo e da própria desconfiança quanto ao orçamento como meio de melhoria social.

Além disso, se é certo que o perfil ideológico dos partidos políticos influencia as políticas públicas adotadas, privilegiando os de esquerda as que apostam na igualdade de oportunidades e os de direita políticas com um viés mais voltado para o mercado, uma vez comprovado que comprovado que os objetivos da Carta de 1988 não vem sendo observados, não há como se afastar o controle jurisdicional.

A discricionariedade do Poder Executivo e do Poder Legislativo, portanto, para disporem dos recursos públicos é limitada. Não se quer assim, ao se permitir a ingerência do Poder Judiciário, inviabilizar a possibilidade de escolha dos demais Poderes, e sim se garantir que, independentemente da opção política adotada, os objetivos constitucionalmente estabelecidos sejam alcançados.

10.1.3 Deficiência Operacional

Além da falta de legitimidade democrática e da correlata violação à legalidade orçamentária, questiona-se também o preparo técnico e operacional do Poder Judiciário para implementar políticas públicas, não estando o Poder Judiciário preparado para substituir o Poder Executivo na concretização dos direitos sociais.

Tal questionamento tem a ver com a discussão das capacidades institucionais e dos efeitos sistêmicos, expressões que se referem à importância do papel das instituições políticas na aplicação da Constituição.

E esta, por sua vez, envolve a distinção que deve ser feita entre micro e macro justiça. A micro justiça é o domínio da justiça comutativa, que raciocina basicamente na ótica individualista do caso concreto. Já a macro justiça visualiza as

demandas por uma ótica coletiva, de todos os que necessitam da atuação do Estado.

O implemento das políticas públicas deveria, portanto, ser exclusividade dos Poderes Executivo e Legislativo, já que atuariam na ótica da macro justiça, enquanto o Poder Judiciário atuaria na ótica da micro justiça.

A ingerência do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais implicaria na perda desse aspecto mais amplo da situação de pessoas que estão em uma mesma condição, mas que não são autores na demanda.

E isto acabaria por prejudicar a otimização dos escassos recursos públicos, uma vez que somente a atuação por meio da macro justiça, em razão de sua escala, permitiria uma melhor aplicação dos recursos disponíveis.

Segundo Lopes (2008, p. 102):

Engana-se quem acha que o Judiciário deve dar a um cidadão aquilo que este não conseguiu da Administração porque ela não teria como dar a mesma coisa a todos. Se o Judiciário concedesse a um em particular, estaria certamente violando o direito de todos os outros pois atenderia com recursos públicos apenas os que conseguissem chegar a ele.

Prevalece, no entanto, o entendimento de que deve o Poder Judiciário atuar na tutela dos direitos sociais. E não poderia ser diferente. A defesa da não interferência do Poder Judiciário em ações que envolvam a concretização dos direitos sociais importaria em retorno ao passado, em que se entendia por sua não auto aplicabilidade, o que, como já demonstrado, já foi afastado pelo Supremo Tribunal Federal.

Deve-se assim buscar um ponto de equilíbrio, reconhecendo-se a imprescindibilidade do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, mas ao mesmo suas limitações, buscando-se, assim, fixar limites e padrões que permitam dar racionalidade ao sistema como um todo.

10.2 Formas de Intervenção

Atualmente, na busca da efetividade do controle das políticas públicas, tem-se admitido a intervenção jurisdicional no orçamento na fase de execução de dotações

orçamentárias já aprovadas ou na fase de sua composição (em qualquer uma de suas dimensões contidas no art. 165 da CRFB/88).

Os precedentes judiciais, portanto, são de duas ordens. Ora se traduzem diretamente no comando de inclusão de recursos em orçamento para exercícios futuros, ora em decisões que, fixando a conduta concreta a ser desenvolvida pelo Poder Público, determinam preventivamente que, ausentes os recursos públicos indispensáveis a seu financiamento, o custeio da atividade deva advir de outras rubricas orçamentárias²¹.

Divide-se a doutrina uma vez mais. Segundo Valle (2009, p. 109), por exemplo:

Remanejar recursos ou determinar incluir em orçamento futuro constitui estratégia apta, simplesmente, a prover em um determinado cenário de tempo (o exercício em curso e/ ou o subsequente) os meios financeiros indispensáveis ao desenvolvimento de atividades traçadas como devidas pela Administração.

Tais providências, a rigor, nada mais fazem do que superar, pontualmente, o argumento da ausência de fonte de financiamento - sem ter em conta uma perspectiva mais ampla (pelas próprias limitações temporais da vigência dos instrumentos orçamentários).

Prossegue a Autora (p. 109) afirmando que:

Essa solução - se parece boa pelo que importa de avanço em relação aos velhos argumentos paralisantes citados; de outro lado revela ainda uma baixa incorporação pelo direito, do que efetivamente sejam (ou devam ser) orçamento, e ainda, políticas públicas.

Uma vez mais, o risco é de uma determinação de cunho meramente simbólico, que pacifique os espíritos, sem que assegure o reconduzir do agir do poder a um desejável e bem concebido quadro normativo.

Camila Ferreira²², por sua vez, ressalta que o Poder Judiciário, ao intervir, pode gerar efeitos ainda mais danosos do ponto de vista social, uma vez que por meio de sua intervenção determinando o remanejamento de recursos ou prioridades, acaba por bloquear a atuação regularmente prevista de outro Poder, de tal forma que passaria a agir não como meio para que atores políticos determinados atinjam

²¹ Destaca-se a fórmula de se extraírem os recursos orçamentários da rubrica correspondente à verba de propaganda.

²² FERREIRA, Camila Duran et al. O Judiciário e as políticas públicas de saúde no Brasil: no caso AIDS. In: PRÊMIO IPEA 40 anos. Brasília: IPEA, 2006. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.sobreipea/40anos/estudantes/monografia.doc>>. Acesso em: 30 jun. 2014.

objetivos mas sim no sentido de ser ele próprio figura ativa na realocação de recursos estatais, passando os tribunais a serem verdadeiros centros de regulação (positiva ou negativa) de políticas públicas, com considerável capacidade de veto e criação.

Outras dificuldades são ainda apontadas. Uma delas diz respeito ao fato de que sua concretização dificilmente se esgota em um único exercício financeiro, de tal forma que provimentos judiciais que não considerem tal aspecto rapidamente se tornam inócuos.

Além disso, outro problema apontado diz respeito à dificuldade de se quantificarem os recursos financeiros que devem ser remanejados ou incluídos no orçamento para o atendimento da política pública que se pretende implementar ou formular, uma vez que a definição demanda conhecimento prévio de qual a melhor forma de ação ou programa a ser desenvolvido, o que dificulta que se ofereça uma resposta judicial adequada na hipótese de ausência parcial ou total de quantificação da política pública.

Desta forma, alega-se que se corre o risco de se restringirem as ordens judiciais às hipóteses em que os detalhes relacionados ao implemento ou formulação e ao custo da política pública cogitada sejam prévia e totalmente conhecidos, uma vez que ordem judicial que disponha sobre recursos objetivamente expressos no orçamento por certo é de muito mais fácil concretização, uma vez que já existem instrumentos legislativos previstos no texto constitucional e materializados em normas infra constitucionais que viabilizam seu implemento.

E nem se poderia cogitar uma ordem de inclusão ou remanejamento de recursos de forma genérica, sem quantificação de valores, uma vez que a carga de indeterminação seria tão alta que comprometeria ainda mais sua própria observância.

Ocorre que, entre a negativa absoluta de intervenção judicial e a atuação inteiramente substitutiva do Poder Judiciário em relação aos demais Poderes, prevalece a posição de que se deve buscar uma solução intermediária.

Isto porque, conforme as lições de Santos (2007, p. 28), eventual paralisia institucional importa em verdadeiro bloqueio ao desenvolvimento de soluções ao problema da falta de efetividade dos direitos sociais, em especial do direito à saúde.

Desta forma, reconhecido como ator legitimado no cenário da concretização social dos direitos sociais por meio das políticas públicas, deve-se definir um sistema

racional que permita a atuação do Poder Judiciário em consonância com os demais Poderes.

A ordem em ações individuais ou coletivas do simples remanejamento ou previsão futura de recursos não pode ignorar a circunstância de que, diante da escassez de recursos, a destinação de valores a um programa ou ação, evidentemente, significa a diminuição, na mesma proporção, do montante destinado a outras atividades desenvolvidas pelo Poder Público.

Se tal aspecto não for considerado, a atuação do Poder Judiciário, que originalmente envolve o discurso da busca de concretização de uma justiça distributiva, objetivo primordial da concepção dos direitos fundamentais de segunda dimensão, converter-se, do ponto de vista concreto, na consagração de uma espécie de direito à preferência em favor de determinado jurisdicionado ou área de atuação.

Por esta razão, serão abordados a seguir os principais aspectos da atuação do Poder Judiciário na concretização das políticas públicas de saúde, destacando-se decisões do STF e do STJ.

10.2.1 Implemento ou Formulação de Políticas Públicas

Conforme já visto, a prática jurisprudencial tem demonstrado que o conteúdo dos provimentos jurisdicionais podem ser de dois tipos: os que deferem diretamente o pedido feito, a ser implementado por meio de remanejamento de recursos pelo Administrador, e os que determinam a inclusão em orçamento futuro de verba para seu atendimento.

Distinguir as duas hipóteses, ou seja, quando a demanda envolve tão somente a implementação de políticas públicas na tutela judicial da auto vinculação determinada pelas políticas públicas ou ainda quando ele se reporta à sua formulação é de extrema importância para que se definam os limites de atuação do Poder Judiciário.

Na primeira hipótese, o controle se dá a partir da própria política pública já existente. Não se tem aqui uma atuação substitutiva do Judiciário, e sim função jurisdicional típica de compelir os demais Poderes a cumprirem o objetivo com o qual

se comprometam ao editarem normas estabelecendo determinadas políticas públicas.

Já na formulação da políticas públicas, não se trata de reforço jurisdicional à auto vinculação dos demais Poderes a políticas públicas por eles já estabelecidas, e sim decisão em que o Poder Judiciário os substitui, estabelecendo novas políticas a serem implementadas.

10.2.2 Implemento de Políticas Públicas

As ações judiciais que envolvam o implemento de políticas públicas com as quais já se comprometeram os demais Poderes exigem menor esforço probatório por parte dos autores. Além disso torna-se mais fácil a fundamentação de decisão de deferimento do pleito por parte do Poder Judiciário, uma vez que já estão fixados expressamente na norma os parâmetros que permitem verificar a violação dos direitos alegada.

Decisão emblemática que trata do implemento de políticas públicas foi a proferida na SL nº 228, julgada em 14.10.2008, DJ de 21.10.2008, em que se discutia liminar proferida em face da União, Estado do Ceará e Município de Sobral, determinando a transferência de todos os pacientes necessitados de atendimento em Unidades de Tratamento Intensivo (UTIs) para hospitais públicos ou particulares com unidades disponíveis, bem como que no prazo máximo de 90 dias se desse início a ações para a instalação e funcionamento de 10 leitos de UTIs adultas, 10 leitos de UTIs neonatais e 10 leitos de UTIs pediátricas.

O primeiro aspecto que merece destaque no julgado diz respeito ao reconhecimento do direito à saúde como um direito fundamental social individual e coletivo que pode ser extraído da redação do artigo constitucional artigo 196 da CRFB/88.

O segundo diz respeito à afirmação de não ser o direito à saúde um direito absoluto. Decidiu o Tribunal:

[...] não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize. Há um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde.

Tal afirmação, se por um lado limita o alcance do direito social à saúde, na medida em que restringe a abrangência a lhe ser deferida pela respectiva política pública, dever do Estado no campo da dimensão objetiva, e direito subjetivo público do cidadão, por outro reforça o dever constitucional de enunciação de políticas públicas aos quais se auto vinculará o Administrador Público.

Na hipótese, portanto, já havia política pública formulada, uma vez que definidos os critérios para a instalação de leitos hospitalares, de tal forma que a quantificação do número de leitos de UTIs exigido judicialmente decorria de instrumentos normativos emanados do sistema SUS²³ e portanto, da estrutura constitucionalmente prevista como própria ao traçado de políticas públicas no segmento.

Por fim, deve-se ressaltar a crítica feita pela doutrina em relação ao bloqueio direto de verbas públicas. Segundo Scaff (2008, p. 160/161):

Esta, a meu ver, é a pior fórmula que existe, pois destrói a possibilidade de planejamento financeiro público, e solapa a capacidade organizacional de qualquer governo. A alocação das verbas passa a ser determinada de forma pontual pelo Poder Judiciário, através de decisões individualizadas ou grupais, e não de forma global, como só pode ser feito através de normas – leis, decretos, portarias e outros atos similares que compõem aquilo que se convencionou chamar de 'política pública', que não se esgota em um único ato normativo, mas se configura na disposição organizada e coordenada de em um conjunto deles.

²³ A Portaria MS/GM nº 1.101, de 13.06.2002 estabelece os parâmetros de cobertura assistencial no âmbito do SUS, especificando a quantidade mínima de leitos de Unidades de Tratamento Intensivo de acordo com o número de habitantes de cada região: '3.5. Necessidade de Leitos Hospitalares. Em linhas gerais, estima-se a necessidade de leitos hospitalares da seguinte forma: a) *Leitos Hospitalares Totais* 2,5 a 3 leitos para cada 1.000 habitantes; b) *Leitos de UTI*: calcula-se, em média, a necessidade de 4% a 10% do total de Leitos Hospitalares; (média para municípios grandes, regiões, etc.); c) *Leitos em Unidade de Recuperação (pós-cirúrgico)*: calcula-se, em média, 2 a 3 leitos por Sala Cirúrgica; d) *Leitos para pré-parto*: calcula-se, no mínimo, 2 leitos por Sala de Parto (BRASIL, 2002)

A Portaria MS/GM nº 3.432, de 13.08.1998, alterada pela Portaria nº 332, de 28.03.2000, por sua vez, estabelece critérios de classificação para as Unidades de Tratamento Intensivo tomando obrigatória a existência de leitos de UTI neonatal nas unidades que possuam maternidade de alto risco (BRASIL, 1998).

Deve, portanto, ser evitada tal prática, uma vez que extremamente nociva ao planejamento governamental, só vindo a ser usada em situação de extrema urgência e como último recurso para o cumprimento de ordem judicial.

10.2.3 Formulação de Políticas Públicas

Toda decisão judicial em matéria de controle de políticas públicas tem pretensão transformadora de um cenário de inércia ou insuficiência da ação dos demais Poderes, ressaltando-se a importância da motivação como fator de legitimação.

E a motivação é ainda mais fundamental quando se trata de decisão judicial substitutiva, em que se determinam condutas ao administrador no sentido de instituir políticas públicas, de tal forma que não será legítima a decisão se não acompanhada de fundamentação que justifique a necessidade da atuação do Poder Judiciário para a concretização do resultado que se pretende alcançar.

Desta forma, como fundamento de sua legitimação, deve-se demonstrar na decisão judicial, com base em uma fase de instrução probatória que investigue as políticas públicas existentes e em concretização, que houve violação à dimensão objetiva dos direitos fundamentais expressa pelo descumprimento por parte da Administração de seu dever de garantia, bem como que se justifica a atuação jurisdicional para a tutela dos direitos fundamentais em risco.

Alceu Marinho Júnior²⁴ aponta as vantagens da intervenção por meio das leis orçamentárias. Ressalta o Autor:

Por outro lado, a intervenção via orçamento tem o mérito de minimizar os aspectos normalmente apontados como negativos em relação ao controle judicial. Em relação ao princípio da separação de poderes, compatibiliza-se a competência judicial com a dos outros órgãos da soberania, atuando o Judiciário apenas residualmente. Também se apresenta razoável solução para o problema da inadequação do Judiciário e dos procedimentos judiciais nas questões sobre a alocação dos recursos. Isto porque, intervindo através do orçamento, os juízes não conduzirão as políticas públicas, mas apenas determinarão que se atenda a uma necessidade

²⁴ MARINHO JUNIOR, Alceu. A Revisão Judicial das Escolhas Orçamentárias e a Efetivação dos Direitos Fundamentais. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 15, jan. /mar. 2007. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 25 jun. 2014.

específica, deixando a cargo do legislador e do administrador a escolha dos meios necessários. E, principalmente, mantendo elevada parcela de discricionariedade com o Legislativo e o Executivo, a intervenção judicial através do orçamento prestigia o princípio democrático.

Aponta, ainda, Lopes (2008, p. 189) a vantagem de o Poder Judiciário, ao reconhecer que o orçamento não possibilita o exercício de um direito social devido, fixar ao Estado metas e prazos para realização de novos programas e investimentos, sob as penas previstas em lei. Explica o Autor²⁵:

Políticas são conjuntos integrados de iniciativas e ações unificadas por um propósito final (meta) e propósito de caráter coletivo que se avalia pela redução do risco. Isto é, uma solução que me parece adequada e que contornaria com bastante racionalidade a decisão tudo-ou-nada é a decisão progressiva, pela qual o juiz, à semelhança do que faz nos processos de falência, de recuperação judicial de empresas ou mesmo de alimentos, permite às partes chegarem a um acordo em que aos poucos se ajusta a conduta do Estado ao pedido.

10.3 Demandas Individuais e Coletivas

No campo das ações de saúde, duas espécies de demandas distintas se apresentam ao conhecimento Poder Judiciário.

A primeira delas diz respeito àquelas em que a partir da afirmação da inexistência ou insuficiência das políticas públicas de saúde se pretende uma prestação individual, com fundamento no argumento da proteção à vida ou à dignidade da pessoa humana.

A segunda se refere às demandas em que, por sua natureza ou pelo conteúdo do provimento que se discute, o tema do direito à saúde se apresenta sob uma perspectiva coletiva, exigindo-se uma atuação de cunho universal e igualitário em favor de um determinado segmento identificado ou que possa se identificar de pessoas; ou ainda a alteração de ações públicas relacionadas à superação de determinada deficiência nas estruturas de atendimento a um determinado tipo de serviço.

²⁵ *Ibidem.*

Em relação às demandas individuais, argumenta-se que o Juiz, preocupado com a solução dos casos concretos (micro justiça), ignora outras carências relevantes e a necessidade de gerenciar recursos limitados para o atendimento de demandas ilimitadas (macro justiça).

Desta forma, somente uma discussão coletiva e abstrata, por iniciativa de legitimados ativos melhor preparados (Ministério Público, associações etc.), viabilizaria o exame do contexto geral das políticas públicas discutidas (o que em regra não ocorre, até por sua inviabilidade, no contexto de ações individuais), impedindo ou diminuindo distorções e no acesso às prestações de saúde por meio do Poder Judiciário.

Além disso, a atuação do Judiciário não geraria desperdício de recursos públicos, nem a desorganização da atuação administrativa, possibilitando ao Poder Público estruturar seus serviços de forma mais organizada e eficiente.

Somente na esfera coletiva ou abstrata, portanto, seria viável o examine da alocação de recursos e a definição de prioridades em caráter geral, de modo que a discussão será prévia ao eventual embate pontual entre micro e macro justiça.

Nesse sentido o entendimento de Timm (2008, p. 67), ao comentar sobre a ação coletiva:

Isso porque esta é a ação apropriada para a defesa de direitos coletivos e transindividuais, como devem prioritariamente ser entendidos os direitos sociais, onde justamente os direitos não devem ser apropriados por um indivíduo em prejuízo de toda a sociedade. Como já salientado aqui, devem ser, estes direitos sociais, concedidos a todas as pessoas que se encontrem na mesma situação fática. [...] E a ação coletiva é este mecanismo que permite atingir todas as pessoas que se encontrem na mesma situação fática sem a necessidade de recorrer a um sem número de processos iguais que abarrotam as cortes com discussões idênticas.

E as vantagens das ações coletivas são ainda maiores se ampliada a participação popular em sua tramitação no processo decisório e na implementação da decisão. É o que ressalta Lima (2005, p. 191):

Conclui-se, portanto, que a participação da sociedade civil é extremamente importante nesse processo de efetivação dos direitos socioeconômicos. A sociedade organizada deve ajudar o Judiciário tanto no processo de tomada da decisão, fornecendo informações capazes de enriquecer a argumentação, quanto na fase de cumprimento das ordens judiciais, fiscalizando, monitorando, reivindicando ou até mesmo coordenando o processo de implementação das ações públicas determinadas pelos juízes.

Em relação à participação nas escolhas públicas por meio do Judiciário, acrescenta Suzana da Costa²⁶:

As ações coletivas, algumas vezes propostas por cidadãos (ação popular) e associações (ação civil pública), são um bom exemplo de demandas judiciais que permitem a participação popular. Nessas demandas, a sociedade civil pode introduzir à apreciação do Poder Judiciário questões referentes, dentre outras, à ética dos agentes estatais e à moralidade do ato administrativo, à concretização de princípios constitucionais e, portanto, à escolha sobre políticas públicas.

Nesse sentido, ressalta Faria (2005, p. 29) que a magistratura:

[...]sempre esteve voltada para os processos judiciais de interesse individual oriundos de um universo microjurídico, precisa agora despertar para as 'situações limite' e para os 'casos difíceis', de grande interesse coletivo e com enormes repercussões no universo macrojurídico.

Embora, porém, se reconheça que somente nas ações coletivas seja possível se ter uma ideia realista das dimensões da necessidade (e.g., qual o custo médio, por mês, do atendimento de todas as pessoas que se qualificam como usuárias daquele medicamento) e qual a quantidade de recursos disponível como um todo, e que a decisão eventualmente tomada no âmbito de uma ação coletiva ou de controle abstrato de constitucionalidade, por produzir efeitos erga omnes, na forma como definidos pela legislação, preserva a igualdade e universalidade no atendimento da população, o fato é que, em uma situação de urgência não há como se negar o provimento jurisdicional.

Dito isto, passa-se à análise da jurisprudência.

Merece destaque no âmbito do STF a decisão monocrática proferida pelo Ministro Relator Celso de Mello no bojo da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45, publicada no DJ de 04.05.2004, que se refere especificamente às políticas públicas de saúde sob sua perspectiva coletiva e que inaugurou posicionamento reiteradamente reafirmado em decisões posteriores.

Neste precedente, embora a decisão envolvesse, na verdade, o reconhecimento da perda de objeto da demanda, foi afirmada pelo relator a

²⁶ COSTA, Susana Henriques da. A participação popular nas escolhas públicas por meio do Poder Judiciário: o papel das ações coletivas. In:_____. *Material da 4ª aula da Disciplina Direito Constitucional Aplicado*, [200-]. Disponível em: <<http://www.ifg.com.br/pos-graduacao>>. Acesso em: 27 jul. 2014.

viabilidade do uso da ADPF para fins de controle de políticas públicas. Ressaltou, ainda, em relação à atuação do STF e, por consequência, de todo o Poder Judiciário, que:

[...] esta Corte não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tomar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais - que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas; sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional.

Outra decisão importante foi a proferida nos autos da STA nº 185, de Relatoria da Ministra Presidente, Ellen Gracie, julgada em 10.12.2007, DJ de 14.12.2007²⁷, na qual se destacou a importância da consideração dos efeitos de uma ordem judicial que tenha por objetivo o remanejamento de verbas originalmente destinadas a outras políticas públicas de saúde, ressaltando-se o risco de “problemas de alocação dos recursos públicos indispensáveis ao financiamento do Sistema Único de Saúde em âmbito nacional”.

Além de tecer considerações sobre os efeitos financeiros de decisões que tratem das políticas públicas, destacou-se na decisão a importância, em matéria de direito à saúde, da análise das particularidades do caso concreto, único critério possível de decisão do conflito entre o dever de promoção à saúde e à vida e o planejamento das ações e reserva do possível de outro.

De acordo com a decisão, o contorno fático que se coloca é elemento imprescindível, razão pela qual o STF tem negado pretensões de caráter genérico, envolvendo obrigações de cunho prestacional:

[...] as decisões proferidas em pedido de suspensão, nesses casos, restringem-se ao caso específico analisado, não se estendendo os seus efeitos e as suas razões a outros casos, por se tratar de medida tópica, pontual.

Por fim, merece citação a decisão proferida na STA nº 267/PR, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, julgada em 22.12.2008, e publicada em DJ de 03.02.2009, em que se discutia ordem judicial proferida nos autos de ação civil pública oferecida em

²⁷ Em consonância com o já anteriormente decidido nas SS nºs 3.201 e 3.274, em que se associava igualmente o conteúdo do mencionado art. 196 CF a um dever objetivo do Estado de desenvolvimento de uma política pública de saúde, dever esse suscetível de controle judicial.

face da União, para a contratação emergencial de 75 (setenta e cinco) profissionais de saúde e posterior convocação de concurso público para provimento de vagas destinadas à Unidade de Transplante de Medula Óssea na Universidade Federal do Paraná.

Na ocasião, sob o argumento de potencial geração de grave lesão à ordem e economia públicas, determinou-se de plano a suspensão da multa cominatória originalmente fixada - multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Deve-se destacar a importância dada na decisão às informações do Diretor da Unidade de Saúde envolvida, no sentido de inadequação da iniciativa pedida na petição inicial diante da diversidade de carências, evidenciando-se assim a preocupação com as peculiaridades do caso concreto.

11 PARÂMETROS DE INTERVENÇÃO

Estudadas as formas de intervenção, passa-se à análise de dois princípios que servem de parâmetro ao Poder Judiciário na concretização do direito à saúde. São eles o princípio da proibição do retrocesso social e o princípio da proporcionalidade.

Para Carvalho (2013, p. 216), princípios “[...] expressam valores fundamentais adotados pela sociedade política, vertidos no ordenamento jurídico, e informam materialmente as demais normas, determinando integralmente qual deve ser a substância e o limite do ato que os executam.”

11.1 Princípio da Proibição de Retrocesso Social

Segundo o princípio da proibição de retrocesso social, a partir do momento em que o direito social é efetivado, não pode mais sofrer qualquer retrocesso. A proibição de retrocesso impede, portanto, que se reduzam o grau de concretização alcançado por um direito social.

Derbli (2007, p. 202) o sintetiza da seguinte forma:

A particularidade do princípio da proibição de retrocesso social está, pois, na prevalência do caráter negativo de sua finalidade. Dizemos prevalência porque existe, ainda que em menor escala, um elemento positivo na finalidade do princípio em tela: é dever do legislador manter-se no propósito de ampliar, progressivamente e de acordo com as condições fáticas e jurídicas (incluindo-se as orçamentárias), o grau de concretização dos direitos fundamentais sociais, através da garantia de proteção dessa concretização à medida que nela se evolui. Vale dizer, proibição de retrocesso social não se traduz em mera manutenção do status quo, antes significando também a obrigação de avanço social.

Alguns doutrinadores defendem que a vedação do retrocesso, na verdade, impede tão somente a adoção de medidas arbitrárias ou manifestamente desarrazoadas que reduzam a concretização dos direitos sociais sem qualquer substituição por outras.

Para tal corrente doutrinária, ao se proibir o retrocesso de forma absoluta, se está criando um obstáculo a que o Poder Executivo e o Poder Legislativo direcionem as políticas públicas para direitos que entendam mais importantes, restringindo-se, assim, de forma indevida, a implementação das políticas de governo.

Barros (1996, p. 161), por exemplo, entende que a admissão do princípio da proibição de retrocesso social, entendido como uma garantia dos direitos sociais perante a lei, conflitua com o princípio da autonomia do legislador, uma vez que o nível de determinação constitucional desses direitos parece ser nenhum.

Prevalece, porém, o entendimento de que a adoção do princípio em tela, na verdade, não conflita com o princípio da autonomia do legislador, e sim estabelece limites à sua atividade, no sentido de evitar que um determinado direito fundamental, já contemplado e incorporado ao sistema jurídico, seja do mesmo extirpado ou inadequadamente restringido.

Nessa linha, Fileti (2009, p. 178) assevera:

Pode-se exprimir assim o princípio da proibição do retrocesso social: princípio que se encontra inserido implicitamente na Constituição brasileira de 1988, decorrendo do sistema jurídico-constitucional, com caráter retrospectivo, tendo como escopo a limitação da liberdade de conformação do legislador infraconstitucional, impedindo que este possa eliminar ou reduzir, total ou parcialmente, de forma arbitrária e sem acompanhamento de política substitutiva ou equivalente, o nível de concretização alcançado por um determinado direito fundamental social.

Como corolário, portanto, dos princípios da segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana, bem como da máxima efetividade da Constituição e do Estado Democrático e Social de Direito, cabe ao princípio da proibição o retrocesso importante papel na concretização dos direitos sociais.

Isto porque, a partir dele, pode o Poder Judiciário atuar de forma objetiva, impedindo que o Poder Legislativo e o Poder Executivo retrocedam na concretização de direitos já conquistados.

Torna-se, possível, assim, verificar-se se o legislador ou o intérprete, na tarefa restritiva dos direitos fundamentais, respeitou direitos já definidos e incorporados ao patrimônio jurídico do homem. Se respeitados, a atividade restritiva apresenta-se juridicamente perfeita. Caso contrário, a restrição efetivada configura-se ilegal ou abusiva, portanto imperfeita.

11.2 Princípio da Proporcionalidade

A exemplo do princípio da proibição do retrocesso social, o princípio da proporcionalidade fornece um critério com o qual é possível se controlar a adequação e a correção de política pública de concretização de direitos sociais.

Neste sentido Bonavides (2001, p. 597), para quem, diante da limitação e carência de recursos para a efetivação dos direitos sociais, devem os órgãos do poder estatal na esfera respectiva dos três ramos da soberania se pautarem pelo princípio da proporcionalidade.

A proporcionalidade tem sua origem como princípio constitucional na Alemanha pós Segunda Guerra Mundial, a partir da interpretação dada pelo Tribunal Constitucional à Lei Fundamental alemã.

A proporcionalidade constitui princípio essencial da Constituição, estando em plena e constante evolução. Amparando os direitos fundamentais, relaciona-se com a questão da limitação do poder legítimo, fornecendo critério às limitações à liberdade individual.

No Brasil, embora não previsto expressamente, pode ser inferido de outros princípios que lhe são afins, como o da igualdade. Pode, portanto, na forma do § 2º do art. 5º da CRFB/88, ser reconhecido como princípio implícito positivado no Direito Constitucional.

O princípio da proporcionalidade é composto por três subprincípios. O primeiro é a adequação, por meio do qual se verifica se determinada medida constitui o meio adequado para se chegar a um fim baseado no interesse público.

O segundo é o da necessidade, segundo o qual a medida não pode ultrapassar os limites necessários ao alcance do fim legítimo que se almeja, de tal forma que, uma medida, para ser admissível, deve ser necessária.

O terceiro, consiste na proporcionalidade *stricto sensu*, que significa que a providência não pode ficar aquém ou além do que importa para se obter o resultado devido.

Ressalta Bonavides (2001, p. 382), porém, a cautela que deve ser tomada pelo Poder Judiciário ao se utilizar do princípio da proporcionalidade como instrumento de controle das políticas públicas, uma vez que seu emprego abusivo pode comprometer e abalar o equilíbrio entre os Poderes.

No mesmo sentido Streck (2010, p 50-51):

É por isso que venho sustentando – inclusive alterando posição professada há alguns anos atrás – que a proporcionalidade somente tem sentido se entendida como ‘garantia de equanimidade’. Ou seja, proporcionalidade – admitindo-se-a ad argumentandum tantum – não é (e não pode ser) sinônimo de equidade. Fora disso, o ‘princípio’ da proporcionalidade se torna um irmão siamês do livre convencimento, ambos frutos do casamento do positivismo jurídico com a filosofia da consciência, com o que voltamos ao âmago do tema tratado nesta obra: pode o sujeito solipsista se manter em pleno giro ontológico-linguístico?

Acrescenta o Autor (p. 48) que “[...] a maior parte das sentenças e acórdãos acaba utilizando tais argumentos como um instrumento para o exercício da mais ampla discricionariedade (para dizer o menos) e o livre cometimento de ativismo.”

12 QUESTÕES PRÁTICAS

Estudadas as formas e os parâmetros de intervenção do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, passa-se à seguir à análise de duas questões que rotineiramente surgem nas ações que envolvem o direito à saúde.

12.1 Legitimidade passiva nas decisões judiciais

Importante questão com a qual se deparam os Juízes diz respeito à legitimidade passiva nas ações que demandam o implemento do direito à saúde.

Parte da jurisprudência consagra a solidariedade entre todos os entes federativos em sua prestação. Neste sentido a decisão proferida no ARE 803274/MG²⁸, em que se afirmou expressamente ter a jurisprudência do Supremo se firmado no sentido de que “é solidária a obrigação dos entes da Federação em promover os atos indispensáveis à concretização do direito à saúde, podendo figurar no polo passivo qualquer um deles em conjunto ou isoladamente.”

Há, inclusive, decisões que responsabilizam solidariamente todos os Entes a despeito de previsão expressa em ato normativo das atribuições de cada um, conforme se verifica no RE nº 607381/SC, de relatoria do Ministro Luiz Fux, julgado em 31/05/2011:

O artigo 196 da CF impõe o dever estatal de implementação das políticas públicas, no sentido de conferir efetividade ao acesso da população à redução dos riscos de doenças e às medidas necessárias para proteção e recuperação dos cidadãos. 2. O Estado deve criar meios para prover serviços médico-hospitalares e fornecimento de medicamentos, além da implementação de políticas públicas preventivas, mercê de os entes federativos garantirem recursos em seus orçamentos para implementação das mesmas. (arts. 23, II, e 198, § 1º, da CF). 3. O recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isto por que, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a

²⁸ ARE 803274/MG, Relator Ministro Teori Zavascki, julgado em 13/05/2014 (BRASIL, 2014).

devida prestação jurisdicional. 4. In casu, o chamamento ao processo da União pelo Estado de Santa Catarina revela-se medida meramente protelatória que não traz nenhuma utilidade ao processo, além de atrasar a resolução do feito, revelando-se meio inconstitucional para evitar o acesso aos remédios necessários para o restabelecimento da saúde da recorrida.

Parte da doutrina, no entanto, critica tal entendimento, afirmando que embora possa parecer a melhor decisão, na medida em que assegura ao administrado receber a prestação de qualquer dos três entes, do ponto de vista prático cria grande dificuldade administrativa e grande dispêndio desnecessário de recursos, em nada contribuindo para organizar o já complicado sistema de repartição de atribuições entre os entes federativos.

Assim, tendo havido a decisão política de determinado ente de se responsabilizar pelo fornecimento de medicamento ou procedimento médico, o polo passivo de uma eventual demanda deve ser por ele ocupado.

Evita-se com isso, inclusive, ter que se discutir na ação as circunstâncias orçamentárias de cada ente político. Além disso, não haverá, igualmente, necessidade de se examinar a forma de financiamento dos diferentes níveis federativos, discussão que deve ser travada entre os entes, e não no âmbito de cada demanda entre o cidadão e o Poder Público.

Bastaria, portanto, para a definição do polo passivo em tais casos, a decisão política já tomada por cada ente.

Embora ainda se possa dizer que prevalece o posicionamento dos defensores da solidariedade, há no Supremo decisões em sentido diverso. Pode-se citar como exemplo a proferida na STA nº 91/AL²⁹.

Insurgia-se na hipótese contra tutela antecipada deferida pelo Tribunal Estadual Alagoano que determinou àquele ente federado o fornecimento de medicamentos necessários para o tratamento de pacientes renais crônicos em hemodiálise e pacientes transplantados, cuja atribuição, no sistema ordinário do SUS competia aos Municípios, que no entanto não vinham se desincumbindo de seus deveres.

Tratava-se, portanto, de demanda em que se cumulava questão atinente à formulação da política, qual seja, afirmar-se que o Estado a quem originalmente não cabia fornecer os medicamentos deveria fazê-lo considerando-se a inobservância do

²⁹ STA nº 91/AL, Relatora Ministra Ellen Gracie, julgado em 26.02.2007 (BRASIL, 2007).

direito fundamental à saúde em decorrência da inércia do Município, e o tema da sua implementação, com a ordem de fornecimento e respectivos preceitos cominatórios.

A liminar impugnada foi deferida sob o fundamento de que política pública formalmente disciplinada pelo SUS não poderia sobrepor-se aos ditames constitucionais que estabelecem o atendimento integral do direito à saúde, de tal forma que a responsabilidade entre os entes seria solidária.

Decidiu-se, portanto, que poderia o Ministério Público, em atuação substitutiva da estrutura institucional do SUS incumbida da formulação das políticas públicas de saúde, demandar o Estado de Alagoas para o atendimento da demanda.

Entendeu o STF, porém, que se deveria prestigiar a repartição de competências fixadas pelo SUS, deferindo-se a suspensão de tutela antecipada para limitar a responsabilidade da Secretaria Executiva de Saúde do Estado de Alagoas ao fornecimento dos medicamentos de sua responsabilidade segundo regulamentação do SUS³⁰.

12.2 Medicamentos e procedimentos não previstos nas normas do SUS

O fornecimento de medicamentos e procedimentos não previstos nas normas do SUS também configura uma das questões mais polêmicas acerca das políticas públicas de saúde.

Alguns doutrinadores defendem que o Poder Judiciário deve limitar-se a efetivar as opções já formuladas pelos entes federativos e veiculadas nas listas de medicamentos e procedimentos elaboradas no âmbito do SUS.

³⁰ BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 1.318, de 25 de novembro de 2013. Aprova o Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas da Doença de Wilson. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index>> Acesso em: 16 jul. 2014.

Segundo Santos (2006, p. 46-47):

Desse modo, a integralidade da assistência deverá pautar-se por regulamentos técnicos e científicos, protocolos de condutas, limites para incorporação de tecnologia, protocolos farmacológicos. A integralidade da assistência, sob esse ponto de vista, não é um conceito que admite toda e qualquer terapêutica existente ou demandada por um paciente ou profissional de saúde. Há que se ter critérios científicos e técnicos, atualizados cientificamente para embasar a incorporação desta ou daquela tecnologia, desta ou daquela terapêutica ou medicamento.

Neste sentido decidiu o STF no bojo da SS 3073/RN³¹, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, que considerou inadequado fornecer medicamento que não constava da lista do Programa de Dispensação em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde.

Enfatizou-se que o Governo Estadual (Rio Grande do Norte) não estava se negando à prestação dos serviços de saúde, ressaltando-se que decisões casuísticas, ao desconsiderarem as políticas públicas definidas pelo Poder Executivo, tenderiam a desorganizar a atuação administrativa, comprometendo as políticas públicas de saúde já existentes:

Verifico estar devidamente configurada a lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde. Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se deferir o custeio do medicamento em questão em prol do impetrante, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. Ademais, o medicamento solicitado pelo impetrante, além de ser de custo elevado, não consta da lista do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde, certo, ainda, que o mesmo se encontra em fase de estudos e pesquisas. Constatado, também, que o Estado do Rio Grande do Norte não está se recusando a fornecer tratamento ao impetrante. É que, conforme asseverou em suas razões, 'o medicamento requerido é um plus ao tratamento que a parte impetrante já está recebendo' (fl. 14). Finalmente, no presente caso, poderá haver o denominado "efeito multiplicador" (SS 1.836-AgR/RJ, rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, unânime, DJ 11.10.2001), diante da existência de milhares de pessoas em situação potencialmente idêntica àquela do impetrante. 6. Ante o exposto,

³¹ SS nº 3073/RN, Relatora Ministra Ellen Gracie, julgado em 09.02.2007 (BRASIL, 2007).

defiro o pedido para suspender a execução da liminar concedida nos autos do Mandado de Segurança nº 2006.006795-0 (fls. 31-35), em trâmite no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. Comunique-se, com urgência.

No mesmo sentido, ainda, decisão proferida no Superior Tribunal de Justiça, em ação na qual se requeria a distribuição de medicamentos fora da lista.

Entendeu o Ministro Nilson Naves³² que, caso haja uma política nacional de distribuição gratuita, a decisão que obriga a fornecer qualquer espécie de substância fere a independência entre os Poderes.

Segundo parte da doutrina e da jurisprudência, portanto, não poderia o Poder Judiciário, a princípio, interferir casuisticamente na distribuição de medicamentos ou fornecimento de procedimento que estejam fora da lista, uma vez que os órgãos responsáveis estabeleceram e delimitaram as políticas públicas com base em estudos técnicos, considerando o melhor custo benefício dadas a escassez de recursos e as necessidades da população.

Parte-se, assim, da presunção, considerada a separação de Poderes, de que os Poderes Legislativo e Executivo, ao elaborarem as listas de medicamentos a serem dispensados, fizeram uma avaliação adequada das necessidades prioritárias, dos recursos disponíveis e da eficácia dos medicamentos.

Prevalece no entanto, o entendimento, conforme já visto, que embora não seja o Poder Judiciário o ator principal na formulação das políticas públicas, não há como lhe negar o papel de garantir que estas se adequem aos ditames constitucionais.

Desta forma, poderá o Judiciário, desde que comprovada a urgência e imprescindibilidade do provimento, deferir em ações individuais medida que imponha o fornecimento de medicamento ou procedimento médico ainda que não previstos nas normas do SUS.

Poderá, ainda, rever, no âmbito de ações coletivas ou mesmo ações abstratas de controle de constitucionalidade a lista elaborada por determinado ente federativo para, caso verifique grave desvio na avaliação dos Poderes Públicos, determinar a inclusão de determinado medicamento.

Segundo a doutrina majoritária, no entanto, alguns parâmetros devem ser observados. Para Barroso³³, por exemplo, deverá o Juiz:

³² STA 59/SC, Relator Ministro NILSON NAVES, julgado em 2.02.2004. (BRASIL, 2004).

considerar se o medicamento é indispensável para a manutenção da vida. A discussão sobre a inclusão de novos medicamentos na listagem que o Poder Público deverá oferecer à população deve considerar, como um parâmetro importante, além dos já referidos, a relação mais ou menos direta do remédio com a manutenção da vida. Parece evidente que, em um contexto de recursos escassos, um medicamento vital à sobrevivência de determinados pacientes terá preferência sobre outro que apenas é capaz de proporcionar melhor qualidade de vida, sem, entretanto, ser essencial para a sobrevivência.

Além disso, somente medicamentos de eficácia comprovada podem ser fornecidos, excluindo-se os experimentais.

Deve-se, ainda, sempre que possível, se privilegiar, como forma de se harmonizar a garantia do direito à saúde com o princípio constitucional do acesso universal e igualitário, medicamentos e procedimentos disponíveis no mercado nacional e estabelecimentos situados no Brasil, dando-se preferência aos conveniados ao SUS.

Deve-se, por fim, optar por medicamentos genéricos de menor custo³⁴.

³³ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista Atualidades Jurídicas*, Brasília, n. 4, jan./fev. 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 16 jul. 2014.

³⁴ Nos termos da Lei nº 6.360/76, com a redação da Lei nº 9.787/99, medicamento genérico é aquele similar ao produto de referência ou inovador, com ele intercambiável, geralmente produzido após a expiração da proteção patentária, com comprovada eficácia, segurança e qualidade.

13 ATUAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ

Diante do crescente número de demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde, viu-se o CNJ impelido a, como órgão central do Poder Judiciário, buscar harmonizar a atuação dos magistrados em todo o Brasil.

Para tanto, constituiu, por meio da Portaria 650, de 20 de novembro de 2009, grupo de trabalho para estudo e proposta de medidas que, embora não tenham caráter vinculante, orientam a atuação dos magistrados, dando-lhes melhor suporte para decidir.

Os trabalhos do grupo culminaram na aprovação da Recomendação n. 31, de 30 de março de 2010, pelo Plenário do CNJ, que traçou diretrizes quanto às demandas judiciais que envolvem a assistência à saúde.

Dentre as propostas aprovadas, destaca-se a recomendação dada aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais para que celebrassem 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”.

Recomendou-se, ainda que os magistrados “procurem instruir as ações, tanto quanto possível, com relatórios médicos, com descrição da doença, inclusive CID, contendo prescrição de medicamentos, com denominação genérica ou princípio ativo, produtos, órteses, próteses e insumos em geral, com posologia exata”, “evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei” e “ouçam, quando possível, preferencialmente por meio eletrônico, os gestores, antes da apreciação de medidas de urgência”, bem como “determinem, no momento da concessão de medida abrangida por política pública existente, a inscrição do beneficiário nos respectivos programas”.

Por fim, como forma de aumentar o conhecimento sobre o tema, recomendou-se a incorporação do direito sanitário nos programas dos cursos de formação, vitaliciamento e aperfeiçoamento de magistrados e a realização de seminários para estudo e mobilização na área da saúde com outros operadores do direito, com vistas a “propiciar maior entrosamento sobre a matéria.”

Dando continuidade aos trabalhos, em 6 de abril de 2010, o CNJ publicou a Resolução n. 107, instituindo o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à Saúde – Fórum da Saúde.

Nos dias 14 e 15 de maio de 2014, foi realizada em São Paulo a I Jornada Nacional da Saúde para debater os problemas inerentes à judicialização da saúde e apresentar enunciados interpretativos sobre o direito à saúde.

Dentre os enunciados aprovados, destaca-se o ENUNCIADO N.º 2, que, buscando a criação de mecanismos inibidores de fraudes, estabelece que “Concedidas medidas judiciais de prestação continuativa, em medida liminar ou definitiva, é necessária a renovação periódica do relatório médico, no prazo legal ou naquele fixado pelo julgador como razoável, considerada a natureza da enfermidade, de acordo com a legislação sanitária, sob pena de perda de eficácia da medida.”

No mesmo sentido o ENUNCIADO N.º 7, segundo o qual “Sem prejuízo dos casos urgentes, visando respeitar as competências do SUS definidas em lei para o atendimento universal às demandas do setor de saúde, recomenda-se nas demandas contra o poder público nas quais se pleiteia dispensação de medicamentos ou tratamentos para o câncer, caso atendidos por médicos particulares, que os juízes determinem a inclusão no cadastro, o acompanhamento e o tratamento junto a uma unidade CACON/UNACON.”

No mesmo sentido, ainda, o ENUNCIADO N.º 15: “As prescrições médicas devem consignar o tratamento necessário ou o medicamento indicado, contendo a sua Denominação Comum Brasileira (DCB) ou, na sua falta, a Denominação Comum Internacional (DCI), o seu princípio ativo, seguido, quando pertinente, do nome de referência da substância, posologia, modo de administração e período de tempo do tratamento e, em caso de prescrição diversa daquela expressamente informada por seu fabricante, a justificativa técnica.”

Em relação aos medicamentos e procedimentos já previstos em normas do SUS, estabelece o ENUNCIADO N.º 11 que “Nos casos em que o pedido em ação judicial seja de medicamento, produto ou procedimento já previsto nas listas oficiais do SUS ou em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PDCT), recomenda-se que seja determinada pelo Poder Judiciário a inclusão do demandante em serviço ou programa já existentes no Sistema Único de Saúde (SUS), para fins de acompanhamento e controle clínico.”

Já quanto aos medicamentos e procedimentos não previstos em listas do SUS, dispõe o ENUNCIADO N.º 4 que “Os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) são elementos organizadores da prestação farmacêutica, e não limitadores. Assim, no caso concreto, quando todas as alternativas terapêuticas previstas no respectivo PCDT já tiverem sido esgotadas ou forem inviáveis ao quadro clínico do paciente usuário do SUS, pelo princípio do art. 198, III, da CF, pode ser determinado judicialmente o fornecimento, pelo Sistema Único de Saúde, do fármaco não protocolizado.”

Acerca do tema, deve-se destacar, ainda, o ENUNCIADO N.º 12, segundo o qual “A inefetividade do tratamento oferecido pelo SUS, no caso concreto, deve ser demonstrada por relatório médico que a indique e descreva as normas éticas, sanitárias, farmacológicas (princípio ativo segundo a Denominação Comum Brasileira) e que estabeleça o diagnóstico da doença (Classificação Internacional de Doenças), tratamento e periodicidade, medicamentos, doses e fazendo referência ainda sobre a situação do registro na Anvisa (Agência Nacional de Vigilância Sanitária).”, o ENUNCIADO N.º 14, que estabelece “Não comprovada a inefetividade ou impropriedade dos medicamentos e tratamentos fornecidos pela rede pública de saúde, deve ser indeferido o pedido não constante das políticas públicas do Sistema Único de Saúde.” e o ENUNCIADO N.º 16, que dispõe “Nas demandas que visam acesso a ações e serviços da saúde diferenciada daquelas oferecidas pelo Sistema Único de Saúde, o autor deve apresentar prova da evidência científica, a inexistência, inefetividade ou impropriedade dos procedimentos ou medicamentos constantes dos protocolos clínicos do SUS.”

No que se refere aos medicamentos e procedimentos experimentais, dispõe o ENUNCIADO N.º 5 que “Deve-se evitar o processamento, pelos juizados, dos processos nos quais se requer medicamentos não registrados pela Anvisa, off label e experimentais, ou ainda internação compulsória, quando, pela complexidade do assunto, o respectivo julgamento depender de dilação probatória incompatível com o rito do juizado.”, o ENUNCIADO N.º 6 que “A determinação judicial de fornecimento de fármacos deve evitar os medicamentos ainda não registrados na Anvisa, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei.” e o ENUNCIADO N.º 9 que “As ações que versem sobre medicamentos e tratamentos experimentais devem observar as normas emitidas pela Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (Conep) e Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), não se

podendo impor aos entes federados provimento e custeio de medicamento e tratamentos experimentais.”

No que tange ao polo passivo das demandas, estabelece o ENUNCIADO N.º 8 que “Nas condenações judiciais sobre ações e serviços de saúde devem ser observadas, quando possível, as regras administrativas de repartição de competência entre os gestores.”

Ainda na busca da racionalidade do sistema, estabelece o ENUNCIADO N.º 13 que “Nas ações de saúde, que pleiteiam do poder público o fornecimento de medicamentos, produtos ou tratamentos, recomenda-se, sempre que possível, a prévia oitiva do gestor do Sistema Único de Saúde (SUS), com vistas a, inclusive, identificar solicitação prévia do requerente à Administração, competência do ente federado e alternativas terapêuticas.”

Por fim, segundo o ENUNCIADO N.º 19, “Nas ações que envolvam pedido de assistência à Saúde, é recomendável à parte autora apresentar questionário respondido por seu médico para subsidiar o deferimento de liminar, bem como para ser utilizado na instrução probatória do processo, podendo-se fazer uso dos questionários disponibilizados pelo CNJ, pelo Juízo processante, pela Defensoria Pública, pelo Ministério Público ou pela OAB, sem prejuízo do receituário competente”.

CONCLUSÃO

Buscou-se na presente dissertação o estudo dos principais aspectos que envolvem a atuação do Poder Judiciário na concretização do direito social fundamental à saúde, dando-se enfoque à necessidade de sua compatibilização com a importância das leis orçamentárias como instrumento de planejamento e implemento das políticas públicas.

Na primeira parte do trabalho, após breve relato sobre a evolução histórica dos direitos fundamentais, destacou-se a importância do direito à saúde como direito social fundamental, abordando-se a relevância dada pela Constituição Federal, que em seu artigo 196 da Constituição Federal garante a todos o direito à saúde por meio do implemento de políticas sociais e econômicas que assegurem a universalidade das prestações e a preservação da isonomia no atendimento aos cidadãos.

Foram estudados, ainda, os principais aspectos do Sistema Único de Saúde (SUS), ressaltando-se, inclusive, que a Constituição estabelece percentuais mínimos a serem investidos.

Após se demonstrar a importância do direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro, passou-se à análise do conceito de reserva do possível, concluindo-se que não basta a alegação pura e simples de falta de recursos para que os Poderes Legislativo e Executivo se eximam de dar efetividade a tal direito social fundamental, cabendo a eles o ônus de provar a impossibilidade concreta no bojo das ações judiciais em que venham a ser demandados.

Já quanto às leis orçamentárias, após se examinar a dinâmica de elaboração, ressaltou-se a relevância de tais instrumentos normativos para o alcance das prioridades sociais. Conclui-se, porém, que embora caiba aos Poderes Legislativo e Executivo elegerem em primeiro lugar as necessidades prioritárias a serem supridas, a partir da visão global que detêm de tais fenômenos (avaliando para tanto, inclusive, os aspectos técnico-médicos envolvidos na eficácia e emprego dos medicamentos e procedimentos), a carência de debate público no processo de elaboração das normas orçamentárias acaba por criar um descompasso entre as necessidades da população e o serviço que é prestado pelo Poder Público.

Diante de tal realidade, passou-se a demonstrar a legitimidade e necessidade de ingerência do Poder Judiciário na concretização do direito à saúde, destacando-se as posições doutrinárias e decisões judiciais que buscam alcançar o equilíbrio entre o atendimento de tal direito fundamental, o reconhecimento da limitação de recursos e a valorização do orçamento público como instrumento de concretização de políticas públicas.

Em relação à atuação do Poder Judiciário, uma vez afastada a possibilidade de alegação pura e simples da escassez de recursos por parte dos demais Poderes para não oferecerem políticas públicas de saúde que se monstrem necessárias, foram analisados os demais argumentos contrários utilizados pela doutrina: falta de legitimidade, violação ao princípio orçamentário e falta de preparo técnico.

Verificou-se que tais alegações sucumbem diante da necessidade de motivação das decisões judiciais, fator reconhecido como legitimador da atuação jurisdicional nos Estados Democráticos de Direito, ressaltando-se, porém, a cautela que deve ter o Poder Judiciário em sua atuação, que deve se dar em equilíbrio com os demais Poderes.

Afastados tais argumentos, passou-se à análise das formas de atuação do Poder Judiciário: implementando ou formulando políticas públicas e em demandas individuais ou coletivas.

Conclui-se que se exige menor ônus argumentativo nas ações judiciais que envolvam o implemento das políticas públicas, uma vez que nestas o Poder Público já se autovinculou por meio de normas ao implemento de determinada prestação, o que não ocorre na formulação, em que se exigirá maior debate quanto à conveniência e viabilidade.

Ressaltou-se, ainda, que, embora as demandas coletivas sejam o instrumento mais adequado para a concretização do direito à saúde pelo Poder Judiciário, uma vez que permitem uma melhor perspectiva da política a ser implementada, não há como se afastar a atuação jurisdicional nas ações individuais em que se comprove a urgência no provimento demandado.

Em seguida, foram estudados os princípios da proibição do retrocesso e da proporcionalidade como parâmetros para a atuação do Poder Judiciário. Em relação ao primeiro, demonstrou-se prevalecer o entendimento de que uma vez alcançado determinado nível de concretização do direito social, não pode haver retrocesso, cabendo ao Poder Judiciário agir neste sentido.

Quanto ao princípio da proporcionalidade, ressaltou-se que o mesmo deve servir de parâmetro tanto na verificação da violação do direito quanto na aplicação das medidas saneadoras pelo Poder Judiciário.

Por fim, foram estudadas algumas questões práticas que envolvem as ações judiciais em se demandam provimentos relativos ao direito à saúde, com destaque para as relacionadas à legitimidade passiva nas ações e os pedidos de medicamentos e procedimentos incluídos ou não em normas do SUS, abordando-se decisões judiciais relevantes e iniciativas do Conselho Nacional de Justiça.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos?. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BALEEIRO, Aliomar. *Uma Introdução à Ciência das Finanças*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROS, Suzana Toledo de. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília, DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista Atualidades Jurídicas*, Brasília, n. 4, jan./fev. 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 16 jul. 2014.

BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. 5. ed. Brasília: Ed. da UnB; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004. v. 1.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976. Dispõe sobre a Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos, as Drogas, os Insumos Farmacêuticos e Correlatos, Cosméticos, Saneantes e Outros Produtos, e dá outras Providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 23 set. 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6360.htm> Acesso em: 16 jul. 2014.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 3.432/GM, de 12 de agosto de 1998. Estabelece critérios de classificação para as Unidades de Tratamento Intensivo – UTI. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index>> Acesso em: 16 jul. 2014.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 1.318, de 25 de novembro de 2013. Aprova o Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas da Doença de Wilson. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index>> Acesso em: 16 jul. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo ARE 803274 MG. Partes: Município de Uberlândia e outros. Relator: Min. Teori Zavascki. Minas Gerais, 13 de maio de

2014. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25100248/agreg-no-recurso-extraordinario-com-agravo-are-803274-mg-stf>> Acesso em: 23 jul. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo RE-AgR 271286 RS. Partes: Município de Porto Alegre e outros. Relator: Celso de Mello. Porto Alegre, 12 de setembro de 2000. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/779142/agregno-recurso-extraordinario-re-agr-271286-rs>> Acesso em: 25 jul. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo SS 3073 RN. Partes: Estado do Rio Grande do Norte e outros. Relator: Min. Presidente. Rio Grande do Norte, 9 de fevereiro de 2007. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19139958/suspensao-de-seguranca-ss-3073-rn-stf>> Acesso em: 20 jul. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo STA 59 SC. Partes: Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Nilson Naves. Santa Catarina, 2 de fevereiro de 2004). Disponível em<<http://stf.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 21 jul. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo STA 91 AL. Partes: Estado de Alagoas e outros. Relator: Min. Presidente. Alagoas, 26 de fevereiro de 2007. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19139898/suspensao-de-tutela-antecipada-sta-91-al-stf>>. Acesso em: 23 jul. 2014.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição*. 17. ed. Belo Horizonte: DelRey, 2013.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 14, n. 54, p. 30, jan./mar. 2006.

COSTA, Susana Henriques da. A participação popular nas escolhas públicas por meio do Poder Judiciário: o papel das ações coletivas. In: _____. *Material da 4ª aula da Disciplina Direito Constitucional Aplicado*, [200-?]. Disponível em: <<http://www.ifg.com.br/pos-graduacao>>. Acesso em: 27 jul. 2014.

DERBLI, Felipe. *O Princípio da Proibição do Retrocesso Social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FARIA, José Eduardo. Introdução: O Judiciário e o desenvolvimento sócio-econômicos. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros Ed., 2005.

FERREIRA, Camila Duran et al. O Judiciário e as políticas públicas de saúde no Brasil: no caso AIDS. In: PRÊMIO IPEA 40 anos, 2006. Brasília: IPEA, 2006. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.sobreipea/40anos/estudantes/monografia.doc>>. Acesso em: 15 jul. 2014.

FILETI, Narbal Antônio Mendonça. *A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso social*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

FLORENZANO, Vincenzo Demetrio. Justiça social, mínimo social e salário mínimo: uma abordagem transdisciplinar. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 42, n. 165, jan./mar. 2005.

GALDINO, Flávio. O Custo dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GARCIA, Emerson. *O direito à educação e suas perspectivas de efetividade*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 480, 30 out. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5847>>. Acesso em: 16 jul. 2014.

G1. *Saiba tudo sobre o fim da CPMF*. São Paulo: Globo, 2007. Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Economia_Negocios/0,,MUL220027-9356,00-SAIBA+TUDO+SOBRE+O+FIM+DA+CPMF.html> Acesso em: 16 jul. 2014.

HERKENHOFF, João Baptista. *Gênese dos direitos humanos*. 2. ed. Aparecida: Santuário, 2002.

KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 2002.

LEAL, Rogério Gesta. O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Jurisdição e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LIMA, George Marmelstein. *Efetivação Judicial dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. 2005. 191 f. Dissertação (Mestrado da Faculdade de Direito) - Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2005. Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net>>. Acesso em: 16 jul. 2014.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006.

_____. Em torno da “reserva do possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MARINHO JUNIOR, Alceu. A Revisão Judicial das Escolhas Orçamentárias e a Efetivação dos Direitos Fundamentais. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 15, jan./mar. 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3 ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.

NÓBREGA, Marcos. *Lei de Responsabilidade Fiscal e leis orçamentárias*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à Reserva do Possível*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito do Setor de Ciências Jurídicas) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba[, 2006, p. 6. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/>>. Acesso em: 16 jul. 2014.

PISCITELLI, Roberto Bocaccio et al. *Contabilidade pública: uma abordagem da administração financeira pública*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

SANCHES, Osvaldo Maldonado. *Dicionário de orçamento, planejamento e áreas afins*. 2. ed. Brasília, OMS, 2004.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social*. São Paulo: Boitempo, 2007.

SANTOS, Lenir. SUS: contornos jurídicos da integralidade da atenção à saúde. *Revista do Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde — CONASEMS*, Brasília, ano 2, n. 19, p. 46- 47, set./out. 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica*, v. 1, n. 1, 2001, p. 17. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 16 jul. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang.; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos. In: HERING, Astrid; MARTINS Janete Rosa; BOFF, Salete Oro (Org.). *Direito e Justiça : Reflexões Sociojurídicas, Temas de Direito Econômico e Tributário*, Edi Uri, ano 5, n. 8, jun. 2006.

SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. Garantias econômicas, políticas e jurídicas da eficácia dos Direitos Sociais. *Revista da Academia de Direito Constitucional*, Curitiba, v. 3, 2003. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 16 jul. 2014.

STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto - decido conforme minha consciência?*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti; ARCELLOS, Ana Paula de. et al. *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. *O Orçamento na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

_____. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Rio de Janeiro: Fórum, 2009.

VAZ, Anderson Rosa. A cláusula da reserva do financeiramente possível como instrumento de efetivação planejada dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional* 61, ano 15, São Paulo: RT, out./dez, 2007.

WEIS, Carlos. *Os direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 1999.