

**Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em
Direito Processual Civil.**

André Ferreira de Brito

**A Ação Civil Pública e o controle das políticas
públicas de saúde**

**Brasília – DF
2009**

André Ferreira de Brito

A Ação Civil Pública e o controle das políticas públicas de saúde

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.
Orientador: Prof. Júlia Maurmann Ximenes.

Brasília – DF
2009

André Ferreira de Brito

A Ação Civil Pública e o controle das políticas públicas de saúde

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em __/__/__, com menção____(_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof

SUMÁRIO

RESUMO	5
ABSTRACT.	6
INTRODUÇÃO.....	7
1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O ESTADO SOCIAL – AS POLÍTICAS PÚBLICAS. 10	
1.1 Aspectos gerais sobre os direitos fundamentais sociais.....	10
1.2. O direito fundamental à saúde.	18
1.2 A problemática da concretização dos direitos fundamentais sociais da saúde – a escassez de recursos e a reserva do possível.....	27
2. JUSTIÇA E DEMOCRACIA.	30
2.1. O papel do poder judiciário na defesa dos direitos fundamentais.....	30
2.2 A discricionariedade do administrador – limites de atuação do poder judiciário na garantia dos direitos fundamentais.....	36
3. A AÇÃO CIVIL PÚBLICA E A TUTELA DE INTERESSES COLETIVOS EM RESPEITO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	42
3.1. Considerações gerais sobre a Ação Civil Pública.....	44
3.2. A Ação Civil Pública e a concretização dos direitos fundamentais da saúde – limites do objeto da ação civil pública e sua interferência no programa governamental de implementação de políticas públicas.....	47
CONCLUSÃO.	59
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	62

RESUMO

A Constituição de 1988 traz em seu texto uma extensa gama de direitos fundamentais individuais e sociais, dentre os últimos figura o direito social à saúde. Para a concretização dos referidos direitos fundamentais atuam o Poder Executivo e o Poder Legislativo mediante a delimitação de políticas públicas, seja pela conformação pelo processo legislativo ou pela atuação concreta do representante do Poder Executivo. Ao Poder Judiciário compete a análise da legalidade ou constitucionalidade dos atos praticados pelos demais poderes. Diante da crise do sistema público de saúde e pela omissão dos poderes públicos, o presente trabalho, por meio de pesquisas jurisprudenciais e doutrinárias, defende a exigibilidade imediata dos direitos fundamentais sociais da saúde, delimita o caráter transindividual do direito social à saúde e fundamenta a utilização da ação civil pública no resguardo dos direitos fundamentais diante de sua característica transindividual.

Palavras – chaves: Direitos fundamentais sociais. Saúde. Separação de Poderes. Reserva do possível. Ação civil pública.

ABSTRACT.

The 1988 Constitution provides in its text a wide range of individual and social rights, among the latter is the social right to health. For the realization of these rights, the Executive and Legislative Powers act through the definition of public policy, using the legislative process or the actual performance of the representative of the Executive. The Judiciary acts by the analysis of the legality or constitutionality of the acts committed by other powers. Facing the crisis of public health system and the failure of public authorities, this study, based on jurisprudential and doctrinal research, advocates the immediate applicability of fundamental social rights of health, determines the character of collective health and social rights, and bases the use of the public civil action in the protection of the fundamental rights as its characteristic of collective rights.

Key - words: fundamental social rights. Separation of Powers. Reserves as possible. Public civil action.

INTRODUÇÃO.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, importante marco na história recente brasileira, tivemos a construção de uma carta política altamente direcionada para a defesa dos direitos fundamentais. Reflexo de um período de passagem entre dois modelos políticos, a atual constituição trouxe um amplo rol de direitos fundamentais garantindo de forma ampla o direito à vida, à liberdade, à dignidade da pessoa humana e à participação da população na vida política no exercício da democracia.

A Constituição de 1988 apontou um novo papel para o Estado, garantindo uma maior abertura política e altamente fomentador da redução das desigualdades sociais trazendo, ainda, um grande rol de direitos sociais e individuais. Ao lado dos direitos discriminados no texto constitucional, também trouxe a carta constitucional uma grande gama de instrumentos de garantia à concretização destes direitos. Trata-se de constituição extremamente dirigente, delimitando diversos direitos e diversos mecanismos para assegurar sua efetividade.

Apesar da extensa regulamentação de direitos ao longo tanto do texto constitucional como perante a legislação infraconstitucional, comuns são os casos em que o poder público se omite quanto à concretização destes direitos, ou deixa de tomar providências para a implementação de políticas públicas a sua efetivação. Dentro do atual modelo político, o papel de garantidor destes direitos é assegurado aos poderes Executivo e Legislativo. Ocorre que frente aos problemas enfrentados na implementação de direitos, o Poder Judiciário vem assumindo um papel de grande destaque na defesa dos direitos fundamentais.

Diante da clássica tripartição de poderes, difícil seria vislumbrar qualquer interferência judicial nas questões atinentes aos outros poderes, como a atividade normativa e a própria implementação de políticas públicas. Porém, atualmente estamos diante de uma constituição altamente dirigente, determinando a atuação estatal na concretização de direitos fundamentais. Com o escopo de resguardar os direitos fundamentais, o Poder Judiciário vem assumindo um novo papel perante a população brasileira. Trata-se de uma evolução necessária, pois o antigo e simples papel de aplicador da lei aos casos concretos na solução de conflitos já não atende à atual demanda da sociedade. Preceitos constitucionais também já são aplicáveis

às relações privadas e o Judiciário vem assumindo um papel de diálogo entre o cidadão comum e o Estado, onde se vislumbra a possibilidade do cidadão postular a implementação de um direito fundamental ou uma política pública por meio de uma tutela jurisdicional individual ou, ainda, a busca pela conformação de direitos sociais pelo uso de instrumentos de tutela coletiva.

Severas críticas ao sistema político são feitas, apontando que o atual sistema pauta-se na disputa econômica e no investimento de um grupo de interesses na tomada do poder para a garantia de interesses privados. Neste sentido o direito das minorias e os interesses individuais da população, visualizando-se os direitos fundamentais, acabam sendo deixados de lado pelas esferas de poder.

A constituição de 1998, embora inexista qualquer preceito qualificando-a como a de um Estado Social, é assim reconhecida pela doutrina e jurisprudência, abordando diversos direitos sociais e além daqueles expressamente tipificados ao longo de seu texto, inclui diversos direitos a prestações sociais do Estado.

Dentro do rol de direitos sociais discriminados no texto constitucional, a saúde, eis que decorre do próprio direito à vida, assume grande importância e vem sendo objeto de grandes debates perante a doutrina e tribunais. A carência de serviços públicos de saúde são notórias e diversos são os julgados que encontramos nos tribunais, assegurando tratamento emergencial a pessoas que não obtiveram tratamento adequado na rede pública de saúde.

Como justificativa e argumento de defesa dos Poderes Públicos para a concretização do direito à saúde, comum é a invocação da reserva do possível indicando a inviabilidade de concretização de políticas públicas ante a ausência de previsão orçamentária ou a invasão na esfera de atuação de um poder pelo Judiciário, em afronta à discricionariedade que lhes é característica.

Com base nestas premissas, o presente estudo visa analisar a viabilidade de interferência do Poder Judiciário na implementação das políticas públicas resguardando os direitos fundamentais à saúde. Sobre a questão, não se pode deixar de lado que uma carta branca ao magistrado poderá determinar decisões trágicas considerando o sistema como um todo, eis que a universalidade rege o direito à saúde e parâmetros econômicos e financeiros também regem a seara administrativa.

Assim, o presente estudo, como base na delimitação do direito social à saúde como um direito transindividual, a pergunta objeto do presente estudo se

configura como: Qual é o limite de atuação jurisdicional na implementação de políticas públicas na área da saúde por meio da ação civil pública?

Ao longo do primeiro capítulo deste trabalho será abordado a característica do estado social e dos direitos fundamentais sociais, delimitando o direito à saúde e a possibilidade de sua exigência perante os Poderes Públicos. Também serão levantadas as dificuldades na implementação de políticas públicas de saúde considerando os custos da atuação governamental e a reserva do possível.

No segundo capítulo será abordado o novo papel do Poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais perante o estado social, levando-se em consideração uma evolução do princípio da separação do poderes e a vinculação dos poderes constituídos aos preceitos constitucionais.

Por fim, no curso do terceiro capítulo será abordado o uso da ação civil pública no controle das políticas públicas de concretização do direito fundamental à saúde, suas características e hipóteses de demandar em juízo uma prestação estatal na concretização de direitos fundamentais.

1.OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O ESTADO SOCIAL – AS POLÍTICAS PÚBLICAS.

1.1 Aspectos gerais sobre os direitos fundamentais sociais.

O Conceito de políticas públicas encontra-se entrelaçado com a concepção dos direitos fundamentais, sendo necessária uma compreensão mínima de sua evolução, chegando-se ao Estado Constitucional, fomentador de políticas públicas. A compreensão dos direitos fundamentais encontra-se entrelaçada com o momento histórico em que é invocado. Os direitos fundamentais nem sempre são os mesmos, e mesmo aqueles considerados núcleos fundamentais da própria existência humana sofrem mutações em seu conteúdo, ou na sua interpretação ao longo dos anos de acordo com as características históricas e o pensamento da época. Assim, a atual concepção dos preceitos elevados à categoria de direitos fundamentais refletem uma sedimentação e maturação levada a efeito ao longo dos anos.

Trata-se de reflexo decorrente do próprio exercício da democracia e da relação mantida entre Estado e a Pessoa, de acordo com as liberdades políticas da época e anseios e necessidades da população. A evolução dos direitos fundamentais passa justamente pela evolução histórica da sociedade, de acordo com as peculiaridades do desenvolvimento econômico de cada região e em cada momento. Para compreender tal concepção, basta acompanhar a classificação dos direitos fundamentais em gerações. Cada geração configura uma pretensão dos indivíduos perante o Estado, refletindo as necessidades da população e o que esta espera da atuação estatal, sendo compreensões paralelas ao desenvolvimento histórico da sociedade.

Num primeiro momento, busca-se o reconhecimento do próprio homem perante a estrutura estatal, desenvolvendo-se uma grande gama de direitos assegurando a vida, a propriedade, as liberdades individuais. Neste sentido:

Outra perspectiva histórica situa a evolução dos direitos fundamentais em três gerações. A primeira delas abrange os direitos referidos nas Revoluções americana e Francesa. São os primeiros a ser positivados, daí

serem ditos de primeira geração. Pretendia-se, sobretudo, fixar uma esfera de autonomia pessoal refratária às expansões do Poder. Daí esses direitos traduzirem-se em postulados de abstenção dos governantes, criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre os aspectos da vida pessoal de cada indivíduo¹.

A primeira concepção dos direitos fundamentais passa pelo reconhecimento do ser humano como pessoa, e a proteção de seus diversos direitos pessoais. Deve-se ter em mente que a concepção destes direitos e a pretensão da sociedade e do homem refletem um momento histórico em que não é assegurado aos indivíduos sequer os direitos sobre o seu próprio corpo e sua liberdade individual. O homem pretende ser reconhecido como pessoa e respeitado pelo Estado, surgindo a pretensão de abstenção da atuação do Estado em confronto com os seus interesses individuais. Temos o Estado liberal.

Em outro momento histórico, a segunda geração, buscam-se prestações sociais do Estado em confronto à postulação de um Estado liberal que caracterizava a primeira geração dos direitos fundamentais. As conjecturas sociais da época determinavam a necessidade de uma “intervenção intensa na vida econômica e a orientação das ações estatais por objetivos de justiça social”, como sustenta Gilmar Mendes.² Neste momento buscam-se prestações positivas do Estado, onde se pretende o estabelecimento de uma liberdade real e igual para todos, a igualdade de fato, o homem reconhecido perante a sociedade, desenvolvendo-se os direitos sociais, a exigir uma ação corretiva estatal. Desenvolvem-se os direitos a assistência social, saúde, educação, lazer etc. A principal característica desta esfera de direitos é a sua dimensão positiva, uma vez que já não se trata de evitar uma intervenção estatal na sua esfera de liberdade, mas sim da busca pelo bem-estar social, uma liberdade garantida pela prestação positiva social³.

Já na terceira geração o enfoque dos direitos fundamentais está na proteção da coletividade, da comunidade, evoluindo-se a concepção e os instrumentos protetivos dos direitos coletivos e difusos. Paulo Bonavides aborda a questão em sua obra da seguinte maneira:

Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto

¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. p. 233

² *Ibid.* p. 233

³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 47

direitos que não se destinam especificadamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Os publicistas e juristas já os enumeram com familiaridade, assinalando-lhe o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade⁴.

Todas estas fases, ou gerações, podem coexistir e refletem momentos históricos, seja no aspecto econômico e especialmente na condição das liberdades individuais. Como normalmente representam a exigência de prestação ou abstenção do Estado, tal estrutura dos direitos fundamentais se reflete nos três poderes, os quais encontram-se vinculados aos preceitos constitucionais.

Teoria desenvolvida por Jellinek, abordada na obra de Gilmar Mendes, aponta quatro *status* em que o indivíduo pode estar perante o Estado. No primeiro o indivíduo está em posição de subordinação aos Poderes Públicos, caracterizando-se pela existência de deveres para o Estado (*status subjectionis*). O âmbito de liberdade fora das ingerências do Estado é denominado *status negativo*. Quando estamos diante do direito de exigir uma prestação do estado caracteriza-se o *status civitatis*. O quarto estágio refere-se ao *status ativo*, onde pode o indivíduo influir sobre a formação da vontade do Estado⁵.

Além de um estado formal de direito, sob a concepção de um governo que se sujeita e cumpre as leis, o atual modelo apresentado pela nossa constituição também engloba a concepção do estado material de direito, o qual além de se determinar uma garantia das formas e da estrutura de poder, encontram-se reconhecidas metas, parâmetros, limites da atividade estatal e principalmente valores, direitos e liberdades fundamentais⁶. Neste aspecto todos os direitos fundamentais condicionam a validade da atividade estatal, eis que sua atuação deve ser norteadada pelo respeito aos direitos fundamentais.

Seguindo este entendimento, Ingo Wolfgang Sarlet aponta que sob esta ótica dos direitos fundamentais, além da função original de instrumento de defesa da liberdade individual, os direitos fundamentais abrangem também elementos da

⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 569.

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. p. 255.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 59.

ordem jurídica objetiva, integrando como fundamento material todo o ordenamento jurídico⁷.

No campo da administração, José Sérgio da Silva Cristovam, aborda a evolução administrativa brasileira, onde se pode identificar a interação entre o Estado administrador e a população. No seu artigo expõe:

No Brasil, a história do Direito Administrativo apresenta três grandes ondas de reformas: a primeira, na década de 1930, com a chamada Era Vargas, cujos traços principais foram o intervencionismo estatal na economia, a descentralização administrativa com o sistema de autarquias e a estruturação da burocracia estatal; a segunda onda, na década de 1960, período da ditadura militar, com o Decreto-lei 200/67, onde transpareceu a clara intenção de dinamizar a estrutura burocrática e aumentar o profissionalismo administrativo.

A terceira onda de mudanças começou com a Constituição de 1988, sofrendo sensível redimensionamento com a Emenda Constitucional n. 19/98 (EC 19/98), a chamada reforma gerencial. Esta reforma alterou profundamente o modelo administrativo do Estado, sendo elevado o princípio da eficiência à condição de princípio constitucional expresso.⁸

A Administração representa o instrumento de atuação do Poder Executivo na concretização das determinações legais e das determinações políticas do chefe de governo. Assim como os poderes políticos, encontra-se também vinculada aos preceitos constitucionais.

Sob o enfoque dos direitos fundamentais, a Era de Vargas restou caracterizada pela defesa dos direitos sociais, restringindo o liberalismo. Contrapondo ao período da Ditadura, caracterizado pela restrição de liberdades individuais, temos a reforma Constitucional de 1988, que trouxe à tona uma grande gama de direitos com o intuito de assegurar as liberdades individuais, bem como a abertura de espaço para a tutela dos direitos difusos e a busca de um estado eficiente.

Nota-se claramente pela evolução histórica o desenvolvimento dos direitos de defesa, de prestação e de participação. Esta representa uma classificação de acordo com a relação entre o indivíduo e o Estado. Os direitos de participação identificam a garantia dos cidadãos na formação da vontade política do Estado. “Enquanto os direitos de abstenção visam assegurar o *status quo* do indivíduo, os

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 60.

⁸ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Breves considerações sobre o conceito de políticas públicas e seu controle jurisdicional*.

direitos a prestação exigem que o Estado aja para atenuar desigualdades, com isso estabelecendo moldes para o futuro da sociedade”⁹.

Em linhas gerais, os direitos a uma prestação positiva, resultado de uma concepção social do Estado, são encontrados nos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Consistem em realizar e garantir os pressupostos materiais mínimos, assegurando-se uma efetiva fruição das liberdades¹⁰. Expõe o artigo 3º da Constituição Federal de 1988 (CF/88):

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

VI – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

No artigo 6º da Constituição temos diversos direitos sociais enumerados, os quais garantem direito a uma prestação material do Estado (educação, saúde, assistência social), além de outros diversos exemplos que encontramos ao longo da carta constitucional. Nota-se clara evolução nos direitos fundamentais esculpidos no ordenamento constitucional, assegurando-se um grande leque de direitos fundamentais de prestação do estado.

A caracterização do Estado como um garantidor dos direitos sociais fundamentais, na busca da igualdade material entre os indivíduos caracteriza o Estado Social, o qual é bem representado com a Constituição de 1988. Confrontando com os defensores do Estado meramente liberal, onde prevalecem os direitos de defesa, assegurando-se primariamente a liberdade individual, com reflexos em todos os campos da sociedade, o Estado social privilegia a busca de uma maior igualdade entre os indivíduos, assegurando-se diversos direitos sociais e direitos fundamentais de prestação. Sobre a importância do princípio da igualdade no moderno Estado Democrático, trago à lume as lições de Paulo Bonavides:

A Constituição de 1988 é basicamente em muitas de suas dimensões essenciais uma Constituição do Estado social. Portanto, os problemas constitucionais referentes a relações de poderes e exercício de direitos

⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. p. 259.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 283.

subjetivos têm de ser examinados e resolvidos à luz dos conceitos derivados daquela modalidade de ordenamento. Uma coisa é a Constituição do Estado liberal, outra coisa é a Constituição do Estado social. A primeira é uma Constituição antigoverno e anti-Estado; a segunda uma Constituição de valores refratários ao individualismo no Direito e ao absolutismo no Poder.

(...)

O Centro medular do Estado Social e de todos os direitos de sua ordem jurídica é indubitavelmente o princípio da igualdade. Com efeito, materializa ele a liberdade da herança clássica. Com esta compõe um eixo ao redor do qual gira toda a concepção estrutural do Estado democrático contemporâneo¹¹.

O Estado de abstenção, ou defesa, em prol da garantia das liberdades individuais, passa também a ser caracterizado por um estado provedor das necessidades da população, garantindo um grande rol de direitos sociais. Aqui já existe a necessidade de uma atuação comissiva do estado como prestador de garantias mínimas ao pleno desenvolvimento das mais diversas camadas da sociedade, surgindo a discussão sobre as Políticas Públicas.

As Políticas Públicas representam justamente os instrumentos de ação estatal para a concretização das prestações positivas exigidas do Estado em seu novo papel, de um Estado constitucional. Já restou exposto que a todos os poderes compete respeitar os direitos fundamentais protegidos pelo ordenamento constitucional. E o novo estado constitucional surge como um estado garantidor da conformação dos direitos fundamentais seja no campo legislativo, jurídico e especialmente do Poder Executivo, primordial garantidor da concretização da vontade pública.

As políticas públicas se desenvolvem tanto sob o aspecto social como no aspecto econômico, simbolizando a pretensão de planejamento social a partir da execução de projetos governamentais, sempre tendo por objetivo promover o desenvolvimento da nação de acordo com as diretrizes constitucionais estabelecidas. Eduardo Appio traz o seguinte conceito para Políticas Públicas¹²:

As políticas públicas podem ser conceituadas, portanto, como instrumentos de execução de programas políticos baseados na intervenção estatal na sociedade com a finalidade de assegurar igualdade de oportunidades aos cidadãos, tendo por escopo assegurar as condições materiais de uma existência digna a todos os cidadãos.¹³

¹¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. pp. 371 e 376.

¹² APPIO, Eduardo. *Controle Judicial de Políticas Públicas*. p. 136.

¹³ *Ibid.* p. 136.

As políticas públicas refletem, portanto, um objetivo a ser alcançado, o bem estar social e a concretização dos direitos fundamentais, estruturando-se o Estado com programas de intervenção sistemática na concretização dos preceitos constitucionais.

Como sustenta Thiago Lima Breus, para concretizar tais direitos fundamentais, ao atual Estado Constitucional foi conferido um instrumento de concretização dos direitos fundamentais:

(...) abriu-se espaço para que as políticas públicas surgissem como um mecanismo do Estado que, envolvendo a participação da sociedade civil e, portanto, concedendo-lhe nova legitimidade, possibilitasse a prestação de ações positivas capazes de propiciar uma mudança substancial no conjunto social.¹⁴

Ainda sobre os direitos fundamentais, grande discussão é travada na doutrina acerca da sua exigibilidade direta do texto constitucional. Normalmente se invoca a sua classificação como norma programática, a qual constitui cláusula de direcionamento e inspiração da atuação estatal, ou o seu caráter de norma de eficácia limitada, pendendo de regulamentação infraconstitucional para que tenha eficácia plena e constitua efetivamente direito subjetivo exigível do Estado.

De regra, invoca-se o § 1º do artigo 5º da Constituição como cláusula de aplicabilidade imediata a todos os direitos fundamentais. Todavia, tal concepção mostra-se mais adequada quando estamos diante dos direitos fundamentais conceituados como de defesa, caracterizados pela defesa da concepção dos direitos fundamentais de primeira geração, os direitos de liberdade. Levando o debate para os direitos sociais, a questão sofre certo incremento na sua análise, pois a atuação estatal se pauta por prestações positivas, sendo necessária a delimitação de recursos financeiros e critérios de aplicação destes recursos, o que traz a tona o debate acerca da problemática da reserva do possível e da afronta ao princípio da separação dos poderes.

De toda sorte, a grande maioria das teorias desenvolvidas sobre o tema identificam a existência de um padrão mínimo de segurança material a ser garantido por meio de direitos fundamentais, “que têm por objetivo evitar o esvaziamento da

¹⁴ BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional*. p 266.

liberdade pessoal, assegurando, de tal sorte, uma liberdade real¹⁵. Neste sentido, quando o padrão mínimo dos direitos sociais puder ser tido como prioritário há que se admitir um direito subjetivo a determinada prestação social.

Na apreciação da Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental 45¹⁶, o Ministro Celso de Melo apontou que as normas constitucionais delimitadoras de direitos fundamentais não podem ser interpretadas como uma promessa constitucional inconstitucional, ao livre arbítrio do Poder Público em desrespeito ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

A configuração aberta das normas de cunho social pode ser justificada justamente pela necessidade de se analisar todas as variáveis na sua aplicação considerando critérios econômicos e sociais. Porém, tal conceito aberto não pode ser utilizado pelos poderes políticos de forma a neutralizar os próprios direitos fundamentais diante da omissão dos poderes Executivo e Legislativo na implementação dos direitos fundamentais.

Como bem adverte Ingo Sarlet, entre os deveres do Estado encontra-se a necessidade de proteger a vida, donde decorre que deverá garantir critérios mínimos para o ser humano. A sua omissão pelos entes prioritariamente legitimados para a definição dos critérios a serem adotados, revela a configuração do direito subjetivo às prestações sociais, reivindicáveis quando se verifique uma atuação omissiva ou abusiva do Estado.

Além disso, é preciso ressaltar que ao Estado não apenas é vedada a possibilidade de tirar a vida (daí, por exemplo, a proibição da pena de morte), mas também que a ele se impõe o dever de proteger ativamente a vida humana, já que esta constitui a própria razão de ser do Estado, além de pressuposto para o exercício de qualquer direito (fundamental, ou não)¹⁷.

Configurada a possibilidade de postulação de prestações positivas do Estado, diante da existência dos direitos fundamentais sociais, no próximo tópico será abordado as concepções do direito fundamental social a saúde, especificadamente considerando, além de outras características dos direitos fundamentais.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 345.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática na ADPF nº 45. Relator Ministro Celso de Melo. Publicado em 29.04.1004.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 348.

1.2. O direito fundamental à saúde.

A concepção dos direitos sociais, assim como a maioria dos direitos fundamentais, têm por pressuposto a defesa da dignidade humana e a garantia de um mínimo existencial para a própria manutenção da vida, “formado pelas condições materiais básicas para a existência, correspondente a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana”¹⁸. Ana Paula de Barcellos em sua obra delimita o mínimo existencial da dignidade da pessoa humana e, portanto, exigível do poder público em quatro elementos, a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça¹⁹.

O direito à saúde, objeto deste estudo, ao lado da educação, configura um primeiro momento da dignidade humana, representando requisitos mínimos para a própria garantia da vida, assegurando-se que o próprio homem busque a concretização dos demais direitos fundamentais. De forma geral, os direitos sociais representam pressuposto necessário para o exercício dos direitos civis e políticos como sustenta Eduardo Appio²⁰.

O direito à saúde decorre do próprio direito à vida, assegurado pelo artigo 5º da Constituição Federal²¹. Afirmo o mesmo autor que o direito à saúde, eleito à categoria de direito fundamental, sua proteção pelo Estado pode dar-se tanto pela prática de atos administrativos amparados por legislação prévia como pela implementação de políticas públicas, econômicas e sociais.²²

Em audiência pública relativo aos problemas enfrentados pela saúde, realizada no Supremo Tribunal Federal, Ingo Wolfgang Sarlet trouxe as características do atual sistema público de saúde, e sua evolução histórica, que transcrevo:

A atribuição de contornos próprios ao direito fundamental à saúde, correlacionado, mas não propriamente integrado nem subsumido à garantia

¹⁸ BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. p. 278

¹⁹ *Ibid.* p. 288

²⁰ APPIO, Eduardo. *Controle Judicial de Políticas Públicas*. p. 191

²¹ Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem discriminação de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...).

²² *Ibid.* p. 186

de assistência social, foi exatamente um dos marcos da sistemática introduzida em 1988, rompendo com a tradição anterior, legislativa e constitucional, e atendendo, de outra parte, às reivindicações do Movimento de Reforma Sanitária, que muito influíram o constituinte originário, notadamente pelo resultado das discussões travadas durante a VIII Conferência Nacional de Saúde. A explicitação constitucional do direito fundamental à saúde, assim como a criação do Sistema Único de Saúde (SUS) decorrem, assim, da evolução dos sistemas de proteção antes instituídos em nível ordinário (do Sistema Nacional de Saúde, criado pela Lei nº 6.229/1975 e, já em 1987, do Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde – SUDS). Algumas das principais características do regime jurídico-constitucional do direito à saúde também são reflexos deste processo, tais como: a) a conformação do conceito constitucional de saúde à concepção internacional estabelecida pela Organização Mundial da Saúde (OMS), sendo a saúde compreendida como o estado de completo bem-estar físico, mental e social; b) o alargamento do âmbito de proteção constitucional outorgado ao direito à saúde, ultrapassando a noção meramente curativa, para abranger os aspectos protetivo e promocional da tutela devida; c) a institucionalização de um sistema único, simultaneamente marcado pela descentralização e regionalização das ações e dos serviços de saúde; d) a garantia de universalidade das ações e dos serviços de saúde, alargando o acesso até então assegurado somente aos trabalhadores com vínculo formal e respectivos beneficiários; e) a explicitação da relevância pública das ações e dos serviços de saúde.²³

Assim como os demais direitos fundamentais, o direito à saúde também apresenta a dupla fundamentalidade material e formal. No aspecto material, encontra-se ligado a preponderância do bem jurídico tutelado na ordem constitucional, como pressuposto à própria manutenção da vida. No aspecto formal, por estar positivado, o princípio se desdobra em três elementos: a) integrando os direitos fundamentais, encontra-se no ápice do ordenamento jurídico; b) por encontrar-se positivado no texto constitucional, é abrangido pelos limites materiais e formais de reforma constitucional; c) apresenta a aplicabilidade imediata característica dos direitos fundamentais.²⁴

Além de sua previsão junto ao artigo 5º da Constituição Federal em campo específico dos direitos fundamentais, a matéria também está prevista junto ao título da ordem social, entre os artigos 196 e 200 da Constituição. Os demais dispositivos estabelecem as diretrizes gerais do serviço público de saúde, competências e percentual mínimo de investimentos na proteção à saúde. Destaca-se, ainda, o fato do desrespeito a esta última diretriz configurar hipótese de intervenção judicial como determina o artigo 34 e seguintes da Carta Constitucional, o que demonstra a importância conferida ao referido direito fundamental no texto constitucional.

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988*. p. 5

²⁴ *Ibid.* p. 6.

O artigo 196 do texto constitucional delimita a saúde como um direito de todos e identifica o dever estatal de garanti-lo. Assim como os demais direitos fundamentais a conformação do direito à saúde abrange tanto uma esfera defensiva com a ampla tipificação penal em proteção à vida, saúde pública, meio ambiente e imposições no âmbito sanitário, como direitos de prestação estatal na promoção da saúde.

Grande problema enfrentado pela doutrina e pelo Poder Judiciário diz respeito à delimitação do conteúdo exigível do direito fundamental à saúde. Como todos os direitos fundamentais, sua abordagem perante o texto constitucional representa um conceito amplo. Argumentar genericamente a existência de um direito à saúde abrangeria cogitar da possibilidade de se exigir do estado o provimento de todas as necessidades para se assegurar um tratamento médico adequado, como tratamentos experimentais e por muitas vezes extremamente caros, o que levaria ao colapso do sistema público de saúde, eis que demandaria recursos infindáveis, contrapondo a universalidade característica do sistema.

A princípio compete ao Legislativo e ao Executivo a delimitação do objeto considerado como satisfatório na concretização do referido direito fundamental. Delimitando o poder constituinte originário os preceitos fundamentais, diretrizes e princípios constitucionais, a lógica do sistema constitucional leva a crer que aos referidos poderes competiria exclusivamente a delimitação dos conteúdos dos direitos elencados no corpo do texto constitucional. Tal conclusão se extrai pelo próprio fato da constituição de 1988 ter se ocupado efetivamente em assegurar condições mínimas de existência aos indivíduos, e pela imposição a todos os poderes da república e entes federativos de alcançar os objetivos constitucionais. Conferindo o sistema constitucional aos poderes executivo e legislativo a competência para gerir os recursos públicos, a estes em primeiro lugar competiria promover uma adequada concretização dos direitos fundamentais.

Ocorre que o não atendimento aos anseios da coletividade, seja qual for a causa, trouxe ao debate a delimitação do referido direito fundamental no corpo constitucional, bem como a possibilidade de se exigí-lo judicialmente. Tal conduta pauta-se no entendimento de que a carta constitucional não é formada por um conjunto de cláusulas vazias, podendo o legislador e o administrador livremente dispor acerca dos direitos consagrados perante a constituição, o que determinaria

uma subversão hierárquica entre a Constituição e a ordem jurídica em geral²⁵. Representando um direito fundamental tipificado constitucionalmente, e tendo por característica a possibilidade de aplicabilidade imediata, o direito à saúde pode e dever ser exigido judicialmente, configurando um direito subjetivo a uma prestação social.

Especialmente o direito à saúde encontra-se extremamente vinculado ao próprio direito à vida, razão pela qual apresenta grande concretização ao longo do texto constitucional e no ordenamento infraconstitucional, viabilizando amplo controle judicial e delimitando grande gama de direitos específicos aos usuários do sistema de saúde, como a disponibilização de medicamentos e outros mecanismos de proteção à saúde, assegurados pela lei.

Sendo o texto constitucional caracterizado pela existência de conceitos vagos e amplos, a doutrina desenvolveu o conceito de mínimo existencial, surgindo o princípio da dignidade humana como seu marco delimitador, eis que o objeto precípua da prestação social é representado pela existência de condições mínimas para uma existência com dignidade. O mínimo existencial deve ser compreendido não apenas como o necessário para a sobrevivência, mas a garantia de um mínimo que assegure uma existência digna²⁶.

Inequívoco é o fato de que ao Estado cumpre proteger a vida, porém, sua esfera de atuação para assegurar o mínimo existencial, e a própria delimitação de seu conteúdo devem ser analisadas em casos concretos, pautando-se nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade diante das situações fáticas existentes, como as condições econômicas do governo e a própria separação dos poderes, assuntos a serem tratados adiante.

Questão relevante a se tratar diz respeito à própria natureza do direito à saúde, se individual ou coletivo. A defesa dos direitos sociais remontam às reivindicações promovidas no âmbito dos movimentos sociais. Considerando tal natureza e origem, alguns defendem que se trataria de direitos de natureza coletiva, passíveis de tutela somente no âmbito de ações de caráter coletivo, como na ação civil pública ou no mandado de segurança coletivo, possibilitando somente o controle abstrato sobre as normas e atos delimitadores das políticas públicas.

²⁵ BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. p. 224.

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 320.

Tal concepção encontra-se vinculada ao entendimento de que os direitos individuais incorporariam somente os direitos fundamentais de liberdade, correspondendo a uma abstenção do estado, em confronto com a concepção de que os direitos sociais estariam vinculados a uma visão coletiva da sociedade.

Ocorre que mesmo tendo os direitos sociais, entre eles o direito à saúde, origem nos movimentos sociais, eles representam resultado de luta pela proteção da dignidade da pessoa humana individualmente considerada. Estes são tidos como direitos individuais de expressão coletiva, como sustenta Ingo Wolfgang Sarlet²⁷. Os direitos sociais representam direitos a prestações sociais do Estado na busca pela justiça social, não se pautando pela titularidade em si.

O direito à saúde, portanto, decorre do próprio direito à vida e do respeito à dignidade humana, apresentando por característica a sua individualidade e sendo passível de defesa pelo seu titular individualmente considerado. Neste sentido, o direito à saúde recebe uma conotação individual, sendo reconhecida como um direito subjetivo público à saúde sob os seus diversos aspectos em uma verdadeira relação obrigacional mantida entre a pessoa e o Estado. Apesar de se defender o caráter programático das normas de saúde, a doutrina e jurisprudência reconhecem sua aplicação imediata, o que viabiliza a busca judicial pela concretização do direito fundamental à saúde previsto no texto constitucional.

Em uma simples busca jurisprudencial perante o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), obtemos inúmeros exemplos diversificados sobre o tema, abordando a questão da procura pela concretização do direito social à saúde sob uma perspectiva individual, senão vejamos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. ESTADO CLÍNICO GRAVE. NECESSIDADE DE INTERNAÇÃO EM UNIDADE DE TERAPIA INTENSIVA - UTI COMPROVADA. FALTA DE VAGAS NA REDE PÚBLICA DE SAÚDE. RAZÕES DE ORDEM ORÇAMENTÁRIA E DE POLÍTICA PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE. TRATAMENTO EM ESTABELECIMENTO MÉDICO PARTICULAR ÀS EXPENSAS DO ESTADO.

1.A saúde é direito subjetivo assegurado constitucionalmente a todos, sendo dever do estado garanti-la através de políticas sociais e econômicas eficientes.

2.O Distrito Federal, enquanto gestor do sistema local de saúde pública, deve manter estrutura capaz de viabilizar o atendimento emergencial, célere e eficaz, em todas as hipóteses de maior gravidade, nas quais o paciente necessite de tratamento imediato como forma de garantir sua saúde.

3.Nesse diapasão, razões de ordem orçamentária e de política pública não

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p 216.

podem ser invocadas para justificar a patente omissão estatal verificada em casos como o dos autos, nos quais a imprescindibilidade do tratamento especializado é inquestionável.

4. Se não há dúvidas acerca da necessidade de internação do demandante em unidade de terapia intensiva e a rede pública de saúde não dispõe de vaga para acolhê-lo, deve o Distrito Federal garantir o seu atendimento emergencial em instituição particular, arcando, por consequência, com as despesas suportadas pelo hospital que prestou a assistência.

5. Recurso conhecido e provido. Decisão reformada. (20070020132818AGI, Relator JOÃO BATISTA TEIXEIRA, 3ª Turma Cível, julgado em 28/05/2008, DJ 12/06/2008 p. 39).

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PACIENTE ACOMETIDA DE DOENÇA GRAVE. NECESSIDADE DE INTERNAÇÃO EM UTI. PRELIMINARES DE PERDA DE INTERESSE DE AGIR E ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO AFASTADAS. CARÊNCIA DE RECURSOS. PRESTAÇÃO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE AOS NECESSITADOS. DEVER DO ESTADO.

1. Não há a perda superveniente do interesse de agir quando o doente, acometido de doença grave e em iminente risco de vida, é internado em hospital particular, às expensas do Estado, por força de decisão judicial que antecipou a tutela, que tem natureza provisória e revogável. Ademais, tal providência, por si só, não finaliza o tratamento, pois não se pode aferir o tempo em que o paciente necessitará da internação na rede particular, enquanto não fornecida vaga em hospital público, bem assim que caberá ao Distrito Federal arcar com as despesas geradas deste tratamento, do qual não se pode extrair o valor exato, de modo que permanece o interesse em confirmar a antecipação do provimento definitivo sobre a questão posta em juízo.

2. Com base no art. 127 da Constituição Federal, no art. 1º da Lei nº 8.625/93 e, ainda, no art. 6º da Lei Complementar nº 75/93, reconheço a legitimidade do Órgão Ministerial para o ajuizamento de ação de obrigação de fazer, objetivando garantir à Autora o direito à vida, direito esse inserido no rol dos individuais indisponíveis.

3. É posicionamento pacífico desta Egrégia Corte de Justiça o reconhecimento do direito do paciente carente, acometido de doença grave e em iminente risco de vida, de ser internado em hospital particular, enquanto não disponível leito na rede pública de saúde, às expensas do Estado.

4- O direito à saúde foi elevado à condição de direito fundamental pela Carta Política de 1988, compreendendo que a vida humana é bem supremo.

5 - Sentença mantida. Apelação Cível e Remessa Oficial não providas. (20050111037933APC, Relator MARIA BEATRIZ PARRILHA, 4ª Turma Cível, julgado em 28/04/2008, DJ 19/05/2008 p. 82).

Por outro lado, o direito à vida também apresenta uma faceta coletiva ou transindividual, fundamentada na obrigação estatal de promover políticas públicas para a concretização do referido direito fundamental, o que abrange a coletividade como sua titular. Neste ponto, visualiza-se uma dupla característica do referido direito, sem cogitar-se de superposição ou prevalência, mas sim de coexistência entre as duas esferas, possibilitando-se tanto uma titularidade individual quanto

coletiva do direito à saúde²⁸. Neste sentido, o julgado do STF 268-9 RS, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, abordou o tema reconhecendo a dupla característica do direito fundamental à saúde e, ainda, a obrigatoriedade e necessidade de formulação de políticas públicas com vistas a assegurar a concretização do referido direito fundamental.

Outro ponto de destaque na análise das diretrizes constitucionais do direito à saúde diz respeito à universalidade e igualdade no acesso aos serviços públicos de saúde, o qual deve ser garantido mediante políticas públicas e econômicas, como bem delimita o artigo 196 da Constituição. A universalidade não pode ser confundida com gratuidade dos serviços de saúde, o que indicaria um dever geral ao Estado de garantir a todos qualquer tratamento de saúde. O que se pretende é que se garanta a todos um acesso em mesmas condições aos serviços públicos de saúde. Não se pode deixar de lado que o próprio texto constitucional prevê a prestação de serviços particulares na área de saúde (CF, art. 199), até de forma complementar ao sistema público. Assim, a universalidade indicada se limita à garantia de acesso igualitário aos serviços públicos de saúde. Porém, há que se reconhecer grande parcela da população não possui condições de arcar com os custos mínimos para a garantia da saúde, o que justifica a magnitude do sistema público e sua importância da concretização do direito fundamental a saúde.

Sobre o princípio da universalidade dos direitos fundamentais, Ingo Sarlet aponta que todas as pessoas, pelo próprio fato de serem pessoas são titulares de direitos e deveres fundamentais, o que não afasta a possibilidade de existirem diferenças a serem consideradas, porém, com base no próprio princípio da igualdade e de acordo com as exceções expressamente previstas em lei. O núcleo central do direito fundamental deverá ser sempre respeitado sendo intangível por qualquer discricionariedade.²⁹

A universalidade apontada no texto constitucional refere-se à concessão de tratamento igualitário a todos que dele necessite, alcançando a todos os titulares de direitos fundamentais sociais. Tem como referencial justamente o acesso ao serviço de saúde sob os seus diversos aspectos, como a prevenção, proteção e recuperação, sempre se pautando pela diversidade apresentada pela população segundo critérios econômicos, culturais, sociais, geográficos e outros. Sob este

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 215.

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 210.

aspecto, “pode se falar num direito difuso a um sistema de saúde que conjugue medidas genéricas e medidas específicas (que consideram a especificidade de cada grupo) de prevenção e promoção da saúde”³⁰. Exemplificando, as políticas públicas devem se pautar sempre na especificidade do público alvo de acordo com suas diversidades, o que justifica e determina a promoção de políticas de prevenção considerando fatores como a idade, sexo ou a opção sexual, como a realização de campanhas preventivas em relação a um público específico.

Tal característica do direito fundamental à saúde decorre do próprio princípio da igualdade devendo tanto o legislador ater-se ao tratamento isonômico aos destinatários dos serviços de saúde, como os próprios aplicadores dos preceitos normativos. Como alertado anteriormente, poderá ser conferido tratamento diferenciado considerando fatores especiais do usuário dos serviços de saúde, inclusive tratando-se de diretriz a ser adotada pelo sistema de saúde em sua atuação. Para tanto, como bem adverte Celso Antônio Bandeira de Mello ao tratar do princípio da igualdade, o legislador e o aplicador da lei, ao estabelecerem critérios para um tratamento diferenciado, mas em respeito ao princípio da isonomia, devem (I) identificar um critério lógico discriminador em função da desigualdade proclamada, considerando os interesses abrigados no direito positivo constitucional, o fator discriminante; (II) uma correlação lógica entre o fator de discrimen e a desequiparação procedida, investigando aquilo que é erigido como critério discriminatório e se existe uma justificativa racional para conferir tratamento específico em razão da desigualdade afirmada e; (III) consonância da discriminação com os interesses protegidos na constituição³¹.

Em suma, o princípio da universalidade implica que as políticas públicas para a concretização do direito social à saúde devem pautar-se sempre em um tratamento igualitário para os seus usuários. Também deverá levar em consideração que para atingir o bem maior buscado, o resguardo da vida e a redução das desigualdades, deverá analisar as peculiaridades da população considerando seus diversos fatores discriminantes e adotando, quando houver necessidade, uma forma diferenciada de concretização dos direitos fundamentais. É o que se observa em programas de prevenção destinados a grupos distintos considerando fatores como idade, sexo e diversidade sexual. A justificativa para a adoção destes critérios

³⁰ RIOS, Roger Raupp. *Direito à saúde, universalidade, integralidade e políticas públicas*. p. 6.

³¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*.

normalmente decorrem de análises técnicas realizadas pelos gestores da área de saúde.

Sob o ponto de vista do Estado, o direito à saúde compreende um dever fundamental de proteção à saúde, decorrente do próprio texto constitucional (CF, art. 198). Além dos deveres fundamentais corresponderem a uma tutela da proteção da individualidade, representam valores da comunidade considerada como um conjunto, valores que o Estado e a sociedade devem respeitar, proteger e promover³². Os deveres fundamentais encontram íntima ligação com a concepção de dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Sobre o tema, trago a definição acerca da dimensão objetiva dos direitos fundamentais:

A dimensão objetiva resulta do significado dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional. Os direitos fundamentais participam da essência do Estado de Direito democrático, operando como limite do poder e como diretriz para a sua ação. As constituições democráticas assumem um sistema de valores que os direitos fundamentais revelam e positiva. Esse fenômeno faz com que os direitos fundamentais influam sobre todo o ordenamento jurídico, servindo de norte para a ação de todos os poderes constituídos³³.

Contrapondo os deveres fundamentais autônomos, que não encontram ligação à conformação com outro direito, segundo classificação de Ingo Sarlet³⁴, ao direito fundamental à saúde corresponde um dever estatal de agir em prol de sua concretização, razão pela qual é classificado como um dever fundamental conexo ou correlato. Assim como a classificação dos direitos fundamentais em de defesa ou de prestação, os deveres fundamentais comportam a mesma classificação, admitindo a concepção de um dever fundamental defensivo ou prestacional, neste último caso englobando o dever fundamental a prestações de saúde.

Sob esta perspectiva e levando-se em consideração a concepção objetiva dos direitos fundamentais, a constituição traça diversas diretrizes sob as quais a conduta estatal deve pautar-se na concretização dos direitos sociais da saúde. A concepção objetiva determina a adoção de providências tanto materiais quanto jurídicas no resguardo dos bens protegidos, inclusive contra agressões de outros Poderes Públicos.

³² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. P. 226

³³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. p 266

³⁴ Ingo 228

1.2 A problemática da concretização dos direitos fundamentais sociais da saúde – a escassez de recursos e a reserva do possível.

Sendo a Constituição de 1988 caracterizada como a de um Estado Social, tem esta por meta a garantia do bem-estar do homem, de um mínimo de dignidade à população de acordo com suas necessidades. Também se deve ter em mente as características desta Carta Constitucional, extremamente dirigente ou analítica, abordando diversos direitos fundamentais e sociais ao longo de seu texto. Define ela como princípios objetivos fundamentais o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza, a redução das desigualdades sociais. Ao longo de seu texto também encontramos enunciados de direitos relativos a educação, saúde, lazer, segurança, infância e outros.

Para a concretização destes objetivos compete ao Estado traçar políticas públicas administrando os recursos estatais, independentemente de qualquer esfera de poder dentro da estrutura federativa, eis que a concretização destes direitos compete tanto à União, aos Estados, Municípios e Distrito Federal, de acordo com a competência estabelecida no texto constitucional.

A concretização dos direitos sociais acima indicados é realizada por meio de uma atuação comissiva estatal, abrangendo essencialmente a prestação de serviços, especialmente às populações mais carentes. Assim, tal atuação depende necessariamente da existência de recursos financeiros, ficando a amplitude da atuação estatal condicionada à situação econômica vivenciada. Sob tal fundamento, os diversos entes estatais vêm invocando, quando ineficazes os serviços públicos prestados, a reserva do possível, a inexistência de recursos suficientes para a concretização dos direitos fundamentais³⁵.

Thiago Lima Breus, em obra de sua autoria aponta a origem da idéia da reserva do possível:

A idéia de reserva do possível, como elemento limitador à ação estatal, surgiu na Alemanha, tendo sido acolhida pela Corte Constitucional germânica na década de 1970. O primeiro caso narrado pela doutrina é o

³⁵ BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional*. p. 233.

relativo ao direito de acesso às vagas das universidades alemãs, em que o elevado Tribunal considerou que as prestações que o cidadão poderia exigir do Estado estão condicionadas aos limites do razoável.

Vicente de Paulo Barreto, citado na obra de Thiago Breus³⁶ ressalta que a indicação da reserva do possível como limitador à atuação estatal é acompanhada por três falácias levadas a efeito pelo pensamento neoliberal. Inicialmente apontam os defensores da tese da reserva do possível que os direitos sociais são direitos de segunda geração, servindo de instrumentos subsidiários à efetivação dos direitos civis e políticos e de primeira geração. Entretanto, tal concepção é criticável diante da própria teoria dos direitos fundamentais, onde se ressalta a coexistência de todas as gerações dos direitos fundamentais ao ser humano, sem qualquer superposição. Ao contrário, estes coexistem e a concretização plena de cada direito é dependente do estabelecimento pleno dos demais, como meio de sustentação da própria condição humana.

A segunda falácia está no argumento de que a exigibilidade dos direitos sociais estaria condicionada à situação econômica estatal. Criticando esta tese, defende o autor que a existência de recursos políticos para a efetivação dos direitos depende das escolhas políticas que definirão a destinação dos recursos estatais por meio de políticas públicas necessárias à concretização dos direitos sociais, bastando vontade política para destinar os recursos existentes para a concretização dos direitos fundamentais. Assim, as decisões políticas estão condicionadas aos próprios valores estabelecidos na Constituição.

Criticando a terceira falácia, de que a concretização dos direitos sociais está condicionada à existência de recursos, afirma o autor que todos os direitos dependem da existência de recursos para a sua concretização, razão pela qual todos os direitos, e não somente os direitos sociais estariam ameaçados pela inexistência de recursos estatais.

Como bem aponta o autor, a simples e genérica alegação de que o Estado não pode prestar os serviços essenciais por ausência de recursos mínimos não representa elemento suficiente a afastar a obrigação estatal, a qual tem origem o próprio texto constitucional. Justamente para assegurar a prestação dos serviços essenciais, em algumas situações o próprio constituinte originário estabeleceu a arrecadação de recursos, delimitando a sua destinação para a realização de

³⁶ *Ibid.* pp. 234 e 235

algumas políticas públicas, o que se extrai dos artigos 195, 204 e 212, todos da Constituição de 1988.

Nota-se, portanto, evidente preocupação do constituinte quanto à concretização dos direitos fundamentais, delimitando tanto o poder de tributar quanto buscando, dentro do possível, assegurar a destinação dos recursos públicos auferidos pelo Estado na tutela dos direitos sociais assegurados pela própria carta constitucional. Antes de se perquirir acerca da existência de recursos suficientes para esta específica atuação estatal, impera-se perquirir se a função orçamentária do Estado vem sendo exercida adequadamente em conformidade com os preceitos constitucionais³⁷.

Portanto, para a invocação da reserva do possível, impera-se indagar se realmente inexistem recursos disponíveis mesmo após o atendimento das prioridades constitucionais, ou se o que ocorreu foi o estabelecimento de outras prioridades em detrimento dos parâmetros constitucionais. Estabelece-se, portanto, a necessidade de se diferenciar a inexistência de recursos, onde efetivamente pode-se aplicar a reserva do possível para afastar, temporariamente, a concretização dos direitos fundamentais, da situação onde ocorreu a alocação indevida dos recursos públicos em detrimento das prioridades constitucionais.

³⁷ BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional*. p. 239.

2. JUSTIÇA E DEMOCRACIA.

2.1. O papel do poder judiciário na defesa dos direitos fundamentais.

Dentro do atual estado caracterizado como social, em confronto com o modelo liberal, grande parcela da doutrina e, especialmente os responsáveis pela implementação de políticas públicas, vêm invocando a clássica divisão dos três poderes da república, e suas respectivas competências, como fato impeditivo da intervenção judicial em políticas públicas. Todavia, não se pode desvincular as políticas públicas dos direitos fundamentais sociais. Em síntese, a administração e implementação das políticas públicas não abrangeriam a esfera de competência do poder judiciário.

Assim, traz-se à tona a velha delimitação de competências entre os três poderes, e seu equilíbrio, como fatores delimitadores da esfera de atuação de cada poder. Ao Legislativo, como poder de expressão da vontade geral, composto por membros legitimados em eleições livres e periódicas, compete a criação de leis ou normas com força de leis. Ao Executivo e Judiciário, respectivamente, sempre dentro dos limites da lei, compete gerir a coisa pública e resolver a contenda entre cidadãos ou entre estes e o Estado³⁸.

Dentro deste padrão, a legitimidade de qualquer sistema político da atualidade se ampara na separação dos poderes. Porém, tal perspectiva não pode ser interpretada como uma limitação da atuação estatal na garantia dos direitos fundamentais. Pautada na democracia, e no respeito aos direitos fundamentais, o Estado social e democrático encontra no sistema de tripartição dos poderes uma maneira de assegurar a plena eficácia dos direitos fundamentais.

Em sua obra, José Afonso da Silva, identifica o poder como um fenômeno sócio-cultural, sendo inerente ao grupo, que se “pode definir como uma energia

³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. p. 93

capaz de coordenar e impor decisões visando à realização de determinados fins”³⁹. O Estado possui o poder político ou poder estatal, o qual tem que coordenar e impor regras aos diferenciados indivíduos que a compõe, regendo as relações sociais em supremacia aos demais poderes de origem interna e externa. Como identifica o autor, o poder político é caracterizado pela unidade, indivisibilidade e indelegabilidade⁴⁰.

Dentro da estrutura do estado vislumbramos a existência dos órgãos supremos, ou constitucionais, aos quais incumbe o exercício do poder político, e os dependentes ou administrativos, os quais compõem a Administração Pública. Verificadas estas características, vislumbra-se que o governo é o conjunto de órgãos aos quais incumbe o exercício do poder político, o qual se divide entre as funções legislativa, executiva e jurisdicional.

O princípio da separação dos poderes remonta às obras de Aristóteles, John Locke e Rousseau, a qual veio a ser definida e divulgada por Montesquieu⁴¹. Em que pese se falar em independência entre os poderes, esta não pode ser aceita de forma absoluta. O próprio fundamento que a sustenta também justifica a existência do sistema de freios e contrapesos, buscando sempre o estabelecimento de uma forma harmônica de coexistência sempre no interesse da população, evitando-se omissões e abusos entre estes, bem como a concentração excessiva de poderes, o que descaracteriza o estado democrático. Neste sentido, o sistema e princípio ora apontado não se caracteriza somente como um sistema de defesa entre os poderes, ou um limite absoluto de atuação, mas também delimita a esfera de atuação obrigatória de cada poder, o que possibilita a atuação comissiva e omissiva de todos os poderes no resguardo de um sistema harmônico.

Ocorre que a simples divisão ora apontada deve ser interpretada de acordo com os contornos do momento social de sua elaboração política e doutrinária. É certo que o estabelecimento da doutrina da separação dos poderes tem por origem o confronto com o modelo absolutista de estado, evitando-se a concentração de poderes em uma única pessoa ou grupo social. Não que se trate de uma visão ultrapassada, mas a atual interpretação da supremacia deste princípio deve pautar-se na garantia do princípio democrático e na busca infundável pela concretização dos

³⁹ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. pp. 106.

⁴⁰ *Ibid.* p. 107.

⁴¹ *Ibid.* p. 109.

direitos fundamentais. Sob esta leitura, todos os poderes têm por escopo constitucional a busca pela efetivação do interesse público primordial e o respeito aos direitos fundamentais. Nesta perspectiva, a harmonia antes defendida, que abrange somente a defesa de excessos, também vislumbra a possibilidade de suprimento de omissões, sempre na busca de um equilíbrio necessário para a realização do bem da coletividade. A título exemplificativo, basta examinarmos a previsão constitucional do mandado de injunção⁴² para as omissões na elaboração de normas de cunho normativo, eleito à categoria de instrumento de garantia dos direitos constitucionais, e que representa intervenção judicial na omissão da elaboração de norma de cunho normativo, a princípio de competência do Poder Legislativo e, por vezes, do Poder Executivo.

Não se pode conferir caráter absoluto à clássica tripartição dos poderes sem interpretar a sua razão de ser e o momento histórico vivenciado. Diante de uma análise histórica, a repartição de poderes surge diante do interesse da então burguesia no seu confronto de interesses com a nobreza, retirando-se o poder absoluto do monarca. Sob este contexto, o poder legislativo passou a predominar perante os demais poderes, desenvolvendo-se claramente o estado liberal, com uma extensa diminuição da participação do poder executivo.

Já com a nova concepção do estado social, os direitos fundamentais e sociais passam a ter uma maior preponderância, surgindo uma demanda maior da população em geral, tanto por prestações materiais como por uma maior participação política. Neste sentido desenvolveu-se a Constituição de 1988, reflexo tanto de um período ditatorial anterior, com uma ampla gama de direitos de defesa, quanto o reconhecimento de uma certa desconfiança no modelo representativo, o que culminou na positivação a nível constitucional de diversos direitos individuais e sociais.

Diante deste novo enfoque, não há como se invocar pura e simplesmente a separação dos poderes como meio de abster-se de uma intervenção judicial em sua esfera de poder. O próprio sistema da separação dos poderes, e a busca de um sistema equilibrado determina a intervenção das outras esferas de poder na garantia

⁴² Constituição Federal. Art. 5º, inc. LXXI – Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

dos direitos fundamentais. Sobre o tema e abordando a nova e moderna tarefa do Poder Judiciário, confira-se o seguinte trecho da obra de Fredie Didier:

Verifica-se, então, que ao Poder Judiciário foi conferida uma nova tarefa: a de órgão colocado à disposição da sociedade como instância organizada de solução de conflitos metaindividuais. Tal tarefa decorre da recente “politização da Justiça”, entendida como ativismo judicial, sempre coordenado com a atividade das partes e o respeito à Constituição na realização de políticas – públicas.

Esse compromisso não representava uma realidade premente antes da atual Constituição, sendo esporádica e não significativa, pelo menos no Brasil, a intervenção do Judiciário nas temáticas respeitantes à comunidade. O Judiciário mantinha-se inerte, ligado pela justiça retributiva (modelo liberal). Apenas algumas decisões em ações populares (com alargamento dos conceitos de patrimônio e de lesividade por parte dos juízes) e na nascente ação civil pública (já na década de 80) permitiam falar em uma atividade judiciária proativa no Brasil.

A Constituição Brasileira de 1988 potencializou e implementou ao máximo o papel do Judiciário e do Direito, fundando um novo paradigma: o do Estado Democrático de Direito. Criou, outrossim, para além de ter reconhecido expressamente uma dimensão coletiva de direitos fundamentais, institutos para a efetivação destes direitos, como o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção, a arguição de descumprimento de preceito fundamental; desvinculou o Ministério Público Federal das tarefas de defesa dos interesses da União (art. 129, IX da CF/88), atribuindo à Advocacia Geral da União as atividades de representação dos entes estatais; subdividiu as competências dos tribunais de forma a garantir ao Supremo Tribunal Federal a defesa “precípua” do texto constitucional.⁴³

A realização da democracia, adotando-se uma concepção de concretização de valores de convivência humana, como a igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana, também deve ser levada em conta em relação às exigências postuladas aos poderes constituídos. A simples situação almejada pelo estado de direito, expressão do pensamento liberal, já não ampara as pretensões de cunho social da coletividade, o que dá amparo ao Estado Social. Ademais, também se deve ter em mente a necessidade de uma interpretação em conformidade com o Estado Democrático, com uma participação efetiva e operante da população na coisa pública, na busca pela tutela de seus interesses.

Neste ponto, vislumbra-se o argumento de que o ativismo judicial, ou a intervenção judicial sobre os demais poderes afrontaria o princípio democrático. O fundamento fático para se invocar tal argumento é o respeito à vontade da maioria política estabelecida pelo modelo eleitoral. Em outros termos, não poderia o Poder Judiciário desrespeitar a vontade da maioria estabelecida no movimento eleitoral eis que não teria legitimidade democrática, especialmente para fixar políticas públicas e

⁴³ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. p. 41

destinar recursos, papel preponderante dos poderes executivo e legislativo, e delimitado pela vontade da maioria.

Sob o mesmo enfoque histórico adotado, a defesa da democracia e especialmente do estado liberal, funda-se no respeito à vontade da maioria em confronto com a modelo absolutista. Diante deste quadro e dos movimentos sociais históricos, especialmente do confronto da antiga burguesia com o poder do monarca na Revolução Francesa, o parlamento ou poder legislativo passou a preponderar na clássica tripartição dos poderes, refletindo-se este o modelo democrático até então pleiteado.

A Constituição de 1988 traz à toda a idéia do Estado democrático de direito e do estado social, o que reflete a síntese história de dois conceitos, o de constitucionalismo e o de democracia. Luiz Roberto Barroso⁴⁴, em artigo de sua autoria, identifica a essência do constitucionalismo na limitação do poder do estado e pela supremacia da lei. A democracia, por sua vez, traduziria a soberania popular e o governo da maioria.

Segundo o autor, o Estado democrático de direito gravita em torno da dignidade da pessoa humana e na centralidade dos direitos fundamentais, configurando a dignidade da pessoa humana como o centro de irradiação dos direitos fundamentais. Estes, por sua vez, incluíram a (I) liberdade representada pela autonomia da vontade e no direito de eleger seus projetos essenciais, a (II) igualdade, como direito de ser tratado com a mesma dignidade de todas as pessoas e o (III) mínimo existencial.

O princípio democrático expressa a idéia da soberania popular, sendo assegurado tanto pelo pluralismo político quanto pela garantia dos direitos fundamentais mínimos. Para a própria garantia da democracia faz-se necessário o resguardo de direitos fundamentais mínimos aos cidadãos. Em outros termos, é impossível se vislumbrar um exercício democrático perfeito quando a maioria da população não consegue ter garantido seus direitos mínimos.

Neste sentido, a deliberação sobre direitos fundamentais, com fundamento em um mínimo existencial, são colocados fora do alcance das nuances políticas, respeitando-se as minorias políticas e assegurando-se o princípio democrático. Entender o princípio democrático como o puro respeito às decisões tomadas pela

⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva*. p. 11.

maioria poderia, inclusive, afrontar o próprio princípio democrático. Daí a necessidade de que garantias mínimas, independentes da vontade política, inclusive elevadas à categoria de cláusulas pétreas. Ana Paula Barcellos aborda da seguinte forma a preponderância do princípio da dignidade humana:

Em primeiro lugar, do ponto de vista jusfilosófico, e para uma sociedade com a contemporânea, que confia nos postulados humanistas e na democracia, a dignidade da pessoa (incluído aí seu aspecto material) constitui o valor mais fundamental.

Em segundo lugar, é possível falar de um consenso material acerca da prioridade do homem e da sua dignidade tanto no direito interno, especialmente após a Constituição de 1988, como na ordem internacional, ainda que neste último caso o consenso possa ser apenas teórico em vários pontos.⁴⁵

Assim, não há como se invocar a afronta ao princípio democrático na atuação judicial quando não se vislumbra uma situação minimamente equânime no respeito aos direitos fundamentais e da própria dignidade humana, as quais constituem pressupostos para o exercício democrático da cidadania. Não podendo contar com os representantes eleitos diante da discricionariedade característica dos demais poderes, cumpre ao Poder Judiciário, sempre mediante provocação, diante de sua peculiar inércia, o papel de garantidor dos direitos fundamentais mínimos quando em risco, mesmo que se tenha que invadir a esfera de competência dos demais poderes, o que se tem verificado pelos diversos julgados que vem garantindo direitos fundamentais sociais mínimos, como a saúde.

De outro lado, é importante ressaltar que a atuação judicial não expressa um ato de vontade do próprio órgão julgador, e sim na concretização de preceitos normativos, independentemente de sua natureza, que são estabelecidos pelo legislador de acordo com o sistema brasileiro de elaboração legislativa, que por consequência decorre de uma deliberação majoritária, seja pelo poder constituinte ou pelo legislador ordinário.

Seguindo estas premissas, pode-se defender que o poder judiciário assume papel relevante no sistema democrático brasileiro, possibilitando o controle, pela coletividade da atuação dos demais poderes quando desrespeitam as diretrizes delimitadas no processo democrático.

⁴⁵ BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. p. 278.

2.2 A discricionariedade do administrador – limites de atuação do poder judiciário na garantia dos direitos fundamentais.

Normalmente ao se tratar da intervenção judicial em políticas públicas, também se invoca a discricionariedade característica do poder executivo, a invasão do espaço de um poder político, em afronta à separação dos poderes. Todavia, há que se diferenciar o poder político que compõe o governo, da Administração. Pode-se atribuir certa confusão na diferenciação apresentada pelo fato de que o chefe do Poder executivo, em suas diversas esferas, também representa o grau hierárquico máximo da Administração Pública.

Sob o ângulo subjetivo a Administração é o conjunto de órgãos, agentes e pessoas jurídicas a quem incumbe a execução das atividades administrativas. Sob o aspecto objetivo reflete o exercício da função administrativa na gestão dos interesses públicos segundo definição apontada por José do Santos Carvalho Filho.⁴⁶

Para o exercício da função administrativa o ordenamento jurídico equipa os administradores com diversos mecanismos administrativos, caracterizando o ato administrativo o instrumento de atuação dos entes administrativos. Além das diversas hipóteses de atuação restritiva nas liberdades individuais, ao administrador também compete a realização direta de atos materiais, como obras e prestação de serviços para a concretização dos direitos sociais, concretizando os direitos fundamentais à saúde pública, educação e outros.

Essas normas referem-se à conduta do Estado-poder através de atos jurídicos de manifestação de vontade, portanto, para a produção de efeitos na ordem do direito, de efetivação da ação pública legislativa, e mediante atos materiais pressupostos ou complementos diretos daqueles, ou mesmo atos materiais com certa autonomia, de oferecimento de comodidades aos particulares, de prestações de coisas ou de serviços de natureza pública, mas informados pelo direito, ou nos

⁴⁶ CARVALHO FILHO, José do Santos. *Manual de Direito Administrativo*. p. 9.

limites traçados pelo ordenamento jurídico, isto é, efetuando obras públicas ou executando serviços públicos.⁴⁷

No que toca aos atos administrativos não existe grande discussão acerca da possibilidade de seu controle. A Administração encontra-se extremamente vinculada ao princípio da legalidade, atuando estritamente de acordo e nos limites estabelecidos pelos comandos normativos. Neste sentido, o ato administrativo, quando não preenchidos seus elementos (competência, forma, objeto, finalidade, motivo) ou quando em desacordo com os preceitos normativos, é passível de controle judicial. Neste ponto, tanto pode haver a provocação do particular na defesa de seus interesses para a declaração de eventual nulidade do ato administrativo, como também a provocação judicial na defesa do patrimônio público, destacando-se nesta seara o uso da ação popular (Lei 4.717/1965) que estabelece em seu artigo 1º:

Art. 1º Qualquer do povo será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (...)

Ponto de destaque quanto ao controle dos atos administrativos diz respeito à possibilidade de controle do mérito administrativo. Em regra os atos administrativos são vinculados aos preceitos normativos, mas como é impossível a previsão de todas as hipóteses fáticas de atuação estatal, a própria legislação oferece à autoridade administrativa certa margem de atuação, competindo-lhe escolher a melhor forma de atuar. Celso Antônio Bandeira de Mello apresenta a seguinte definição de discricionariedade:

Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.⁴⁸

Quando se fala em atos administrativos discricionários deve-se ter em mente certa liberdade para conformação do administrador considerando as peculiaridades

⁴⁷ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. p 34.

⁴⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. p. 48.

da situação fática existente, onde preponderam as razões de oportunidade e conveniência, o mérito administrativo. Mesmo neste campo de atuação administrativa o agente estatal encontra limites nos preceitos normativos e princípios constitucionais, devendo sua conduta estar atrelada aos princípios que regem a administração. Seja qual for a extensão da liberdade conferida ao administrador, sua conduta deverá corresponder à supremacia do interesse público e aos fins do ato administrativo. Assim, o limite do controle judicial encontra-se atrelado à verificação da legalidade do ato e do respeito aos princípios constitucionais e administrativos da conduta do administrador.

Sob o enfoque do ato administrativo, a conduta do Administrador na concretização das políticas públicas, consubstanciada em atos administrativos, também é passível de controle considerando que a atuação administrativa encontra-se atrelada ao princípio da legalidade, passível de anulação eventuais atos considerados ilegais ou em desconformidade com os princípios administrativos e constitucionais. Neste sentido a atuação administrativa encontra-se vinculada em todas as suas formas de manifestação aos direitos fundamentais, devendo os órgãos administrativos atuar de forma constitucional, aplicando a lei e interpretando-a em conformidade com os direitos fundamentais.⁴⁹

Delimitada a função administrativa, não se pode confundi-la com a discricionariedade política atrelada ao Poder Executivo. Esta representa a função de governo, representando a função administrativa um instrumento de execução das políticas traçadas pelo poder político. Exemplificando a diferenciação que se procura obter, no momento eletivo com a escolha do chefe de governo, ao chefe do executivo é assegurada certa discricionariedade para tomar os rumos que aquele governo deverá buscar. Dentro de sua competência como chefe de governo, delimitará a atuação da máquina administrativa na consecução dos fins traçados pela opção governamental, de cunho político.

Quando se afirma que o governo, em sua gestão optará por promover maiores investimentos na área de saúde, segurança ou educação, estamos diante de uma opção política, um ato político do chefe do poder executivo. Como dito anteriormente, é viável o controle judicial da atuação administrativa, os quais são passíveis de revisão judicial por imposição direta do art. 5º, inciso XXXV da

⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais* p. 30.

Constituição Federal, o qual indica que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário a apreciação de qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito. Estando a Administração Pública atrelada ao princípio da legalidade, seus atos encontram na lei e nos princípios constitucionais os seus limites, configurando este o espaço de atuação judicial.

No caso de controle de ato político, este encontra certos limites na discricionariedade política conferida ao Poder Executivo. De um modo geral todas as esferas de poder encontram por limite os preceitos constitucionais, em respeito ao poder constituinte originário. No Poder Legislativo, a atividade normativa que lhe é características encontra nos preceitos constitucionais seu limite de atuação e conformação, viabilizando o controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário. Eventual confronto de legalidade também é apreciável pelo poder judicante.

De pronto, verifica-se que a vinculação aos direitos fundamentais significa para o legislador uma limitação material de sua liberdade de conformação no âmbito de sua atividade regulamentadora e concretizadora.⁵⁰

Ao Poder Judiciário, além de sua vinculação aos preceitos constitucionais, seja pela sua forma estrutural e procedimental ou pela vinculação dos atos jurisdicionais, também lhe incumbe a tarefa de controlar a constitucionalidade dos demais poderes estatais.

O Poder Executivo, em sua esfera política, também encontra seus limites na órbita constitucional, seja pela vinculação obrigatória ao cumprimento de normas constitucionais impositivas de atos concretos, característica da atual constituição dirigente, ou pela própria discricionariedade política, em que as posições políticas adotadas encontram por limite os preceitos normativos.

Em outros termos, a constituição estabelece os preceitos eleitos como primordiais pelo poder constituinte originário. Cada esfera de poder, considerando suas respectivas competências, encontra-se vinculada, seja para uma atuação comissiva ou omissiva, aos preceitos constitucionais eleitos. Nosso sistema constitucional optou pela aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. Assim, além dos preceitos que delimitam a organização estrutural do governo, os direitos fundamentais encontram aplicabilidade imediata, como determina o art. 5º, § 1º da

⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 367.

Constituição Federal, o que pode ser compreendido como um sistema de otimização de sua eficácia, vinculando todos os poderes constituídos.

Como dito anteriormente, ao Poder Judiciário compete além do controle de legalidade entre os particulares também o controle de constitucionalidade dos demais poderes. Tal situação pode ser compreendida como uma evolução do próprio sistema de separação dos poderes e pela evolução dos direitos fundamentais. Enquanto se verificava uma concentração de poderes era impossível se vislumbrar qualquer controle dos atos do soberano. Com a evolução dos direitos fundamentais e o reconhecimento de diversos direitos aos indivíduos, o próprio estado passa a figurar numa relação jurídica, sendo-lhe impostas obrigações considerando as determinações legais e constitucionais.

Mesmo que seja assegurada ao Poder Executivo, enquanto poder político, certa discricionariedade em sua atuação, a este também é imposta a concretização dos direitos fundamentais estabelecidos na carta constitucional. Existindo tal obrigação, estabelece-se a possibilidade de atuação judicial seja para impor ao Poder Executivo uma atuação específica na concretização de um direito constitucional estabelecido, ou pela possibilidade de revisão de um ato político em desconformidade com a ordem constitucional.

Não se pode invocar qualquer afronta à discricionariedade que abrange a atuação do chefe de governo eis que o mandato que lhe é conferido, mesmo que pelo exercício da democracia, não lhe confere uma carta aberta de atuação. O mandato eletivo também lhe impõe o ônus constitucional de assegurar a concretização dos direitos fundamentais, devendo sua atuação ser fiscalizada pelos demais poderes.

O tema já é corrente nos tribunais, possibilitando-se a atuação judicial quando verificada omissão administrativa no respeito aos direitos fundamentais. Confira-se o seguinte aresto sobre o tema:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ANÁLISE DE NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS. OFENSA REFLEXA. POLÍTICAS PÚBLICAS. ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO PARA PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. POSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A apreciação dos temas constitucionais, no caso, depende do prévio exame de normas infraconstitucionais. A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta. Incabível, portanto, o recurso extraordinário. II - Admite-se a possibilidade de atuação do Poder Judiciário para proteger direito fundamental não observado pela administração pública. Precedentes. III - Agravo regimental improvido. (AI 664053 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 03/03/2009, DJe-059

DIVULG 26-03-2009 PUBLIC 27-03-2009 EMENT VOL-02354-06 PP-01282).

3. A AÇÃO CIVIL PÚBLICA E A TUTELA DE INTERESSES COLETIVOS EM RESPEITO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Pelo que se verificou nos capítulos antecedentes, mostra-se viável a exigência judicial de direitos assegurados constitucionalmente. Os direitos fundamentais, por expressa previsão no texto constitucional, são de aplicabilidade imediata, existindo certa controvérsia doutrinária sobre quais direitos podem ser aplicados imediatamente, sem intervenção judicial, o que foi abordado ao longo deste trabalho.

No campo da saúde, a carência notória de serviços públicos adequados por todo o Brasil influencia e enriquece o debate acerca da possibilidade de se exigir do Estado o tratamento médico necessário. Não são raros os pedidos formulados em plantões judiciais onde particulares que ingressam em juízo na busca emergencial de leitos de UTI para situações críticas, ou para obter medicamentos gratuitamente e tratamentos especializados.

Em regra, em razão dos riscos para a vida daqueles que não possuem condições financeiras para arcar com os ônus do tratamento médico perante a rede privada, vem-se obtendo tutela jurisdicional cominando ao Estado arcar com os custos do tratamento perante a rede privada de saúde quando não possa oferecê-lo perante a estrutura da rede pública existente.

O eminente Ministro Celso de Mello, em seu voto perante o Recurso Extraordinário 393175⁵¹, chega a definir o direito à saúde como um direito público

⁵¹ E M E N T A: PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO - PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES - DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, "CAPUT", E 196) - PRECEDENTES (STF) - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira,

subjetivo, assegurado pela Constituição à generalidade das pessoas. Partindo desta premissa, a busca judicial por um tratamento adequado de saúde vem se tornando fato comum perante os Tribunais.

Como dito outrora, constitui dever do estado assegurar tratamento médico adequado àqueles necessitados, sob pena de afronta ao próprio direito à vida, à saúde e dignidade humana, desrespeitando vários preceitos constitucionais e diversos outros diplomas legais que homenageiam os princípios mencionados, estabelecendo, inclusive, normas programáticas e conferindo direitos aos seus titulares.

Além de um direito individual, as questões referentes ao sistema público de saúde fogem da esfera individual e abrangem toda a coletividade. Ainda que se possa sustentar que a defesa do interesse público configuraria questão política, com a evolução da concepção dos direitos fundamentais, diversos instrumentos para a defesa dos direitos coletivos foram desenvolvidos, especializando-se a legislação na tutela dos referidos direitos, como se verifica nas legislações referentes ao meio ambiente, consumidor, deficientes, crianças e adolescentes, e idosos. Neste sentido, além da utilização do processo como instrumento individual na busca de uma tutela jurisdicional no resguardo dos direitos fundamentais, propomos neste capítulo uma

não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, "caput", e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. MULTA E EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE RECORRER. - O abuso do direito de recorrer - por qualificar-se como prática incompatível com o postulado ético-jurídico da lealdade processual - constitui ato de litigância maliciosa repellido pelo ordenamento positivo, especialmente nos casos em que a parte interpõe recurso com intuito evidentemente protelatório, hipótese em que se legitima a imposição de multa. A multa a que se refere o art. 557, § 2º, do CPC possui função inibitória, pois visa a impedir o exercício abusivo do direito de recorrer e a obstar a indevida utilização do processo como instrumento de retardamento da solução jurisdicional do conflito de interesses. Precedentes. (RE 393175 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/12/2006, DJ 02-02-2007 PP-00140 EMENT VOL-02262-08 PP-01524).

análise da viabilidade da defesa do direito social saúde por meio da ação civil pública considerando sua natureza transindividual.

3.1. Considerações gerais sobre a Ação Civil Pública

Normalmente a busca por uma tutela jurisdicional é realizada por meio de instrumentos individuais. Trata-se de uma visão ortodoxa que já não mais atende aos anseios da sociedade. Como apresentado ao abordar as características dos direitos fundamentais, a sua nova concepção já não se limita à tutela de direitos individuais, mas a coletividade também passa a ser reconhecida como titular de direitos, devendo lhe ser assegurados mecanismos processuais para a tutela de seus interesses.

Sob a antiga ótica o processo se apresenta somente como um instrumento de solução de controvérsias entre as partes de acordo com os seus interesses individuais, configurando as ações privadas⁵² como instrumentos de tutela dos interesses particulares pelos seus titulares. Neste sentido, o Código de Processo Civil prevê em seu artigo 6º a proibição da tutela de direito alheio em nome próprio, característica do regime processual anterior, que privilegia a tutela particular de interesses.

Na defesa dos interesses transindividuais surgem diversos mecanismos processuais, entre eles a Ação Civil Pública, que representa um instrumento judicial destinado à proteção dos interesses difusos e coletivos, ou seguindo a definição apontada por Hugo Nigro Mazzilli, com enfoque no histórico doutrinário, representaria a Ação Civil Pública uma ação de objeto não penal proposta pelo Ministério Público⁵³. Conquanto aponte tal definição, o próprio autor, sob o prisma legal, reconhece a possibilidade de outros legitimados à referida ação conforme o sistema normativo que rege a matéria, viabilizando outras pessoas a figurar no pólo passivo da ação civil pública, mas sempre na tutela de interesses transindividuais.

⁵² MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em Juízo*. p. 69.

⁵³ *Ibid.* p. 69.

Seu regramento geral é a Lei 7.437 de 1985, compondo-se de um conjunto de mecanismos que têm por fim instrumentar demandas preventivas, reparatórias e cautelares de quaisquer direitos e interesses difusos e coletivos.⁵⁴

Sua importância foi reconhecida no próprio texto constitucional, onde, inclusive, conseguiu seu maior alcance, prevendo no seu artigo 129, inciso III, o uso da ação civil pública pelo Ministério Público, para a “proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”. Ao longo de outras leis também encontramos a indicação do uso da Ação Civil Pública, com a ampliação e delimitação de seu objeto, como na lei de tutela dos interesses coletivos e difusos das pessoas portadoras de necessidades físicas (Lei 7.853/1989), no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), no Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003) e outras. Em que pese a diversidade de normas regendo a matéria, a disciplina processual geral é delimitada pela Lei 7.437 de 1985 e supletivamente pelo Código de Processo Civil.

A Ação Civil Pública tem por escopo a tutela dos direitos transindividuais, compreendendo os direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos segundo delimitação do artigo 21 da Lei 7.347/85. A amplitude de seu objeto é obtida por um exame sistemático das normas antes discriminadas, especialmente pelo Código de Defesa do Consumidor.

A diferenciação entre os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos veio disciplinada no Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 81. Os direitos difusos são conceituados como de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstância de fato. O direito de respirar ar puro configura um direito difuso⁵⁵ e o desrespeito a este direito, como o não atendimento de normas para o funcionamento de uma fábrica, pode justificar o ingresso com uma ação civil pública, eis que configura um direito da coletividade ao meio ambiente saudável. Analisando as características do direito difuso, o exemplo indicado apresenta-se como indivisível, eis que compreende número indeterminado de pessoas – qualquer uma que esteja sujeito à situação – e que estão ligadas pela situação fática poluição.

⁵⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. p. 65.

⁵⁵ MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo Civil Coletivo*. p. 29.

Os direitos coletivos (*strictu sensu*) são direitos transindividuais de natureza indivisível, compreendendo um número determinável de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. É o exemplo dos alunos de uma determinada escola que busquem certa qualidade de ensino. Neste caso, todos estão ligados pela relação jurídica mantida com a escola.

Também no Código de Defesa do Consumidor encontramos a conceituação dos direitos individuais homogêneos, ressaltando-se que a competência do Ministério Público, especialmente nesta seara, abrange somente os direitos individuais indisponíveis diante do teor do artigo 127 da Constituição Federal, ou os de extraordinária repercussão segundo entendimento jurisprudencial. Os direitos individuais homogêneos apresentam caráter individualizado entre os titulares, decorrendo de uma origem comum e sendo divisíveis.

Segundo determina o artigo 5º da Lei 7.347/85, a legitimidade ativa para a ação civil pública é concorrente entre o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, as autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista, associações que atendam às exigências da lei.

Já no pólo passivo, figuram como réus na ação civil pública todos aqueles que figurem como responsáveis pelo fato violador do direito que justifica a ação, seja pessoa física ou jurídica, pública ou privada e as pessoas políticas estatais, independentemente da esfera federativa. Assim, tanto um particular, como a União, Estados, Municípios, Distrito Federal poderão figurar no pólo passivo da relação processual estabelecida na ação civil pública, inclusive como litisconsortes.

Ainda que a Lei 7.347.85 preveja hipóteses para o objeto da ação civil pública em seu artigo 1º, como a tutela do meio ambiente, consumidor, à ordem urbanística e outros, normas de conteúdo aberto trazem para o objeto da ação civil pública os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, ampliando a seara de atuação na tutela dos interesses transindividuais pelos seus legitimados.

Numa primeira análise da lei geral da ação civil pública, poder-se-ia compreendê-la como um instrumento puramente reparatório, o que se extrai de seu artigo 1º. Porém, o artigo 3º do mesmo diploma prevê a possibilidade tanto de tutela condenatória como o estabelecimento de obrigação de fazer ou não fazer, inclusive para evitar o dano nos moldes do artigo 4º. Considerando suas características e a amplitude e importância dos interesses tutelados, a ação civil pública pode conceder

provimentos jurisdicionais condenatórios, constitutivos, inibitórios, executivos, mandamentais ou meramente declaratórios⁵⁶. Ademais, o Código de Processo Civil também pode ser aplicado subsidiariamente à lei da ação civil pública, o que viabiliza a aplicação do seu instituto da antecipação de tutela e dos meios de satisfação da tutela pretendida, como os artigos 461 e 461-A do referido diploma.

3.2. A Ação Civil Pública e a concretização dos direitos fundamentais da saúde – limites do objeto da ação civil pública e sua interferência no programa governamental de implementação de políticas públicas.

O sistema de atuação judicial basicamente remete à aplicação dos direitos positivados ao caso concreto, quando se vislumbra uma violação do direito ou quando represente um direito passível de exercício pela simples vontade da parte, o direito potestativo. No campo dos direitos fundamentais sociais temos sempre que atrelar sua concretização à idéia de prestações positivas estatais, caracterizando a atual concepção dos direitos fundamentais e o papel do estado constitucional social.

Para se fundamentar a intervenção judicial na concretização dos direitos fundamentais sociais, portanto, deve-se delimitar uma omissão estatal ou mesmo uma atuação em desconformidade com preceitos legais ou constitucionais. Para tanto, ao longo deste trabalho identificamos a configuração de um direito subjetivo público à saúde bem como o dever fundamental do estado em prestar serviços para a concretização do direito social à saúde.

No campo da saúde, o texto constitucional o delimitou tanto como um direito de todos como um dever estatal. Porém, ainda remanesce na doutrina a idéia de que se tratariam de normas programáticas, dependentes da conformação legislativa infraconstitucional ou pela implementação de políticas públicas pelo Estado.

Em que pese tal entendimento, ao longo dos anos vem se firmando o entendimento de que o direito à saúde se afigura como um direito público subjetivo,

⁵⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. p. 70.

exigível do Estado. Sob o ângulo particular, pode o cidadão necessitado exigir a prestação de que necessita do Estado quando primariamente não tenha obtido tratamento médico adequado, o que vem se tornando comum nos diversos estados brasileiros. Todavia, o direito à saúde também pode ser compreendido como um direito da coletividade, da comunidade, o direito à implementação de políticas públicas ou a sua concretização de forma adequada, o que abre a possibilidade para a exigência de uma tutela judicial por meio de instrumentos coletivos de intervenção judicial.

Sendo a ação civil pública um instrumento processual para a tutela de direitos transindividuais, o direito à saúde, interpretado como um direito coletivo pode ser seu objeto, sendo a atuação ou omissão governamental passível de controle de legalidade ou constitucionalidade. Normalmente tal atribuição do Poder Judiciário sofre severas críticas ao argumento de que a este cumpriria o papel social de atuação a casos concretos, à micro-justiça, sendo a macro-justiça um papel destinado ao Poder Executivo. Em verdade, levando-se em consideração uma atuação ideal dos poderes, realmente o papel de análise das prioridades governamentais cumpre ao Administrador, decidindo à luz do caso concreto, de acordo com a situação global do Estado e com vistas aos objetivos governamentais, a melhor forma de alocação dos recursos públicos e definição das políticas públicas.

Todavia, como advertido ao longo deste trabalho, a discricionariedade política do poder executivo e toda a sua atuação devem seguir os parâmetros constitucionais, estando vinculada aos preceitos normativos. Justamente esta vinculação às determinações constitucionais autorizam a intervenção judicial nos demais poderes quando desrespeitem os parâmetros normativos estabelecidos. Sendo a saúde um direito de todos e dever do estado garanti-lo por meio de políticas sociais e econômicas (CF, artigo 196), qualquer violação deste preceito constitucional autoriza a intervenção judicial na própria implementação das políticas públicas, seja pela omissão estatal de sua implementação ou a implementação em desconformidade com os preceitos constitucionais.

Como bem afirma Hugo Nigro Mazzilli, não se pode exigir ao Poder Judiciário que administre, mas pode-se cobrar em juízo que o Administrador respeite as diretrizes legais e constitucionais:

A ação civil pública ainda se presta para que o Ministério Público possa questionar políticas públicas, quando do exercício de suas funções no zelo para que os Poderes Públicos e os serviços de relevância pública observem os direitos assegurados na Constituição. Com certeza, não poderá o Ministério Público pedir ao Poder Judiciário que administre no lugar do administrador; contudo, poderá cobrar em juízo a aplicação de princípios da Administração que possam estar sendo descuidados, e, com isso, restaurar a legalidade. Também não poderá o Ministério Público estar movido por critérios político-partidários; entretanto, sua ação tem inegável caráter político, no sentido técnico da expressão, ou seja, a instituição ministerial pode legitimamente questionar atos de governo, que, entre outras hipóteses, firam o princípio da legalidade, configurem desvio ou abuso de poder, ou divirjam dos princípios da moralidade, eficiência ou razoabilidade, entre outros que devem informar a Administração.⁵⁷

Neste sentido, para a concretização do direito fundamental à saúde, podemos elencar como diretrizes, em síntese, que a implementação de políticas públicas deve pautar-se pelo respeito a prestações que garantam um mínimo existencial tendo por fundamento a dignidade da pessoa humana e o respeito à universalidade no acesso aos serviços públicos de saúde. Havendo uma atuação ou omissão estatal na concretização dos direitos fundamentais à saúde de acordo com estes parâmetros mínimos, justificar-se-á a busca por uma tutela jurisdicional interventiva no plano de políticas públicas.

Nas tutelas individuais em questões de saúde normalmente pauta-se o magistrado na necessidade efetiva de quem apresenta sua pretensão em juízo, sem maiores indagações sobre o sistema considerado falho. Conceder a tutela a um medicamento ou ao custeio de tratamento perante a rede pública, por óbvio, implica na retirada de recursos de outro ponto de atuação estatal, o que por vezes pode implicar outro conflito, o direito à vida e à saúde de uns em contrapartida ao direito à vida e à saúde de outros. Tal argumento por vezes é levantado pela Administração, como forma de evitar eventual interferência e suas políticas públicas.

Analisando algumas decisões de tutelas judiciais concedidas a particulares, vislumbra-se que as decisões pautam-se na carência dos serviços em confronto com o direito fundamental a saúde. Tratam-se de tutelas limitadas que se caracterizam pela urgência do direito tutelado, a saúde, decorrente do próprio direito à vida. Neste contexto, questões como a alocação de recursos não são levadas em consideração pela própria característica do direito à vida e sua colocação hierarquicamente superior entre os direitos fundamentais.

⁵⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em Juízo*. p. 118

Já as ações coletivas possibilitam um novo enfoque no controle judicial. Inicialmente se caracterizam por visualizar os direitos sob o enfoque coletivo, levada a efeito pela atuação dos substitutos processuais legitimados. Também vislumbram uma atuação em prol da coletividade, contrapondo as tutelas particulares nos efeitos pretendidos. Em suma, as ações coletivas, como a ação civil pública, possibilitam a busca pelo direito à saúde sob uma concepção coletiva, em oposição à concepção particular abordada de forma emergencial nas ações individuais. Assim, o controle de políticas públicas, as quais representam o instrumento de conformação dos direitos fundamentais pelo Estado, mostra-se mais adequado pelas ações coletivas em respeito à universalidade que lhe é característica.

Vislumbrando-se a possibilidade de intervenção nas políticas públicas, deve-se ter em mente os limites da atuação judicial. Se é certo que deve o Poder Judiciário atuar na concretização dos direitos fundamentais, também é certo que a atividade governamental vislumbra todo um mecanismo de administração de recursos, com a definição do orçamento público pelo Poder Executivo e Legislativo, e pela definição da alocação destes recursos de acordo com a vontade política, eis que a atuação destes dois poderes decorrem da soberania popular, fruto de uma deliberação democrática.

Ainda que inexistam limites legais à atuação judicial para a concretização dos direitos, uma decisão poderá comprometer outros direitos importando em situações trágicas, razão pela qual se deve perquirir acerca de limites para a intervenção judicial ou parâmetros mínimos de atuação. Especialmente no campo da saúde se vislumbram diversos parâmetros legais para a atuação judicial. Os diversos entes e órgãos incumbidos da gestão do sistema de saúde delimitam critérios mínimos de políticas públicas a serem implementadas pelos diversos agentes estatais, como a definição do quantitativo de leitos para cada ente federativo considerando as peculiaridades regionais e a quantidade populacional, a definição de procedimentos médicos a serem contemplados pela rede pública de saúde, medicamentos a serem fornecidos pela rede pública e outros.

Tais dados encontram-se à disposição do magistrado para perquirir se o ente governamental indicado vem atuando em conformidade com o que os estudos técnicos delimitam como o adequado à concretização dos direitos fundamentais. Tais diretrizes são obtidas por critérios técnicos, elaborados considerando dados científicos e orçamentários, estabelecendo as necessidades prioritárias da atuação

estatal. A definição de tais critérios não compete ao poder judiciário, eis que não se encontra entre as suas atribuições e especialmente pelo caráter técnico de tais preceitos normativos. Porém, é passível de controle judicial evitando-se o cometimento de abusos, sempre pautando-se na pressuposição da legitimidade de tais critérios e pelo respeito aos preceitos legais e constitucionais. Assim, com base nos parâmetros estabelecidos pelos órgãos competentes, poderá o magistrado vislumbrar qual é o tratamento mínimo a ser garantido pelo ente governamental, considerando os próprios critérios estabelecidos pelos órgãos especializados, evitando-se a opção por tratamentos de eficácia não comprovada ou de onerosidade excessiva diante das possibilidades financeiras. Da mesma forma, mas como objeto específico, eventual instrução técnica normativa poderá ser discutida judicialmente, como todo ato administrativo ou preceito legal.

Por outro lado, a discussão coletiva, ou abstrata, possibilita e exige uma análise do contexto geral das políticas públicas discutidas, considerando uma situação geral da atuação do ente estatal, como quais as direções traçadas pelo governo, qual o recurso disponível e se tal atuação atende aos preceitos constitucionais. Somente na apreciação de ações coletivas, como na ação civil pública, pode-se abrir espaço para uma instrução adequada considerando os parâmetros abordados. Especialmente no caso deste instrumento processual, possibilita-se ao Ministério Público, um de seus legitimados da ação civil pública, a promover o inquérito civil público, onde poderão ser obtidos dados sobre a atuação estatal e apresentando dados concretos sobre a situação real do sistema público de saúde em uma localidade específica. Da mesma forma, vislumbra-se uma análise pormenorizada da alocação de recursos promovida pelo poder político.

Ainda levando-se em consideração a própria peculiaridade da ação civil pública e das ações coletivas em geral, seus efeitos operam *erga omnes*, abrangendo toda a coletividade, o que preserva a igualdade e universalidade exigíveis no atendimento à população.

Exemplificando tal entendimento, recentemente o Ministério Público Federal, em litisconsórcio com o Ministério Público do Estado do Ceará ingressaram com ação civil pública em face da União, do Estado do Ceará e em desfavor do Município de Sobral – CE, distribuída ao juízo da 18ª Vara Federal de Sobral – CE sob o número 2007.81.03.000799-0. No caso pretendiam os autores, substitutos processuais, tutela jurisdicional para a garantia aos cidadãos residentes no

município de Sobral e da região acesso aos serviços médicos de urgência necessários ao tratamento intensivo quando em condições de grave risco à saúde, com seu integral e efetivo tratamento, inclusive o fornecimento de medicamentos, em regime de gratuidade.

Apuraram os autores da referida região, por meio de inquérito civil público, a existência de um quadro de extrema gravidade quanto ao sistema público de saúde da região, apresentando número desproporcional de leitos de UTI, fato que lhe indicou como o município detentor da pior relação pacientes/leitos hospitalares no Estado do Ceará. Apresentaram dados técnicos atestando a situação do sistema de saúde em confronto com os parâmetros estabelecidos pelo Ministério da Saúde.

Sustentado a necessidade de se assegurar a concretização do direito fundamental à saúde, o desrespeito dos entes governamentais aos preceitos constitucionais e a existência de recursos considerando os gastos realizados em outras áreas, o juízo monocrático concedeu antecipação de tutela determinando ao Município de Sobral, em concorrência com os demais réus, em síntese, (I) a imediata transferência de todos os pacientes necessitados para unidades de tratamento intensivo (UTI) de hospitais públicos e particulares de unidades de outros municípios; (III) que os integrantes do pólo passivo iniciem, no prazo máximo de 90 dias ações tendentes à instalação de UTIs considerando os percentuais mínimos delimitados pelos preceitos normativos do Ministério da Saúde; (IV) o descongestionamento de recursos bloqueados da saúde, observando os percentuais obrigatórios previstos na emenda constitucional número 29 e, em último caso, o deslocamento de recursos de outras rubricas orçamentárias não relativas a compromissos estatais com vinculação constitucional tendo exemplificado as verbas destinadas à publicidade.

Tal julgado chegou ao Supremo Tribunal Federal no pedido de suspensão de liminar 228-7 – CE. O eminente julgador, Ministro Gilmar Mendes, sustentou a força normativa da constituição e aplicação imediata dos direitos fundamentais, representando a saúde um direito subjetivo público assegurado à generalidade das pessoas. Também indicou a força vinculativa dos comandos constitucionais e, verificando que a decisão objeto do pedido de suspensão determinava o cumprimento de políticas públicas constitucionalmente definidas como prioritárias e especificadas por atos normativos do Ministério da Saúde, manteve parcialmente a

decisão impugnada, limitando-se a retirar as *astreints* fixadas, considerando que poderiam prejudicar a própria implementação das políticas públicas.

Como se observa no exemplo citado, a tutela coletiva por meio da ação civil pública possibilita um maior âmbito de eficácia da tutela judicial concedida, além de possuir uma instrução mais adequada e maiores critérios de controle. Além da possibilidade de determinação da implementação das políticas públicas, também se vislumbra a capacidade de controle das políticas públicas definidas. Neste contexto, questões como a reserva do possível poderão ser efetivamente apreciadas pelo órgão julgador, onde se verificará sua real ocorrência ou se a situação refere-se somente a uma alocação indevida de recursos.

Sempre tendo por base que a atuação de todos os poderes políticos deve se pautar por assegurar os direitos fundamentais e pelo respeito aos princípios constitucionais, eventual atuação abusiva de um direito, seja por uma atuação comissiva ou omissiva viabilizam o controle judicial.

Como abordado anteriormente, a alocação de recursos para a implementação das políticas públicas refletem as concepções adotadas pela maioria política, eis que os rumos políticos são delimitados pelo exercício democrático. Todavia, mesmo os poderes constituídos pela maioria encontram-se vinculados aos preceitos constitucionais, devendo suas condutas pautarem-se pelo resguardo dos direitos fundamentais, pressupostos do exercício da própria democracia.

Ingo Sarlet identifica entre as funções dos direitos fundamentais a garantia das minorias dentro do regime democrático:

De outra parte, a despeito dos inúmeros aspectos que ainda poderiam ser analisados sob esta rubrica, importa referir a uma função decisiva exercida pelos direitos fundamentais num regime democrático como garantia das minorias contra eventuais desvios de poder praticados pela maioria no poder, salientando-se, portanto, ao lado da liberdade de participação, a efetiva garantia da liberdade-autonomia⁵⁸.

Justamente por prever os confrontos políticos no exercício democrático, o constituinte optou por uma constituição analítica e rígida, demonstrando sua

⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais* p. 61.

“intenção de salvaguardar uma série de reivindicações e conquistas contra uma eventual erosão ou supressão pelos Poderes Constituídos⁵⁹.”

Sobre o tema, e abordando a realidade do sistema democrático eleitoral brasileiro, trago ao exame as lições de Álvaro de Vita:

O componente normativo da teoria competitiva da democracia pode ser descrito, em termos breves, da seguinte forma. A democracia, para essa tradição, é essencialmente um método competitivo de seleção de elites políticas (e as instituições necessárias para o funcionamento deste método). E é na natureza competitiva do regime democrático que encontramos sua razão de ser normativa: líderes políticos auto-interessados se vêem obrigados, em virtude da disputa competitiva do voto popular, a levar em conta preferências e os interesses de não-líderes, sob pena de não se elegerem ou não se reelegerem.⁶⁰

Dentro deste confronto entre o sistema democrático e os direitos fundamentais sociais, por vezes as minorias políticas se vêm à margem das políticas públicas implementadas pelos poderes Executivo e Legislativo. Diante do desrespeito à diretrizes constitucionais pelo legislador, resta o controle de constitucionalidade. Já em relação às opções políticas do Poder Executivo no campo das políticas públicas, a ação civil publica surge como um instrumento no controle judicial no resguardo dos princípios constitucionais.

Eduardo Appio, indicando a concepção estadunidense, traz o seguinte conceito para minorias:

A Suprema Corte dos Estados Unidos por meio de diversos precedentes, busca identificar as minorias a partir da consideração de que determinadas classes de pessoas não tem acesso à mesma representação política que os demais cidadãos ou, ainda, que sofrem histórica e crônica discriminação por conta de características essenciais a sua personalidade que demarcam a sua singularidade no meio social.⁶¹

Em suma, uma minoria pode ser identificada tanto pela concepção política diante do sistema eletivo, quanto por critérios que levem em consideração parâmetros culturais, sexuais, raciais, de idade e outros. Por vezes, dentro do sistema democrático, encontramos refletidos dentro do Poder Legislativo e dentro

⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 65.

⁶⁰ OLIVEIRA, Nythamar Fernandes de Oliveira; SOUZA, Draiton Gonzaga de (Orgs). *Justiça e Política*, p. 646 – 647.

⁶¹ APPIO, Eduardo. *Direito das Minorias*. p. 200.

Poder Executivo os confrontos verificados perante a população, os quais podem influenciar os atos ou omissões praticados pelos referidos poderes.

A título exemplificativo, concepções religiosas e culturais em choque dentro do poder legislativo, impedem diversos avanços no direito de família e no campo científico. No direito de família, concepções religiosas e culturais impedem a evolução de conceitos jurídicos, como a postulação pelo reconhecimento de uniões homoafetivas, que encontra resistência na seara política, apesar de membros do Poder Judiciário reconhecerem a sua possibilidade pautando-se no princípio da isonomia e nos próprios preceitos constitucionais que invocam a família como base da sociedade, sem a delimitação de seu conteúdo justamente para abarcar todas as concepções de família possíveis considerando a evolução da sociedade (CF, artigo 226)⁶². Especialmente no campo científico, a viabilidade da realização de pesquisas com células tronco chegou ao Supremo Tribunal Federal (ADI/ 3510 – DF) diante dos confrontos ideológicos existentes na sociedade sobre o início da vida e as limitações da manipulação científicas do corpo humano.

Pautando-se por fundamentos de origem religiosa e cultural vislumbramos grande resistência na evolução científica no campo da saúde. Tais exemplos refletem as dificuldades enfrentadas por grupos minoritários no campo político, os primeiros buscam o reconhecimento de suas concepções perante a sociedade e o reconhecimento de situações análogas ao que é considerado comum pela sociedade. No segundo exemplo, temos refletido pessoas com enfermidades físicas que buscam pela evolução científica uma melhor qualidade de vida. Porém, o atual sistema democrático, pelo governo das majorias, acaba omitir-se no reconhecimento de direitos fundamentais das minorias ou realizá-los inadequadamente.

No campo das políticas públicas, dentre elas a saúde, a confrontação política por vezes determina a exclusão de determinado grupo da eficácia material

⁶² EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE. É de ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre duas mulheres de forma pública e ininterrupta pelo período de 16 anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetua através dos séculos, não mais podendo o Judiciário se olvidar de emprestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de sexos. É o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações homoafetivas constitui afronta aos direitos humanos por ser forma de privação do direito à vida, violando os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Negado provimento ao apelo. (SEGredo DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70012836755, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 21/12/2005)

do plano de governo traçado, ou a existência de políticas ineficientes. Sob estes contornos, a ação civil pública, levando-se em consideração a natureza transindividual também característica das políticas públicas, viabiliza o seu controle judicial, eis que se observa uma afronta ao princípio da isonomia.

Ingo Sarlet, ao abordar a concepção de direitos derivados a prestações, fundamenta no princípio da isonomia a busca de um tratamento igualitário por aqueles excluídos dos direitos sociais prestacionais. Os direitos derivados prestacionais representam a possibilidade de se buscar a integração em sistemas prestacionais já existentes. Os direitos originários a prestações sociais, por outro lado, identificam a possibilidade de “reconhecer-se um direito subjetivo à prestação que se constitui no objeto precípua do direito fundamental consagrado pela Constituição”.⁶³ Sobre o tema, trago trecho de sua obra:

De acordo com o princípio da isonomia, o Estado, caso tenha contemplado determinados cidadãos ou grupos com prestações (com base ou não em uma norma constitucional definidora de um direito fundamental), não poderá excluir outros do benefício, de tal sorte que se encontram vedadas desigualdades tanto a benefícios quanto a encargos. Todavia, apenas um tratamento desigual de cunho arbitrário (discriminatório) no âmbito de um sistema prestacional estabelecido poderá dar margem a um direito subjetivo não-autônomo e, portanto, derivado. A partir de uma compreensão do postulado da proibição do arbítrio à luz do princípio do Estado Social de Direito, o direito geral de igualdade adquiriu um conteúdo material, no sentido de que um tratamento discriminatório em favor de determinado grupo apenas se justifica se para tanto houve um motivo justo, que, por sua vez, deve ser aferido com base nos parâmetros fornecidos pelo princípio do Estado Social. A esta concepção subjaz o entendimento de que no Estado Social de Direito o princípio da isonomia serve à otimização da liberdade e igualdade, no sentido de uma igualdade de oportunidades, compreendida aqui como possibilidade de exercício efetivo da liberdade, senão como um dever. Este sim denominado conteúdo social do princípio isonômico objetiva uma restrição da margem de arbítrio numa exclusão de determinado benefício, para evitar cortes que podem vir a impedir o particular (ou mesmo um grupo), de exercer sua oportunidade de acesso ao sistema prestacional existente⁶⁴.

Seja mediante a busca pela concretização de direitos originários ou derivados a prestações sociais no campo da saúde, a ação civil pública, considerando o amplo alcance da tutela jurisdicional, viabiliza a busca pelo resguardo dos princípios do Estado Social bem como do princípio da isonomia. Especialmente no campo da saúde, existe a previsão da universalidade de seu acesso.

⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 299.

⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. pp. 301 – 302.

Não raras são as hipóteses, com base em dados técnicos, da exigência de tratamentos diferenciados, seja na esfera preventiva ou de recuperação, nas ações a serem adotadas pelos gestores de saúde. Em pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), apurou-se grande desproporção no acesso à saúde entre mulheres brancas e negras para a prevenção do câncer de mama, especialmente pela existência de racismo institucional:

Outro conjunto de dados apresentados no Retrato das Desigualdades são os referentes a questões específicas da saúde da mulher. Neste caso, são informações sobre exames preventivos dos tipos de câncer mais freqüentes na população feminina: o de mama e o de colo do útero. O câncer está entre as principais causas de morte de mulheres que têm entre 30 e 60 anos, ao lado das doenças circulatórias e mortes provocadas por causas externas. A realização de exames específicos para que possa haver detecção precoce do câncer é fundamental para reduzir a quantidade de óbitos provocados por esta doença.

Os dados da PNAD apresentados no Retrato mostram que a proporção e mulheres que nunca realizaram os exames específicos ainda é alta e há desigualdades no acesso o exame entre brancas e negras. Os dados mostram que, no Brasil, 36,4% das mulheres de 25 anos ou mais de idade nunca fizeram o exame clínico de mamas, sendo que entre as brancas a proporção é de 28,7% e entre as negras a proporção sobe para 46,3%. Em um primeiro momento, esta desigualdade poderia ser explicada pelo fato de que as mulheres negras têm menos educação formal e menores rendimentos – o que dificultaria seu acesso aos serviços. No entanto, mesmo entre as mulheres que têm mais de 12 anos de estudo, as desigualdades permanecem: 10,5% das mulheres brancas com este nível educacional e 18% das negras nunca fizeram exame clínico de mama. Estes números apontam para desigualdades na qualidade do atendimento relacionadas a práticas e comportamentos discriminatórios adotados no cotidiano de trabalho, resultantes de preconceitos e estereótipos racistas, próprios do racismo institucional. Ele abarca ainda outros aspectos e sua existência nas instâncias do SUS foi oficialmente reconhecida pelo Ministério da Saúde quando da realização do II Seminário Nacional de Saúde da População Negra, em 2006. A situação ainda é mais desigual quando se observam os dados segundo localização do domicílio. No Brasil, das mulheres com 25 ou mais de idade das zonas urbanas, cerca de 32% nunca haviam realizado exame clínico de mama, proporção que é quase o dobro quando se trata das rurais (63%).⁶⁵

Os dados indicados na pesquisa supra mencionada refletem a necessidade de adoção de políticas públicas específicas para a saúde de mulheres negras tendo por fundamento o racismo institucional verificado no próprio sistema de saúde, bem como as discrepâncias consideradas ente o meio urbano e rural, o que refletem a necessidade de adoção de instrumentos específicos considerando o princípio da universalidade que rege o acesso ao sistema público de saúde. Também a título

⁶⁵ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Retrato das Desigualdades de gênero e raça*. 3. ed. Brasília: Ipea. 2008. p. 21.

exemplificativo, minorias considerando a opção sexual, por vezes não são englobadas em campanhas preventivas de doenças sexualmente transmissíveis, ou o são sem a determinação de instrumentos adequados diante das peculiaridades para o acesso ao público alvo, representando reflexo de ideologias discriminatórias normalmente incorporadas nos poderes políticos.

Também podemos vislumbrar, hipoteticamente, regiões com concepções políticas distintas do governo estadual, como municípios, serem excluídos de programas governamentais diante da divergência ideológica política partidária.

Tais fatos sintetizam onde de possibilita a busca judicial pela concretização de um direito fundamental violado pela atuação governamental, seja na forma omissiva, ou por uma atuação em desconformidade com os parâmetros legais e princípios constitucionais, ressaltando-se que o texto constitucional indicou como objetivo da República Federativa do Brasil a erradicação das desigualdades sociais e a promoção do bem estar geral sem qualquer forma de discriminação (CF, art. 3º).

Ainda que se trate de direitos originários a prestações, o entendimento de que o direito social à saúde comporta a configuração de um direito subjetivo e passível de controle judicial, vislumbra-se a possibilidade do uso da ação civil pública na busca pela promoção das políticas públicas.

O uso da ação civil pública, diante das premissas abordadas, revela que o controle judicial tanto poderá configurar uma tutela reparadora ou preventiva perante as políticas públicas. Sendo tanto a omissão governamental quanto uma atuação em desrespeito aos preceitos legais e constitucionais passíveis de intervenção judicial.

Todavia, deve-se ter em mente que tais formulações pautam-se na defesa de interesses coletivos, normalmente pela atuação em regime de substituição processual, como por meio do Ministério Público ou associações, atendidas às prescrições legais. Neste enfoque, o próprio texto constitucional de 1988 alterou a competência do Ministério Público, retirando o seu papel da defesa do próprio estado, para o de fiscal da lei. Assim, tanto o desrespeito à lei quanto à constituição possibilitam a atuação do órgão ministerial na tutela dos direitos transindividuais.

Outro legitimado seriam as associações constituídas para a defesa dos direitos transindividuais, considerando que devem ater-se às exigências legais para a sua constituição. Os entes governamentais, por outro lado, comumente integram o pólo passivo das referidas demandas, devendo sua atuação ser pautada pela vinculação de competência e temática.

CONCLUSÃO.

Como restou demonstrado ao longo deste trabalho a carta constitucional de 1988 enfrentou temas que ao longo dos anos eram simplesmente remetidos para o discurso político, como os direitos fundamentais sociais, tendo assegurado direitos transindividuais e implementado mecanismos de garantia destes direitos. Tal comportamento determinou a judicialização de conflitos políticos, e a própria politização do sistema judicial, antes acostumado somente com uma intervenção na solução de conflitos particulares.

Assim, nos primeiros anos houve grande resistência tanto dos órgãos políticos quanto do próprio judiciário em reconhecer a força normativa dos preceitos constitucionais. Porém, com o tempo vem prevalecendo a doutrina da efetividade dos preceitos constitucionais e a vinculação de todos os órgãos políticos aos preceitos constitucionais estabelecidos, vislumbrando-se um estado social democrático e o próprio reconhecimento do direito público subjetivo a políticas públicas que busquem a concretização dos direitos fundamentais.

Da mesma forma, o processo de redemocratização introduziu forte impacto no sistema judicial, tanto pelo maior respeito atribuído às liberdades individuais quanto pela democratização e retorno do estado de direito e os conflitos entre a sociedade e o Estado. O Poder Judiciário, antes acostumado a lidar com o microsistema de conflito de interesses particulares assume relevante papel no macrosistema de escolha de prioridades governamentais. Para tanto, deverá pautar-se por limites e diretrizes mínimos, sempre tendo em mente os preceitos constitucionais e os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, buscando os meios aptos a atingir a proposta de prevalência dos direitos fundamentais, ainda que sobre o conceito do mínimo existencial.

Além da viabilidade da tutela particular perante o Estado, as ações coletivas representam um instrumento mais adequado para a proteção de interesses que se afiguram como transindividuais, tornando-se um mecanismo de atuação e participação na administração na coisa pública, que sempre deve pautar-se pela supremacia do interesse público e pelo respeito aos direitos constitucionais. Neste sentido, as demandas coletivas assumem o papel de verdadeiros instrumentos de

democracia participativa, possibilitando um meio de extravasar as diversas orientações populares sobre os rumos a serem adotados pelo governo.

A amplitude do objeto das tutelas coletivas e a existência de diversos direitos fundamentais expressamente previstos no texto constitucional e ao longo de outros dispositivos normativos possibilitam pleno controle judicial da atuação governamental, seja para compeli-lo a atuar em conformidade com seus deveres ou para o controle de eventual abuso.

Especialmente em relação ao direito à saúde, eis que derivado do próprio direito à vida, os próprios entes políticos se preocupam em definir critérios mínimos dos serviços públicos a serem oferecidos pelo Estado mediante políticas públicas, o que viabiliza amplo controle, considerando que uma das teses normalmente invocadas contra esta interferência seria o caráter programático dos direitos fundamentais sociais, tese refutada ao longo deste trabalho.

A atuação do judicial no campo das políticas públicas não representa eventual usurpação dos demais poderes, eis que se limita a determinar a reconhecer a vinculação de todos os poderes constituídos aos preceitos legais e constitucionais estabelecidos, caracterizando a própria essência da atuação judicante, porém, levando em consideração que o próprio Estado assume posição de vinculação aos preceitos legais, fato característico do próprio estado de direito.

Não se está a defender a supremacia do Poder Judiciário ou sua configuração como superpoder. Ao revés, busca-se a concretização efetiva do princípio democrático e do estado democrático de direito, buscando o respeito de todos os particulares e de todos os entes estatais aos preceitos normativos e constitucionais estabelecidos pelo processo democrático. Para tanto, o Poder Judiciário se apresenta como instrumento de imposição da vontade democrática diante da força coercitiva de suas determinações legais e pela sua função aplicação dos preceitos normativos aos casos concretos. Destaca-se, ainda, o fato da atuação judicial demandar prévia provocação daqueles que tiveram seu direito lesado, o que reforça o princípio democrático e o seu caráter apolítico.

Neste sentido, a ação civil pública se revela como instrumento democrático viabilizando o controle judicial da implementação de políticas públicas, seja por meio de grupos organizados excluídos pela regra do sistema majoritário, que tenham desrespeitado o direito constitucional à isonomia de tratamento pelo poder público, desde que figurem entre os seus legitimados, como uma associação legalmente

constituída e que preencha os requisitos legais para figurar da relação processual; ou, da mesma forma, o Ministério Público, que se afigura como importante peça no controle da atuação estatal, desvinculado de qualquer orientação política e tendo por função a busca da proteção aos direitos fundamentais.

Ao longo deste trabalho houve a preocupação de demonstrar a possibilidade de utilização da ação civil pública na tutela dos direitos fundamentais sociais, sob o aspecto de interesses transindividuais, bem como a viabilidade de controle das políticas públicas, que buscam a implementação dos direitos fundamentais de prestação. Estes objetivam a realização da igualdade material no sentido de garantirem a participação do povo na distribuição de bens materiais e imateriais considerando o princípio da igualdade, baseado em um tratamento uniforme com propósitos compensatórios com o escopo de promover uma efetiva fruição das liberdades, daí a necessidade de que sejam caracterizados como de aplicação imediata e exigíveis perante o estado.

O principal fundamento para a não implementação do direito fundamental à saúde decorre dos custos financeiros para a implementação adequada do referido direito considerando o mínimo existencial que representa o seu núcleo essencial. Ocorre que a própria invocação da reserva do possível deve se diferenciar da inexistência efetiva de recursos para a concretização dos direitos fundamentais. A reserva do possível, pelo contrário, deve ser interpretada como a exigência de uma melhor análise da alocação dos recursos considerando a preponderância do direito à vida, donde decorre o direito fundamental à saúde, atuando como garantia dos direitos fundamentais, eis que deverá o Poder Público sempre atuar observando os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial no resguardo do núcleo essencial dos direitos fundamentais, eleitos como prioritários dentro do texto constitucional.

Tendo estas diretrizes no controle das políticas públicas no campo da saúde, a ação civil acaba por representar um instrumento processual mais adequado na tutela dos direitos fundamentais sociais, eis que viabiliza uma análise mais ampla de seu objeto considerando critérios técnicos que influem na adoção das políticas públicas, além de pautarem-se pela busca de uma tutela que abrange toda a coletividade, o que respeita a universalidade característica do direito fundamental à saúde.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

APPIO, Eduardo. *Controle Judicial de Políticas Públicas*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2005.

APPIO, Eduardo. *Direito das Minorias*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008.

APPIO, Eduardo. *Discricionariedade política do Poder judiciário*. 1. ed. Curitiba: Editora Juruá. 2006.

ARANTES, Rogério Bastos. *Direito e Política: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos*.

ARENHART, Sergio Cruz. *As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 777, 19 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177>>. Acesso em: 15 mar. 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2004.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores. 2007. Vol 1.

BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em:

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2006.

BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional: Problemática da concretização dos direitos fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea*. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2007.

CARVALHO FILHO, José do Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Breves considerações sobre o conceito de políticas públicas e seu controle jurisdicional*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 797,

8 set. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7254>>. Acesso em: 15 mar. 2009.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Breves considerações sobre o conceito de políticas públicas e seu controle jurisdicional*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 797, 8 set. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7254>>. Acesso em: 15 mar. 2009.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*. 1. ed. Salvador: Edições JusPODIVM, 2007. v. 4.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Retrato das Desigualdades de gênero e raça*. 3. ed. Brasília: Ipea. 2008. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/pdf/081216_retrato_3_edicao.pdf>. Acesso em: 29. Jun. 2009.

ISAIA, Cristiano Becker; AGUIRRE, Lissandra Espinosa de Mello. *O papel do poder Judiciário na concretização das normas constitucionais frente ao Estado Democrático de Direito*. Navigandi, Teresina, ano 9, n. 773, 15 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7137>>. Acesso em: 28 set. 2008.

MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo Civil Coletivo*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin. 2005.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em Juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. São Paulo: Saraiva. 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança: Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data, Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, O Controle Incidental ou Concreto de Normas no Direito Brasileiro, A Representação Interventiva, A Reclamação Constitucional do STF*. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2008.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado: e legislação extravagante*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2003.

OLIVEIRA, Nythamar Fernandes de Oliveira; SOUZA, Draiton Gonzaga de (Orgs). *Justiça e Política: Homenagem a Orfried Höffe*. 1. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS. 2003.

RIOS, Roger Raupp. *Direito à saúde, universalidade, integralidade e políticas públicas: princípios e requisitos em demandas judiciais por medicamentos*.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988*. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf. Acesso em: 29 jun. 2009.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores. 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revistas dos Tribunais. 2007.