

17/03/2010

TRIBUNAL PLENO

AG.REG. NA SUSPENSÃO DE LIMINAR 47 PERNAMBUCO

RELATOR	: MINISTRO PRESIDENTE
AGTE. (S)	: ESTADO DE PERNAMBUCO
PROC. (A/S) (ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO
AGDO. (A/S)	: UNIÃO
ADV. (A/S)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AGDO. (A/S)	: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC. (A/S) (ES)	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
AGDO. (A/S)	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PROC. (A/S) (ES)	: PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
AGDO. (A/S)	: MUNICÍPIO DE PETROLINA
PROC. (A/S) (ES)	: PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE PETROLINA

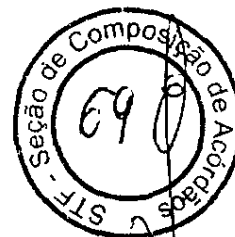
EMENTA: Suspensão de Liminar. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Ordem de regularização dos serviços prestados em hospital público. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do relator.

Brasília, 17 de março de 2010.

**MINISTRO GILMAR MENDES
PRESIDENTE E RELATOR**



17/03/2010

TRIBUNAL PLENO

AG.REG. NA SUSPENSÃO DE LIMINAR 47 PERNAMBUCO

RELATOR	: MINISTRO PRESIDENTE
AGTE. (S)	: ESTADO DE PERNAMBUCO
PROC. (A/S) (ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO
AGDO. (A/S)	: UNIÃO
ADV. (A/S)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AGDO. (A/S)	: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC. (A/S) (ES)	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
AGDO. (A/S)	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PROC. (A/S) (ES)	: PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
AGDO. (A/S)	: MUNICÍPIO DE PETROLINA
PROC. (A/S) (ES)	: PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE PETROLINA

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - (Relator): Trata-se de agravo regimental interposto pelo Estado de Pernambuco contra a decisão de fls. 116-121, na qual o então Presidente desta Corte, Min. Nelson Jobim, indeferiu o pedido de suspensão dos efeitos da liminar proferida pelo Juízo Federal da 8ª Vara de Petrolina/PE (Ação Civil Pública n.º 2004.83.08.000505-0), cuja suspensão havia sido negada pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

O parecer da Procuradoria-Geral da República foi pelo indeferimento do pedido, com os seguintes fundamentos (fl. 78):

A despeito dos argumentos deduzidos na inicial, verifica-se que o Estado de Pernambuco fundamenta sua irresignação apenas em meras suposições. Em momento algum ficou demonstrado de maneira inequívoca e segura a ocorrência de grave lesão à ordem, à economia ou à saúde públicas.

SL 47-AgR / PE

O então Presidente deste Tribunal, Ministro Nelson Jobim, indeferiu o pedido de suspensão de liminar com os seguintes fundamentos (fls. 118-121):

O ESTADO DE PERNAMBUCO requer a suspensão da execução da liminar deferida na ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal e Estadual contra o MUNICÍPIO DE PETROLINA, o ora REQUERENTE e a UNIÃO.

A liminar foi deferida em desfavor do Município de PETROLINA para que este adotasse 8 (oito) providências administrativas para a melhoria imediata do atendimento no Hospital Dom Malan.

Em relação ao ESTADO DE PERNAMBUCO e à UNIÃO, a liminar determinou que estes

".....
... adotem todos os meios necessários para **auxiliar** o Município de Petrolina no cumprimento das medidas contra ele deferidas, à exceção daquela contida no item 'g', por se tratar de providência exclusivamente administrativa...

....." (fl. 39)

E esse é o motivo desta SUSPENSÃO.

O REQUERENTE fundamenta seu pedido no art. 4º, § 4º da Lei nº 8.437/92.

Alega que o caso é de "manifesto interesse público"; que o cumprimento das medidas determinadas pela liminar provocará grave lesão à sua estrutura administrativa e a seu orçamento; e que a execução de tais medidas é de competência do Município de Petrolina.

O que pretende, ao fim e ao cabo, é que as referidas medidas sejam imputáveis exclusivamente ao Município.

Embora a causa tenha por fundamento o art. 196 da Constituição Federal (**direito à saúde**), o REQUERENTE aduz que a liminar ofende o princípio constitucional da interdependência dos poderes do Estado.

Para reforçar o argumento de sua autonomia administrativa, o REQUERENTE transcreve decisões monocráticas proferidas no SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA e no TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO.

O PGR opina pelo indeferimento.

Decido.

SL 47-AgR / PE

Conforme se depreende da inicial da ação civil pública (fls. 91/114), é constitucional o fundamento da causa.

Conheço do pedido.

Examino as lesões suscitadas.

A orientação do SUPREMO é de sejam inequivocamente demonstradas as graves lesões decorrentes do ato decisório que se pretende suspender.

O REQUERENTE afasta-se dessa orientação quando apenas faz alegações genéricas e embasadas em trechos de decisões que foram proferidas em outro contexto, diverso do que se discute nestes autos.

Os dois precedentes referidos (fls. 4/8) dizem respeito à forma de distribuição e especificação de medicamentos que é um procedimento administrativo de competência do Poder Executivo, razão pela qual o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA entendeu que a ingerência do Judiciário "culmina por afetar a saúde pública" (fl. 6).

A motivação de tais decisões focou um bem maior, qual seja, a saúde pública.

E foi em razão desse mesmo bem jurídico que a liminar foi deferida para que o MUNICÍPIO DE PETROLINA adotasse medidas administrativas para melhorar a operacionalidade do HOSPITAL MUNICIPAL DOM MALAN que se encontra em estado precário.

A decisão concessiva de liminar impôs ao REQUERENTE apenas uma participação subsidiária, dentro dos limites de sua competência.

Diz a liminar:

".....
... [adotar] todos os meios necessários para auxiliar o Município de Petrolina no cumprimento das medidas contra ele deferidas, à exceção daquela contida no item 'g', por se tratar de providência exclusivamente administrativa..."

O Presidente do TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL da 5ª REGIÃO indeferiu o pedido de suspensão proposto pelo ESTADO DE PERNAMBUCO por entender que de

".....
... tal provimento não se depreende qualquer tipo de conclusão prejudicial ao Requerente. Resta claro que a participação do Estado no cumprimento da decisão é restrita aos limites de sua competência, o que não foi questionado em momento algum pelo magistrado de 1º grau. Caso ocorram problemas quanto à identificação destes limites, o juízo de execução é

SL 47-AgR / PE

o mais adequado para promover a correta divisão de responsabilidades.

....." (fl. 43)

Disse mais:

".....
Afinal, o maior implicado pela decisão é o Município de Petrolina, cabendo aos outros entes federativos uma responsabilidade bastante atenuada, em face do tipo de medidas a serem tomadas, e conhecidas, pelo mero cumprimento de atribuições reguladas fartamente pelos textos normativos do Sistema Único de Saúde (SUS).

....." (fl. 43)

Verifico, ainda, mais um óbice.

O deferimento do pedido do REQUERENTE implicaria danosas conseqüências aos municípios de Petrolina que dependem do Hospital Dom Malan.

No caso, ocorre o *periculum in mora* inverso.

Assim entendeu o PGR:

".....

... não há que se falar em ocorrência de grave lesão à ordem à economia e à saúde públicas quando a decisão provisória, cujos efeitos se pretende ver suspensos, garante a continuidade da prestação de serviços públicos essenciais. Sob esta conformação, infere-se que o deferimento do pleito de contracautela em comento acarretaria o chamado *periculum in mora* inverso e, entre o perigo de dano irreparável à saúde pública do Município de Petrolina e o questionável perigo de dano ao Estado requerente, há que se optar por prestigiar aquele. Até mesmo porque, na hipótese dos autos, a suspensão da liminar deferida significaria a suspensão de medidas necessárias para o restabelecimento do sistema de saúde daquele município, com conseqüências diretas para a sua população.

....." (fl. 80)

Correto esse entendimento.

Em face de todo o exposto, indefiro o pedido de suspensão.

O agravante requer a reforma dessa decisão (fls. 124-126). Renova os argumentos da ocorrência de grave lesão à ordem administrativa, à economia e à saúde públicas, visto que a liminar impugnada não especifica as providências a serem adotadas pelo Estado de Pernambuco. Sustenta, ainda, que o cumprimento da decisão implicará deslocamento de esforços e

SL 47-AgR / PE

recursos estaduais e a consequente descontinuidade da prestação dos serviços de saúde em outros postos de atendimento.

Diante da interposição do agravo regimental, foi aberta vista ao Ministério Público Federal, que deu parecer pelo não provimento do recurso (fls. 131-132):

Em que pese a argumentação deduzida pelo agravante, depreende-se da análise dos autos que a decisão recorrida deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos.

Além de basicamente reiterar os argumentos deduzidos na inicial, infere-se da análise dos autos que, em dissonância com entendimento jurisprudencial firmado por este Excelso Pretório, o agravante não refutou, como lhe competia, todos os fundamentos jurídicos em que se assentou a decisão agravada. Não infirmou, v.g., o entendimento adotado por Vossa Excelência, segundo o qual "o deferimento do pedido do REQUERENTE implicaria danosas consequências aos munícipes de Petrolina que dependem do Hospital Dom Malan", o que daria azo à ocorrência do denominado periculum in mora inverso, uma das razões porque entendeu Vossa Excelência não merecer acolhida o pedido formulado na inicial.

Ademais, não logrou demonstrar, de maneira inequívoca e segura, a situação de grave lesão à ordem, à economia ou à saúde públicas. Conforme a manifestação ofertada por este Parquet a fls. 76/80, o desequilíbrio do sistema estadual de saúde defendido pelo agravante é consequência de mera construção lógica, segundo a qual "o Município de Petrolina, valendo-se da decisão cujos efeitos se pretende suspender, poderá - e certamente o fará - exigir do requerente a alocação de médicos e outros profissionais de saúde para fazerem face às deficiências de pessoal do Hospital Municipal Dom Malan" (fls. 3, sem grifos no original), sendo certo que meras conjecturas não podem servir de fundamento para o pedido de suspensão de liminar. Em razão da própria excepcionalidade desta medida, impõe-se à entidade estatal interessada a demonstração objetiva da potencialidade danosa da decisão que se pretende suspender.

É o relatório.

AG.REG. NA SUSPENSÃO DE LIMINAR 47 PERNAMBUCO**V O T O**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (Presidente): O presente agravo regimental volta-se contra decisão do Ministro Nelson Jobim que indeferiu suspensão de tutela antecipada, deferida nos autos de ação civil pública, a qual determinou ao Município de Petrolina, ao Estado de Pernambuco e à União a adoção de providências administrativas para a melhoria do atendimento no Hospital Dom Malan. As medidas foram deferidas contra o Município, mas ao Estado e à União foi determinada a adoção de todos os meios necessários para auxiliar o Município de Petrolina no cumprimento dessas medidas.

A decisão agravada entendeu que, em vez de demonstrar a ocorrência de grave lesão, o requerente cingiu-se a fazer alegações genéricas e a tecer conjecturas quanto a possíveis interpretações de decisão que se limitou a determinar que a União exerça um papel auxiliar para normalizar o atendimento prestado em hospital municipal, auxílio consistente na efetiva prestação de políticas públicas já assumidas por aquele ente.

Diante da relevância da concretização do direito à saúde e da complexidade que envolve a discussão de fornecimento de tratamentos e medicamentos por parte do Poder Público, inclusive por determinação judicial, entendo necessário, inicialmente, retomar o tema sob uma perspectiva mais ampla, o que faço a partir de um juízo mínimo de delibação a respeito das questões jurídicas presentes na ação principal, conforme tem entendido a jurisprudência desta Corte, da qual se destacam os seguintes julgados: SS-AgR nº 846/DF, Rel. Sepúlveda

SL 47-AgR / PE

Pertence, DJ 8.11.1996 e SS-AgR nº 1.272/RJ, Rel. Carlos Velloso, DJ 18.5.2001.

Passo então a analisar as questões complexas relacionadas à concretização do direito fundamental à saúde, levando em conta, para tanto, as **experiências e os dados colhidos na Audiência Pública - Saúde**, realizada neste Tribunal nos dias 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009.

A doutrina constitucional brasileira há muito se dedica à interpretação do artigo 196 da Constituição. Teses, muitas vezes antagônicas, proliferaram-se em todas as instâncias do Poder Judiciário e na seara acadêmica. Tais teses buscam definir *se, como e em que medida* o direito constitucional à saúde se traduz em um direito subjetivo público a prestações positivas do Estado, passível de garantia pela via judicial.

As divergências doutrinárias quanto ao efetivo âmbito de proteção da norma constitucional do direito à saúde decorrem, especialmente, da natureza prestacional desse direito e da necessidade de compatibilização do que se convencionou denominar "mínimo existencial" e "reserva do possível" (*Vorbehalt des Möglichen*).

Como tenho analisado em estudos doutrinários, os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição de excesso (*Übermassverbot*), mas também uma proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*) (Claus-Wilhelm

SL 47-AgR / PE

Canaris, Grundrechtswirkungen um
Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung
und Fortbildung des Privatsrechts, JuS, 1989, p. 161.).

Nessa dimensão objetiva, também assume relevo a perspectiva dos direitos à organização e ao procedimento (*Recht auf Organization und auf Verfahren*), que são aqueles direitos fundamentais que dependem, na sua realização, de providências estatais com vistas à criação e à conformação de órgãos e procedimentos indispensáveis à sua efetivação.

Ressalto, nessa perspectiva, as contribuições de Stephen Holmes e Cass Sunstein para o reconhecimento de que todas as dimensões dos direitos fundamentais têm custos públicos, dando significativo relevo ao tema da "reserva do possível", especialmente ao evidenciar a "escassez dos recursos" e a necessidade de se fazerem escolhas alocativas, concluindo, a partir da perspectiva das finanças públicas, que "levar a sério os direitos significa levar a sério a escassez" (HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. W. W. Norton & Company: Nova Iorque, 1999).

Embora os direitos sociais, assim como os direitos e liberdades individuais, impliquem tanto direitos a prestações em sentido estrito (positivos), quanto direitos de defesa (negativos), e ambas as dimensões demandem o emprego de recursos públicos para a sua garantia, é a dimensão prestacional (positiva) dos direitos sociais o principal argumento contrário à sua judicialização.

SL 47-AgR / PE

A dependência de recursos econômicos para a efetivação dos direitos de caráter social leva parte da doutrina a defender que as normas que consagram tais direitos assumem a feição de normas programáticas, dependentes, portanto, da formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis. Nesse sentido, também se defende que a intervenção do Poder Judiciário, ante a omissão estatal quanto à construção satisfatória dessas políticas, violaria o princípio da separação dos Poderes e o princípio da reserva do financeiramente possível.

Em relação aos direitos sociais, é preciso levar em consideração que a prestação devida pelo Estado varia de acordo com a necessidade específica de cada cidadão. Assim, enquanto o Estado tem que dispor de um determinado valor para arcar com o aparato capaz de garantir a liberdade dos cidadãos universalmente, no caso de um direito social como a saúde, por outro lado, deve dispor de valores variáveis em função das necessidades individuais de cada cidadão. Gastar mais recursos com uns do que com outros envolve, portanto, a adoção de critérios distributivos para esses recursos.

Dessa forma, em razão da inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais, enfatiza-se que a formulação das políticas sociais e econômicas voltadas à implementação dos direitos sociais implicaria, invariavelmente, escolhas alocativas. Essas escolhas seguiriam critérios de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender), configurando-se como típicas opções políticas, as quais pressupõem “escolhas trágicas” pautadas por critérios de

SL 47-AgR / PE

macrojustiça. É dizer, a escolha da destinação de recursos para uma política e não para outra leva em consideração fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e a eficácia do serviço a ser prestado, a maximização dos resultados etc.

Nessa linha de análise, argumenta-se que o Poder Judiciário, o qual estaria vocacionado a concretizar a justiça do caso concreto (microjustiça), muitas vezes não teria condições de, ao examinar determinada pretensão à prestação de um direito social, analisar as consequências globais da destinação de recursos públicos em benefício da parte, com invariável prejuízo para o todo (AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha*. Renovar: Rio de Janeiro, 2001).

Por outro lado, defensores da atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, em especial do direito à saúde, argumentam que tais direitos são indispensáveis para a realização da dignidade da pessoa humana. Assim, ao menos o "mínimo existencial" de cada um dos direitos - exigência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana - não poderia deixar de ser objeto de apreciação judicial.

O fato é que o denominado problema da "judicialização do direito à saúde" ganhou tamanha importância teórica e prática, que envolve não apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo. Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania, por outro, as decisões judiciais têm significado um forte ponto

5

SL 47-AgR / PE

de tensão entre os elaboradores e os executores das políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área de saúde e além das possibilidades orçamentárias.

Lembro, neste ponto, a sagaz assertiva do professor Canotilho segundo a qual "paira sobre a dogmática e teoria jurídica dos direitos econômicos, sociais e culturais a carga metodológica da vaguides, indeterminação e impressionismo que a teoria da ciência vem apelidando, em termos caricaturais, sob a designação de 'fuzzismo' ou 'metodologia fuzzy'". "Em toda a sua radicalidade - enfatiza Canotilho - a censura de fuzzismo lançada aos juristas significa basicamente que eles não sabem do que estão a falar quando abordam os complexos problemas dos direitos econômicos, sociais e culturais" (CANOTILHO, J. J. Gomes. Metodologia "fuzzy" e "camaleões normativos" na problemática actual dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 100.).

Nesse aspecto, não surpreende o fato de que a problemática dos direitos sociais tenha sido deslocada, em grande parte, para as teorias da justiça, as teorias da argumentação e as teorias econômicas do direito (CANOTILHO, *op. cit.*, p. 98).

Enfim, como enfatiza Canotilho, "havemos de convir que a problemática jurídica dos direitos sociais se encontra hoje numa posição desconfortável" (CANOTILHO, *op. cit.*, p. 99).

SL 47-AgR / PE

De toda forma, parece sensato concluir que, ao fim e ao cabo, problemas concretos deverão ser resolvidos levando-se em consideração todas as perspectivas que a questão dos direitos sociais envolve. Juízos de ponderação são inevitáveis nesse contexto prenhe de complexas relações conflituosas entre princípios e diretrizes políticas ou, em outros termos, entre direitos individuais e bens coletivos.

Alexy segue linha semelhante de conclusão, ao constatar a necessidade de um modelo que leve em conta todos os argumentos favoráveis e contrários aos direitos sociais, da seguinte forma:

"Considerando os argumentos contrários e favoráveis aos direitos fundamentais sociais, fica claro que ambos os lados dispõem de argumentos de peso. A solução consiste em um modelo que leve em consideração tanto os argumentos a favor quanto os argumentos contrários. Esse modelo é a expressão da idéia-guia formal apresentada anteriormente, segundo a qual os direitos fundamentais da Constituição alemã são posições que, do ponto de vista do direito constitucional, são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar. (...) De acordo com essa fórmula, a questão acerca de quais direitos fundamentais sociais o indivíduo definitivamente tem é uma questão de sopesamento entre princípios. De um lado está, sobretudo, o princípio da liberdade fática. Do outro lado estão os princípios formais da competência decisória do legislador democraticamente legitimado e o princípio da separação de poderes, além de princípios materiais, que dizem respeito sobretudo à liberdade jurídica de terceiros, mas também a outros direitos fundamentais sociais e a interesses coletivos." (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 511-512)

Ressalte-se, não obstante, que a questão dos direitos fundamentais sociais enfrenta desafios no direito comparado que não se apresentam em nossa realidade. Isso

SL 47-AgR / PE

porque a própria existência de direitos fundamentais sociais é questionada em países cujas Constituições não os preveem de maneira expressa ou não lhes atribuem eficácia plena. É o caso da Alemanha, por exemplo, cuja Constituição Federal praticamente não contém direitos fundamentais de maneira expressa (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 500), e de Portugal, que diferenciou o regime constitucional dos direitos, liberdades e garantias do regime constitucional dos direitos sociais (ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª Edição. Coimbra: Almedina, 2004, p. 385).

Ainda que essas questões tormentosas permitam entrever os desafios impostos ao Poder Público e à sociedade na concretização do direito à saúde, é preciso destacar de que forma a nossa Constituição estabelece os limites e as possibilidades de implementação deste direito.

O direito à saúde é estabelecido pelo artigo 196 da Constituição Federal como (1) "direito de todos" e (2) "dever do Estado", (3) garantido mediante "políticas sociais e econômicas (4) que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos", (5) regido pelo princípio do "acesso universal e igualitário" (6) "às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação".

Examinemos cada um desses elementos.

(1) direito de todos:

SL 47-AgR / PE

É possível identificar, na redação do referido artigo constitucional, tanto um direito individual quanto um direito coletivo à saúde. Dizer que a norma do artigo 196, por tratar de um direito social, consubstancia-se tão somente em norma programática, incapaz de produzir efeitos, apenas indicando diretrizes a serem observadas pelo poder público, significaria negar a força normativa da Constituição.

A dimensão individual do direito à saúde foi destacada pelo Ministro Celso de Mello, relator do AgR-RE n.º 271.286-8/RS, ao reconhecer o direito à saúde como um direito público subjetivo assegurado à generalidade das pessoas, que conduz o indivíduo e o Estado a uma relação jurídica obrigacional. Ressaltou o Ministro que "a interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconseqüente", impondo aos entes federados um dever de prestação positiva. Concluiu que "a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse como prestações de relevância pública as ações e serviços de saúde (CF, art. 197)", legitimando a atuação do Poder Judiciário nas hipóteses em que a Administração Pública descumpra o mandamento constitucional em apreço. (AgR-RE N. 271.286-8/RS, Rel. Celso de Mello, DJ 12.09.2000).

Não obstante, esse direito subjetivo público é assegurado mediante políticas sociais e econômicas, ou seja, não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize. Há um direito

SL 47-AgR / PE

público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde.

Em decisão proferida na ADPF n.º 45/DF, o Min. Celso de Mello consignou o seguinte:

"Desnecessário acentuar-se, considerando o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausentes qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos". (ADPF-MC N.º 45, Rel. Celso de Mello, DJ 4.5.2004).

Assim, a garantia judicial da prestação individual de saúde, *prima facie*, estaria condicionada ao não comprometimento do funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS), o que, por certo, deve ser sempre demonstrado e fundamentado de forma clara e concreta, caso a caso.

(2) dever do Estado:

O dispositivo constitucional deixa claro que, para além do direito fundamental à saúde, há o dever fundamental de prestação de saúde por parte do Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

O dever de desenvolver políticas públicas que visem à redução de doenças, à promoção, à proteção e à recuperação da saúde está expresso no artigo 196.

A competência comum dos entes da federação para cuidar da saúde consta do art. 23, II, da Constituição. União, Estados, Distrito Federal e Municípios são responsáveis solidários pela saúde, tanto do indivíduo

SL 47-AgR / PE

quanto da coletividade e, dessa forma, são legitimados passivos nas demandas cuja causa de pedir é a negativa, pelo SUS (seja pelo gestor municipal, estadual ou federal), de prestações na área de saúde.

O fato de o Sistema Único de Saúde ter descentralizado os serviços e conjugado os recursos financeiros dos entes da federação, com o objetivo de aumentar a qualidade e o acesso aos serviços de saúde, apenas reforça a obrigação solidária e subsidiária entre eles.

As ações e os serviços de saúde são de relevância pública, integrantes de uma rede regionalizada e hierarquizada, segundo o critério da subsidiariedade, e constituem um sistema único.

Foram estabelecidas quatro diretrizes básicas para as ações de saúde: direção administrativa única em cada nível de governo; descentralização político-administrativa; atendimento integral, com preferência para as atividades preventivas; e participação da comunidade.

O Sistema Único de Saúde está baseado no financiamento público e na cobertura universal das ações de saúde. Dessa forma, para que o Estado possa garantir a manutenção do sistema, é necessário que se atente para a estabilidade dos gastos com a saúde e, conseqüentemente, para a captação de recursos.

O financiamento do Sistema Único de Saúde, nos termos do art. 195, opera-se com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito

SL 47-AgR / PE

Federal e dos Municípios, além de outras fontes. A Emenda Constitucional n.º 29/2000, com vistas a dar maior estabilidade para os recursos de saúde, consolidou um mecanismo de cofinanciamento das políticas de saúde pelos entes da federação.

A Emenda acrescentou dois novos parágrafos ao artigo 198 da Constituição, assegurando percentuais mínimos a serem destinados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios para a saúde, visando a um aumento e a uma maior estabilidade dos recursos. No entanto, o § 3º do art. 198 dispõe que caberá à Lei Complementar estabelecer: os percentuais mínimos de que trata o § 2º do referido artigo; os critérios de rateio entre os entes; as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde; as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União; além, é claro, de especificar as ações e os serviços públicos de saúde.

O art. 200 da Constituição, que estabeleceu as competências do Sistema Único de Saúde (SUS), é regulamentado pelas Leis Federais 8.080/90 e 8.142/90.

O SUS consiste no conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, incluídas as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos e medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde.

SL 47-AgR / PE

(3) garantido mediante políticas sociais e econômicas:

A garantia mediante políticas sociais e econômicas ressalva, justamente, a necessidade de formulação de políticas públicas que concretizem o direito à saúde por meio de escolhas alocativas. É incontestável que, além da necessidade de se distribuírem recursos naturalmente escassos por meio de critérios distributivos, a própria evolução da medicina impõe um viés programático ao direito à saúde, pois sempre haverá uma nova descoberta, um novo exame, um novo prognóstico ou procedimento cirúrgico, uma nova doença ou a volta de uma doença supostamente erradicada.

(4) políticas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos:

Tais políticas visam à redução do risco de doença e outros agravos, de forma a evidenciar sua dimensão preventiva. As ações preventivas na área da saúde foram, inclusive, indicadas como prioritárias pelo artigo 198, inciso II, da Constituição.

(5) políticas que visem ao acesso universal e igualitário:

O constituinte estabeleceu, ainda, um sistema universal de acesso aos serviços públicos de saúde.

Nesse sentido, a Ministra Ellen Gracie, na STA 91, ressaltou que, no seu entendimento, o art. 196 da Constituição refere-se, em princípio, à efetivação de

SL 47-AgR / PE

políticas públicas que alcancem a população como um todo (STA 91-1/AL, Ministra Ellen Gracie, DJ 26.02.2007).

O princípio do acesso igualitário e universal reforça a responsabilidade solidária dos entes da federação, garantindo, inclusive, a "igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie" (art. 7º, IV, da Lei 8.080/90).

(6) ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde:

O estudo do direito à saúde no Brasil leva a concluir que os problemas de eficácia social desse direito fundamental devem-se muito mais a questões ligadas à implementação e à manutenção das políticas públicas de saúde já existentes - o que implica também a composição dos orçamentos dos entes da federação - do que à falta de legislação específica. Em outros termos, o problema não é de inexistência, mas de execução (administrativa) das políticas públicas pelos entes federados.

A Constituição brasileira não só prevê expressamente a existência de direitos fundamentais sociais (artigo 6º), especificando seu conteúdo e forma de prestação (artigos 196, 201, 203, 205, 215, 217, entre outros), como não faz distinção entre os direitos e deveres individuais e coletivos (capítulo I do Título II) e os direitos sociais (capítulo II do Título II), ao estabelecer que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (artigo 5º, § 1º, CF/88). Vê-se, pois, que os direitos fundamentais sociais foram acolhidos pela Constituição Federal de 1988 como autênticos direitos

SL 47-AgR / PE

fundamentais. Não há dúvida - deixe-se claro - de que as demandas que buscam a efetivação de prestações de saúde devem ser resolvidas a partir da análise de nosso contexto constitucional e de suas peculiaridades.

Mesmo diante do que dispõem a Constituição e as leis relacionadas à questão, o que se tem constatado, de fato, é a crescente controvérsia jurídica sobre a possibilidade de decisões judiciais determinarem ao Poder Público o fornecimento de medicamentos e tratamentos, decisões estas nas quais se discute, inclusive, os critérios considerados para tanto.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, é recorrente a tentativa do Poder Público de suspender decisões judiciais nesse sentido. Na Presidência do Tribunal existem diversos pedidos de suspensão de segurança, de suspensão de tutela antecipada e de suspensão de liminar, com vistas a suspender a execução de medidas cautelares que condenam a Fazenda Pública ao fornecimento das mais variadas prestações de saúde (fornecimento de medicamentos, suplementos alimentares, órteses e próteses; criação de vagas de UTIs e leitos hospitalares; contratação de servidores de saúde; realização de cirurgias e exames; custeio de tratamento fora do domicílio, inclusive no exterior, entre outros).

Assim, levando em conta a grande quantidade de processos e a complexidade das questões neles envolvidas, convoquei **Audiência Pública para ouvir os especialistas em matéria de Saúde Pública**, especialmente os gestores públicos, os membros da magistratura, do Ministério Público, da Defensoria Pública, da Advocacia da União,

15

SL 47-AgR / PE

Estados e Municípios, além de acadêmicos e de entidades e organismos da sociedade civil.

Após ouvir os depoimentos prestados pelos representantes dos diversos setores envolvidos, ficou constatada a necessidade de se redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil. Isso porque, na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas. Portanto, não se cogita do problema da interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros Poderes quanto à formulação de políticas públicas.

Esse foi um dos primeiros entendimentos que sobressaiu nos debates ocorridos na Audiência Pública-Saúde: no Brasil, o problema talvez não seja de judicialização ou, em termos mais simples, de interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas em matéria de saúde, pois o que ocorre, na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes.

Esse dado pode ser importante para a construção de um critério ou parâmetro para a decisão em casos como este, no qual se discute, primordialmente, o problema da interferência do Poder Judiciário na esfera dos outros Poderes.

Assim, também com base no que ficou esclarecido na Audiência Pública, o primeiro dado a ser considerado é a

SL 47-AgR / PE

existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente.

Se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de (1) uma omissão legislativa ou administrativa, (2) de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou (3) de uma vedação legal a sua dispensação.

Não raro, busca-se, no Poder Judiciário, a condenação do Estado ao fornecimento de prestação de saúde não registrada na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

Como ficou claro nos depoimentos prestados na Audiência Pública, é vedado à Administração Pública fornecer fármaco que não possua registro na ANVISA.

A Lei Federal n.º 6.360/76, ao dispor sobre a vigilância sanitária a que ficam sujeitos os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, determina, em seu artigo 12, que "*nenhum dos produtos de que trata esta Lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde*". O artigo 16 da referida Lei estabelece os requisitos para a obtenção do registro, entre eles o de que o produto seja reconhecido

SL 47-AgR / PE

como seguro e eficaz para o uso a que se propõe. O Art. 18 ainda determina que, em se tratando de medicamento de procedência estrangeira, deverá ser comprovada a existência de registro válido no país de origem.

O registro de medicamento, como ressaltado pelo Procurador-Geral da República na Audiência Pública, é uma garantia à saúde pública. E, como ressaltou o Diretor-Presidente da ANVISA na mesma ocasião, a Agência, por força da lei de sua criação, também realiza a regulação econômica dos fármacos. Após verificar a eficácia, a segurança e a qualidade do produto e conceder-lhe o registro, a ANVISA passa a analisar a fixação do preço definido, levando em consideração o benefício clínico e o custo do tratamento. Havendo produto assemelhado, se o novo medicamento não trouxer benefício adicional, não poderá custar mais caro do que o medicamento já existente com a mesma indicação.

Por tudo isso, o registro na ANVISA configura-se como condição necessária para atestar a segurança e o benefício do produto, sendo o primeiro requisito para que o Sistema Único de Saúde possa considerar sua incorporação.

Claro que essa não é uma regra absoluta. Em casos excepcionais, a importação de medicamento não registrado poderá ser autorizada pela ANVISA. A Lei n.º 9.782/99, que criou a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), permite que ela dispense de "registro" medicamentos adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais, para uso de programas em saúde pública pelo Ministério da Saúde.

SL 47-AgR / PE

O segundo dado a ser considerado é a existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS. Há casos em que se ajuíza ação com o objetivo de garantir prestação de saúde que o SUS decidiu não custear por entender que inexistem evidências científicas suficientes para autorizar sua inclusão.

Nessa hipótese, podem ocorrer, ainda, duas situações: 1º) o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente; 2º) o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia.

A princípio, pode-se inferir que a obrigação do Estado, à luz do disposto no artigo 196 da Constituição, restringe-se ao fornecimento das políticas sociais e econômicas por ele formuladas para a promoção, proteção e recuperação da saúde.

Isso porque o Sistema Único de Saúde filiou-se à corrente da "Medicina com base em evidências". Com isso, adotaram-se os "Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas", que consistem num conjunto de critérios que permitem determinar o diagnóstico de doenças e o tratamento correspondente com os medicamentos disponíveis e as respectivas doses. Assim, um medicamento ou tratamento em desconformidade com o Protocolo deve ser visto com cautela, pois tende a contrariar um consenso científico vigente.

Ademais, não se pode esquecer de que a gestão do Sistema Único de Saúde, obrigado a observar o princípio constitucional do acesso universal e igualitário às ações e prestações de saúde, só torna-se viável mediante a elaboração de políticas públicas que repartam os recursos

SL 47-AgR / PE

(naturalmente escassos) da forma mais eficiente possível. Obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada. Dessa forma, podemos concluir que, em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente.

Essa conclusão não afasta, contudo, a possibilidade de o Poder Judiciário, ou de a própria Administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso. Inclusive, como ressaltado pelo próprio Ministro da Saúde na Audiência Pública, há necessidade de revisão periódica dos protocolos existentes e de elaboração de novos protocolos. Assim, não se pode afirmar que os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do SUS são inquestionáveis, o que permite sua contestação judicial.

Situação diferente é a que envolve a inexistência de tratamento na rede pública. Nesses casos, é preciso diferenciar os tratamentos puramente experimentais dos novos tratamentos ainda não testados pelo Sistema de Saúde brasileiro.

Os tratamentos experimentais (sem comprovação científica de sua eficácia) são realizados por laboratórios ou centros médicos de ponta, consubstanciando-se em

20

SL 47-AgR / PE

pesquisas clínicas. A participação nesses tratamentos rege-se pelas normas que regulam a pesquisa médica e, portanto, o Estado não pode ser condenado a fornecê-los.

Como esclarecido, na Audiência Pública da Saúde, pelo Médico Paulo Hoff, Diretor Clínico do Instituto do Câncer do Estado de São Paulo, essas drogas não podem ser compradas em nenhum país, porque nunca foram aprovadas ou avaliadas, e o acesso a elas deve ser disponibilizado apenas no âmbito de estudos clínicos ou programas de acesso expandido, não sendo possível obrigar o SUS a custeá-las. No entanto, é preciso que o laboratório que realiza a pesquisa continue a fornecer o tratamento aos pacientes que participaram do estudo clínico, mesmo após seu término.

Quanto aos novos tratamentos (ainda não incorporados pelo SUS), é preciso que se tenha cuidado redobrado na apreciação da matéria. Como frisado pelos especialistas ouvidos na Audiência Pública, o conhecimento médico não é estanque, sua evolução é muito rápida e dificilmente suscetível de acompanhamento pela burocracia administrativa.

Se, por um lado, a elaboração dos Protocolos Clínicos e das Diretrizes Terapêuticas privilegia a melhor distribuição de recursos públicos e a segurança dos pacientes, por outro a aprovação de novas indicações terapêuticas pode ser muito lenta e, assim, acabar por excluir o acesso de pacientes do SUS a tratamento há muito prestado pela iniciativa privada.

Parece certo que a inexistência de Protocolo Clínico no SUS não pode significar violação ao princípio da

SL 47-AgR / PE

integralidade do sistema, nem justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada. Nesses casos, a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais como coletivas. No entanto, é imprescindível que haja instrução processual, com ampla produção de provas, o que poderá configurar-se um obstáculo à concessão de medida cautelar.

Portanto, independentemente da hipótese levada à consideração do Poder Judiciário, as premissas analisadas deixam clara a necessidade de instrução das demandas de saúde para que não ocorra a produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças, peças processuais que, muitas vezes, não contemplam as especificidades do caso concreto examinado, impedindo que o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde. Esse é mais um dado incontestável, colhido na Audiência Pública - Saúde.

Com fundamento nessas considerações, que entendo essenciais para a reflexão e a discussão do presente caso pelo Plenário desta Corte, retomo, de forma específica, as razões apresentadas no agravo regimental.

A decisão em apreço convocou os entes da federação a cumprir as obrigações que lhes são constitucionalmente determinadas, diante da constatação de deficiências concretas na prestação dos serviços por uma unidade de saúde específica, entre as quais cito: ausência de médicos de plantão na UTI; falta de medicamentos, materiais e estruturas para exames básicos para realização

22

SL 47-AgR / PE

de uma intervenção cirúrgica; deficiência no atendimento das especialidades de neurologia, traumatologia e ortopedia; e número insuficiente de leitos.

Sustenta o agravante, reiterando os fundamentos da inicial, que a decisão objeto desta suspensão invade competência administrativa e provoca desordem nesta esfera, ao impor ao Estado deveres que são do Município. Muito antes pelo contrário, o que se verifica na decisão liminar combatida é o cuidado de resguardar a divisão de competências dos entes da federação levada a efeito por meio de atos infraconstitucionais. Não se chegou nem mesmo a suscitar a solidariedade imposta constitucionalmente.

Conforme relatado na decisão objeto da presente suspensão, a ordem liminar determina, apenas, que os réus tomem providências inseridas no âmbito das suas competências. É o que se infere da seguinte transcrição da decisão liminar (fl. 37):

Diante disso, *prima facie*, tenho que ao menos parte das obrigações da União não está sendo devidamente cumprida, o mesmo ocorrendo com o Estado de Pernambuco. O apoio técnico e financeiro ao município que este argumenta também não se encontra provado, já que se limitou a alegar, sem trazer nenhuma documentação correspondente. Certo é que os elementos até então produzidos apontam para a deficiência, sendo obrigação sua e da União prestar o auxílio para saná-la, não havendo que se falar em ilegitimidade passiva.

Frise-se que a concessão das liminares postuladas em nada prejudica a União e o Estado de Pernambuco no caso de estarem cumprindo sua missão constitucional. Com efeito, caso isso aconteça, basta manter os comprovantes respectivos, pois assim não estarão descumprindo a ordem judicial, ficando fora do alcance da sanção respectiva.

SL 47-AgR / PE

Foi justamente esse ponto que ensejou o indeferimento do pedido de suspensão formulado perante o Tribunal Regional Federal da 5ª Região (fl. 43):

Ora, de tal provimento não se depreende qualquer tipo de conclusão prejudicial ao Requerente. Resta claro que a participação do Estado no cumprimento da decisão é restrita aos limites de sua competência, o que não foi questionado em momento algum pelo magistrado de 1º grau. Caso ocorram problemas quanto à identificação destes limites, o juízo da execução é o mais adequado para promover a correta divisão de responsabilidades. Só nesta fase mais concreta poder-se-ia constatar um eventual provimento lesivo à ordem, economia, saúde ou segurança pública pois, no presente estágio da lide, não há elementos que permitam o reconhecimento de gravame.

O indeferimento da suspensão teve em vista que o agravante não trouxe dados concretos para justificar o perigo de grave lesão, havendo assentado que *"a decisão concessiva de liminar impôs ao REQUERENTE apenas uma participação subsidiária, dentro dos limites de sua competência"* (fl. 119). Esse fundamento não é infirmado nas razões do agravo.

O agravante não infirma, ainda, o fundamento da decisão agravada de que, em vez da grave lesão, cuja ocorrência sustenta, vislumbra-se a ocorrência de dano inverso, caso a decisão venha a ser suspensa. Assentou o Ministro Nelson Jobim: *"O deferimento do pedido do REQUERENTE implicaria danosas conseqüências aos munícipes de Petrolina que dependem do Hospital Dom Malan"* (fl. 120). Esse argumento, como bem salientou o Procurador-Geral da República, não foi refutado nas razões do agravo.

Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema

SL 47-AgR / PE

Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Em casos como o presente, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente.

Assim, nego provimento ao **agravo regimental**, para manter a decisão do Ministro Nelson Jobim.


É como voto.

17/03/2010

TRIBUNAL PLENO

AG.REG. NA SUSPENSÃO DE LIMINAR 47 PERNAMBUCO**V O T O****(Apartes)**

A Senhora Ministra Ellen Gracie - Senhor Presidente, acrescento o meu voto ao de todos os membros do Tribunal para negar provimento a esses agravos regimentais, fazendo, porém, uma ponderação que também decorre de toda a discussão que tivemos até agora.



O Ministro Marco Aurélio lembrou que, no RE 566.471, o Tribunal já reconheceu repercussão geral. E faço, desde logo, uma ponderação aos colegas: Se efetivamente será possível extrair um julgamento em repercussão geral que sirva a toda essa miríade de casos tão diversos entre si, em que as circunstâncias fáticas são muitas vezes únicas. Talvez, se nós cuidarmos de uma categoria geral, por exemplo os portadores de diabetes que pleiteiam os reagentes e as fitas para fazerem exames - essa seria uma categoria homogênea passível de solução idêntica. Porém, as moléstias que são trazidas ao Judiciário, e os medicamentos requisitados são os mais variados possível. Faço, portanto, essa indagação ao Tribunal: Seria efetivamente viável darmos repercussão geral a essa matéria?

O Senhor Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator) - No caso do Ministro Marco Aurélio, pelo que percebi, inclusive li a ementa da repercussão geral, o recurso foca exatamente a questão da responsabilidade solidária.

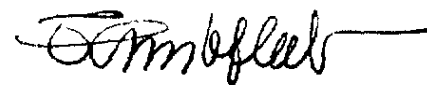
O Senhor Ministro Marco Aurélio - Exato.

Presidente, o recurso extraordinário tem balizas próprias. E decidiremos, consideradas essas balizas, o conflito de interesses envolvido. Agora, já decidimos quanto à repercussão e a

SL 47-AgR / PE

admitimos. Não cabe ao Tribunal rever o que assentado, mas, sim, julgar o recurso extraordinário.

A Senhora Ministra Ellen Gracie - Eu, sinceramente, continuo colocando aos colegas essa dúvida, essa indagação, essa perplexidade diante de um sistema novo que estamos inaugurando, o da repercussão geral. Se acaso, não nessa hipótese específica, chegássemos à conclusão, em um outro caso, de que não há repercussão geral, essa decisão poderá ser revista?



O Senhor Ministro Marco Aurélio - Fique tranqüila, Ministra, a decisão não será polivalente.


17/03/2010

TRIBUNAL PLENO

AG.REG. NA SUSPENSÃO DE LIMINAR 47 PERNAMBUCOV O T O

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

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



SL 47-AgR / PE

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

"ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBITRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA 'RESERVA DO POSSÍVEL'. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO 'MÍNIMO EXISTENCIAL'. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO)."

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

SL 47-AgR / PE

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

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

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

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

.....
- A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis

SL 47-Agr / PE

que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental." (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

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

Impende assinalar, contudo, que a incumbência de fazer implementar políticas públicas fundadas na Constituição poderá atribuir-se, ainda que excepcionalmente, ao Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie ora em exame.

SL 47-AgR / PE

Mais do que nunca, Senhor Presidente, é preciso enfatizar que o dever estatal de atribuir efetividade aos direitos fundamentais, de índole social, qualifica-se como expressiva limitação à discricionariedade administrativa.

Isso significa que a intervenção jurisdicional, justificada pela ocorrência de arbitrária recusa governamental em conferir significação real ao direito à saúde, tornar-se-á plenamente legítima (sem qualquer ofensa, portanto, ao postulado da separação de poderes), sempre que se impuser, nesse processo de ponderação de interesses e de valores em conflito, a necessidade de fazer prevalecer a *decisão política fundamental* que o legislador constituinte adotou em tema de respeito e de proteção ao direito à saúde.

Cabe referir, neste ponto, ante a extrema pertinência de suas observações, a advertência de LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN, ilustre Procuradora Regional da República (*"Políticas Públicas - A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público"*, p. 59, 95 e 97, 2000, Max Limonad), cujo magistério, a propósito da limitada discricionariedade



SL 47-AgR / PE

governamental em tema de concretização das políticas públicas constitucionais, corretamente assinala:

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

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

.....
Conclui-se, portanto, que o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional, pois tal restou deliberado pelo Constituinte e pelo legislador que elaborou as normas de integração.

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

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à "reserva do possível" (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, "The Cost of Rights", 1999, Norton, New York; ANA PAULA DE BARCELLOS, "A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais", p. 245/246, 2002, Renovar),

SL 47-Agr / PE

notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

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

Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele - a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais

SL 47-AgR / PE

mínimas de existência (ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Informativo/STF nº 345/2004).

Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Tratando-se de típico direito de prestação positiva, que se subsume ao conceito de liberdade real ou concreta, a proteção à saúde - que compreende todas as prerrogativas, individuais ou coletivas, referidas na Constituição da República (notadamente em seu art. 196) - tem por fundamento regra constitucional cuja densidade normativa não permite que, em torno da efetiva realização de tal comando, o Poder Público disponha de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação, e de cujo exercício possa resultar, paradoxalmente, com base em simples alegação de mera conveniência e/ou oportunidade, a nulificação mesma dessa prerrogativa essencial.

SL 47-AgR / PE

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

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

Na realidade, o cumprimento do dever político-constitucional consagrado no art. 196 da Lei Fundamental do Estado, consistente na obrigação de assegurar, a todos, a proteção à saúde, representa fator, que, associado a um imperativo de solidariedade social, impõe-se ao Poder Público, qualquer que seja a dimensão institucional em que atue no plano de nossa organização federativa.

A impostergabilidade da efetivação desse dever constitucional desautoriza o acolhimento do pleito recursal que a instituição governamental interessada deduziu na presente causa.

SL 47-AgR / PE

Tal como pude enfatizar em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet 1.246/SC), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde - que se qualifica como direito subjetivo inalienável a todos assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, "caput", e art. 196) - ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo, uma vez configurado esse dilema, que razões de ordem ético-jurídica impõem, ao julgador, uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas.

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

SL 47-Agr / PE

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

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

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro (JOSÉ CRETILLA JÚNIOR, "Comentários à Constituição de 1988", vol. VIII/4332-4334, item n. 181, 1993, Forense Universitária) - não pode convertê-la em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas



SL 47-AgR / PE

expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu imposterável dever por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

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

"O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA 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** consequência constitucional **indissociável** do direito à vida. O Poder Público, **qualquer** que seja a



SL 47-Agr / PE

esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, **não pode mostrar-se indiferente** ao problema da saúde da população, **sob pena** de incidir, ainda que por **censurável** omissão, em **grave comportamento inconstitucional**.

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

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

DISTRIBUIÇÃO GRATUITA, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR.

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

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

O sentido de fundamentalidade do direito à saúde - que **representa**, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, **uma das expressões** mais relevantes das liberdades reais ou concretas - **impõe**, ao Poder Público, **um dever de prestação positiva** que **somente** se terá por cumprido, **pelas instâncias**



SL 47-AgR / PE

governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional.

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

- RE 556.886/ES (adenocarcinoma de próstata)
- AI 457.544/RS (artrite reumatóide)
- AI 583.067/RS (cardiopatia isquêmica grave)
- RE 393.175-AgR/RS (esquizofrenia paranóide)
- RE 198.265/RS (fenilcetonúria)
- AI 570.455/RS (glaucoma crônico)
- AI 635.475/PR (hepatite "c")
- AI 634.282/PR (hiperprolactinemia)
- RE 273.834-AgR/RS (HIV)
- RE 271.286-AgR/RS (HIV)
- RE 556.288/ES (insuficiência coronariana)
- AI 620.393/MG (leucemia mielóide crônica)



SL 47-AgR / PE

- AI 676.926/RJ (lipoparatiroidismo)
- AI 468.961/MG (lúpus eritematoso sistêmico)
- RE 568.073/RN (melanoma com acometimento cerebral)
- RE 523.725/ES (migatía mitocondrial)
- AI 547.758/RS (neoplasia maligna cerebral)
- AI 626.570/RS (neoplasia maligna cerebral)
- RE 557.548/MG (osteomielite crônica)
- AI 452.312/RS (paralisia cerebral)
- AI 645.736/RS (processo expansivo intracraniano)
- RE 248.304/RS (status marmóreo)
- AI 647.296/SC (transplante renal)
- RE 556.164/ES (transplante renal)
- RE 569.289/ES (transplante renal)

Vê-se, desse modo, que, mais do que a simples positivação dos direitos sociais - que traduz estágio necessário ao processo de sua afirmação constitucional e que atua como pressuposto indispensável à sua eficácia jurídica (JOSÉ AFONSO DA SILVA, "Poder Constituinte e Poder Popular", p. 199, itens ns. 20/21, 2000, Malheiros) -, recai, sobre o Estado, inafastável vínculo institucional consistente em conferir real efetividade a tais prerrogativas básicas, em ordem a permitir, às pessoas, nos casos de injustificável inadimplemento da obrigação estatal, que tenham elas



SL 47-AgR / PE

acesso a um sistema organizado de garantias instrumentalmente vinculadas à realização, por parte das entidades governamentais, da tarefa que lhes impôs a própria Constituição.

Não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito - como o direito à saúde - se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional.

Cumpre assinalar que a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse, como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde (CF, art. 197), em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anomalamente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante.



SL 47-AgR / PE

Tenho para mim, desse modo, presente tal contexto, que o Estado não poderá demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhe foi outorgado pelo art. 196, da Constituição, e que representa - como anteriormente já acentuado - fator de limitação da discricionariedade político-administrativa do Poder Público, cujas opções, tratando-se de proteção à saúde, não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.

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

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

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



SL 47-AgR / PE

República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos.

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

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

As situações configuradoras de omissão inconstitucional - ainda que se cuide de omissão parcial derivada da insuficiente



SL 47-AgR / PE

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

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

Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la



SL 47-AgR / PE

aplicável somente nos pontos que se mostrarem convenientes aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.

A percepção da gravidade e das conseqüências lesivas derivadas do gesto infiel do Poder Público que transgride, por omissão ou por insatisfatória concretização, os encargos de que se tornou depositário, por efeito de expressa determinação constitucional, foi revelada, entre nós, já no período monárquico, em lúcido magistério, por PIMENTA BUENO ("**Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império**", p. 45, reedição do Ministério da Justiça, 1958) e reafirmada por eminentes autores contemporâneos em lições que acentuam o desvalor jurídico do comportamento estatal omissivo (JOSÉ AFONSO DA SILVA, "**Aplicabilidade das Normas Constitucionais**", p. 226, item n. 4, 3ª ed., 1998, Malheiros; ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, "**Processos Informais de Mudança da Constituição**", p. 217/218, 1986, Max Limonad; PONTES DE MIRANDA, "**Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969**", tomo I/15-16, 2ª ed., 1970, RT, v.g.).

O desprestígio da Constituição - por inércia de órgãos meramente constituídos - representa um dos mais graves aspectos da



SL 47-Agr / PE

patologia constitucional, pois reflete inaceitável desprezo, por parte das instituições governamentais, da autoridade suprema da Lei Fundamental do Estado.

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

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

- O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de legislar, imposto em cláusula constitucional, de caráter mandatório - infringe, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional (ADI 1.484-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

- A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos

SL 47-Agr / PE

desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.

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

- O direito à legislação só pode ser invocado pelo interessado, quando também existir - simultaneamente imposta pelo próprio texto constitucional - a previsão do dever estatal de emanar normas legais. Isso significa que o direito individual à atividade legislativa do Estado apenas se evidenciará naquelas estritas hipóteses em que o desempenho da função de legislar refletir, por efeito de exclusiva determinação constitucional, uma obrigação jurídica indeclinável imposta ao Poder Público. (...)." (RTJ 183/818-819, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

Em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente nas áreas de educação infantil (RTJ 199/1219-1220) e de saúde pública (RTJ 174/687 - RTJ 175/1212-1213), a Corte Suprema brasileira tem proferido decisões que neutralizam os efeitos nocivos, lesivos e perversos resultantes da inatividade governamental, em situações nas quais a omissão do Poder Público representava um inaceitável insulto a direitos básicos assegurados pela própria Constituição da República, mas cujo exercício estava sendo inviabilizado por contumaz (e irresponsável) inércia do aparelho estatal.

O Supremo Tribunal Federal, em referidos julgamentos, colmatou a omissão governamental e conferiu real efetividade a



SL 47-Agr / PE

direitos essenciais, dando-lhes concreção e, desse modo, viabilizando o acesso das pessoas à plena fruição de direitos fundamentais, cuja realização prática lhes estava sendo negada, injustamente, por arbitrária abstenção do Poder Público.

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

Refiro-me ao princípio da proibição do retrocesso, que, em tema de direitos fundamentais de carácter social, impede que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive, consoante adverte autorizado magistério doutrinário (GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, "Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais", 1ª ed./2ª tir., p. 127/128, 2002, Brasília Jurídica; J. J. GOMES CANOTILHO, "Direito Constitucional e Teoria da Constituição", p. 320/322, item n. 03, 1998, Almedina; ANDREAS JOACHIM KRELL, "Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha", p. 40, 2002, 2002, Sergio Antonio Fabris Editor,; INGO W. SARLET, "Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e



SL 47-AgR / PE

efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988", "in" Revista Público, p. 99, n. 12, 2001).

Na realidade, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional (como o direito à saúde), impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos, exceto nas hipóteses - de todo inócurrente na espécie - em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais.

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

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

A idéia aqui expressa também tem sido designada como proibição de 'contra-revolução social' ou da 'evolução reaccionária'. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma



SL 47-Agr / PE

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

SL 47-Agr / PE

Bem por isso, o Tribunal Constitucional português (Acórdão n° 39/84), ao invocar a cláusula da proibição do retrocesso, reconheceu a inconstitucionalidade de ato estatal que revogara garantias já conquistadas em tema de saúde pública, vindo a proferir decisão assim resumida pelo ilustre Relator da causa, Conselheiro VITAL MOREIRA, em douto voto de que extraio o seguinte fragmento ("Acórdãos do Tribunal Constitucional", vol. 3/95-131, 117-118, 1984, Imprensa Nacional, Lisboa):

"Que o Estado não dê a devida realização às tarefas constitucionais, concretas e determinadas, que lhe estão cometidas, isso só poderá ser objecto de censura constitucional em sede de inconstitucionalidade por omissão. Mas quando desfaz o que já havia sido realizado para cumprir essa tarefa, e com isso atinge uma garantia de um direito fundamental, então a censura constitucional já se coloca no plano da própria inconstitucionalidade por acção.

Se a Constituição impõe ao Estado a realização de uma determinada tarefa - a criação de uma certa instituição, uma determinada alteração na ordem jurídica -, então, quando ela seja levada a cabo, o resultado passa a ter a protecção directa da Constituição. O Estado não pode voltar atrás, não pode descumprir o que cumpriu, não pode tornar a colocar-se na situação de devedor. (...) Se o fizesse, incorreria em violação positiva (...) da Constituição.

.....
Em grande medida, os direitos sociais traduzem-se para o Estado em obrigação de fazer, sobretudo de criar certas instituições públicas (sistema escolar, sistema de segurança social, etc.). Enquanto elas não forem criadas, a Constituição só pode fundamentar exigências para que se criem; mas após terem sido criadas, a Constituição passa a proteger a sua existência, como se já existissem à data da Constituição. As tarefas

SL 47-AgR / PE

constitucionais impostas ao Estado em sede de direitos fundamentais no sentido de criar certas instituições ou serviços não o obrigam apenas a criá-los, **obrigam-no também a não aboli-los uma vez criados.**

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

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

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



SL 47-AgR / PE

governamental importar em grave vulneração a um direito fundamental e que é, no contexto ora examinado, o direito à saúde.

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

É o meu voto.



17/03/2010**TRIBUNAL PLENO****AG.REG. NA SUSPENSÃO DE LIMINAR 47 PERNAMBUCO****VOTO**

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Presidente, vou acompanhar Vossa Excelência, sem dúvida, e não posso deixar de dizer da alta qualidade do voto proferido, que certamente vai ficar marcado neste Tribunal.

A questão da implementação de políticas públicas tem sido tema de teses, artigos e revistas jurídicas em quadrinhos, pois poucas vezes se fala do tema seriamente - o mesmo ocorrendo com o tema da "separação" dos Poderes. Continuo a ser um velho "hegeliano", entendendo que o poder é uno e, quando ele se divide, ele deixa de ser poder.



17/03/2010**TRIBUNAL PLENO****AG.REG. NA SUSPENSÃO DE LIMINAR 47 PERNAMBUCO**VOTO

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Presidente, também acho que o voto de Vossa Excelência vai ficar como um divisor de águas nas decisões da Corte sobre a matéria.

Vossa Excelência falou - e muito bem - não apenas da saúde como direito público subjetivo, como direito fundamental, mas também da saúde como política pública, federativamente onipresente, ou onifederativa: uma política pública obrigatória para todos os entes da Federação. Além disso, sugeriu que, no caso concreto, o problema não é do demandante das ações dos serviços de saúde, mas do Poder Público, que, muitas vezes, não entende, não sabe como acudir a essa demanda, dividindo os respectivos custos.

Vossa Excelência passou em revista os dispositivos da Constituição versantes sobre saúde na dupla perspectiva de política pública e de direito fundamental, mas teve o cuidado de deixar assentado em seu voto que a decisão judicial é necessariamente contextual, é empírica - aliás, a Ministra Ellen Gracie já havia dito isso em um voto anterior, magnífico, dizendo que esse é o tipo do caso que exige juízo de ponderação, atento o julgador às peculiaridades do caso. Daí Vossa Excelência trazer à tona a questão da ANVISA - e o fez com muita propriedade.



SL 47-AgR / PE

O juízo de ponderação, na linha de Dworking - que ele chama de "mandado de otimização" -, situa-se não no campo da pura racionalidade, que é uma área filosófica, mas no da razoabilidade; e a razoabilidade é necessariamente contextual ou empírica, não se expressa em juízos ou categorias mentais com pretensão de validade universal e atemporal, e, portanto, aprioristicamente.

Portanto, acho que Vossa Excelência marcou um tento, colocou muito bem a questão sob o ângulo da Constituição e, por último, habilitou devidamente o Poder Judiciário para o controle desse tipo de política pública, sem nenhuma incursão em seara alheia, e resgatou um pouco a tese da constituição dirigente, a constituição que governa quem governa, ou seja, governa permanentemente quem governa quadrienalmente.

Quero louvar o voto de Vossa Excelência e também nego provimento ao agravo e não suspendo a segurança.



17/03/2010

TRIBUNAL PLENO

AG.REG. NA SUSPENSÃO DE LIMINAR 47 PERNAMBUCO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Presidente, já tinha me pronunciado a respeito.

Creio que as decisões impugnadas implicaram avaliação dos valores em jogo, sobressaindo não o aspecto ligado ao Erário fiscalista, mas a necessidade daqueles que estariam a precisar de remédios e não poderiam aguardar o desfecho da ação intentada.

Por isso, acompanho Vossa Excelência, negando provimento. Já adiantei que lerei de forma mais precisa, com mais cuidado, o voto proferido por Vossa Excelência, para preparar o relatório e o voto no Recurso Extraordinário que, estou certo, já admitida a repercussão geral pela Corte, virá a julgamento. Apenas não sei quando, ante a avalanche de processos.

17/03/2010

TRIBUNAL PLENO

AG.REG. NA SUSPENSÃO DE LIMINAR 47 PERNAMBUCO

EXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Vossa Excelência, Senhor Presidente, referiu-se às opções trágicas. Trata-se de uma delicada questão que busquei discutir em meu voto.

Salientei, então, que, entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde - que se qualifica como direito subjetivo inalienável a todos assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, "caput", e art. 196) - ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, impõe-se, ao julgador, uma vez configurado esse dilema, uma só e possível opção: precisamente aquela que privilegia, por razões de natureza ético-jurídica, o respeito indeclinável à vida e à saúde humana.

Na realidade, Senhor Presidente, tal como pude assinalar em meu voto, essa relação dilemática conduz os Juízes desta Corte a proferir decisão que se projeta no contexto das denominadas "escolhas trágicas" (GUIDO CALABRESI e PHILIP BOBBITT, "Tragic Choices", 1978, W. W. Norton & Company), que nada mais



SL 47-AgR / PE

exprimem senão o estado de tensão dialética entre a necessidade estatal de tornar concretas e reais as ações e prestações de saúde em favor das pessoas, de um lado, e as dificuldades governamentais de viabilizar a alocação de recursos financeiros, sempre tão dramaticamente escassos, de outro.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE E RELATOR)

- Eu aproveito para observar que, quanto à observação do Ministro Celso de Mello, nós já tivemos casos, não nos tempos mais recentes, em que juízes decidiam, por exemplo, que alguém deveria ter o direito a uma vaga na UTI.

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE - Os médicos são obrigados a decidir quem vai morrer, porque vão ter que tirar alguém da UTI.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE E RELATOR)

- Esse tipo de decisão acabava por envolver a escolha da definição dos destinos das pessoas, porque estava a decidir se alguma pessoa deveria ser retirada da UTI, ou também a chamada fila do transplante; não é o caso do que se cuida aqui. Mas nós já tivemos casos, por exemplo, em que juízes, acolhendo pedidos do Ministério Público, determinaram que fosse construída uma UTI neonatal num

SL 47-AgR / PE

determinado local. Aí, sim, me parece que isso faz parte da concretização de políticas públicas, porque a própria legislação estabelece os critérios para a construção dessas unidades, tendo em vista elementos objetivos: número da população, número de habitantes. Então, neste caso, não parece uma interferência indevida. Portanto, nós temos que fazer essas distinções.

PLENÁRIO**EXTRATO DE ATA****AG.REG. NA SUSPENSÃO DE LIMINAR 47**

PROCED.: PERNAMBUCO

RELATOR : MINISTRO PRESIDENTE

AGTE.(S): ESTADO DE PERNAMBUCO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO

AGDO.(A/S): UNIÃO

ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AGDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

AGDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO

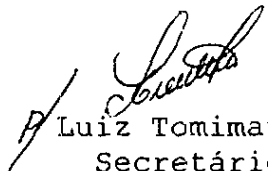
AGDO.(A/S): MUNICÍPIO DE PETROLINA

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE PETROLINA

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, Ministro Gilmar Mendes (Presidente), negou provimento ao recurso de agravo. Plenário, 17.03.2010.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes.
Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Dias Toffoli.

Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.


Luiz Tomimatsu
Secretário