

17/12/2013

SEGUNDA TURMA

AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 759.543 RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO
AGTE.(S) : MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO
ADV.(A/S) : EDUARDO DE OLIVEIRA GOUVÊA
AGDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

E M E N T A: AMPLIAÇÃO E MELHORIA NO ATENDIMENTO À POPULAÇÃO NO HOSPITAL MUNICIPAL SOUZA AGUIAR – DEVER ESTATAL DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL – OBRIGAÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE AOS MUNICÍPIOS (CE, ART. 30, VII) – CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO/RJ – DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819) – COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) – A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCAÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDER COMPROMETER O NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197) – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO – A TEORIA DA “RESTRICÇÃO DAS RESTRICÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) – CARÁTER

AI 759543 AGR / RJ

COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 6º, 196 E 197) – A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” – A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO – CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) – DOCTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) – EXISTÊNCIA, NO CASO EM EXAME, DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA: INSTRUMENTO PROCESSUAL ADEQUADO À PROTEÇÃO JURISDICIONAL DE DIREITOS REVESTIDOS DE METAINDIVIDUALIDADE – LEGITIMAÇÃO ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CF, ART. 129, III) – A FUNÇÃO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO “DEFENSOR DO POVO” (CF, ART. 129, II) – DOCTRINA – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **acordam** os Ministros do Supremo Tribunal Federal, **em Segunda Turma**, sob a Presidência da

AI 759543 AGR / RJ

Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, **por unanimidade** de votos, **em negar provimento** ao agravo regimental, **nos termos** do voto do Relator.

Brasília, 17 de dezembro de 2013.

CELSO DE MELLO – RELATOR

17/12/2013

SEGUNDA TURMA

AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 759.543 RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO
AGTE.(S) : MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO
ADV.(A/S) : EDUARDO DE OLIVEIRA GOUVÊA
AGDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO – (Relator): Trata-se de recurso de agravo, *tempestivamente* interposto, **contra decisão que negou provimento** ao agravo de instrumento deduzido pela parte ora agravante (fls. 2.090/2.118).

Inconformada com esse ato decisório, a parte ora agravante **interpõe** o presente recurso, **postulando o provimento** do agravo de instrumento que deduziu (fls. 2.136/2.148).

Por não me convencer das razões expostas, **submeto**, à apreciação desta colenda Turma, o **presente** recurso de agravo.

É o relatório.

17/12/2013

SEGUNDA TURMA

AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 759.543 RIO DE JANEIRO

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO – (Relator): O recurso extraordinário a que se refere agravo de instrumento em causa **foi interposto** contra acórdão que, **confirmado** pelo E. Superior Tribunal de Justiça, **em sede de embargos de declaração** (fls. 926/930), **está assim ementado** (fls. 896):

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MELHORIA DE ATENDIMENTO NO HOSPITAL MUNICIPAL SOUZA AGUIAR. OBRIGAÇÃO DE FAZER. PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282/STF E 211/STJ. ART 1º DA LEI Nº 7.347/85.

1. A ausência de emissão de juízo de valor na origem, nem mesmo no âmbito dos embargos de declaração, dos dispositivos processuais invocados como contrariados implica ausência de prequestionamento, requisito essencial ao conhecimento do recurso especial. Incidência das Súmulas 282/STF e 211/STJ.

2. A Constituição Federal de 1988 outorgou ao Ministério Público funções da maior relevância, atribuindo-lhe um perfil muito mais dinâmico do que ocorria no antigo ordenamento jurídico, entre elas a competência para a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127), por meio da ação civil pública (art. 129, III).

3. A legislação de regência da ação civil pública garante ao ‘Parquet’ a utilização desse meio processual como forma de defesa do patrimônio público e social, do meio ambiente ou de outros interesses difusos e coletivos e de interesses individuais homogêneos.

4. É cabível o ajuizamento da presente ação civil pública que pugna pela defesa de interesses difusos, considerando-se que a

AI 759543 AGR / RJ

tutela pretendida – direito à saúde (art. 6º da CF) – é indivisível, pois visa atingir a um número indeterminado de pessoas, ou seja, aquelas que são atendidas pelo Hospital Municipal Souza Aguiar.

5. Apoiado na conclusão do inquérito civil, o pedido formulado pelo Ministério Público não se mostra genérico, tampouco está baseado em reparação de danos, porque consistiu na condenação do Município na obrigação de fazer novas contratações, mediante concurso, para compor os quadros do Hospital Souza Aguiar de pessoal da área médica, assim como de renovar os contratos com técnicos de manutenção dos equipamentos existentes e compra de novos, como forma de garantir atendimento adequado e satisfatório, com o que se estará cumprindo o mandamento constitucional de proteção à saúde, obrigação a que o Município vem se omitindo.

6. Recurso especial conhecido em parte e não provido.”

(REsp 947.324/RJ, Rel. Min. CASTRO MEIRA – grifei)

O Município do Rio de Janeiro, parte agravante, sustenta que o acórdão impugnado em sede recursal extraordinária **teria transgredido** diversos preceitos **inscritos** na Constituição da República.

O Ministério Público Federal, **em manifestação** da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. PAULO DA ROCHA CAMPOS, **opinou pelo improvimento** do apelo extremo em questão (fls. 2.084/2.088).

Sendo esse o contexto, passo a apreciar a pretensão recursal deduzida pelo Município do Rio de Janeiro/RJ. E, ao fazê-lo, assinalo, por relevante, que o exame desta causa convence-me da inteira correção dos fundamentos que dão suporte à decisão proferida pelo E. Superior Tribunal de Justiça, objeto do recurso extraordinário em questão e que informam e dão consistência ao seu v. acórdão.

AI 759543 AGR / RJ

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

Isso significa, portanto, que a legitimidade ativa “ad causam” do Ministério Público **para propor** ação civil pública **visando** à defesa do direito à saúde (AI 655.392/RS, Rel. Min. EROS GRAU – AI 662.339/RS, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – RE 462.416/RS, Rel. Min. GILMAR MENDES, *v.g.*) **tem o beneplácito** da jurisprudência constitucional desta Suprema Corte:

“Agravo regimental no agravo de instrumento. Constitucional. Legitimidade do Ministério Público. Ação civil pública. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Reserva do possível. Invocação. Impossibilidade. Precedentes.

1. *Esta Corte já firmou a orientação de que o Ministério Público detém legitimidade para requerer, em Juízo, a implementação de políticas públicas por parte do Poder Executivo de molde a assegurar a concretização de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos garantidos pela Constituição Federal, como é o caso do acesso à saúde.*

2. *O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes.*

3. *A Administração não pode invocar a cláusula da ‘reserva do possível’ a fim de justificar a frustração de direitos*

AI 759543 AGR / RJ

previstos na Constituição da República, voltados à garantia da dignidade da pessoa humana, sob o fundamento de insuficiência orçamentária.

4. Agravo regimental não provido."

(AI 674.764-AgR/PI, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – grifei)

"DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO A SAÚDE. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROSSEGUIMENTO DE JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA NO PODER DISCRICIONÁRIO DO PODER EXECUTIVO. ARTIGOS 2º, 6º E 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. O direito a saúde é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço.

2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. Precedentes.

3. Agravo regimental improvido."

(AI 734.487-AgR/PR, Rel. Min. ELLEN GRACIE – grifei)

A atuação do Ministério Público em defesa de direitos e interesses metaindividuais, viabilizada, instrumentalmente, por meio processual adequado (a ação civil pública, *no caso*), que lhe permite invocar a tutela jurisdicional do Estado com o objetivo de fazer com que os Poderes Públicos respeitem, em favor da coletividade, os serviços de relevância pública (CF, art. 129, II), como se qualificam, constitucionalmente, as ações e serviços de saúde (CF, art. 197), legitima-se, plenamente, em decorrência da condição institucional de verdadeiro

AI 759543 AGR / RJ

“defensor do povo” que é conferida ao “Parquet” pela própria Constituição da República.

Nesse contexto, **põe-se em destaque uma das mais significativas funções institucionais do Ministério Público, consistente** no reconhecimento **de que lhe assiste a posição eminente de verdadeiro “defensor do povo”** (HUGO NIGRO MAZZILLI, “Regime Jurídico do Ministério Público”, p. 224/227, item n. 24, “b”, 3ª ed., 1996, Saraiva, v.g.), **incumbido de impor, aos poderes públicos, o respeito efetivo** aos direitos que a Constituição da República **assegura aos cidadãos em geral** (CF, art. 129, II), **podendo, para tanto, promover** as medidas necessárias **ao adimplemento** de tais garantias, **o que lhe permite** valer-se das ações coletivas, **como as ações civis públicas, que representam** poderoso instrumento processual **concretizador** das prerrogativas fundamentais atribuídas, **a qualquer pessoa**, pela Carta Política.

Tenho para mim, desse modo, que se revela inquestionável a qualidade do Ministério Público **para ajuizar** ação civil pública **objetivando, em sede de processo coletivo** – hipótese em que estará presente “o interesse social, que legitima a intervenção e a ação em juízo do Ministério Público (CF 127 ‘caput’ e CF 129 IX)” (NELSON NERY JUNIOR, “O Ministério Público e as Ações Coletivas”, “in” Ação Civil Pública, p. 366, coord. por Édis Milaré, 1995, RT – grifei) –, **a defesa de direitos impregnados de transindividualidade, porque revestidos de inegável relevância social** (RTJ 178/377-378 – RTJ 185/302, v.g.), **como sucede** com o direito à saúde, **que traduz** prerrogativa jurídica de índole **eminentemente** constitucional.

Reconhecida, assim, a adequação da via processual eleita, **para cuja instauração** o Ministério Público **dispõe** de plena legitimidade ativa (CF art. 129, III), **impõe-se examinar a questão central da presente causa e verificar se se revela possível** ao Judiciário, **sem que incorra** em ofensa ao postulado da separação de poderes, **determinar a adoção, pelo Município,**

AI 759543 AGR / RJ

quando **injustamente** omissos no **adimplemento** de políticas públicas constitucionalmente estabelecidas, de medidas ou providências destinadas a assegurar, concretamente, à coletividade em geral, o **acesso e o gozo** de direitos afetados pela inexecução governamental de deveres jurídico-constitucionais.

Observo, quanto a esse tema, que, **ao julgar a ADPF 45/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **proferi** decisão assim ementada (**Informativo/STF** nº 345/2004):

“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 ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA ‘RESERVA DO POSSÍVEL’. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO ‘MÍNIMO EXISTENCIAL’. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA 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**

AI 759543 AGR / RJ

os direitos econômicos, sociais e culturais **que se identificam** – enquanto direitos **de segunda** geração (ou de segunda dimensão) – **com** as liberdades positivas, reais **ou** concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RTJ 199/1219-1220, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

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

“DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO – MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO.

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

- **Se o Estado deixar de adotar** as medidas necessárias à **realização concreta** dos preceitos da Constituição, **em ordem a torná-los efetivos, operantes e exeqüíveis, 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.

.....

AI 759543 AGR / RJ

- A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.”

(RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Pleno**)

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

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

Corretíssimo, portanto, o v. acórdão emanado do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que bem examinou a controvérsia constitucional, dirimindo-a com apoio em fundamentos que têm o beneplácito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (fls. 773/780).

AI 759543 AGR / RJ

Vale destacar, por oportuno, fragmento dessa unânime decisão proferida pelo E. Tribunal de Justiça local, cujo teor acha-se reproduzido, no ponto que interessa à resolução do presente litígio, **em acórdão assim ementado (fls. 773):**

*“(...) O pedido **não é** inconstitucional, **nem** juridicamente impossível. O art. 6º da CF/88 estabeleceu entre os direitos sociais, fundamentais ao cidadão, o direito à saúde, e o inciso VII do art. 30 fixa a competência do Município para prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, o atendimento à saúde. Se o Município se omite em manter a viabilidade da assistência à saúde, chegando a por em risco a vida dos que se dirigem ao Hospital, pode o Judiciário obrigá-lo a tomar providências, sem que tal signifique intromissão indevida em outro Poder, mas em cumprimento ao que dispõe a Constituição e o SUS. A alocação de novos médicos e a falta de verbas orçamentárias, assim como a Lei de Responsabilidade Fiscal, não afastam a obrigação do Município de manter serviços de saúde satisfatórios. Reforma da sentença, adotando-se os fundamentos do parecer ministerial e de recente decisão do STF na ADPF 45. Fixação do prazo para as providências em um ano a contar da data da aprovação da lei orçamentária anual, que ocorrer imediatamente após o trânsito em julgado da decisão. (...)” (grifei)*

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

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**

AI 759543 AGR / RJ

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 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

AI 759543 AGR / RJ

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”* (LUÍS FERNANDO SGARBOSSA, “Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos”, vol. 1, 2010, Fabris Editor; STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York; ANA PAULA DE BARCELLOS, “A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais”, p. 245/246, 2002, Renovar; FLÁVIO GALDINO, “Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos”, p. 190/198, itens ns. 9.5 e 9.6, e p. 345/347, item n. 15.3, 2005, Lumen Juris), **notadamente em sede de efetivação e implementação** (*usualmente onerosas*) de determinados direitos cujo **adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas** concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

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

AI 759543 AGR / RJ

Cumpr **advertir**, *desse modo*, **que a cláusula** da “*reserva do possível*” – **ressalvada** a ocorrência de **justo** motivo *objetivamente aferível* – **não pode** ser invocada, *pelo Município*, **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.

O caso ora em exame **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)*

AI 759543 AGR / RJ

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 que o Município do Rio de Janeiro **deduziu** em sede recursal extraordinária.

Tal como pode 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.

AI 759543 AGR / RJ

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 CRETELLA JÚNIOR, “Comentários à Constituição de 1988”, vol. VIII/4332-4334, item n. 181, 1993, Forense Universitária) – **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.

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

AI 759543 AGR / RJ

prescreve, **em seu art. 196**, a Constituição da República, **tal** como este Supremo Tribunal tem **reiteradamente** reconhecido:

“O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA.

- O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

- O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

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

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

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

AI 759543 AGR / RJ

O sentido de fundamentalidade do direito à saúde (CF, arts. 6º e 196) – **que representa**, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, **uma das expressões** mais relevantes das liberdades reais ou concretas – **impõe**, ao Poder Público, **um dever de prestação positiva** que **somente** se terá por cumprido, **pelas instâncias governamentais**, **quando estas** adotarem providências destinadas a promover, **em plenitude**, a **satisfação efetiva** da determinação **ordenada** pelo texto constitucional.

Vê-se, desse modo, que, **mais do que a simples posituação** 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 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.

AI 759543 AGR / RJ

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, como já anteriormente assinalado, **que se revela inviável** o recurso extraordinário **deduzido** pelo Município do Rio de Janeiro, **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 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.

AI 759543 AGR / RJ

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 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,**

AI 759543 AGR / RJ

de apenas executá-la **com o propósito subalterno** de torná-la aplicável **somente** nos pontos que se mostrarem **convenientes** aos desígnios dos governantes, **em detrimento** dos interesses maiores dos cidadãos.

A percepção da gravidade e das consequências 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 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 (“Teoria 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**

AI 759543 AGR / RJ

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 **mandatário** – **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 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

AI 759543 AGR / RJ

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

Para além de todas as considerações que venho de fazer, **há, ainda, um outro** parâmetro constitucional **que merece ser invocado** no caso ora em julgamento.

Refiro-me ao princípio da proibição do retrocesso, que, **em tema de direitos fundamentais** de caráter social, **impede que sejam desconstituídas** as conquistas **já alcançadas** pelo cidadão **ou** pela formação social em que ele vive, **consoante adverte** autorizado magistério doutrinário (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, Sergio Antonio Fabris Editor; INGO W. SARLET, “**Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988**”, “*in*” Interesse Público, p. 91/107, n. 12, 2001, Notadez; THAIS MARIA RIEDEL DE RESENDE ZUBA, “**O Direito Previdenciário e o**

AI 759543 AGR / RJ

Princípio da Vedação do Retrocesso", p. 107/139, itens ns. 3.1 a 3.4, 2013, LTr, v.g.).

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** na hipótese – *de todo incorrente 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, **cuja lição**, a propósito do tema, **estimula** as seguintes reflexões ("Direito Constitucional e Teoria da Constituição", p. 320/321, item n. 3, 1998, Almedina):

"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 garantia institucional e um direito subjectivo. **A 'proibição de retrocesso social'** nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (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

AI 759543 AGR / RJ

*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 e simples desse núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado." (grifei)*

Bem por isso, o Tribunal Constitucional português (Acórdão nº 39/84), ao invocar a cláusula da proibição do retrocesso, reconheceu a inconstitucionalidade de ato estatal que revogara garantias já conquistadas em tema de saúde pública, 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

AI 759543 AGR / RJ

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 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)

AI 759543 AGR / RJ

Em suma: as razões ora expostas convencem-me da inviabilidade do recurso extraordinário deduzido pelo Município do Rio de Janeiro, seja em face das considerações expendidas, nesta causa, pelos v. acórdãos proferidos pelo E. Superior Tribunal de Justiça (fls. 877/897) e pelo E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (fls. 773/780), seja, ainda, em virtude dos próprios fundamentos que dão suporte ao parecer do ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. PAULO DA ROCHA CAMPOS, que, no ponto, assim se pronunciou (fls. 2.087):

“12. Neste sentido, o caráter programático das normas constitucionais referentes ao direito universal à saúde não permite que o Estado, em nome de sua discricionariedade na definição das políticas públicas, furte-se a praticar atos assecuratórios de um serviço público de saúde de qualidade, não estando impedido o Poder Judiciário, por certo, de proceder à tutela dos direitos garantidos por tais normas.” (grifei)

Isso significa, portanto, considerada a indiscutível primazia constitucional reconhecida à assistência à saúde, que a ineficiência administrativa, o descaso governamental com direitos básicos do cidadão, a incapacidade de gerir os recursos públicos, a incompetência na adequada implementação da programação orçamentária **em tema de saúde pública, a falta de visão política na justa percepção, **pelo administrador**, do enorme significado social de que se reveste a saúde dos cidadãos, a inoperância funcional dos gestores públicos na concretização das imposições constitucionais estabelecidas em favor das pessoas carentes **não podem nem devem representar obstáculos à execução, pelo Poder Público, notadamente** pelo Município (CF, art. 30, VII), **das normas** inscritas nos arts. 196 e 197 da Constituição da República, **que traduzem e impõem**, ao próprio Município, um inafastável dever de cumprimento obrigacional, sob pena de a ilegitimidade dessa inaceitável omissão governamental importar em grave vulneração a um direito fundamental da cidadania **e que é, no contexto que ora se examina, o direito à saúde.****

AI 759543 AGR / RJ

Desse modo, **entendo assistir razão** aos acórdãos **proferidos** pelo E. Superior Tribunal de Justiça e pelo E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, **que se ajustam** à jurisprudência que o Supremo Tribunal Federal **firmou** na matéria ora em exame.

Sendo assim, e em face das razões expostas, **nego provimento** ao presente recurso de agravo, **mantendo**, por seus próprios fundamentos, a **decisão** ora agravada.

É o meu voto.



SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 759.543

PROCED. : RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO

AGTE.(S) : MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

ADV.(A/S) : EDUARDO DE OLIVEIRA GOUVÊA

AGDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

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

Decisão: A Turma, por votação unânime, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. **2ª Turma**, 17.12.2013.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Teori Zavascki.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Odim Brandão Ferreira.

Ravena Siqueira
Secretária Substituta