

Problemi e prospettive in tema di tutela costituzionale dei diritti sociali

a cura di

FERNANDO FACURY SCAFF - ROBERTO ROMBOLI
MIGUEL REVENCA

QUARTIER LATIN



GIUFFRÈ EDITORE

Problemi e prospettive in tema di tutela costituzionale dei diritti sociali

Prima giornata internazionale di diritto costituzionale
Brasile - Spagna - Italia

a cura di

**FERNANDO FACURY SCAFF - ROBERTO ROMBOLI
MIGUEL REVENGA**

QUARTIER LATIN



GIUFFRÈ EDITORE

ISBN 88-14-15241-1

TUTTE LE COPIE DEVONO RECARE IL CONTRASSEGNO DELLA S.I.A.E.

© Copyright Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano - 2009
VIA BUSTO ARSIZIO, 40 - 20151 MILANO - Sito Internet: www.giuffre.it

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

Tipografia «MORI & C. S.p.A.» - 21100 VARESE - Via F. Guicciardini 66

SUMÁRIO

Autores constantes dessa obra	11
Apresentação	13
Presentación	15
Presentazione	17

INSTRUMENTOS CONSTITUCIONAIS DE GARANTIA DOS DIREITOS SOCIAIS, 19

A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DE FINANCIAMENTO E JUDICIALIZAÇÃO

Fernando Facury Scaff, 21

1. Os Direitos Sociais na Constituição Brasileira	22
2. A <i>garantia financeira</i> para efetivação dos Direitos Sociais	24
3. A Efetivação <i>Judicial</i> dos Direitos Sociais no Brasil	29
4. A disputa por verbas públicas e a captura do orçamento social pela judicialização das demandas individuais	35
5. Um exemplo de Judicialização "Social" e não "Individual"	40
Conclusões	42

LOS DERECHOS SOCIALES (INSTRUMENTOS DE GARANTÍA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA)

Miguel Revenga Sánchez, 43

I DIRITTI SOCIALI NELLA COSTITUZIONE ITALIANA E GLI STRUMENTI DI GARANZIA

Paolo Caretti, 53

1. I diritti sociali nel dibattito in Assembleia costituente	54
2. Il catalogo costituzionale dei diritti sociali	55
3. A chi spetta l'implementazione dei diritti sociali	56
4. La natura dei diritti sociali	56
5. Le garanzie dei diritti sociali	57
Considerazioni conclusive	67

A JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS NO ÂMBITO SUPRANACIONAL, 69

EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LOS *DERECHOS SOCIALES* EN EL MARCO DEL CONSEJO DE EUROPA

Itziar Gómez Fernández, 71

1. La discusión de la premisa: ¿por qué hablar de un sistema de protección de los <i>derechos sociales</i> en el Consejo de Europa?	72
2. El sistema creado para la garantía de los <i>derechos sociales</i> en el COE: la Carta de Turín y el Comité Europeo de <i>derechos sociales</i>	74
3. La prueba de la indivisibilidad de los derechos: la garantía de los <i>derechos sociales</i> por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos	81
4. Un ejercicio de real-utopía	91

IL SISTEMA DI PROTEZIONE DEI DIRITTI SOCIALI NELL'AMBITO DELL'UNIONE EUROPEA

Pasquale Costanzo, 93

1. Premessa	94
2. Estraneità del tema dei diritti sociali ai trattati fondativi	95
3. L'ingresso della coesione economica e sociale nel Trattati e la posizione regressiva dei diritti sociali	97
4. "La faticosa marcia dei diritti sociali" da Maastricht a Colonia	99
5. La protezione dei diritti sociali nella Carta di Nizza (in particolare, i diritti del lavoro)	100
6. <i>Segue</i> : (in particolare, i diritti extralavorativi)	103
7. I diritti sociali nel Trattato costituzionale e nel Trattato di Lisbona	105
Brevi considerazioni conclusive	108
Nota bibliografica	110

A PROTEÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NO SISTEMA AMERICANO

Luiz Alberto David Araujo, 113

"ONU inspecionará reserva em Roraima"	114
Introdução	114
1. O sistema de proteção dos direitos humanos na OEA	115

2. Dos casos julgados pela Comissão em 2007	123
3. Das sentenças da Corte	124
4. Da falta de menção do Protocolo adicional à convenção americana sobre direitos humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais – Protocolo de São Salvador	124
5. Voltando para o texto de abertura	125
Conclusões	125
Referências bibliográficas	126
Sites consultados	126

RECONHECIMENTO E EFICÁCIA DO DIREITO À EDUCAÇÃO, 127

IL DIRITTO ALL'ISTRUZIONE (TEMI E PROBLEMI)

Antonio Ruggeri, 129

1. Il problema definitorio: le due nozioni di "istruzione" e le due prospettive da cui possono essere indagate	130
2. I soggetti titolari del diritto e le implicazioni che si danno tra quest'ultimo ed altri diritti o interessi <i>costituzionalmente</i> protetti	133
3. Il riparto delle competenze in ordine alla disciplina dell'istruzione e le istituzioni preposte a svolgere i relativi servizi	135
4. <i>Pubblico e privato</i> nell'organizzazione dei servizi scolastici	136

EL DERECHO A LA EDUCACIÓN EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

Emilio Pajares Montolío, 139

1. La diversidad de contenidos en el reconocimiento constitucional del derecho a la educación	140
2. Desarrollo legislativo y jurisprudencia constitucional en la configuración de los derechos educativos	142
3. Algunas características generales del derecho a la educación	145
4. La programación de la enseñanza: planificación y derechos	146
5. El régimen de la enseñanza básica	149
6. Los fines de la educación	152
7. El derecho a elegir formación religiosa y moral	153
8. La libertad de enseñanza: características generales	156

9. La libertad de creación de centros docentes	156
10. La autonomía universitaria	163
Orientación bibliográfica	165

EL DERECHO A LA EDUCACIÓN MULTICULTURAL EN EL ESTADO BRASILEÑO

Ana Maria D'Ávila Lopes, 167

Introducción	168
1. El Multiculturalismo y la Diversidad Cultural	168
2. La Protección de la Diversidad Cultural en la Constitución Federal Brasileña de 1988	172
3. El Derecho a la Educación Multicultural en el Estado Brasileño	177
Conclusión	186
Referencias Bibliográficas	186

RICONOSCIMENTO ED EFFICACIA DEL DIRITTO ALLA EDUCAZIONE IN ITÁLIA

Michele Carducci, 189

1. Premessa linguistica e normativa	190
2. Natura delle norme costituzionali sulla educazione	192
3. Rifiuto del "compromesso scolastico"	195
4. Libertà di educazione e libertà della scuola	197
5. L'educazione come "servizio pubblico obbligatorio e gratuito"	199
6. I rapporti tra Stato e Regioni	204
7. Rete scolastica e parità tra scuole	207
8. Parità tra scuole e principio di uguaglianza	208
9. Università e principio di uguaglianza	209

RECONHECIMENTO E EFICÁCIA DO DIREITO À SAÚDE, 211

IL DIRITTO ALLA SALUTE NELL'ORDINAMENTO COSTITUZIONALE ITALIANO

Roberto Romboli

Maria Pia Larnè, 213

Parte I	214
Parte II	231
Bibliografia Essenziale	254

PROBLEMAS DA JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

Antonio Moreira Maués, 257

1. Boas e Más Notícias	258
------------------------------	-----

2. O resgate do indivíduo e o seqüestro da sociedade	262
3. Princípios Constitucionais do Direito Sanitário	266
4. Repensando a judicialização do direito à saúde	270
Referências Bibliográficas	272

COMUNICAÇÕES, 275

ORÇAMENTO PÚBLICO E O IMPLEMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS – DISCUSSÃO ACERCA DA VINCULATIVIDADE E CONTROLE

Francisco Sérgio Silva Rocha, 277

A EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL ENTRE O ORÇAMENTO, O FINANCIAMENTO E AS DECISÕES INDIVIDUAIS

Luma Cavaleiro de Macêdo Scaff, 289

Considerações Iniciais	290
1. O Direito Fundamental à Saúde na Constituição de 1988	291
2. Constituição Federal e o Orçamento	295
3. Direito à Saúde: O Supremo Tribunal Federal	296
4. Direito à Saúde. Orçamento. Verbas Públicas. Decisões Judiciais Individuais	299
Conclusão	301
Referências bibliográficas	302

DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS – UMA QUESTÃO DE SAÚDE PÚBLICA

Rosemary Pereira de Oliveira, 305

Introdução	306
1. Direito Sexual e Direito Reprodutivo – Conceitos	306
2. O Direito Reprodutivo e o Planejamento Familiar no Brasil	309
3. A Constituição Federal Brasileira de 1988 e os Direitos Reprodutivos	311
4. Envelhecimentos x Diminuição da Natalidade – O Contexto Brasileiro Atual	313
5. A Garantia dos Direitos Reprodutivos através do Acesso as Técnicas de Reprodução Medicamente Assistidas, na realidade brasileira	318
Referências bibliográficas	323

**A INCLUSÃO DA DISCIPLINA PATRIMÔNIO CULTURAL NA FORMAÇÃO
DO INDIVÍDUO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO
DIREITO SOCIAL À EDUCAÇÃO**

Francisco Luciano Lima Rodrigues, 325

**O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE E A SUA
RELAÇÃO COM OS DIREITOS SOCIAIS**

Joyceane Bezerra de Menezes, 333

Introdução	334
1. O direito ao desenvolvimento da personalidade – interface do princípio da dignidade da pessoa humana	334
2. A referência necessária aos direitos sociais como instrumentos essenciais ao desenvolvimento da personalidade	340
Conclusão	349
Referências bibliográficas	350

**A ORDEM ECONÔMICA E O ACESSO À EDUCAÇÃO. CONDIÇÃO ESSENCIAL
PARA O EFETIVO EXERCÍCIO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Gina Marcílio Pompeu, 351

Introdução	352
1. Personalidade, Dignidade Humana e Efetivação dos Direitos Sociais	354
2. O Acesso à Educação como Fator Essencial à Formação da Personalidade	357
3. Controle Social para a Efetivação do Direito à Educação	358
4. Democratização Econômica e Dignidade Humana	359
Conclusão	361
Referências bibliográficas	366

AUTORES CONSTANTES DESSA OBRA

(por ordem de apresentação dos trabalhos)

Fernando Facury Scaff

Universidade de São Paulo – Brasil

Universidade Federal do Pará (licenciado) – Brasil

Miguel Revenga Sánchez

Universidad de Cádiz – Espanha

Paolo Caretti

Università di Firenze – Italia

Itziar Gómez Fernández

Universidad Carlos III, de Madrid – Espanha

Pasquale Constanzo

Università di Genova – Italia

Luiz Alberto David Araujo

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – Brasil

Instituição Toledo de Ensino – Bauru, São Paulo – Brasil

Antonio Ruggeri

Università di Messina – Italia

Emilio Pajares Montolío

Universidad Carlos III, de Madrid – Espanha

Ana Maria D'Ávila Lopes

Universidade de Fortaleza (Unifor) – Brasil

Michele Carducci

Università del Salento – Lecce – Italia

Roberto Romboli

Università degli studi di Pisa – Italia

Maria Pia Larnè

Doutora pela Universidade degli studi di Pisa – Italia

Antonio Moreira Maués

Universidade Federal do Pará – Brasil

Francisco Sérgio Silva Rocha

Professor da Faculdade Ideal – Belém, Pará – Brasil

Luma Cavaleiro de Macedo Scaff

Mestranda pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Brasil

Rosemary Pereira de Oliveira

Doutoranda pela Università del Salento – Lecce – Italia

Francisco Luciano Lima Rodrigues

Universidade de Fortaleza (Unifor) – Brasil

Joyceane Bezerra de Menezes

Universidade de Fortaleza (Unifor) – Brasil

Gina Marcílio Pompeu

Universidade de Fortaleza (Unifor) – Brasil

APRESENTAÇÃO

Dentre os aspectos positivos da globalização está a aproximação de diferentes países, culturas, visões de mundo e também o melhor conhecimento sobre seus sistemas jurídicos. Conhecer o Direito não é apenas ler os textos das leis ou dos livros acadêmicos. É também trocar experiências pessoais e idéias dentro de um espírito desarmado de preconceitos e permeável ao diferente e ao debate. Esta é a idéia central de encontros realizados entre professores espanhóis e italianos, para discutir *Justiça Constitucional*, em anos alternados na Espanha e na Itália, com a publicação de suas conclusões. Em 2007, foram convidados professores brasileiros para compor este seletto grupo de trabalho.

O Encontro de 2008, realizado em agosto, no Brasil, em Belém do Pará, fez com que as discussões atravessassem o Oceano Atlântico, tivessem seu foco ampliado para debates sobre *Direito Constitucional* e não apenas sobre *Justiça Constitucional* e passassem a ser denominados de *Jornadas de Direito Constitucional – Brasil/Espanha/Itália*.

A I Jornada versou sobre *A Eficácia dos Direitos Sociais* e foi composta pelos trabalhos e comunicações reunidas neste livro.

O evento, tal como o livro, foi composto por quatro painéis:

- *Instrumentos Constitucionais de Garantia dos Direitos Sociais*
- *A Justiciabilidade dos Direitos Sociais no Âmbito Supranacional*
- *Reconhecimento e Eficácia do Direito à Educação*
- *Reconhecimento e Eficácia do Direito à Saúde*

Havendo pelo menos um docente de cada nacionalidade por painel, este deveria relatar sobre o sistema jurídico adotado em seu país na análise do tema proposto. No que tange ao âmbito *supranacional*, foram apresentados trabalhos sobre o *Conselho da Europa*, a *União Européia* e a *Organização dos Estados Americanos*. As comunicações apresentadas sobre os temas encontram-se aqui também reunidas.

Tratar *A Eficácia dos Direitos Sociais* a partir de visões de distintos países foi uma experiência enriquecedora, como pode ser visto pelos trabalhos ora apresentados ao grande público. É bastante diverso o que se entende por *direitos sociais*, bem como o papel do Poder Judiciário e das Cortes Internacionais em sua proteção e efetivação.

A I Jornada foi um êxito, seguindo o roteiro de sucesso das que lhe antecederam. Os trabalhos aqui reunidos bem demonstram a amplitude dos debates e permitem ao leitor analisar as diferentes percepções do tema em face

do diferente nível de desenvolvimento sócio-econômico dos países de origem dos expositores.

O pluralismo das concepções foi assegurado também pelas diversas Universidades envolvidas nessa I Jornada. Da Itália: *Universidade de Pisa, Universidade de Florença, Universidade de Messina, Universidade de Lecce e Universidade de Gênova*. Da Espanha: *Universidade Carlos III, de Madrid e Universidade de Cádiz*. Do Brasil: *Universidade Federal do Pará, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Instituto Toledo de Ensino e Universidade de Fortaleza*.

Esperamos que este livro, que inaugura uma nova fase nos debates constitucionais entre Brasil, Espanha e Itália, traga aos leitores o mesmo entusiasmo que os participantes tiveram nos dias de sua realização e a possibilidade de compreensão do tema a partir de uma perspectiva internacional e plural.

Os Coordenadores:

Fernando Facury Scaff

Roberto Romboli

Miguel Revenga Sánchez

A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL

GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DE
FINANCIAMENTO E JUDICIALIZAÇÃO

SUMÁRIO: 1. Os Direitos Sociais na Constituição Brasileira. 2. A *garantia financeira* para efetivação dos Direitos Sociais. 3. A Efetivação *Judicial* dos Direitos Sociais no Brasil. 4. A disputa por verbas públicas e a captura do orçamento social pela judicialização das demandas individuais. 5. Um exemplo de Judicialização “Social” e não “Individual”. Conclusões.

Fernando Facury Scaff

Universidade de São Paulo – Brasil

Universidade Federal do Pará (licenciado) – Brasil

1. OS DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

1. A primeira Constituição brasileira – e única do Império – data de 1822. Posteriormente foi promulgada a 1ª Constituição republicana, de 1891, à qual se seguiram as demais, também republicanas, de 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988, que é a Constituição atual¹, surgida no bojo de um processo de redemocratização do país, após cerca de 20 anos de ditadura militar. Para sua elaboração foi eleito um Congresso Constituinte no final do ano de 1986, e o então Presidente da República, José Sarney, havia incumbido a uma Comissão de Notáveis, que ficou conhecida como Comissão “Afonso Arinos”, a redação de um anteprojeto de Constituição. Ocorre que, em face da grande agitação política e econômica da época, este anteprojeto foi absolutamente ignorado pelo Congresso Constituinte, por ser considerado “elitista”.

A inexistência de um projeto que balizasse os debates levou a Constituinte a começar os trabalhos “do zero”, sem qualquer rumo preestabelecido, porém com a finalidade de redemocratizar o país. O Congresso Constituinte se dividiu em subcomissões para tratar de toda uma gama de direitos, construindo a Constituição aos pedaços, de parcelas menores para as maiores, por aglutinação. Tal fato acarretou a superposição de vários institutos e direitos, e a criação de uma Constituição extensa, que descreve as normas em seus mínimos detalhes, como se o Direito pudesse, por si só, resolver todos os problemas apenas pela enunciação de suas soluções.

Este extenso rol de direitos sociais nos leva à constatação de que estes direitos não possuem um núcleo jurídico unitário, mas heterogêneo, sendo muito mais caracterizados pelo seu “objetivo” ou seu “alcance” do que por seu “núcleo”. O Direito à Saúde, por exemplo, pode ter no caso concreto um alcance individual – e aí não ser propriamente um “direito social”; mas pode ter um alcance social, quando implementador de uma política pública. Ou seja, a caracterização de um direito como “direito social”, além de não ter um núcleo jurídico unitário, depende de seu objetivo e alcance para ser caracterizado como “social”. E o rol desses “direitos sociais” igualmente carece de homogeneidade, pois pode alcançar verdadeiros interesses difusos.

1 A despeito desses conceitos possuírem elevado grau de imprecisão, pode-se classificar estes períodos, ao longo da história republicana do país, da seguinte forma: períodos autoritários ou com “democracias de fachada” por falta de eleições livres: 1891-1934; 1937-1946 e 1964-1985. Por conseguinte, a democracia, também em variados graus, foi vivenciada pela sociedade brasileira nos seguintes períodos: 1934-1937; 1946-1964 e de 1985 até os dias atuais.

2. Em razão dessa organização fracionada dos trabalhos constituintes é que os direitos sociais foram inscritos na Constituição de 1988 em diversas partes do texto.

O Título II da Constituição contempla os *Direitos e Garantias Fundamentais* (arts. 5º a 17), onde consta o Capítulo dos *Direitos Sociais*. O art. 6º prevê como direitos sociais: “a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados”. Os *Direitos dos Trabalhadores* são assegurados dentro deste Capítulo dos *Direitos Sociais* (artigos 7º a 11).

O último Título da Constituição é o VIII, que contempla a *Ordem Social*, e possui 08 Capítulos, dentre os quais:

- 1) O II, que trata da *Seguridade Social* (inscrita nos arts. 194 a 204), englobando normas referentes à *Saúde* (arts. 196 a 200), à *Previdência Social* (arts. 201 a 202), e à *Seguridade Social* (art. 203 a 204);
- 2) O III, sobre *Educação, Cultura e Desporto* (arts. 205 a 217);
- 3) O VI, referente ao *Meio Ambiente* (art. 225); e
- 4) O VII, que trata da *Família, da Criança, do Adolescente e do Idoso* (arts. 226 a 230)

Vários preceitos referentes aos direitos sociais são encontrados espalhados pela Constituição – e não apenas nesses artigos, como, por exemplo, o art. 170, VIII, o qual proclama a “busca do pleno emprego” como fundamento da ordem econômica.

3. Esse numeroso rol de direitos sociais inscritos na Constituição, muitos dos quais minuciosamente detalhados², bem como todo o ambiente político da época, gerou na sociedade uma ânsia pelo reconhecimento de seus direitos, mesmo quando as normas infralegais ainda não haviam sido formuladas³. Houve uma busca incessante e legítima pela afirmação de todas as normas constitucionais, independente da edição de normas legais ou regulamentares – e, muitas

2 Um bom exemplo de norma desfocada de seu *status* constitucional é o direito à “remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal” (art. 7º, XVI). Outro é o que estabelece que as férias anuais serão remuneradas com, pelo menos, 50% a mais do que o salário normal (art. 7º, XVII).

3 Exemplo disso é a norma constitucional que estabelece o direito dos trabalhadores à participação nos lucros ou resultados (art. 7º, XI), que só foi regulamentada muito após a promulgação da Constituição. Ou ainda a questão do direito de greve dos servidores públicos, que foi regulamentada de forma provisória através de decisão do Supremo Tribunal Federal, quando mais de 19 anos haviam se passado desde a promulgação da Constituição, sem que o Poder Legislativo legislasse a respeito.

vezes, contra as que já existiam⁴, na tentativa de ampliar seu alcance. Isto ocorreu também porque a legislação existente era em grande parte oriunda do que se convencionou chamar de “entulho autoritário”, isto é, normas editadas com base na Constituição do período da ditadura militar. Logo, uma Constituição que se afirmava contra o regime autoritário, e que tinha em seu bojo uma enorme gama de direitos fundamentais e sociais que prenunciavam uma nova fase de liberdades, não poderia ficar refém de normas cujo fundamento de validade encontrava-se em um regime político fechado.

Assim, vivemos no Brasil, nos últimos 20 anos, uma época de afirmação dos direitos constitucionais, seja através do exercício quotidiano da cidadania, seja através do controle jurisdicional. Esta discussão não se cingiu apenas às decisões no Supremo Tribunal Federal, mas também a toda e qualquer instância do Poder Judiciário. A conflituosidade imperou e a ânsia pela concretização da Constituição era, e é, a tônica no Poder Judiciário.

Ocorre que muitas vezes operacionaliza-se esta concretização através da *aplicação direta* das normas constitucionais, sem nenhuma intermediação legislativa ou regulamentar – existam ou não estas normas, mesmo após 20 anos de normalidade democrática, com intensa produção legislativa.

Assim, é usual o Poder Judiciário, através de decisões liminares de 1ª instância, *aplicar diretamente* a Constituição, usando a norma que proclama o *direito à Saúde*⁵ para reconhecer direito a tratamento médico, ou a medicamento, não contemplado como de custeio público pelas leis e regulamentos brasileiros. Aliás, em muitos casos, tais tratamentos são considerados “experimentais”, mas são implementados por força de decisão judicial e custeados pelos cofres públicos, como adiante será melhor demonstrado. E isto vale tanto para a Saúde como para os demais direitos sociais.

2. A GARANTIA FINANCEIRA PARA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

4. Não existem direitos sem custos para sua efetivação. Stephen Holmes e Cass Sustein, em oportuna obra⁶, demonstram que mesmo os direitos básicos,

4 A rigor técnico, estas normas anteriores à vigência da nova Constituição não seriam inconstitucionais, mas inválidas, pois não teriam sido recepcionadas.

5 CF/88: “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.”

6 The Cost of Rights – Why Liberty Depends on Taxes. New York, Norton, 2000.

de 1ª dimensão, possuem altos custos que devem ser sustentados por toda a sociedade. A manutenção do aparelho judiciário e do sistema de segurança pública, dentre outros necessários para a implementação dos *civil rights*, possuem um alto preço e precisam ser financiados através de um sistema tributário forte e ágil. Logo, não são apenas os direitos de 2ª e 3ª dimensão que necessitam de verbas públicas para sua implementação, mas também os de 1ª dimensão.

Existe quem pense que tais custos deveriam ser arcados por quem efetivamente utilize os serviços públicos disponibilizados, o que afastaria seu custeio dos ombros de toda a sociedade. Assim, os hospitais públicos e todo o sistema de saúde seriam custeados apenas por quem efetivamente usasse tais serviços, o que reduziria sobremaneira o peso tributário sobre toda a sociedade, colocando-o apenas sobre aquelas pessoas que usassem os serviços. A resposta indignada de Barqueiro Estevan⁷ a este tipo de argumento afasta qualquer tentativa de manter esta linha de pensamento, que deve ser rejeitada por várias razões, mas que, sinteticamente podem ser reunidas sob a égide do Princípio da Solidariedade⁸. Logo, o custo dos direitos – dentre eles, os direitos sociais – deve ser financiado por toda a sociedade, através de um sistema tributário que suporte estas despesas.

5. Os economistas possuem uma expressão bastante interessante, denominada “*Limite do Orçamento*”, que foi trasladada para o Direito a partir de uma decisão do Tribunal Constitucional alemão⁹, com o nome de “*Reserva do*

7 Juan Manuel Barquero Estevan. *La Función del tributo en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Madrid. CEPC, 2002.

8 Sobre esta – com sua eficácia suspensa em face da ADI – e este tema, ler: *Solidariedade Social e Tributação*, de Marco Aurélio Greco e Marciano Seabra de Godói (org.), SP, Dialética, 2005.

9 BVERFGE 33, 303, de 18/07/1972, extraído da obra “Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão”. Montevideu: Fundação Konrad Adenauer, 2005, pp. 656/667. No caso relatado pelo Tribunal Constitucional Alemão, duas Universidades daquele país estabeleceram restrições ao acesso direto de alunos ao curso de “medicina humana” (medicina e odontologia), nos anos de 1969 e 1970. A Universidade de Hamburgo determinou que as vagas disponíveis para os candidatos alemães deveriam ser distribuídas na proporção de 60% segundo o curriculum do candidato, e 40% segundo o ano de nascimento, sendo possível haver a reserva de vagas para situações excepcionais, porém não limitou o número de vagas total. Já a Universidade da Bavária – ponto central do tema – estabeleceu limitação de vagas para algumas áreas do conhecimento, se isso fosse estritamente necessário à manutenção do funcionamento regular de um curso, tendo em vista a capacidade das instalações dos “campi” daquela Universidade. Foi contra estas normas que se pronunciou o Tribunal Constitucional Alemão, em controle concentrado, apresentado pelos Tribunais Administrativos daqueles dois Estados-membros da Alemanha. O Tribunal entendeu que a limitação de vagas estabelecida pela Universidade da Bavária não era adequada em face de: “seu efeito extremamente incisivo, pois ele faz com que um número maior ou menor dos candidatos tenha que adiar o início do curso desejado por um tempo mais ou menos longo. (...) Candidatos socialmente mais carentes não têm as mesmas possibilidades, como os mais abastados, de passar por períodos mais longos de espera ou de tentar a realização de um curso

Possível". O significado é o mesmo: *tudo orçamento possui um limite que deve ser utilizado de acordo com exigências de harmonização econômica geral*. Desta forma, ao decidir pela inconstitucionalidade da limitação de vagas imposta pela Universidade da Baviera, o Tribunal Constitucional Alemão entendeu que existe uma limitação fática, condicionada pela

"reserva do possível, no sentido do que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade. Isso deve ser avaliado em primeira linha, pelo legislador, em sua própria responsabilidade. Ele deve atender, na administração de seu orçamento, também a outros interesses da coletividade, considerando as exigências da harmonização econômica geral".

Ou seja, é através do Orçamento que serão estabelecidas as prioridades nos gastos públicos e que será possível determinar o quanto de recursos será alocado para a implementação dos direitos sociais. A partir da quantificação dos recursos financeiros para a implementação dos direitos é que se poderá constatar o nível de prioridade que a efetivação daquele direito possui em uma dada sociedade, em certo período¹⁰. De nada adianta falarmos de direitos se não olharmos quanto de recursos financeiros o Estado estabeleceu para a realização daqueles direitos. A singela proclamação de direitos *custosos* serve de muito pouco, caso não sejam atribuídos os recursos necessários para sua implementação.

A partir dessas considerações surgem dois aspectos fundamentais para o debate dos direitos sociais. Saber: (1) quem paga a conta dos gastos realizados e (2) quem estabelece as prioridades para a realização desses gastos.

6. Quem paga a conta dos gastos realizados é a própria sociedade, seja diretamente, através dos tributos pagos na condição de contribuinte, seja indiretamente, na aquisição de bens ou serviços, nos quais estes se encontram. O Estado é financiado por tributos, pagos de forma desigual entre as pessoas – e aqui se encontra uma primeira possibilidade de implementação de Justiça, pois se deve cobrar mais de quem pode pagar mais, o que nem sempre ocorre.

Se a sociedade demanda a presença maior do Estado, deve arcar com maior cobrança de tributos – e se esta cobrança for efetuada de modo mais equânime, muito melhor. Quem ganha mais deve pagar progressivamente mais tributo.

7. E quem determina as prioridades para a realização desses gastos públicos?

no exterior." Tal limitação, contudo, "passa pelo fato de que a capacidade disponível não é suficiente para alocar todos devidamente qualificados ao ensino superior."

10 Por certo, para análise dessa afirmativa dever-se-á aplicar a regra da proporcionalidade, pois alguns direitos custam mais do que outros.

No Brasil, como visto acima, deve ser o Poder Legislativo – como aliás, em todos os países “ocidentais” –, através do sistema orçamentário, pois é nele que serão designadas as prioridades a serem implementadas em *curto e médio* prazo – os objetivos de *longo* prazo estão previstos na Constituição. A isto se chama “*discrecionariade do legislador*” – a possibilidade de escolha pelo legislador dos objetivos de curto e médio prazo que devam ser implementados visando alcançar as metas estabelecidas na Constituição.

A função do Poder Executivo é a de realizar estes gastos e implementar os objetivos de curto e médio prazos, da forma e no limite estabelecido pela lei. Claro que existe uma margem de “*discrecionariade administrativa*”, mas esta é circunscrita pelas normas constitucionais e legais que regem as situações concretas sob responsabilidade da Administração.

8. Ocorre que, no Brasil, o *constituente* não concedeu ao *legislador* tão ampla *discrecionariade* sobre *quanto* deve destinar do montante arrecadado para os gastos sociais. Isto porque a própria Constituição traz uma série de obrigatórias vinculações da receita às despesas sociais. Trata-se de um “*orçamento mínimo social*” – ou ainda, “*garantias constitucionais de financiamento dos direitos sociais*” – a ser utilizado para a implementação desses direitos.

Nesse sentido, existem receitas destinadas pela Constituição para serem gastas com a área de:

a) Saúde (Art. 198, § 2º e 3º c/c ADCT Art. 77)

- 15% da receita de todos os impostos arrecadados pelos Municípios
- 12% da receita de todos os impostos arrecadados pelos Estados
- Percentual a ser estabelecido por Lei Complementar (ainda em discussão) para a União

b) Educação (Art. 212)

- 25% da receita de todos os impostos arrecadados por cada Estado, Distrito Federal e Município brasileiro
- 18% da receita de todos os impostos da União
- 100% da Contribuição para o Salário Educação

c) Erradicação da Pobreza (ADCT arts. 80 e 82)

- Municípios → 0,5% do ISS¹¹ sobre serviços supérfluos

- Estados e DF → 2% do ICMS¹² sobre produtos e serviços supérfluos
- União → 5% do IPI¹³ sobre produtos supérfluos + Imposto sobre Grandes Fortunas

d) *Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT* (art. 239, § 1º e 3º)

- 60% da arrecadação das contribuições para o PIS¹⁴/PASEP¹⁵

e) *Seguridade Social* (art. 195)

- 100% da Cofins¹⁶
- 100% da CSLL¹⁷
- 100% das Contribuições Previdenciárias

f) *Meio Ambiente* (art. 177, § 4º)

- 100% da CIDE¹⁸

9. Outro aspecto desse custeio diz respeito aos valores que deixam de ingressar nos cofres públicos por força de mandamento constitucional, em razão de atividades vinculadas aos Direitos Sociais. Tratam-se das “*desonerações*” *constitucionais*, ou seja, os valores que o Estado deixa de arrecadar em função de *renúncia fiscal*, através do sistema de imunidades (art. 150, VI, CF).

Estas imunidades não permitem a cobrança de impostos sobre as instituições de educação e de assistência social sem fins lucrativos e das entidades sindicais dos trabalhadores, atendidos os requisitos da lei. O foco dessas desonerações explicitadas é eminentemente social.

10. Aqui se encontra, portanto, o “*orçamento mínimo social*” determinado pela Constituição para que o Legislador atribua de recursos para o financiamento dos direitos sociais. É claro que remanesce larga margem de *discrecionabilidade do Legislador* para decidir em que aplicar estes recursos dentro de cada área social acima determinada. Porém, os recursos já se encontram discriminados a partir de fontes constitucionalmente estabelecidas.

12 Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e Comunicações.

13 Imposto sobre Produtos Industrializados.

14 Programa de Integração Social.

15 Programa de Integração do Servidor Público.

16 Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social.

17 Contribuição Social sobre o Lucro Líquido.

18 Contribuição de Intervenção sobre o Domínio Econômico.

Ocorre que os recursos são escassos e as necessidades infinitas. Como o sistema financeiro é um sistema de vasos comunicantes, para se gastar de um lado precisa-se retirar dinheiro de outro. Assim, seguramente, mais verbas para o ensino fundamental pode implicar em menos verbas para o ensino superior; e a mesma disputa financeira pode ocorrer no custeio da saúde pública. Nestes casos a *discrecionariiedade do legislador* está presente.

11. Estas normas constitucionais, que estabelecem fontes de financiamento para os direitos sociais, constituem uma peculiaridade do constitucionalismo brasileiro – em especial na Constituição de 1988 –, que permite sua efetivação independente de qualquer intervenção judicial, e concede a qualquer Governo a garantia de *recursos orçamentários mínimos* para a implementação de seu plano de ação social.

É esta *garantia financeira constitucional* que permite ao Brasil a adoção de um *Sistema Único de Saúde (SUS)*, “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”¹⁹, que é financiado “com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes”²⁰.

As fontes de financiamento dos gastos sociais estabelecidos na Constituição garantem a execução das políticas públicas necessárias para a efetivação dos direitos sociais no Brasil.

3. A EFETIVAÇÃO JUDICIAL DOS DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL

12. Por certo o papel do *Poder Judiciário não é o de substituir o Poder Legislativo*, transformando o que é “*discrecionariiedade legislativa*” em “*discrecionariiedade judicial*”, mas o de dirimir conflitos *nos termos da lei*.

O Poder Judiciário não cria dinheiro, ele redistribui o dinheiro que possuía outras destinações estabelecidas pelo Legislativo e cumpridas pelo Executivo. É certo que muitas medidas de caráter urgente devem ser proferidas visando salvar vidas ou resolver situações emergenciais. Contudo, nem sempre esta é a tônica das decisões judiciais no Brasil que, argumentando com a implementa-

19 Caput do art. 196 da CF

20 Art. 198, parágrafo 1º, CF

ção dos *direitos sociais*, concedem verdadeiros *direitos individuais*, fazendo com que verbas públicas sejam aplicadas como verdadeiros planos de saúde privados.

13. A Constituição brasileira estabelece em seu art. 196 que “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.”

É nítido que este preceito determina um direito à saúde através de “*políticas sociais e econômicas*”, porém a interpretação que vem sendo dada a este preceito é a de que este é um direito individual, que pode ser gozado diretamente por cada indivíduo, e não através da implementação de uma *política pública*. *Aprisiona-se o interesse social e concede-se realce ao direito individual.*

Existe toda uma série de decisões nesse sentido. Uma das mais citadas é a Petição 1.246-1, proveniente do Estado de Santa Catarina, na qual foi relator o Ministro Celso de Mello. Esta decisão vem sendo reiteradamente mencionada pelo STF como paradigmática do seu reconhecimento do direito à saúde (art. 196, CF).

O caso começou com a propositura de uma Ação Cautelar por João Batista Gonçalves Cordeiro contra o Estado de Santa Catarina²¹. O autor era menor de idade e portador de uma doença rara denominada *Distrofia Muscular de Duchene*, moléstia degenerativa de células musculares, que leva à morte prematura de suas vítimas. Alegava o autor da lição existir um tratamento em uma clínica norte-americana a partir de células de doadores sadios, o que curaria a sua doença, e que a Constituição brasileira, com base no art. 196 (acima transcrito), dentre outros, lhe assegurava o direito à saúde. Para tanto, pedia que lhe fosse concedido diretamente por aquele Estado-membro o valor equivalente a US\$ 63 mil para custeio do tratamento.

A Juíza de Direito da 2ª Vara da Comarca de Araranguá (Município do interior do Estado de Santa Catarina) concedeu a liminar e determinou ao Estado que disponibilizasse o valor requerido em 48 horas, ou formalmente se responsabilizasse pelo custeio.

O Estado recorreu ao Tribunal de Justiça para obter a suspensão daquela liminar, o que foi concedido após alguma discussão processual²². Nesse

21 Todos os detalhes processuais estão disponíveis no AgRegPet 1246-1-SC. Disponível em: <www.stf.gov.br>.

22 Na verdade, foi indeferido o pedido de “suspensão de segurança”, mas deferido o pedido posterior de “efeito suspensivo” ao agravo de instrumento interposto.

interregno, contudo, a Juíza de Direito ordenou o bloqueio do dinheiro junto ao Banco do Estado de Santa Catarina, que administrava a receita do Estado, e a imediata transferência dos valores à mãe do menor. Após algumas outras batalhas processuais, o Tribunal de Justiça determinou que o dinheiro fosse imediatamente liberado pelo Estado. O gerente do Banco se negou a cumprir a ordem judicial, com o que foi ameaçado de prisão pelo crime de desobediência.

O Estado decidiu então pedir diretamente ao STF a suspensão daquela liminar, alegando a violação dos artigos 37, 100 e 167 da Constituição, por ter havido ordem de pagamento (a) sem amparo orçamentário, e (b) sem lei que o determinasse. Argumentou também com a violação do Princípio da Separação de Poderes.

O Ministro Celso de Mello, então no exercício da Presidência da Corte, em despacho monocrático, não concedeu a suspensão com base nos seguintes argumentos:

“Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, *caput*) ou fazer prevalecer, contra esta prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado este dilema – que as razões de índole ético-jurídicas impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida.”

O Estado de Santa Catarina recorreu ao Plenário do STF para tentar reverter o bloqueio e a iminente liberação dos recursos, usando os mesmos argumentos jurídicos referentes às normas constitucionais acima mencionadas, e mais que:

- a) Normas programáticas “não obrigam o Estado a custear tratamento médico-hospitalar não abrangido pelas ações e serviços públicos de saúde”;
- b) Alega ainda que não teve a oportunidade de discutir os valores envolvidos e a legitimidade dos documentos apresentados, e que a soma envolvida seria muito ampliada, em face do precedente criado, e que isto “ameaça arruinar a política e os programas de acesso igualitário às ações e aos serviços de saúde regulamentados por lei, prejudicando milhões em proveito de poucos em Santa Catarina”;
- c) O tratamento requerido é experimental, não reconhecido como válido pelo Sistema Único de Saúde do Brasil – SUS, “não havendo nem um único caso em que” esse tratamento tenha curado pa-

cientes com a doença do Autor; d) Segue dizendo que “se o fato de *ser a saúde dever do Estado* importa o direito a prestações pecuniárias do Poder Público necessárias à realização de tratamento (experimental ou não) não abrangido pelas ações e serviços públicos, nos termos da lei, então haver-se-á de reconhecer um direito irrestrito de todas as pessoas ao que de melhor, mais caro e mais avançado existir no mundo todo em termos de assistência médico hospitalar para os mais variados males, muitos deles tratados com mais eficácia fora do país, o que seria uma dádiva, mas não realizável”;

- e) Por fim, demonstra os riscos que a decisão liminar acarreta à saúde e à vida de milhares de doentes pobres e que dependem de tratamento inadiável em razão dos limitados recursos estabelecidos pela lei para os programas e políticas públicas de atendimento à população universalmente considerada, pois estes ficarão restringidos em face da transferência de recursos ordenada pela decisão judicial para outras finalidades que não as previstas em lei.

O Plenário do STF, em 10-04-1997, à vista desses argumentos, decidiu não enfrentar o caso, preferindo se utilizar de um argumento processual para não decidir. Por unanimidade deliberaram não ser processualmente cabível a utilização de “Suspensão de Segurança” entre um Tribunal de Justiça de um Estado e o STF, mas apenas entre os Tribunais Federais e Superiores e o STF.

Com isso, foi prejudicado o debate, mas as razões expostas na decisão singular do Ministro Celso de Mello permanecem até hoje como fundamento das demais decisões da Corte, como se ele tivesse tido um julgamento que apreciasse o mérito do pedido – e não uma decisão processual sem análise de mérito²³.

23 RE 393.175-AgR / RS, de 12 de dezembro de 2006. EMENTA: PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO – PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES – DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, “CAPUT”, E 196) – PRECEDENTES (STF). 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-

14. O caso paradigmático sobre *direito à educação* também teve como relator o Ministro Celso de Mello.

O Ministério Público do Estado de São Paulo ingressou com uma Ação Civil Pública contra o Município de Santo André, obrigando-o a providenciar vaga a crianças em creches e pré-escolas próximas de sua residência, decorrente do que estabelece o art. 208, IV, da CF/88, assim grafado: "Art. 208 – O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: IV – atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade"²⁴. O juiz de primeira instância proferiu sentença aditiva, obrigando o Município a fazê-lo de imediato.

O Município recorreu ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que alterou a decisão por maioria de votos²⁵, sob o fundamento de que "ainda que a responsabilidade municipal quanto à prioridade do atendimento a ser propiciado a crianças em creche e pré-escola seja indiscutível, o Poder Judiciário não pode compelir o Município de Santo André a assegurar tal serviço sem a análise mais aprofundada das providências já ordenadas para atender a procura de vagas na região, sob pena de, eventualmente, e, por igual, estar-se ferindo o direito daquelas crianças que passarão a dividir espaço com outras em provável detrimento da qualidade dos serviços a serem propiciados a todas. Nesse sentido, a tese da discricionariedade administrativa é de ser aceita, pois ao Município cabe, a vista do planejamento de seus atos, diante de ampla política de atendimento à criança e ao adolescente preconizada pela Lei Maior, providenciar o atendimento às regiões

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 TRANSFORMAR-SE EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR. O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, "caput", e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.

24 Este inciso está de acordo com a redação da época do processo.

25 Embargos Infringentes 99.259.0/2-01, da Câmara Especial, de 14/07/2003, tendo sido Relator o Desembargador Roberto Vallim Bellocchi. Voto 16.937.

carentes e a colocação das crianças em creches e pré-escolas a partir de ações articuladas com outras áreas de sua ação, verificando a adequação de cada estabelecimento já disponibilizado para receber novas crianças segundo o número de vagas a serem implementadas, considerando a infra estrutura própria de cada local, para garantir a efetividade de estar sendo atingida a finalidade educativa.”

Irresignado, o Ministério Público do Estado de São Paulo interpôs um Recurso Extraordinário para o STF, alegando infringência direta da Constituição. O recurso foi admitido (2ª Turma, unânime)²⁶.

O Município recorreu contra a admissão do RE argumentando que:

- a) O art. 208, IV, da CF obriga a todos os entes federados, e não apenas aos Municípios. Logo, o efeito financeiro deve ser distribuído entre todos os entes subnacionais, e não apenas no âmbito municipal;
- b) Isto obriga a dar atendimento organizado a centenas de crianças, com qualidade, segurança e proteção, dentro dos recursos que o orçamento público permite;
- c) A carência de novos recursos orçamentários impediu a expansão do ensino infantil;
- d) Os deferimentos das ordens judiciais obrigando as matrículas de crianças em creches se configura um indevida ingerência do Judiciário na área de atuação do Executivo, que viola o Princípio da Separação de Poderes.

O STF manteve sua decisão, obrigando o Município a abrir todas as vagas exigidas pela ordem judicial de primeira instância. Em seu despacho monocrático, o Ministro relator Celso de Mello destaca a fundamentalidade do direito à educação²⁷.

Verifica-se, portanto, que também no *direito à educação* a aplicabilidade direta da Constituição vem ocorrendo usualmente, no âmbito do STF, gerando sentenças amplamente aditivas e com efeitos imediatos.

26 Trata-se do RE 410.715-5-SP. Ementa: “Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à “reserva do possível”. Doutrina.”

27 Decisão monocrática proferida no agravo regimental interposto pelo Município de Santo André. AgRegRE 410.715-SP, Relator: Celso de Mello, com uma ementa extensa e detalhada.

4. A DISPUTA POR VERBAS PÚBLICAS E A CAPTURA DO ORÇAMENTO SOCIAL PELA JUDICIALIZAÇÃO DAS DEMANDAS INDIVIDUAIS

15. Na ânsia de implementar integralmente as normas constitucionais, vem ocorrendo no Brasil uma avalanche de decisões de todas as instâncias implementando *diretamente* o *direito à saúde* previsto no art. 196 da Constituição. Fazem de forma individual o que deveria ser implementado através de políticas públicas – o que pressupõe o alcance de uma coletividade de indivíduos através de um conjunto de normas emitidas pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo.

Com estas decisões, os programas e as políticas públicas de saúde têm sido bastante abalados financeiramente, e comprometida fica sua capacidade de implementação. Confundem-se *direitos individuais* com *direitos sociais*. Em alguns Estados, como o do Rio Grande do Sul, notícias da imprensa dão conta que já existem mais de 20 mil ações envolvendo medicamentos e ordens judiciais, e o valor passou de US\$ 5 milhões em 2005 para US\$ 13 milhões em 2006 (o que já corresponde a 25% do orçamento total da Secretaria de Saúde daquele Estado), sendo que desse total cerca de US\$ 10 milhões já tramitam através de bloqueio direto de dinheiro na conta corrente do Estado²⁸. A notícia informa também alguns tipos de fraudes que vem ocorrendo neste processo, tal como a obtenção do dinheiro para compra de automóveis ao invés dos alegados medicamentos.

Existem casos em que a Justiça obriga a devolução do dinheiro gasto²⁹, porém não é esta a regra geral. E, muitas, vezes o STF revoga decisões que

28 Jornal Valor Econômico, 12-02-2007, na reportagem de Fernando Teixeira intitulada “Governo do Rio Grande do Sul sofre bloqueios de conta para custear medicamentos”. Nova notícia sobre este tema foi publicada pelo mesmo jornal em 16 de agosto de 2007, em reportagem de Luiza de Carvalho intitulada “PGE tenta combater bloqueio de contas do governo gaúcho”.

29 O STJ, em 02-10-2007, divulgou notícia com o seguinte título: “Paciente que se tratou no exterior por meio do SUS terá que devolver à União o valor gasto”. O inteiro teor da reportagem é o seguinte: “R.B.S. terá que devolver à União o valor liberado pelo Sistema Único de Saúde (SUS) para seu tratamento médico no exterior. A Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) não conheceu do recurso interposto por ele contra a União e manteve a decisão de segunda instância que o condenou ao pagamento da dívida. Portador de retinose pigmentária, enfermidade conhecida como cegueira noturna, R.B.S. pediu que o SUS custeasse seu tratamento em Cuba. Como seu pedido foi negado administrativamente, impetrou um mandado de segurança e obteve liminar em seu favor. Ele alegou judicialmente que não havia, no Brasil, tratamento adequado para a doença. Ao julgar o mérito da ação, o Tribunal Regional da 4ª Região (TRF 4) cassou a liminar, decidindo contrariamente à pretensão do paciente sob o fundamento de que não existiam no processo provas de que não houvesse no Brasil tratamento tão eficaz quanto o de Cuba. Além disso, ressaltou que, mesmo que o paciente esteja em

obrigam os Estados-membros a fornecer medicamento aos pacientes, que não são aprovados pelas normas brasileiras como de fornecimento obrigatório e gratuito³⁰, o que já ensejou até mesmo reuniões de membros do Poder Legislativo, Executivo e do Ministério Público com o STF para tratar dessa situação³¹.

situação de dificuldade econômica, tal fato, por si só, não exclui a obrigação de devolver a importância liberada pela União para seu tratamento no exterior. Inconformado com a decisão, ele recorreu ao STJ alegando ofensa aos artigos 194, 195 e 196 da Constituição da República ao argumento de que a própria norma constitucional estabelece que a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade destinadas a assegurar os direitos à saúde e à assistência social. Além disso, alegou que a Lei n. 8.212/91, em seu artigo 2º, estabelece que as atividades de saúde serão norteadas pelo princípio de atendimento integral, com prioridade para as ações preventivas. Argumentou, ainda, que o valor liberado pagou o tratamento no exterior, já tendo sido integralmente usado para tal fim. Ao analisar a questão, o ministro Castro Meira, relator do caso, destacou que o STJ, nos estritos limites do recurso especial, não se encontra apto a examinar a assertiva de ofensa a dispositivos constitucionais. O ministro ressaltou, ainda, que não foram cumpridas as formalidades previstas no Código de Processo Civil e no Regimento Interno desta Corte. Segundo o ministro, R.B.S. não indicou quais seriam os precedentes paradigmáticos, limitando-se a afirmar que “a jurisprudência é pacífica no sentido de que valores de natureza alimentar recebidos de boa-fé, por erro da administração, são irrepetíveis em razão de sua utilização para o fim naturalmente consumível”.

30 Notícia divulgada pelo STF: “Ministra Ellen Gracie desobriga Goiás de fornecer gratuitamente medicamento para infertilidade. A ministra Ellen Gracie, presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), deferiu a Suspensão de Segurança (SS) 3263, desobrigando o estado de Goiás a fornecer os medicamentos Synarel, Gonol e Ovidrel para uma paciente portadora de infertilidade feminina. A ação foi impetrada no STF contra liminar concedida pelo Tribunal de Justiça do estado (TJ-GO), que determinou o fornecimento gratuito dos medicamentos. Para o Procurador geral goiano esses medicamentos não constam da portaria 2577/2006 do Ministério da Saúde – que lista os remédios de alto custo financeiro que devem ser fornecidos de graça. Ele afirma, ainda, que a enfermidade a que se destinam os medicamentos – infertilidade feminina associada à anovulação – não é capaz de causar risco à vida.” Ao deferir o pedido do estado de Goiás, a ministra disse entender que estão configuradas as lesões à ordem, à saúde e à economia públicas. Para a presidente do STF, a execução da decisão do TJ-GO afeta “o já abalado sistema público de saúde”. A ministra prosseguiu salientando que “a ausência do tratamento em questão, até o trânsito em julgado do MS, não traz riscos à saúde e à vida da paciente”.

31 Excertos da notícia divulgada pelo STF em 28-05-2007: “Ellen Gracie recebe representantes da sociedade para tratar de questão relativa a medicamentos excepcionais. A presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), ministra Ellen Gracie, recebeu em audiência, na tarde desta segunda-feira (28), o senador Flávio Arns (PT/PR), o procurador da República no Distrito Federal, Carlos Henrique Martins Lima, o diretor de Assistência Farmacêutica do Ministério da Saúde, Dirceu Barbano, além do coordenador da ONG Movimento pela Vida Brasil Mostra tua Cara, Sérgio Sampaio. O motivo do encontro foi a situação de diversos cidadãos, portadores de doenças crônicas, que não têm tido acesso a medicamentos excepcionais, devido a uma interpretação indevidamente ampliada de uma decisão do Supremo. Em março deste ano, ao julgar a Suspensão de Tutela Antecipada (STA) 91, o STF suspendeu uma decisão que determinou ao estado de Alagoas o fornecimento de medicamentos necessários para o tratamento de pacientes renais crônicos em hemodiálise e pacientes transplantados. Segundo o senador, que faz parte da Comissão de Direitos Humanos do Senado Federal, os gestores estaduais, municipais – e mesmo o gestor federal – passaram a tomar por base esta decisão da ministra Ellen Gracie, “que se referiu a uma situação específica do estado de Alagoas, em relação a uma determinada contingência daquele estado”, ampliando a sua interpretação para justificar o não fornecimento de medicamentos excepcionais. Além de trazer para a presidente do STF a preocupação da sociedade com esta questão, o senador disse que veio afirmar o interesse do Congresso Nacional em fazer esse debate com as presenças das organizações que representam as doenças

O próprio Ministro da Saúde chegou a afirmar que “na verdade, agora o Judiciário está prescrevendo, tirando o lugar do médico, e isso está criando um peso enorme de financiamento do sistema [público de saúde]”. O ministro Temporão criticou a chamada “judicialização” do SUS (Sistema Único de Saúde) durante reunião dos governadores do Sul do país e do Mato Grosso do Sul, realizada em Curitiba³². Segundo o Ministro, os Estados-membros desembolsam cerca de US\$ 250 milhões por ano com decisões judiciais ordenando gastos com medicamentos e tratamentos de saúde não previstos nas normas jurídicas brasileiras. A União, por sua vez, só nos primeiros 09 meses de 2007 desembolsou cerca de US\$ 13 milhões no que ele chamou de “judicialização da saúde”.

16. Em instigante artigo publicado na imprensa, Octávio Luiz Motta Ferraz³³ faz um paralelo entre o igualitário direito de acesso à Justiça e a universalidade do SUS.

Menciona que, a despeito de todos terem o direito de acesso à Justiça, na prática, ele não é igualitário, pois pessoas de maior renda e educação o acessam com maior facilidade. Sendo o SUS um sistema universal de acesso à Saúde, conforme prescrito na Constituição, “é preciso agora fazer valer essa opção, incentivando (e não o contrário) os mais ricos a utilizar o SUS pela porta da frente, e não pela via judicial. Esse é o caminho mais curto para um serviço público de saúde de qualidade”.

Constata, então, que “há uma inevitável transferência de recursos de serviços que deveriam atender a todos em condições de igualdade para garantir ‘integralidade’ a apenas alguns. Parafraseando Orwell: todos têm igual direito a tratamento integral, mas alguns (os que têm acesso à Justiça) são mais iguais que outros”.

crônicas, o Ministério Público, o Ministério da Saúde e a sociedade civil organizada. “Por isso que viemos trazer esta preocupação para a presidente, que é uma pessoa extremamente sensível, competente, capaz, e que terá toda a condição de fazer um juízo adequado diante do caso concreto também”, disse Flávio Arns. Ele confirmou que o Congresso Nacional pretende discutir o tema em audiências públicas, para se chegar ao processo de elaboração de uma lei que atenda as necessidades do cidadão, para que este não precise buscar na justiça o seu direito à saúde. Ao final do encontro, o senador confirmou que a ministra Ellen Gracie reconheceu estar realmente havendo uma ampliação da decisão da STA 91, e que isso a preocupa. A ministra havia externado essa preocupação horas antes, ao analisar um pedido de Suspensão de Segurança (SS 3231) que tratava também de fornecimentos de medicamentos excepcionais. Ellen Gracie ressaltou, em sua decisão na SS, estar preocupada com a “interpretação ampliada que vem sendo dada às decisões desta Presidência em relação à questão da obrigação de fornecimento de medicamentos pelo Estado”. Ela lembrou que os pedidos de suspensão são examinados caso a caso, e que as decisões proferidas se restringem ao caso específico analisado, “não se estendendo os seus efeitos e as suas razões a outros casos, por se tratar de medida tópica, pontual”.

32 Folha de São Paulo, 19 de outubro de 2007.

33 Folha de São Paulo, 20-12-2007, intitulado “De quem é o SUS?”.

Torna-se imprescindível, portanto, fazer cessar esta verdadeira “captura” de recursos públicos, destinados à implementação de políticas públicas, por aqueles que, utilizando-se do Poder Judiciário, tomam para si nacos do orçamento público social em proveito próprio, e não da sociedade. É como se, ao invés de haver um *financiamento público dos direitos sociais* passasse a haver um *financiamento público da saúde do indivíduo “X”*. *Verbas públicas são utilizadas para custeio de planos de saúde individuais*. Por certo, não é esse o entendimento que deve prevalecer na interpretação das normas constitucionais sobre o financiamento dos direitos sociais.

Além disso, não se deve perder de vista a hipótese de atuação judicial de ONG's em prol do interesse de indústrias farmacêuticas, como bem demonstrado pela reportagem do jornal “A Folha de São Paulo” na data de 18 de maio de 2008, intitulada “Indústria farmacêutica financia ONG's”³⁴.

Deve-se distinguir algumas situações fáticas bastante relevantes para a análise do tema pelo Poder Judiciário, sob pena de servir de instrumento para a “*captura orçamentária*” individual.

Uma situação é a de faltar medicamento ou tratamento médico previsto nas normas em vigor. Neste caso, é fundamental que a ação judicial seja imediata, urgente e ágil, a fim de salvaguardar a vida humana. Outra situação é aquela em que o Autor da ação pleiteia o fornecimento de medicamento ou tratamento que não conste das normas vigentes. Aqui, a cautela deve ser redobrada para conceder a apropriação individual de verbas públicas. Não que esta providência judicial não deva ser concedida, mas ela deve receber triplicada atenção para que não haja a concessão de verbas a quem possui recursos próprios para satisfazer a necessidade, ou ainda, para quem queira experimentar

34 “Pelo menos nove entidades brasileiras de defesa de doentes são financiadas por fabricantes de remédios, revela um estudo recém-concluído da ONG (organização não-governamental) americana Essential Action. Uma entidade que representa pacientes com linfoma e leucemia (tipos de câncer) com sede em São Paulo, por exemplo, recebeu R\$ 1,5 milhão de oito multinacionais no ano passado – 60% do orçamento total. O documento afirma que a relação financeira pode fazer com que “entidades aparentemente independentes” deixem de lado os interesses dos pacientes e adotem uma agenda “consoante com as prioridades da indústria”. No Brasil, os dois lados admitem a transferência de dinheiro, mas negam que isso interfira na independência das entidades de pacientes. (...) “É natural que se forme um lobby. O problema é que a indústria usa algumas associações de doentes para pressionar [o governo a comprar remédios]. Não há ninguém melhor que o doente para ser a vítima”, afirma Osmar Terra, que também é secretário de Saúde do Rio Grande do Sul. (...) Para o pesquisador Mario Scheffer, as ONGs têm autonomia para fazer as parcerias que desejarem, mas devem permanecer isentas. “É muito complicado que uma ONG que orienta os pacientes a ingressar com ação judicial para reivindicar um medicamento novo ou que atua junto ao governo para a introdução do remédio no SUS seja financiada pela indústria que fabrica esse remédio.”

tratamentos ou medicamentos não reconhecidos pela legislação brasileira. Ou, pior ainda, para quem não quer se submeter às regras e aos procedimentos próprios do Sistema Único de Saúde.

É igualmente necessário que as autoridades médicas, do setor público e privado, estejam atentas para a atualização das listas de medicamentos e de procedimentos médicos, a fim de que haja o fornecimento do que for sanitariamente mais adequado à sociedade e no limite do que ela possa custear com os escassos recursos disponíveis para atender às prioridades estabelecidas pelos canais normativos legitimados pela Constituição. O tesouro público não é um poço sem fundo, de onde jorram recursos à mancha.

17. O mais recente capítulo desse embate foi escrito pelo STF no início do mês de agosto deste ano, quando decidiu aplicar o instituto da “Repercussão Geral” a esses processos³⁵. Uma vez que nestas decisões é sempre invocado

35 Reportagem do jornal Valor Econômico, de 01-08-08, por Luiza de Carvalho, intitulada “STF definirá destino da avalanche de liminares contra SUS na Justiça”: O Supremo Tribunal Federal (STF) decidirá o rumo das milhares de ações propostas por pacientes contra Estados e municípios pelas quais pedem o fornecimento de medicamentos de alto custo, conhecidos como excepcionais. A corte reconheceu a repercussão geral do tema – condição para o julgamento do processo em razão do seu impacto econômico e jurídico, por exemplo – em um recurso do Estado do Rio Grande do Norte. No processo, o Estado contesta uma decisão do Tribunal de Justiça da região para o fornecimento de medicamentos de alto custo a uma paciente. Nesse caso, o ministro Marco Aurélio de Mello, relator do recurso, considerou que está em jogo – ante limites orçamentários e a necessidade de muitos por medicamentos – a própria eficácia da atuação estatal. De fato, as inúmeras ações que tramitam no Judiciário influenciam o sistema financeiro dos Estados e municípios, a partir dos bloqueios judiciais realizados no orçamento das secretarias de saúde. Em Minas Gerais, por exemplo, foram 390 ações do tipo em 2004, e 1.744 no ano passado. A estimativa do Estado é ter um gasto de R\$ 40 milhões neste ano com o pagamento de medicamentos reivindicados por meio das ações judiciais. Os pedidos realizados na Justiça se baseiam no artigo 196 da Constituição Federal, que prevê ser o direito à saúde um dever do Estado. De acordo com o procurador do Estado do Rio Grande do Norte, Cristiano Feitosa Mendes, que atua no caso a ser julgado pelo Supremo, a Justiça tem acatado de forma maciça esse argumento. Em grande parte do país, as secretarias da saúde têm lutado contra essa realidade. Desde março, a Secretaria Estadual de Saúde do Rio de Janeiro tem fechado acordos com a Defensoria Pública – que são parte em cerca de 90% dessas ações judiciais –, para que, em casos que pleiteiam medicamentos que estão na lista do Sistema Único de Saúde (SUS), o órgão oficie a secretaria antes de tentar a via judicial. Além disso, o Estado conseguiu regularizar vários estoques de medicamentos. O programa de fornecimento de medicamentos de alto custo do Estado tem hoje 20 mil pacientes cadastrados, e atendeu, em 2008, 30% a mais do que no ano anterior. Ainda assim, os gastos com ações judiciais continuam a aumentar – em 2005, o órgão usou R\$ 5 milhões para esse fim, enquanto que em 2008 a previsão é de R\$ 30 milhões. “O problema é o grande número de ações represadas”, diz Pedro Henrique Di Masi Palheiro, subsecretário jurídico da secretaria. Segundo ele, com esses R\$ 30 milhões poderiam ser abertas 25 unidades de pronto-atendimento 24 horas, destinadas a casos menos graves – atualmente, o Estado conta com nove unidades. A Secretaria de Saúde do Rio Grande do Sul adota uma estratégia similar a do Rio para reduzir a “judicialização” na saúde. Segundo Bruno Naldorf, coordenador da assessoria jurídica da secretaria, desde o ano passado os estoques de medicamentos estão regulares e o órgão tem conseguido mais recursos na área, por meio de melhores oportunidades de compras. Após um trabalho com o Judiciário, diz Naldorf, o Estado começou a obter decisões favoráveis, principalmente nos casos oncológicos que,

o art. 196 da Constituição, o STF, ao atribuir “repercussão geral” à sua decisão, dará a esta efeito vinculante, obrigando as instâncias ordinárias a seguir a decisão que vier a ser proferida. O relator do caso é o Ministro Marco Aurélio e não há data para o julgamento.

5. UM EXEMPLO DE JUDICIALIZAÇÃO “SOCIAL” E NÃO “INDIVIDUAL”

18. Em 15 de outubro de 2008, o Ministro Gilmar Mendes, na qualidade de Presidente do STF, manteve decisão liminar exarada pelo juiz da 18ª Vara Federal de Sobral, no Estado do Ceará, que determinou à União e àquele Estado a transferência de todos os pacientes necessitados de tratamento em UTI (Unidades de Tratamento Intensivo), nos 61 municípios daquela macrorregião administrada pelo SUS (Sistema Único de Saúde), para hospitais públicos ou privados, mas que tivessem condições de atendimento. E ainda determinou o início de procedimentos tendentes à instalação e ao funcionamento de 10 leitos de UTI's adultas, 10 leitos de UTI's neonatais e 10 leitos de UTI's pediátricas, no prazo máximo de 90 dias.

segundo ele, têm sido a maior demanda. O Rio Grande do Sul é um dos campeões do país em bloqueios orçamentários – o Estado gasta uma média de R\$ 6,5 milhões por mês com o cumprimento de decisões judiciais. Em 2007, o Estado enfrentou 7,9 mil ações judiciais e, neste ano, já são 4,5 mil. Ao que se sabe São Paulo é o Estado que mais gasta com o fornecimento de remédios via judicial. Desde 2002 foram ajuizadas 25 mil ações. Para Luiz Duarte de Oliveira, procurador do Estado responsável pela área, a maioria das ações não tem razão de existir. Segundo ele, há centenas de processos pedindo o fornecimento de fraldas. O procurador afirma que o gasto per capita de pacientes atendidos judicialmente é muito mais alto do que aqueles que buscam o SUS – em 2006, por exemplo, foram gastos R\$ 300 milhões com ações judiciais, ao passo que o programa de dispensação de medicamentos excepcionais do Estado atendeu a 300 mil pessoas, com um custo de R\$ 838 milhões. “O Poder Judiciário tem privilegiado quem primeiro aporta na Justiça, e não no sistema de saúde”, diz. Nos últimos anos, a preocupação se estendeu a alguns Estados que não possuíam quase nenhuma demanda na área. Em 2004, havia 390 ações do tipo em Minas Gerais e, em 2007, o número saltou para 1.744 – R\$ 164 mil foram gastos pela Secretaria em 2002, e para 2008 a estimativa é de R\$ 40 milhões. De acordo com Jomara Alves, subsecretária de inovação e logística da secretaria do Estado, está sob investigação no Ministério Público um possível conluio de médicos, laboratórios e advogados para forçar ações do tipo – investigações similares estão em curso em diversos Estados. “Por que conceder a última novidade do mercado quando há outras alternativas mais baratas?”, questiona Jomara. A Bahia é outro Estado que tem tido grande crescimento das ações: em 2003 foram apenas seis processos do tipo no Estado e no ano passado foram 112. No entanto, enquanto os Estados alegam que há uma “judicialização” excessiva, algumas associações de pacientes reclamam que não há medicamentos disponíveis. “A maioria dos medicamentos para câncer não consta na lista do SUS”, afirma Maria do Rosário Costa Mauger, da Associação Brasileira de Pacientes com Esclerose Sistêmica. Já para Sérgio Sampaio, presidente da Associação Brasileira de Assistência a Mucoviscidose, que auxilia pacientes com fibrose cística, é possível evitar os processos. Segundo ele, por meio de ações junto às secretarias estaduais foi possível regularizar o fornecimento de medicamentos e forçar a criação de leis estaduais com essa finalidade.

A ação civil pública foi proposta conjuntamente pelo Ministério Público Federal e pelo Ministério Público do Estado do Ceará, após o trâmite de um inquérito civil público que constatou a existência de apenas 09 (nove) leitos para atendimento aos pacientes do SUS em toda a macrorregião. A liminar concedida pelo juiz foi confirmada pelo TRF (Tribunal Regional Federal) da 5ª Região, o que ensejou o pedido de Suspensão de Liminar (SL 228) promovido pela União, parcialmente negado, pois foi afastada apenas a imposição de multa pelo descumprimento da obrigação.

A alegação da União para o pedido de Suspensão da Liminar se baseava nos argumentos de grave lesão à ordem público-administrativa, à saúde pública e à economia pública; violação do Princípio da Separação dos Poderes; desrespeito ao Princípio da Legalidade Orçamentária e inobservância da cláusula da reserva do financeiramente possível.

O Ministro Gilmar Mendes, em sua decisão monocrática, afirmou verificar “*que a decisão objeto do pedido de suspensão, especialmente na parte em que determinou a instalação de UTI's neonatais e pediátricas, apenas determinou o cumprimento de política pública constitucionalmente definida como prioritária (art. 196 c/c 227, caput e parágrafo 1º, I) e especificada, de maneira clara e concreta, por atos normativos do próprio Ministério da Saúde*”, dentre elas a Portaria MS/GM 1.101, de 13 de junho de 2002, que estabelece os parâmetros de cobertura assistencial no âmbito do SUS e especifica a quantidade mínima de leitos de UTI's, de acordo com o número de habitantes de cada região – e esses parâmetros não estavam sendo cumpridos no caso em foco³⁶.

19. Constata-se aqui uma situação bastante diferente das anteriormente expostas. No caso em apreço foi privilegiada uma política socioeconômica estabelecida em normas pelo órgão público competente, que estava sendo descumprida pelos órgãos incumbidos de aplicá-la. O número de leitos deferido não surgiu da “aplicação livre do Direito” pelo Judiciário, ou mesmo de sua aplicação diretamente da Constituição. É claro que a Constituição foi aplicada – mas de acordo com parâmetros normativos claros, que davam concreção às normas estabelecidas.

Além disso, a decisão de 1ª instância concedeu prazo para que fossem iniciados os procedimentos tendentes à instalação das UTI's, decidindo quanto aos casos urgentes que estavam sem condições de atendimento pelo sistema hospitalar da região, sem discriminar entre leitos de hospitais públicos e privados.

Observa-se ainda mais que, a despeito de terem sido alcançadas pela decisão pessoas em situação de fragilidade, o objeto do pedido não foram apenas elas, mas a implementação de uma política pública estabelecida globalmente, e que estava sendo descumprida. Não houve a usual transformação dos cofres públicos em plano de saúde privado.

Com essas considerações, constata-se que *existe espaço para a* atuação do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas, sem que seja capturado e transformado em um instrumento de grupos em prol *de interesses individuais*. O caso relatado bem demonstra esta possibilidade.

CONCLUSÕES

20. A Constituição de 1988 consagrou direitos sociais tais como educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança e previdência social, e concedeu a vários deles fontes específicas de financiamento público, o que garante efetividade às políticas públicas que vierem a ser propostas, restringindo a margem de discricionariedade do legislador na alocação de recursos para estas finalidades.

Vários desses direitos possuem fonte de financiamento estabelecido pela Constituição para sua implementação, o que se constitui em uma verdadeira “garantia constitucional de financiamento dos direitos sociais”, caracterizando-se desta forma como um “mínimo existencial” socialmente considerado, que não pode ser reduzido pelos poderes públicos na aplicação dos recursos.

21. O Poder Judiciário reconhece a existência dos direitos sociais e os implementa, só que, no mais das vezes, de forma individual e não social.

É necessário distinguir as situações fáticas colocadas em disputa judicial, para evitar que o Poder Judiciário aja como instrumento de captura das verbas públicas para uso individual, sob a veste de aplicador dos direitos sociais. O Poder Judiciário, ao assim proceder, estará transformando o financiamento público dos direitos sociais em fonte de custeio de planos de saúde individuais – o que, seguramente, não faz parte dos objetivos da Constituição brasileira. Isto não afasta a importante e necessária atuação do Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais, em especial daqueles que desde logo possuem fonte de custeio próprio assegurado pela Constituição, e que não vem sendo implementados.