



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO**

MARIA CLARA BARROS NOLETO

O CONTROLE JUDICIAL DO ORÇAMENTO DA SAÚDE NO BRASIL

Belém

2009

MARIA CLARA BARROS NOLETO

O CONTROLE JUDICIAL DO ORÇAMENTO DA SAÚDE NO BRASIL

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará, como requisito parcial para a obtenção de grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Antônio Gomes
Moreira Maués

Belém

2009

MARIA CLARA BARROS NOLETO

O CONTROLE JUDICIAL DO ORÇAMENTO DA SAÚDE NO BRASIL

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará, como requisito parcial para a obtenção de grau de Mestre em Direito.

Aprovada em: 28.08.2009

BANCA EXAMINADORA:

Dr. Antonio Gomes Moreira Maués

Dra. Luiza Cristina Fonseca Frischeisen

Dr. Fernando Facury Scaff

RESUMO

Direito à Saúde. Poder Judiciário. Orçamento. Controle Orçamentário

O direito à saúde é direito fundamental para a ordem constitucional brasileira. Por conta disto há atribuição de sua realização pelo Poder Público. Ocorre que a implementação de políticas de saúde acontece de maneira precária, deixando muitos brasileiros sem acesso a tratamentos de saúde. Com isto cresceu a procura pelo Poder Judiciário com vistas a que este solucione os conflitos postos. Tais decisões judiciais acarretam um significativo impacto orçamentário em razão dos sequestros de verbas empreendidos. Ante a este cenário, este trabalho propõe-se a analisar as razões para o impasse a respeito do problema. Descreve-se então os motivos invocados pelos juízes para fundamentar suas decisões e verifica-se que a perspectiva utilizada é a da justiça retributiva, acarretando assim um descompasso entre a natureza do conflito e a da solução dada. Avança-se na investigação e surge o orçamento como ponto fundamental para a compreensão e resolução do problema, discutindo-se, então, a finalidade do instituto, os princípios constitucionais a ele relacionados e o controle que deve ser sob ele exercido. Na discussão de tais temas percebe-se a importância do gasto público e do respeito ao que foi estabelecido na lei orçamentária, trazendo à lume a discussão da natureza do orçamento brasileiro. Empreende-se, ainda, a análise das formas de controle sob o gasto público, bem como os mecanismos à disposição do Poder Judiciário para interferir no orçamento sempre que restar demonstrado a inobservância de suas disposições por parte do administrador. Aduz-se, por fim, a possibilidade de responsabilizar o chefe do Poder Executivo pelas medidas adotadas em desrespeito ao estabelecido na lei orçamentária.

ABSTRACT

The right to health is a basic right established in the Brazilian Constitution and responsibility of the Public Authorities. However, the implementation of the health policies is often precarious leaving many Brazilians without access to health care. Because of this there is a growing search for the judiciary to solve eventual conflicts. The legal decisions often bring monetary impacts because of the arrest of resources implemented. This dissertation will analyze the reasons associated with this problem. The fundamentals of the judges' decisions are evaluated and it is found that they use a retributive justice perspective which brings a mismatch between the nature of the conflict and the solution given. Further investigation shows the budget as a fundamental point to the comprehension and solution of the problem, and I discuss the finality, the control and the constitutional principles related to this. In the discussion it becomes clear the importance of public expenditure and the respect to what is established in the budgetary law, reinforcing the discussion of the nature of the Brazilian Budget. I analyze the public expenditure control as well as the mechanisms available to the justice to intervene when the public administrator does not follow the law. Finally it is shown that it is possible to implicate even the head of the Executive for the measures adopted by the State which are not in agreement with the Public Budget.

LISTA DE ABREVIATURAS

ACP – Ação Civil Pública
ADI-MC – Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade
AgRgREsp – Agravo Regimental em Recurso Especial
art. – artigo
CC – Conflito de Competência
CF – Constituição Federal
Coord. – Coordenadores
CP – Código Penal
CPC – Código de Processo Civil
CPP – Código de Processo Penal
Des. - Desembargador
DF – Distrito Federal
DJ – Diário da Justiça
EC – emenda constitucional
ed. – edição
EREsp – Embargos em Recurso Especial
IF – Intervenção Federal
inc. - inciso
j. – julgado em
LC – lei complementar
LIA – Lei de Improbidade Administrativa
LRF – Lei de Responsabilidade Fiscal
Min. – Ministro
MPF – Ministério Público Federal
MS – Mandado de Segurança
Org. – organizador
p. – página
RDA – Revista de Direito Administrativo

RE – Recurso Extraordinário

Rel. – Relator

Resp (REsp) – Recurso Especial

RMS – Recurso Ordinário em Mandado de Segurança

RSTJ – Revista do Superior Tribunal de Justiça

RT – Revista dos Tribunais

RTJ – Revista Trimestral de Jurisprudência

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUS – Sistema Único de Saúde

TRF – Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	09
1 – DIREITOS SOCIAIS.....	19
1.1 – DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	19
1.2 – DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.....	29
2 – TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À SAÚDE.....	36
3 – O PODER DOS JUÍZES.....	50
3.1 – AS ALTERAÇÕES NO MODELO DE ESTADO E O REFLEXO NAS RELAÇÕES ENTRE OS PODERES.....	50
3.2 – ACESSO À JUSTIÇA.....	53
3.3 – A FORMA DE ATUAÇÃO JUDICIAL ANTE OS DIREITOS SOCIAIS.....	65
3.4 – AS FORMAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS.....	73
4 – CONTROLE JUDICIAL DO ORÇAMENTO DA SAÚDE.....	80
4.1 – ORÇAMENTO: CONCEITOS BÁSICOS.....	80
4.2 – UM NOVO OLHAR SOBRE O ORÇAMENTO.....	88
4.3 – CONSIDERAÇÕES SOBRE O ORÇAMENTO AUTORIZATIVO.....	91
4.4 – O CONTROLE SOBRE O ORÇAMENTO.....	107
4.4.1 – CONTROLE DIRETO DE CONSTITUCIONALIDADE.....	109
4.4.2 – CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE E CONTROLE DE LEGALIDADE.....	114
4.5 – AS CONSEQÜÊNCIA DE UM CONTROLE INEFICIENTE.....	123
4.6 – A REALIZAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO À SAÚDE ATRAVÉS DO ORÇAMENTO.....	126
5 – SOLUÇÃO DE CONFLITOS PLURILATERAIS E RESPONSABILIDADE DOS AGENTES PÚBLICOS.....	140
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	153
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	160

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Da análise da sociedade brasileira atual pode-se vislumbrar uma série de deficiências na área social¹. A grande maioria de nossa população vive marginalizada² e não tem acesso aos direitos considerados fundamentais para o desenvolvimento de uma vida digna.

Apesar desta realidade, no âmbito normativo temos significativos avanços. A Constituição de 1988 trouxe uma perspectiva diferenciada para a ordem jurídica, inaugurando uma nova fase não apenas do ponto de vista formal, mas essencialmente no aspecto principiológico. O Estado Democrático de Direito foi o modelo adotado e com isto elevaram-se os direitos fundamentais ao topo na hierarquia normativa.

A democracia permite que aqueles que vivem em dada sociedade sejam considerados iguais em importância, devendo ser assim tratados por parte do Poder Público. Em razão disto há princípios que ocupam um lugar de destaque justamente em face da função de regentes do Estado brasileiro, quais sejam, o princípio da dignidade da pessoa humana e o da isonomia.

A alteração do eixo principiológico da Constituição ocorreu com a adoção da dignidade da pessoa humana como um dos seus princípios basilares, podendo ser visto como chave mestra de todo o sistema político e jurídico vigente no Brasil. Tudo que a Constituição prevê após o seu artigo primeiro deve ser interpretado de modo a realizar a dignidade do ser humano e o desenvolvimento da sua personalidade.

Por isto, este é tido como um supra princípio constitucional, uma vez que serve se orientação geral não só das normas (tal como os demais princípios), mas

¹ Basta acompanhar as pesquisas sobre desenvolvimento humano e social, bem como olhar mais atentamente para as cidades brasileiras, principalmente os grandes centro, nos quais a esmagadora maioria da população vive em favelas sem condições de saneamento, muitas vezes sem água encanada, sem escolas e postos de saúde. Acompanhando de perto esse segmento social percebe-se também que a única face do Estado que se conhece é a do aparelho repressivo-policia.

² O IPEA aponta que em 2007 no Brasil 0,08% da população vivia abaixo da linha da indigência, 0,23% vivia abaixo da linha da pobreza, em 0,06% dos lares brasileiros vivia com renda per capita inferior a linha de extrema pobreza, 14,7% da renda entre os mais pobre era proveniente das transferências governamentais decorrentes de programas assistenciais e a razão entre a renda dos 20% mais ricos e dos 20% mais pobres chega ao valor absoluto de 20,67. Dados extraído do sitio eletrônico www.ipea.gov.br.

norteia também a interpretação dos outros princípios constitucionais, inclusive o princípio da igualdade.

Por esta razão e pelo fato de o Estado ter por objetivo a construção de uma sociedade justa já se pode visualizar a relevância das políticas públicas como forma de inclusão social daqueles que não têm acesso aos direitos constitucionalmente garantidos. Diante deste contexto, controvérsias envolvendo a efetivação dos direitos fundamentais tornaram-se mais frequentes.

O presente trabalho visa analisar alguns dos problemas enfrentados pela sociedade brasileira no que tange à realização do direito à saúde e as saídas atualmente encontradas pelo Estado para solucionar tais questões. Por uma gama de fatores que serão apresentados em capítulo posterior, as políticas públicas de saúde não vem sendo implementadas de maneira satisfatória, seja pela ausência total de prestações estatais, seja pela ineficiência das ações empregadas. As conseqüências do problema são extremas haja vista a intrínseca relação da saúde com o bem maior do ser humano: a vida.

Em face desta realidade gerou-se uma grande comoção social a respeito do tema. Ocorre que Executivo e Legislativo permanecem inertes ou com atuação ineficiente na realização de suas funções institucionais nesta seara. Com a lacuna tais conflitos acabam por culminar no Poder Judiciário que se tornou o último recurso daqueles que necessitam de uma resposta do Poder Público sobre as questões mencionadas e a quem os cidadãos insatisfeitos passaram a acionar para solucionar suas demandas envolvendo a realização do direito social em retina.

Tal fenômeno ficou conhecido como judicialização³ de políticas públicas na qual o Poder Judiciário analisa matérias tradicionalmente reservadas à apreciação

³ “A expressão passou a compor o repertório da ciência social e do direito a partir do projeto de C. N. Tate e Vallinder (1996), em que foram formuladas de linhas de análise comuns para a pesquisa empírica comparada do Poder Judiciário em diferentes países. ‘Judicialização da política’ e ‘politização da justiça’ seriam expressões correlatas, que indicariam os efeitos da expansão do Poder Judiciário no processo decisório das democracias contemporâneas. Judicializar a política, segundo esses autores é valer-se dos modelos típicos da decisão judicial na resolução de disputas e demandas nas arenas políticas em dois contextos. O primeiro resultaria da ampliação das áreas de atuação dos tribunais pela via do poder de revisão judicial de ações legislativas e executivas, baseada na constitucionalização de direitos e mecanismos de *checks and balances*. O segundo contexto, mais difuso, seria constituído pela introdução ou expansão do *staff* judicial ou de procedimentos judiciais no Executivo (como nos casos de tribunais e/ ou juízes administrativos) e no Legislativo (como nas Comissões Parlamentares de Inquérito)”. MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. **Sentidos da judicialização da política: duas análises**. In: Revista de Cultura e Política. nº 57. São Paulo: Editora Lua Nova. Neste trabalho a abordagem que interessa diz respeito ao primeiro aspecto.

dos Poderes Políticos como é o caso da implementação do direito à saúde. Os defensores da utilização deste mecanismo no campo dos direitos sociais invocam a defesa do princípio da igualdade material. Assim, não basta que a Constituição assegure o gozo dos direitos sociais de maneira igualitária para todos se isto não passa de mera garantia formal, sem qualquer repercussão prática.

Com efeito, o Judiciário parece ter tomado para si a responsabilidade sobre a questão e, embora vacilante em relação aos fundamentos, tem se posicionado, na maioria das vezes, pela garantia do direito à saúde do peticionante. O raciocínio basilar tem sido a necessidade de se tutelar o direito à vida e seu desdobramento lógico, o direito à saúde. Para isto, faz-se uma aplicação direta da constituição, sob o argumento de ausência de regulamentação sobre o tema.

Outra das razões constantes nas decisões sobre a matéria tem sido a necessidade de se dar efetividade às normas constitucionais que versem sobre direitos fundamentais. Por longos anos o Supremo Tribunal Federal adotou o entendimento de que as chamadas normas programáticas não tinham qualquer efetividade positiva, limitando-se a inibir o Estado de agir em desconformidade com seus preceitos. Isto porque o Pretório Excelso dava uma interpretação não concretista às normas constitucionais desta natureza, apesar dos diversos instrumentos disponibilizados pela própria Constituição de 1988. A implementação de direitos previstos nas normas constitucionais programáticas estava condicionada totalmente à discricionariedade do legislador, mas não uma liberdade dentro da lei, e sim uma liberdade sem limites e sem controles por parte dos demais poderes do Estado.

Por acreditar que a Constituição, norma suprema em nossa ordem jurídica, não poderia ficar condicionada à atuação do legislador ordinário, os juízes país a fora tornaram comum a aplicação direta das normas constitucionais. Os juízes consideram, em suma, que as normas constitucionais não podem ser desconsideradas pela simples inércia do Legislativo em regulamentar um determinado direito fundamental.

A supremacia do direito à saúde, por conseguinte, autoriza também na concepção do Poder Judiciário brasileiro a desconsideração do princípio da legalidade orçamentária. Entretanto o procedimento realizado tem levado a uma

captura desorganizada de verbas públicas para dar cumprimento às decisões judiciais que implementam o direito à saúde.

Esta postura, todavia, não fica imune a críticas e traz conseqüências práticas importantes para a sociedade, devendo ser apontadas o aumento da procura pelo Poder Judiciário no deslinde de tais questões e os impactos que as decisões judiciais causam nas finanças públicas.

A primeira conseqüência prática da judicialização foi o aumento das ações judiciais com este propósito e a inevitável demora na prestação da tutela jurisdicional. Se a prestação da tutela jurisdicional já apresentava problemas significativos no que tange ao tempo para solucionar as demandas postas, este problema foi agravado ao se trazer ao Judiciário as demandas envolvendo as questões de saúde. É relevante observar neste diapasão que as postulações que envolvem pedidos de prestações à saúde são, em sua maioria, propostas individualmente.

Por serem intrinsecamente relacionadas ao direito à vida, as demandas propostas exigem uma prestação jurisdicional imediata, dada a urgência envolvida, sob pena de perda do seu objeto. Como conseqüência, a maioria das decisões judiciais que ordenam a realização do direito à saúde são proferidas em sede de cognição sumária. Ora, como este tipo de prestação não ocorre sem o dispêndio de recursos financeiros, fácil é constatar que a captura de dinheiro público, para o cumprimento de decisão judicial, ocorre em razão de um juízo provisório acerca do mérito da pretensão, na maioria das vezes sem estudos técnicos essenciais para o deslinde das questões discutidas, bem como debates mais aprofundados sobre o tema. Açodadamente, os juízes retiram do orçamento público, parcelas significativas da receita que já estão com finalidade pré-fixada pela lei orçamentária.

Um segundo reflexo da implementação judicial do direito à saúde é que a captura das verbas públicas ocorre de maneira desordenada, sem o respeito aos critérios impostos pelo sistema jurídico de previsão orçamentária do gasto público. O impacto de decisões desta natureza tem causado a desestabilização do equilíbrio orçamentário. Ora, sabe-se que a atividade financeira do Estado deve ser feita de maneira planejada de modo a possibilitar a realização dos objetivos postos pelos legisladores, bem como a solvência estatal em face de obrigações de natureza legal

e contratual.

Desta feita, uma série de limitações formais devem ser observadas com o fito de manter o Estado economicamente equilibrado. Ocorre que com determinações judiciais para satisfazer o direito à saúde do jurisdicionado a atividade econômica do Estado deixa de ser planejada, haja vista a falta de previsibilidade quanto ao gasto público. Esta imprevisibilidade advém da variação entre o número de ações propostas e o número das que são julgadas procedentes ou nas quais é conferida tutela antecipada. Outrossim, as ações reconhecem fragmentadamente o direito à saúde, remetendo as ordens para o Poder Público com frequência indefinida.

Com a captura de verbas públicas decorrente de ordens judiciais, o Estado precisa remanejar seus gastos, uma vez que as ordens judiciais, em sua maioria, devem ser cumpridas imediatamente. Com isto, obrigações assumidas através do orçamento deixam de ser cumpridas e é violado pressuposto valioso para os Estados modernos, qual seja, receita e despesa devem estar previstas no orçamento de modo a possibilitar equilíbrio da atividade financeira estatal.

Outro grande problema que a realização do direito à saúde pelos juízes acarreta é a falta de política pública voltada à concretização do direito à saúde haja vista que a maioria das ações judiciais que versa sobre direito à saúde é individual, conforme acima mencionado. Assim, as decisões judiciais que ordenam que o Estado custeie medicamento ou tratamento de saúde acabam por beneficiar aqueles que demandam em juízo, deixando todo o restante da população alijada, uma vez que a verba para o custeio daquela determinação judicial sairá do orçamento da saúde e conseqüentemente não será mais utilizada para a efetivação de uma política pública naquele campo. No lugar da universalidade da política pública tem-se a fragmentariedade das concessões judiciais em ações individuais.

Também se deve destacar que embora haja na justiça brasileira uma concessão desenfreada de prestações com o fito de garantir o direito à saúde, não se tem sequer a definição precisa do que está abrangido nesta definição. Saúde pode querer dizer ausência de doença ou pode abranger uma perspectiva mais ampla, como o conceito da Organização Mundial da Saúde muito mais amplo, abarcando tanto o bem estar físico e como o psíquico.

Estaria o Estado, em razão das determinações constitucionais e seguindo os

fundamentos até então utilizados pelo Judiciário de possibilidade de aplicação direta da Constituição no campo do direito fundamental à saúde, obrigado a que tipo de prestações para realizar a saúde de seus cidadãos? Seria responsável pela atenção básica e prevenção/tratamento de doenças ou deveria adotar ações voltadas à realização plena do bem estar físico e psíquico? A técnica retributiva de solução de conflitos envolvendo direitos sociais é adequada? Há compatibilidade entre as medidas judiciais e o princípio da igualdade material? Qual a importância do orçamento ante a esta problemática? Estas são questões ainda não abordadas pela jurisprudência com a seriedade e a profundidade que o tema merece.

Tenciona-se com este trabalho discutir possíveis caminhos para a solução do dilema que tem como temática central o poder dos juízes, o direito à saúde e as leis orçamentárias.

No primeiro capítulo, sem a intenção de acrescentar uma perspectiva diferente ou esgotar o tema, faz-se breves considerações acerca dos direitos sociais com a finalidade de compreender a sua fundamentalidade e a diferença de natureza dos direitos sociais para os direitos civis e políticos. Assim são discutidas questões como efetividade, o perfil das normas que os instituem, o custo dos direitos fundamentais sociais para o Estado e a relação deles com o princípio da igualdade material.

No capítulo segundo discute-se o tratamento conferido pela Constituição de 1988 à saúde. Perpassa-se pelos artigos constitucionais que tratam do tema (196 a 200) constatando-se que o direito à saúde além de ser um direito fundamental social, é também uma prioridade do Estado brasileiro. As indagações posteriores envolvem os contornos deste direito, analisando-se o que a Constituição de 1988 e a Lei do Sistema Único de Saúde (SUS) dispõem e aquilo que o Judiciário diz ser direito à saúde. Para isto são estudados os princípios da universalidade, da integralidade e da igualdade, os quais regem o sistema de saúde no Brasil.

Em seguida, no capítulo terceiro, são analisadas as dificuldades do acesso à justiça partindo-se dos estudos realizados por Cappelletti. Este autor traz as razões mais comuns para que os cidadãos não procurem os juízes para solucionar seus conflitos e as conseqüências nefastas do Judiciário estar “reservado” para às classes mais abastadas. Numa análise conjunta destes obstáculos e do fato que no

Brasil há realização do direito à saúde pelo Poder Judiciário, ver-se-á que esta “reserva” atenta contra o princípio da igualdade material, ainda mais em um país caracterizados pelas enormes diferenças sociais e por uma legião de marginalizados. Após, ainda pela visão de Cappelletti, é discutido o poder de criação dos juízes e as conseqüências que dele decorrem. A forma de atuação judicial ante ao direito à saúde e as técnicas de solução de conflito também são abordadas neste capítulo.

No capítulo quarto há um estudo sobre o orçamento. Faz-se um retrospecto do conceito de orçamento e da estreita relação que este instituto mantém com os modelos de Estado. Adiante, adentra-se no sistema de regulação da atividade financeira do Estado concebido pela Constituição Federal que envolve três instrumentos basilares: Plano Plurianual (PPA), Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e Lei Orçamentária Anual (LOA). A ordenação deles não é aleatória, conforme restará demonstrado. Será visto, ainda, que os instrumentos orçamentários tem um finalidade muito específica, que é justamente, dar cumprimento aos objetivos da República brasileira. Para isto o constituinte fixou limitações ao legislador quando fixou os limites de alguns setores considerados prioritários, bem como ao administrador ao prever as vedações do art. 167 da Carta Constitucional. Neste capítulo serão ventiladas também questões relacionadas à natureza do orçamento e as conseqüências de uma e de outra concepção. Será visto que independente da natureza da norma orçamentária, vinculativa ou autorizativa, o controle por parte do Judiciário é uma exigência da própria Lei Fundamental e a inexistência de controle ou a sua ineficiência trazem prejuízos incomensuráveis para a sociedade.

No quinto capítulo serão lançados alguns questionamentos acerca dos conflitos plurilaterais e sobre a responsabilidade dos agentes públicos. A finalidade deste capítulo é tão somente a de fomentar uma discussão a respeito do tema, sem pretensão de dar uma resposta para tão intrincada questão.

No sexto e último capítulo serão apresentadas brevemente as conclusões alcançadas após o estudo do tema proposto.

A metodologia utilizada no trabalho pautou-se em pesquisa documental e bibliográfica. As principais obras de referência sobre o tema na doutrina nacional

foram analisadas, inclusive publicações recentes (2008/2009), a fim de estruturar o marco teórico adotado neste estudo.

Para compreender o processo de judicialização da saúde ocorrida recentemente, buscou-se desenvolver conceitos básicos sobre o tema, tais como: direitos fundamentais, direitos fundamentais sociais, tratamento constitucional do direito à saúde, princípios regentes do Sistema Único de Saúde (SUS), dificuldade do acesso à justiça, poder criativo dos juízes, técnica distributiva de solução de conflitos, natureza do orçamento, mecanismos de atuação do Estado na esfera financeira, o (des)cumprimento do orçamento pelo Executivo, ineficiência do controle atualmente utilizado, controle de constitucionalidade e de legalidade, realização da saúde pela via orçamentária, solução de conflitos plurilaterais e responsabilidade dos agentes públicos.

Na pesquisa documental foram utilizadas fontes legislativas e jurisprudenciais, valendo-se de meios eletrônicos para se ter acesso aos dados. Com isto foram consultadas as legislações mais relevantes acerca de políticas de saúde, como as leis nº 8.080/90 (Lei Orgânica do Sistema Único de Saúde) e nº 8.142/90 (trata da participação da comunidade da gestão do SUS).

A busca de jurisprudência concentrou-se especialmente em decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ) a fim de identificar o entendimento das Cortes Superiores sobre o tema. Foram selecionadas as decisões mais recentes acerca da interferência dos juízes no orçamento da saúde, bem como aquelas que apesar de datarem de alguns anos atrás ainda são referências para a compreensão do tema a fim de se analisar o inteiro teor dos votos proferidos. Nestas pesquisas mais aprofundadas foram utilizados os seguintes termos: “direito à saúde e controle”, “saúde e orçamento”, “medicamentos e efeito multiplicador”, “saúde e sequestro de verbas”, “mínimo existencial e reserva do possível”, “saúde e equilíbrio orçamentário”, “bloqueio de verbas e saúde”, “grave lesão e efeito multiplicador” e “responsabilidade e descumprimento do sistema de precatório”.

As discussões ocorridas em 27.04.2009 a 07.05.2009 na audiência pública sobre o direito à saúde realizada no Supremo Tribunal Federal também foram de grande valia para o desenvolvimento do trabalho em virtude de apresentarem visões

diversas do dilema enfrentado haja vista que no material disponibilizado no sítio eletrônico do STF há manifestação de especialistas na área de saúde, juristas (advogados, juízes, membros do Ministério Público), integrantes da Administração Pública (inclusive de ex-ministros da saúde e secretários de saúde), associações civis e cidadãos interessados no assunto

Também foram utilizadas ações propostas pelo Ministério Público Federal tanto no estado do Pará como em outros estados da federação a fim de ilustrar a importância do controle do gasto público. Através delas conseguiu-se obter os dados sobre os significativos impactos do desvio de verbas da saúde para outros destinos, seja com finalidade pública ou particular. Também pode-se verificar que, em razão do expressivo montante de recursos destinados à área sob enfoque, qualquer malversação acarreta sérios danos sociais, uma vez que retira a possibilidade de se prestar à população serviços de saúde essenciais.

Houve ainda o levantamento de dados estatísticos nos sítios do Instituto de Estudos Sócio-Econômicos (INESP) e do Senado Federal os quais demonstram a excessiva atividade modificativa do Executivo na lei orçamentária já vigente através de institutos de constitucionalidade duvidosa como o remanejamento. Tais demonstrativos expressam ainda que além da modificação, há a suspensão de rubricas orçamentárias com a finalidade de “economizar” valores para a utilização em fins diversos dos inicialmente previstos, como o pagamento da dívida pública. Todos os dados coletados foram analisados à luz da doutrina e jurisprudência acima mencionadas.

As pesquisas efetuadas foram orientadas pela aplicação prática dos dados obtidos, de modo que o material coletado possa auxiliar na implementação de políticas públicas de saúde de modo que estas alcancem o maior número de pessoa e sempre atendam ao princípio da igualdade material. Sob esta visão da aplicação prática buscou-se compreender os motivos para a má aplicação das verbas e os elementos colhidos revelaram que a falta de controle é fator determinante.

Assim, a metodologia desenvolvida no trabalho consiste em, no início das seções ou dos capítulos, descrever o pensamento de alguns autores ou ainda de determinadas posturas jurisprudenciais, em especial do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, pondo-se em destaque a parte central da

argumentação utilizada. Após, passa-se à análise dos fundamentos expendidos fazendo-se um cotejo entre a concepção adotada e os postulados estabelecidos pela nossa ordem constitucional. O resultado disto será, por vezes, a elaboração de críticas ou a formulação de propostas para adequar aquela postura às disposições da ordem jurídica brasileira. Em seguida extrai-se do estudo algumas conclusões a respeito do tema e proposições como tentativa de solucionar os intrincados problemas que existem quando a questão envolve direito à saúde e orçamento público.

CAPÍTULO I – DIREITOS SOCIAIS

1.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais se inserem no conceito de direitos humanos e a partir daí se desenvolvem. Costuma-se utilizar em doutrina a distinção entre direitos humanos que seriam direitos reconhecidos a qualquer ser humano no plano internacional, enquanto os direitos fundamentais fariam parte da proteção jurídica interna do ordenamento jurídico nacional, com base no direito constitucional moderno. Note-se que a distinção tem caráter meramente formal, pois do ponto de vista material direitos humanos e direitos fundamentais fazem parte de um só contexto: trata-se da tutela de valores essenciais para o desenvolvimento do homem.

O desenvolvimento dos direitos fundamentais é uma consequência do Estado Moderno e da crença por ele instituída de direitos naturais que decorrem da própria condição humana, independentes do que for estabelecido pelo legislador⁴. Os direitos naturais são revestidos das características da abstração, da universalidade, da inalienabilidade, da imprescritibilidade e da inderrogabilidade⁵.

Vindo de um período em que o regime monárquico oprimia a população economicamente ativa para a manutenção dos privilégios da nobreza e do clero, o Estado era visto como um opressor. A tônica desta fase é justamente a limitação dos poderes do Estado a fim de dar mais espaço de atuação para os indivíduos que se sentiam plenamente capazes de se desenvolverem enquanto seres humanos livres e iguais.

A Idade Moderna é caracterizada por um otimismo por parte dos cidadãos e uma desconfiança em relação ao Estado. Nada mais natural uma vez que o *status*

⁴ “A idéia prevalecente na época moderna, qual seja, a de que o direito não seria aquilo que o legislador declara, mas a algo que projetaria o justo, e conseqüentemente, independeria, como o justo, da mera vontade dos homens. (...) Esta seria a raiz mais profunda dos direitos fundamentais”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A cultura dos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte. Del Rey, 2003, p.240.

⁵ KIST, Dário José. **O estado social e o surgimento dos direitos fundamentais de segunda geração**. Porto Alegre: Revista da AJURIS n.80, dez. 2000, p. 38

de cidadão passa a ser atribuído a todos, independente das posses, ao contrário do que ocorria na monarquia. Tudo que o homem moderno precisava era que o Estado ficasse distante das relações privadas. Daí porque os direitos fundamentais aqui estabelecidos são considerados negativos, exigindo-se do Estado apenas o resguardo dos direitos individuais, impondo sanções àqueles que os violassem⁶.

Ocorre que a postura abstencionista satisfaz apenas a uma parte da sociedade, justamente aquela com meios para realizar seus objetivos. A grande massa dos “cidadãos”, apesar da igualdade formal continuava marginalizada, haja vista que não tinha acesso – na prática - aos meios disponíveis de obtenção da realização pessoal⁷. A igualdade formal e a postura abstencionista do Estado não proporcionaram a igualdade real e, desta forma, os conflitos por conta das desigualdades sociais tornaram-se acirrados. Era necessário, então, um redimensionamento do Estado que passaria a assumir a responsabilidade de determinados setores sociais, como a saúde e a educação, surgindo os deveres de atuação.

Se antes a sociedade exigia do Estado a não interferência nas relações privadas, passa-se a esperar dele uma série de medidas com o propósito de conferir a igualdade material entre os seus cidadãos. O Estado é posto como regulador e implementador de matérias consideradas indispensável para atingir o bem comum, possibilitando que a parcela da população que não tem acesso aos direitos assegurados formalmente pelo Estado, o obtenha por meio da interferência deste⁸.

⁶ “Cuidava-se de direitos a uma ação eminentemente negativa por parte do Estado e de todos os demais indivíduos, que deveriam se abster de qualquer conduta que pudesse interferir no exercício pleno de seus 'novos' direitos'. Direitos oponíveis contra o Estado, tutelando os bens e valores da sociedade liberal: vida, religião, expressão, propriedade, dentre outros exemplos”. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para a sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2007. p.21.

⁷ “A pretensão ao reconhecimento de direitos sociais pode ser hoje identificada como o passo subsequente à luta iniciada pela generalização dos direitos políticos para a classe operária. Assegurada a igualdade política, o objetivo passou a ser a concretização da igualdade real, de uma igualdade quanto às condições de vida e às possibilidades de realização de cada indivíduo”. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para a sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2007, p.22.

⁸ “Os direitos sociais, dessarte, passaram a ser responsáveis pela estipulação de prestações a serem fornecidas pelos Poderes Públicos, em favor dos indivíduos, passando a ser compreendidos como 'direitos de crédito', exatamente neste sentido de outorga de direitos à determinadas prestações. Estas, por sua vez, corresponderiam à busca de igualdade real quanto às condições iniciais para o exercício dos demais direitos, individuais e políticos, suprimindo necessidades básicas e possibilitando o desenvolvimento integral da pessoa”. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para a sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2007, p.24.

Com isto, alarga-se a concepção de direitos fundamentais para acolher, ao lado dos direitos de abstenção, os direitos de prestação. Desta feita estabeleceu-se a distinção entre direitos fundamentais negativos e positivos. Os primeiros decorrentes do Liberalismo no qual era suficiente a abstenção do Estado. São exemplos a liberdade de expressão, a liberdade de ir e vir, a propriedade, dentre outros. Os segundos exigem do Estado uma atuação, de maneira a disponibilizar condições efetivas para o exercício da cidadania, tais como o direito à educação, à saúde, à moradia.

No entanto, esta diferenciação não implica em estabelecer hierarquia entre os direitos fundamentais nem diferenças relativas à efetivação de uns e outros⁹. Os direitos civis e políticos estão ligados ao direito privado clássico, com grande conotação patrimonialista, configurados como liberdade ou faculdade do indivíduo. Já os direitos sociais, políticos e culturais concebem-se como instrumentos de equilíbrio na sociedade, tencionando reduzir as disparidades existentes e promover a igualdade material.

A linguagem diferenciada utilizada nos pactos internacionais – Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – decorre de razões político-ideológicas em virtude do momento histórico que se vivia no qual o mundo era polarizado entre capitalistas e socialistas¹⁰. No entanto, estes pactos trazem o princípio da máxima eficácia dos direitos fundamentais – civis-políticos e sociais-econômicos-culturais – que afastam, através da interpretação sistemática, qualquer argumento para negar a efetividade dos direitos sociais. No ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição de 1988 estabeleceu regra semelhante no art. 5º, parágrafo 1º.

Desta forma, os direitos fundamentais devem ser vistos como um só, com dimensões que se complementam¹¹ e se relacionam: “os direitos fundamentais são

⁹ “Pretendia-se apenas que os direitos civis e políticos fossem tutelados como verdadeiros direitos, porque passíveis de justiciabilidade; em contraposição a uma propalada eficácia mitigada dos direitos econômicos, sociais e culturais, decorrente da necessidade de interposição legislativa e de organização administrativa dos governos nacionais, além da conformação a restrições de índole financeiro-orçamentária”. ALVES, José Augusto Lindgren. **Os Direitos Humanos como Tema Global**. São Paulo. Perspectiva, 2003, p.104-105.

¹⁰ A Guerra Fria possibilitou que os pactos internacionais refletissem a ideologia do país dominante no cenário da época – USA – que adotando o modelo capitalista via com maus olhos os direitos sociais, pois neles enxergava o discurso socialista de igualdade real.

¹¹ “Não há diferença de valor entre os direitos sociais e os direitos individuais, pois ambos estão conectados a um valor maior: a dignidade da pessoa humana. Os direitos sociais são

originária e primacialmente direitos individuais de defesa contra ingerências e da ameaça à liberdade pessoal por parte do Estado e de outros poderes. No decorrer do tempo essa função defensiva foi complementada por uma função participativa e prestacional”¹².

Todavia, esta não é a concepção predominante no Brasil. Vejamos as razões:

A primeira das razões invocadas para negar a efetividade aos direitos fundamentais sociais é a natureza das obrigações que se impõe ao Estado nos direitos de primeira e segunda dimensão. Os direitos civis e políticos seriam direitos negativos, gerando um obrigação de resultado para o Estado que necessitaria se abster de agir contrariamente aos direitos assegurados, enquanto os direitos sociais, econômicos e políticos seriam direitos positivos e se constituiriam como obrigação de meio, com a prestação das medidas para a formação de uma sociedade justa. Contudo, este entendimento está equivocado uma vez que não há como identificar os direitos civis e políticos apenas como negativos e os sociais, econômicos e políticos somente como positivos, uma vez que a atuação estatal para uns e outros é híbrida, sendo constituída por ações e abstenções.

Na verdade essa diferenciação se esvazia, na medida que os direitos taxados de 'negativos' exigem para serem assegurados e efetivados, uma intensa atividade estatal, pelo menos no que se refere à proteção, a cargo do Estado, contra a interferência de terceiros – por meio, por exemplo, das funções de polícia, segurança, defesa e justiça. Por mais que se atrelem à concepção de 'liberdades públicas', dependem sempre da manutenção de condições mínimas que viabilizem sejam exercidos¹³.

Assim, a diferenciação com base na dicotomia entre fazer/não fazer é inidônea para diferenciar os direitos civis e políticos dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Há, ainda, o argumento de que os direitos individuais são um passo indispensável para se alcançar os direitos sociais e que estes não poderiam existir sem aqueles. Realmente é correto afirmar que os direitos chamados negativos constituem a base para o desenvolvimento do ser humano, uma vez que

responsáveis, ainda, pela viabilidade do exercício dos direitos individuais e políticos, na medida em que a liberdade propugnada pela Constituição de 1988 é a liberdade real, efetiva, e não meramente formal”. OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais**. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 45.

¹² SCHULTE, Bernd. Direitos Fundamentais, segurança social e proibição de retrocesso. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) **Direitos Fundamentais Sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 301.

¹³ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para a sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2007, p.36.

possibilitam que o Estado não interfira em sua intimidade de modo que o indivíduo possa desenvolvê-la livremente, preservando a expressão da religiosidade, do pensar, dentre outras. Contudo, não se pode admitir que o pleno desenvolvimento dos direitos fundamentais de primeira dimensão obste os avanços na implementação dos direitos fundamentais de segunda dimensão. Uma vez implementados os direitos de primeira dimensão, mesmo que apenas minimamente, deve-se avançar para a realização das outras dimensões dos direitos assegurados à pessoa humana. E a observação aqui feita acerca de não ser preciso a implementação máxima dos direitos civis e políticos é indispensável, pois do contrário poder-se-ia argumentar que os direitos civis ainda necessitam ser melhor implementados, razão pela qual o Estado não poderia dar o passo seguinte a fim de viabilizar os direitos sociais.

Com efeito, a adoção de tal posicionamento acarretaria uma excessiva vinculação do Estado à primeira dimensão de direitos não possibilitando qualquer avanço para etapas posteriores, mas não menos importantes. Aqui deve ser feita a ressalva de que os direitos individuais são colocados em primeiro lugar não por uma questão de importância, mas por uma questão prática mesmo, pois ficaria complicado pleitear um direito à saúde enquanto a prática da tortura ainda fosse admissível.

Ocorre que muitas vezes uma coisa não tem nada a ver com a outra. Um exemplo: no modelo de socialismo soviético não se tinha liberdade de expressão, mas se tinham escolas e saúde ao alcance de todos. Daí porque não se pode considerar esta afirmação absoluta.

Outra tese sustentada para obstar a implementação dos direitos sociais é a natureza das normas – programáticas – que os instituíram.

Os direitos sociais foram erguidos ao nível de direitos fundamentais com todas as garantias inerentes a esta condição. Ocorre que estes direitos, apesar de postos no texto constitucional, não foram concretizados, pois o constituinte deixou tal espaço aberto, apenas reconhecendo os direitos fundamentais sociais, sem expor os meios de implementá-los.

Com isto surgiu o entendimento de que as normas que previam os direitos sociais eram apenas programações estabelecidas pelo legislador constitucional,

dependendo de regulamentação infra-constitucional para terem aplicabilidade. Desta forma, o indivíduo não poderia acionar o Poder Público para exigir o objeto do direito fundamental reconhecido constitucionalmente. As normas programáticas seriam normas “menores” uma vez que não teriam efetividade.

A explicação, todavia, não resiste a uma análise mais aprofundada. O só fato de as normas que prevêm os direitos sociais serem classificadas como programáticas não impedem a implementação destes direitos. Isto porque se está colocando como obstáculo uma classificação que é algo externo à norma, tal como se fizesse parte de sua natureza o “ser programática”

Explicando melhor, os direitos sociais não são normas programáticas por natureza e, destarte um elemento exterior¹⁴ às suas características estaria sendo utilizado para obstar a sua efetividade, desrespeitando a aplicação direta determinada pela própria Constituição. Há dificuldade em delimitar o conteúdo, mas esta dificuldade faz parte da natureza das normas jurídicas e não é peculiaridade dos direitos econômicos, sociais e culturais e sim inerente à linguagem vaga empregada no texto constitucional.

No entanto, estas dificuldades não impedem o exercício dos direitos civis e políticos que também não tem contornos precisos. É imprescindível que haja um empenho na tarefa de especificação do conteúdo e dos limites dos conceitos. Ressalte-se, assim, a necessidade do desenvolvimento da dogmática dos direitos sociais, seja no âmbito nacional, seja no internacional, de modo a possibilitar elementos de especificação mais detalhados do seu conteúdo.

Admitir que as normas constitucionais que versam sobre direitos sociais são normas sem aplicabilidade imediata significa contrariar uma característica inerente a toda norma que é a imperatividade. Uma norma não aconselha, ela ordena. Por mais que não haja regulamentação para uma determinada norma constitucional, ela não pode ser ignorada, pois possui comandos que devem ser seguidos. E mais, também não é aceitável a argumentação de que a única eficácia imediata das normas programáticas é a negativa, impondo restrições ao legislador, como por exemplo, não editar lei infra-constitucional cujo teor contrarie uma norma

¹⁴ A teoria acerca da aplicabilidade das normas constitucionais é apenas uma classificação que tem que se adequar às normas existentes e não o contrário. As classificações são posteriores às espécies que elas classificam, por isto não podem ir contra a natureza do objeto classificado.

constitucional, haja vista que quando a Constituição conferiu eficácia imediata aos direitos fundamentais, estabeleceu os direitos e a possibilidade de seu exercício.

Ademais, ao afirmar-se que as normas constitucionais que reconhecem direitos sociais são desprovidas de efetividade¹⁵, deixa-se de lado o dispositivo constitucional do art. 5º, parágrafo 1º que estabelece que *as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*, bem como afronta-se o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais que rege a interpretação da Constituição. Não há como admitir que a Constituição tenha normas com aplicabilidade condicionada à atuação do legislador ordinário¹⁶, sob pena de estar-se invertendo a lógica do sistema jurídico no qual a Carta Constitucional é rígida e ocupa seu ponto central.

O custo dos direitos também é oposto à efetividade dos direitos sociais. Afirma-se que, em razão dos direitos sociais exigirem prestações, gerariam um custo para o Estado. Partindo-se desta concepção seria lógico concluir que os direitos sociais não são implementados por serem custosos para o Estado. Em

¹⁵ “A norma contida no art. 5º, parágrafo 1º da nossa Constituição, para além de aplicável a todos os direitos fundamentais (inclusive os sociais), apresenta caráter de norma-princípio, de tal sorte que se constitui em espécie de mandado de otimização, impondo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem e imprimir às normas de direitos e garantias fundamentais a maior efetividade e eficácia possível. Vale dizer, em outras palavras, que as normas definidoras de direitos fundamentais, podem e devem ser extraídos diretamente, mesmo sem a interposição do legislador, os efeitos jurídicos que lhe são peculiares e que, nesta medida, deverão ser efetivados, já que, do contrário, os direitos fundamentais acabariam por se encontrar na esfera de disponibilidade dos órgãos estatais. De modo especial, no que diz respeito aos direitos fundamentais sociais (...) tais normas de direitos fundamentais não podem mais ser considerados meros enunciados sem força normativa, limitados a proclamações de boas intenções e veiculando projetos que poderão, ou não, ser objeto de concretização dependendo, única e exclusivamente, da boa vontade do poder público, em especial, do legislador”. SARLET. Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, n.10, p. 9 www.direitopublico.com.br acessado em 03.06.2009.

¹⁶ BARROSOS, Luís Roberto. A doutrina brasileira da efetividade. In: **Temas de direito constitucional**, v. III. Rio de Janeiro: Renovar. 2005 p. 61-77. “Para realizar seus propósitos, o movimento pela efetividade promoveu, com sucesso, três mudanças de paradigma na teoria e na prática do direito constitucional no país. No plano *jurídico*, atribuiu normatividade plena à Constituição, que passou a ter aplicabilidade direta e imediata, tornando-se fonte de direitos e obrigações. Do ponto de vista *científico* ou dogmático, reconheceu ao direito constitucional um objeto próprio e autônomo, estremando-o do discurso puramente político ou sociológico. E, por fim, sob o aspecto *institucional*, contribuiu para a ascensão do Poder Judiciário no Brasil, dando-lhe um papel mais destacado na concretização dos valores e dos direitos constitucionais. O discurso normativo, científico e judicialista foi fruto de uma necessidade histórica. O *positivismo constitucional*, que deu impulso ao movimento, não importava em *reduzir* o direito à norma, mas sim em *elevá-lo* a esta condição, pois até então ele havia sido menos do que norma. A efetividade foi o rito de passagem do velho para o novo direito constitucional, fazendo com que a Constituição deixasse de ser uma miragem, com as honras de uma falsa supremacia, que não se traduzia em proveito para a cidadania “.

contraposição, os direitos individuais realizam-se, pois não acarretam qualquer despesa para o Poder Público ao disponibilizá-los a todos uma vez que são direitos “negativos”.

Com base neste pressuposto – o custo dos direitos sociais – desenvolveu-se o conceito de reserva do possível, sempre invocado nas decisões sobre esta espécie de direito fundamental, que consiste em apreciar se o Estado tem condições financeiras de realizar o direito invocado. É importante acentuar que, para os tribunais brasileiros, a reserva do possível equipara-se com a disponibilidade de recursos¹⁷.

O raciocínio tem certo apelo e a sua lógica simples acabou por se tornar argumento comum. No entanto, um olhar mais atento permite ver que esta conclusão não pode ser verdadeira. Este tema é desenvolvido em *The Cost of the Rights*¹⁸ obra na qual os autores asseguram que *todo e qualquer direito gera custo para o Estado* e, descendo a uma análise minuciosa das despesas feitas para a implementação dos direitos individuais, trazem diversos exemplos.

Um deles é a garantia do direito de propriedade, o mais sagrado de todos os direitos civis. Para que o Estado garanta ao indivíduo a sua propriedade faz-se necessário todo um aparato policial para reprimir as violações que possam vir a ocorrer. Adicione-se um Poder Judiciário que deve estar pronto para entrar em ação sempre que provocado quando o proprietário for turbado ou esbulhado. E aí novamente se faz presente a força policial a fim de o proprietário exerça com tranqüilidade o seu direito, bem como volte a exercê-lo quando despojado, caso típico da reintegração de posse. Ora, não há como sustentar toda esta estrutura sem dinheiro. Assim, o gasto existe e é significativo¹⁹. O Estado também se vale de um aparato custoso para impedir que o fogo venha a destruir a propriedade privada

¹⁷ “No contexto da sociedade alemã, a reserva do possível representa um limite à pretensão dos titulares de direitos fundamentais prestacionais na medida não lhes cabe requerer além daquilo que o Estado já prestou dentro da sua capacidade, cumprindo seus deveres constitucionais. (...) A reserva do possível deve ser trazida para o contexto sócio-político-econômico brasileiro: aqui, o Estado não faz tudo que está ao seu alcance para cumprir os mandamentos constitucionais. Muito pelo contrário, mecanismos para burlar as exigências dos direitos fundamentais prestacionais. É certo que a economia brasileira não pode ser comparada à alemã, mas isso não afasta a obrigação de dotação orçamentária para o cumprimento de mandados constitucionais”. OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais**. Curitiba: Juruá Editora. 2008, p. 223-224.

¹⁸ HOMES, Stephen et SUNSTEIN, Cass. **The cost of rights – why liberty depends on taxes**. New York: W. W. Norton and Company, 1999, p.14

¹⁹ HOMES, Stephen et SUNSTEIN, Cass. **The cost of rights – why liberty depends on taxes**. New York: W. W. Norton and Company, 1999, p.20.

em caso de incêndio, ainda que nenhuma pessoa esteja ameaçada pelas chamas²⁰.

Outro exemplo de direito civil e político que gera custos é o do direito ao voto²¹. Para assegurá-lo o Estado necessita criar toda uma estrutura que possibilite ao cidadão o exercício dos seus direitos políticos. E a construção e manutenção desta estrutura também são dispendiosas. É só pensar no quanto é gasto pelo Estado brasileiro com a compra e manutenção das urnas eletrônicas e com todo o funcionamento da Justiça Eleitoral, inclusive a remuneração adicional aos magistrados e membros do Ministério Público que desempenham tal função.

Em momento algum se faz aqui o questionamento da importância da propriedade privada e do voto, mas se quer somente ilustrar que a afirmação anteriormente feita de que direitos individuais não saem de graça para o Estado e que custam, e muito, dinheiro. Então se pode concluir que a falta de implementação dos direitos sociais não encontra a sua justificativa no seu custo²².

Inclinar-se-ia muito mais para dizer que o que define a implementação ausência de implementação decorre muito mais de uma questão de escolhas²³. E isto remonta o próprio pós-guerra quando foram editados os pactos da ONU, conforme já mencionado. O Pacto de Direitos Civis e Políticos tem um caráter impositivo de que os direitos individuais devem ser implementados imediatamente, não deixando qualquer margem de decisão para os Estados que deveriam disponibilizá-los para seus cidadãos. No entanto, quando se fala do Pacto de Direitos Sociais e Culturais muda-se a postura. Os artigos são redigidos de maneira

²⁰ HOMES, Stephen et SUNSTEIN, Cass. **The cost of rights – why liberty depends on taxes**. New York. W. W. Norton and Company, 1999, p.13.

²¹ HOMES, Stephen et SUNSTEIN, Cass. **The cost of rights – why liberty depends on taxes**. New York. W. W. Norton and Company, 1999, p.53.

²² Em sentido contrário Virgílio Afonso da Silva para quem “direitos sociais distinguem-se, sim, dos direitos civis e políticos pelos gastos que a sua realização pressupõe. Embora seja correta a tese de que a realização e a garantia de qualquer direito custa dinheiro, também é verdade que a realização dos direitos sociais e econômicos custam *mais dinheiro*.(grifo no original) SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais. SOUZA NETO, Cláudio Pereira. SARMENTO, Daniel. (Coordenadores) **Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008, p.593.

²³ “A crença na ausência de custos de alguns direitos permite a consagração de uma orientação conservadora de proteção máxima de tais direitos (normalmente os estritamente individuais: liberdade e, principalmente, propriedade) em detrimento dos chamados sociais, o que se mostra, a partir da compreensão de que todos custam, absolutamente equivocado, descortinando a opção ideológica encoberta pela ignorância. GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2005, p.204-205.

mais branda, aconselhando os Estados a implementar os direitos sociais quando possível.

Ora, analisados os principais argumentos utilizados para justificar a falta de realização dos direitos sociais pode-se constatar que não há razões jurídicas para a falta de efetividade, pois conforme se demonstrou as normas instituidoras de direitos sociais não são apenas promessas constitucionais inconsequentes²⁴, mas possuem a mesma eficácia de que gozam as outras regras existentes na Constituição.

O que justificaria, então, esta postura diferenciada? Já ficou claro que não é a questão dos custos do direito, pois tanto os individuais quanto os sociais são dispendiosos, ambos exigindo do Estado atuações para a sua concretização. Qual seria então a razão a justificar tal tratamento diverso?

Não se vislumbrando diferença de conteúdo entre as normas jurídicas que estabelecem os direitos civis e políticos e as normas que instituem os direitos sociais, a conclusão a que se pode chegar é a de que por motivos políticos e ideológicos os direitos sociais são preteridos ou mal implementados pelos governantes. O tratamento diferenciado destas duas espécies de direitos reflete-se em todos os modelos estatais influenciados pelo modelo mínimo de Estado, com uma maior liberdade para o desenvolvimento do indivíduo.

Assim, tudo passaria por uma questão de prioridades (*tragic choices*) porque as escolhas trágicas somente têm sido feitas quando estão em jogo direitos sociais e nunca quando se fala em direitos individuais. Ora, sabe-se que as necessidades humanas são ilimitadas e os recursos públicos são limitados, daí porque a escassez de recursos é um fator a ser levado em consideração na implementação de qualquer direito.

No entanto, indaga-se a razão pela qual não se aplica o raciocínio da escassez orçamentária tanto no caso dos direitos individuais quanto no que tange aos direitos coletivos? Será que para os defensores da teoria do “lençol curto” seria admissível o Estado negar a defesa de direitos civis e políticos porque não há

²⁴ “O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõe, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüentes, sob pena do 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 nº271.286, Rel. Min, Celso de Mello, Data do Julgamento 12.09.2000.

recursos disponíveis para este tipo de despesa? Será que seria legítima uma decisão que declarasse a impossibilidade financeira do Estado para dar cumprimento aos direitos individuais assim como existe para os coletivos? Pela postura do Judiciário brasileiro, é inconcebível que seja proferida uma decisão para negar a reintegração de posse de um fazendeiro que teve sua propriedade invadida por trabalhadores rurais por conta dos gastos que esta ordem acarretariam para o Estado.

Ressalte-se que não há questionamento acerca de que os recursos são limitados. Apenas quer-se deixar claro que se algumas restrições decorrentes de restrições orçamentárias devem ser feitas, esta postura deve ser sustentada de maneira igualitária para os direitos fundamentais, sejam eles individuais ou coletivos, não havendo qualquer fator que autorize o *discrímen*.

1.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

A Constituição de 1988 trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro os direitos fundamentais sociais. Não que fossem desconhecidos por nós, mas só a partir da novel ordem, os direitos sociais ganharam *status* constitucional.

Os direitos fundamentais sociais encontram-se no Título II da CF que trata dos direitos e garantias fundamentais, bem como espalhados pelo texto constitucional, tal como acontece com diversos direitos cujo tratamento faz parte do Título VIII dedicado à ordem social. O fato de alguns destes direitos não estarem localizados no título que trata especificamente dos direitos fundamentais não lhes retira esta característica, conforme reconhece a doutrina²⁵. Isto porque ao se fazer uma interpretação sistemática da Lei Fundamental verifica-se que o art. 6º, *caput*, localizado no Título II estabelece que *são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à*

²⁵ “Se alguns sistemas constitucionais, como aquele fundado pela Lei de Bonn, comportam discussão sobre a existência de direitos fundamentais de caráter social (...) é certo que tal controvérsia não assume maior relevo entre nós, uma vez que o constituinte, embora em capítulos destacados, houve por bem consagrar os direitos sociais, que também vinculam o Poder Público. MENDES. Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 2 Ed. rev e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999. p. 46

maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. A parte final do artigo supramencionado na forma desta Constituição remete o intérprete ao Título VIII que especifica alguns a forma como se dará a realização dos direitos sociais elencados.

(...) É por essa razão que os assim chamados direitos de segunda geração, previstos pelo 'welfare state', são direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade. Tais direitos – como o direito ao trabalho, à saúde, à educação – têm como sujeito passivo o Estado porque, na interação entre governantes e governados, foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los. O titular desse direito, no entanto, continua sendo, como nos direitos de primeira geração, o homem na sua individualidade. Daí a complementaridade, na perspectiva 'ex parte populi', entre os direitos de primeira e de segunda geração, pois estes últimos buscam assegurar as condições para o pleno exercício dos primeiros, eliminando ou atenuando os impedimentos ao pleno uso das capacidades humanas. Por isso, os direitos de crédito, denominados direitos econômico-sociais e culturais, podem ser encarados como direitos que tornam reais direitos formais: procuraram garantir a todos o acesso aos meios de vida e de trabalho num sentido amplo²⁶.

Os direitos fundamentais sociais tem por propósito a realização da igualdade material e para isto obrigam que o Poder Público adote posturas neste sentido, geralmente de natureza prestacional que deve ser entendida como o fornecimento de prestações materiais (bens e serviços) para os que se encontram em situação de inferioridade. O caráter prestacional pode também estar relacionado com a obrigação de estabelecer normas promocionais de certas atividades. Nesta ótica, os direitos fundamentais sociais valem-se de técnicas capazes de fornecer o tratamento como igual, ou seja, compensar os desequilíbrios existentes tendo como destinatários os necessitados. Um bom exemplo é o sistema de cotas instituído em diversas universidades brasileiras que procedem à discriminação compensatória. Enquanto os direitos individuais se desenvolvem com a intenção de equiparação e igualdade *ad inicio* entre os indivíduos, fornecendo a todos igual tratamento, os direitos sociais, considerando que na sociedade não há igualdade de todos no início, concebem a igualdade como diferenciação e universalidade no ponto de chegada²⁷.

Esta distinção não implica a descaracterização dos direitos sociais como direitos fundamentais. A fundamentalidade material destes direitos reside na relevância do bem jurídico protegido pela ordem constitucional. Assim, quaisquer

²⁶ LAFAR, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 127 e 130/131

²⁷ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para a sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p.64-65.

dos direitos considerados essenciais para o desenvolvimento do ser humano, se positivados, podem ser chamados de direitos fundamentais. O conceito de direito materialmente fundamental perpassa pelos “direitos inerentes à própria pessoa, como direitos básicos da pessoa, como direitos que constituem a base jurídica da vida humana no seu nível actual de dignidade”²⁸. Para fugir da subjetividade adota-se o critério da equiparação, podendo ser considerado direito fundamental aquele semelhante aos previstos no catálogo constitucional. Ainda mais porque a Constituição de 1988 não estabeleceu um sistema fechado de direitos fundamentais, pois este não é “propriamente um sistema lógico-dedutivo (autônomo e auto-suficiente), mas, sim, um sistema aberto e flexível, receptivo a novos conteúdos e desenvolvimentos, integrado ao restante da ordem constitucional, além de sujeito aos influxos do mundo circundante”²⁹.

Além disto, os direitos sociais são também formalmente fundamentais em virtude de constarem na Constituição brasileira que, por ser rígida, é a norma de maior hierarquia. Por estarem previstos na Lei Fundamental de 1988 tem aplicabilidade direta, vinculando os poderes constituídos às suas determinações³⁰. Por fim, também reforça a fundamentalidade formal o fato dos direitos sociais estarem submetidos a todos os limites impostos para a alteração dos preceitos constitucionais³¹.

Superadas as controvérsias acerca da fundamentalidade dos direitos sociais, há de se reconhecer a íntima conexão entre os direitos sociais e a dignidade da pessoa humana, pois não há diferença de valor entre os direitos sociais e os direitos individuais, já que ambos estão conectados a este valor maior. Os direitos sociais são responsáveis, ainda, pela viabilidade dos direitos individuais e políticos, na medida que a liberdade propugnada pela Constituição de 1988 é a liberdade real, efetiva, e não meramente formal³².

²⁸ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. 2 Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, t IV. p. 9.

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5 Ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.84

³⁰ O papel dos juízes neste contexto será explicitado adiante.

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988**. Salvador: Revista Diálogo Jurídico n.10, p. 2-3 www.direitopublico.com.br acessado em 03.06.2009.

³² OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais**. Curitiba: Juruá Editora. 2008, fls. 45.

Nesta concepção, deve se fazer presente o aspecto de que a dignidade da pessoa humana não se restringe tão somente a um direito de defesa, mas constitui-se em um mínimo de garantias materiais para o desenvolvimento da personalidade do homem, indubitavelmente resguardada pelo direito.

Os direitos fundamentais sociais são sempre relacionados na doutrina brasileira com os conceitos de mínimo existencial e de reserva do possível. Já viu-se que a relação entre reserva do possível e direitos sociais decorre de uma concepção (equivocada) de que apenas os direitos sociais acarretam custos para o Estado. Apesar disto, a reserva do possível é fator importante a ser considerado, pois os recursos do Estado são limitados e, em algum momento, direitos fundamentais não poderão ser efetivados.

Deve ser analisada com cuidado a utilização da reserva do possível como discurso pronto para qualquer falha governamental. A crise da inefetividade do legislador e o argumento da falta de recursos não pode impedir o Estado brasileiro de implementar os direitos sociais previstos na Constituição³³. Se esta era uma desculpa aceitável há 10 anos, já não é mais na atualidade uma vez que já houve tempo de sobra para legisladores e administradores agirem em prol da concretização dos direitos sociais e econômicos e se isto não foi feito é plenamente legítimo que o Poder Judiciário adote uma postura em face das disposições constitucionais que asseguram a realização imediata dos direitos fundamentais.

“Importa, portanto, que se tenha sempre em mente que quem “governa” - pelo menos em um Estado Democrático de Direito - é a Constituição, de tal sorte que aos poderes constituídos impõe-se o dever de fidelidade às opções do Constituinte, pelo menos no que diz com seus elementos essenciais, que sempre serão limites à liberdade de conformação do legislador e da discricionariedade do administrador e dos órgãos jurisdicionais”.³⁴

No mesmo sentido Jorge Reis Novais:

“A reserva do possível deve vigor como um mandado de otimização dos direitos fundamentais, impondo ao Estado o dever fundamental de, tanto quanto possível, promover as condições ótimas de efetivação da prestação estatal em causa, preservando, além disso, os níveis de realização já

³³ Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se 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. ADPF 45-MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Data do Julgamento 29.04.2004

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Livraria do Advogado. p. 98.

atingidos, o que, por sua vez aponta para a necessidade do reconhecimento de uma proibição do retrocesso, ainda mais naquilo que se está a preservar o mínimo existencial”.³⁵

Para assegurar este mínimo de garantias faz-se necessário delimitar o que é indispensável ao indivíduo. Abordando o tema, Ingo Sarlet, respaldado na doutrina alemã, destaca que dignidade da pessoa humana não se restringe apenas em existir. É preciso que seja assegurada quando for possível uma existência que permita a plena fruição dos direitos fundamentais, de modo especial, quando seja possível, o pleno desenvolvimento da personalidade³⁶.

O mínimo existencial não deve ser confundido com o mínimo vital³⁷, que cinge-se tão somente a manter a vida. O conceito de mínimo existencial vai além, pois abrange a vida desenvolvida com dignidade material. No entanto, reconhecer o mínimo vital parece ser o primeiro passo para alcançar-se o reconhecimento de que o mínimo existencial precisa ser implementado.

O mínimo existencial tem natureza controvertida, ora sendo entendido como um conceito pré-jurídico uma vez que está vinculado ao próprio homem independente do reconhecimento pelas normas, ora sendo atrelado à idéia de direito fundamental³⁸. O que importa é reconhecer que o mínimo existencial é “um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas”³⁹.

O mínimo existencial tem dois prismas a serem observados. O primeiro exige que o Estado se abstenha de criar tributos sobre os direitos fundamentais mínimos. O segundo determina a realização de prestações em prol dos mais necessitados.

Por isto tal preceito, está umbilicalmente vinculado ao princípio da dignidade da pessoa humana. A ausência deste mínimo inviabiliza a fruição de qualquer (outro) direito fundamental. O Estado não pode se furtar de fornecer as condições mínimas para o desenvolvimento do homem, conforme reconheceu o Supremo

³⁵ NOVAIS, Jorge Reis. **Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

³⁶ Heinrich Scholler citado por Ingo Sarlet in *Direitos Fundamentais: Orçamento e reserva do possível*. Livraria do Advogado, 2008, página 21.

³⁷ Uma ponderação deve ser feita: No Brasil, aparentemente até o mínimo vital tem sido negado a maioria da população, como crianças que vem a óbito por falta de assistência básica à saúde.

³⁸ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para a sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p.188.

³⁹ TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional da era dos direitos. In TORRES, Ricardo Lobo (org.) **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p 262-263.

Tribunal Federal no julgamento da ADPF nº 45. No entanto, estas condições mínimas são bastante fluidas, não existindo critérios objetivos a serem observado.

Por conta desta abrangência, no âmbito do direito à saúde, o Poder Judiciário extrapolou os limites do razoável concedendo tratamentos especializados e com custos elevados, até mesmo no exterior, e fornecimento de medicamentos de eficácia duvidosa⁴⁰.

O mínimo a ser fornecido pelo Estado, no que tange às prestações de saúde, precisa estar compatível com o princípio da igualdade material. Ana Paula de Barcellos propõe dois parâmetros a serem observados na delimitação do mínimo. O primeiro é a relação entre o custo do tratamento e o benefício que ele possa trazer para a maior quantidade de pessoas atendidas dele necessitadas. O segundo é a inclusão de medidas genéricas que são ou poderão ser úteis na esfera do mínimo existencial⁴¹.

As proposições da autora apresentam compatibilidade com o sistema de saúde, previsto na Constituição de 1988, que enfatiza que as medidas nesse campo deverão ser voltadas para a redução do risco de doença (preventiva) e, por sua vez, as curativas deverão ser de acesso universal e igualitário. Os programas de vacinação e saneamento básico são ótimos exemplos de medidas de saúde a comporem o mínimo existencial. Em tópico autônomo serão discutidas com mais vagar as características do sistema de saúde no Brasil.

Deve-se fazer ainda uma correlação entre mínimo existencial e reserva do possível, servindo aquele como parâmetro a esta, e caso não seja possível faz-se necessária “a demonstração por parte dos órgãos estatais e agentes políticos a comprovação da falta efetiva de recursos, assim como da eficiente aplicação dos mesmos isto porque a reserva do possível não pode servir como argumento para o descumprimento de obrigações constitucionalmente veiculadas”⁴².

Interessante é que apesar de todos estes obstáculos postos para a efetivação dos direitos sociais o Judiciário tem realizado a sua implementação, ainda que de

⁴⁰ TJPR – AP. Civ. 283029500, 15ª Câmara Cível, Rel. Des. Paulo Habith, Data do Julgamento 28.06.2005

⁴¹ BARCELLOS. Ana Paula de. O Direito à Prestações de Saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletivas e abstratas. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora. 2008. p.810.

⁴² STF, ADPF nº 45 – MC/ DF, Rel. Min. Celso de Mello, Data do Julgamento 29.04.2004.

maneira inadequada. Os Tribunais ao analisar a matéria dos direitos fundamentais sociais – em especial a saúde - reconhecem que os recursos do Estado são finitos, no entanto, ponderam que não se aplica o princípio da reserva do possível quando a matéria versada for direitos fundamentais protegidos constitucionalmente⁴³.

Assim, apesar da reserva do possível ser sempre mencionada pelos julgadores esta variável não chega a impedir a fruição de direitos fundamentais sociais – como à saúde, por exemplo – por aquele que conseguem chegar ao Judiciário. O direito à saúde é sempre posto como mais importantes em face do equilíbrio orçamentário.⁴⁴

Ricardo Lobo Torres alerta que:

“A insistência do Judiciário brasileiro no adjudicar bens públicos individualizados (ex. Remédios), ao revés de determinar a implementação de política pública adequada, tem levado a predação da renda pública pelas elites, a exemplo do que acontece em outros países. E traz à colação as palavras de Ran Hirschl: 'Eu arguo que a tendência global no sentido da autorização judicial através da constitucionalização pode ser entendida como parte e parcela de um processo em larga escala pelo qual a autoridade para realizar a política pública é crescentemente transferida pelas elites econômicas da arena política majoritária para os corpos semi-autônomos e profissionais da política pública, com o objetivo primário de isolar as suas preferências pelas políticas públicas das vicissitudes da política democrática’”⁴⁵

Um ponto comum nas decisões monocráticas proferidas pelo STF é que não se leva em consideração a questão orçamentária. Ricardo Lobo Torres esclarece que ainda que não prevaleça o princípio da reserva do possível em relação ao direito fundamental ao mínimo existencial, os Tribunais não poderia desconsiderar o princípio da reserva de orçamento ⁴⁶.

A questão orçamentária, assim, assume importância ímpar no desenvolvimento deste trabalho e será tratada em capítulo próprio.

⁴³ STF, Pet. 1.246 – SC, Rel. Min. Celso de Mello, Data do Julgamento; STJ, RMS 13.452/MG, Rel. Min. Garcia Vieira, DJU 07.10.2002; STJ, Resp 625.329/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, DJU 23.09.2004. STJ, MS 8.740/DF, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU 09.02.2004.

⁴⁴ RE-AgR 410715 / SP. RE 472707 / SP. RE 467255 / SP. RE 410715 / SP. ADPF 45 MC / DF. RE 436996 / SP. ADI 3768 / DF.

⁴⁵ TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 81-83

⁴⁶ TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 79-80

CAPÍTULO II – O TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À SAÚDE

Ao longo dos séculos o conceito de saúde sofreu significativas alterações. Inicialmente ligado com a espiritualidade e com a religião, a saúde era tida como uma dádiva dos deuses, enquanto a doença era vista como maldição. Na antiguidade grega os estudos sobre a saúde não levavam mais em consideração apenas o paciente, mas também o ambiente em que viviam e lhe influenciavam. Na Idade Média, com a migração dos camponeses para os burgos, de maneira desestruturada, houve um aumento das doenças e um retrocesso no que tange à concepção das doenças que voltaram a ser vistas como castigo, sendo o doente isolado da convivência social. No período renascentista o avanço no campo da saúde foi notório uma vez que o Estado tomou para si a realização das políticas sanitárias como forma de auxiliar o desenvolvimento do capitalismo. Já no século XX, impulsionado pela criação da ONU e da Organização Mundial da Saúde, o Estado estende seu espectro de proteção passando a abranger, não só a questão sanitária. A saúde é vista pela OMS como o completo bem estar físico, mental e social, abandonando a idéia de saúde como inexistência de doença⁴⁷.

Como já exposto, a Constituição de 1988 possibilitou um grande avanço no que tange aos direitos fundamentais. Esses passaram a ter uma efetiva força jurídica que orienta a condução do Estado, máxime por se tratar de norma de hierarquia superior. Aos direitos fundamentais a Constituição Federal atribuiu aplicação direta e imediata (art. 5º, §1º, da CF DE 1988). Com isto, estaria autorizando a criação de mecanismos para efetivar o direito à saúde, independentemente de existir norma infraconstitucional e até mesmo contra a norma infraconstitucional, caso esta esteja dificultando a concretização do preceito em epígrafe.

E mais, como já dito, há o reconhecimento de que os direitos fundamentais não são apenas os elencados no art. 5º, estando espalhados por todo o texto constitucional. Tanto os elencados no art. 5º, quanto os demais, são dotados de

⁴⁷ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para a sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p.77-80.

instrumentos processuais adequados para protegê-los da ação e também da omissão estatal⁴⁸. Os direitos fundamentais são considerados cláusulas pétreas (art. 60, §4º, inc. IV) com todas as garantias inerentes a este *status*.

Por isto, ao direito à saúde se aplicam as disposições do art. 5º, §2º, e do art. 60, §4º, inc. IV, da CF de 1988⁴⁹, justamente pelo art. 5º, §2º, da CF de 1988 que expressamente estabelece que direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Assim, não são apenas os direitos do art. 5º que estão protegidos pela cláusula de imutabilidade ou pela garantia de aplicação direta e imediata, mas todos aqueles dotados de *fundamentalidade*⁵⁰. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já entendeu que o princípio da anterioridade tributária, que se encontra no art. 150, inc. III, *b*, da CF/88, portanto, fora do art. 5º, também não poderia ser suprimido pelo poder constituinte derivado (ADI n 939-DF), tendo em vista a proibição do art. 60, §4º, inc. IV.

Há mais razão ainda para se reconhecer a fundamentalidade em relação ao direito à saúde haja vista que é inquestionável que este direito é um espectro do direito à vida, podendo-se concluir facilmente que também ele é um direito fundamental.

Admitir que os direitos sociais não possuíssem aplicabilidade imediata por não estarem previstos no art. 5º contraria o princípio da máxima efetividade que estabelece que qualquer norma constitucional definidora de direito possa ser aplicada, pois a concretização dos direitos fundamentais deve ser buscada independente de lei, apesar de ainda ser utilizada a classificação das normas constitucionais como auto-aplicáveis e não-auto-aplicáveis, admitindo-se a esdrúxula construção de dispositivos constitucionais sem aplicabilidade.

Apesar de esta ser a postura da jurisprudência nacional para a maioria dos direitos fundamentais sociais, tal óbice não é reconhecido na concretização do direito à saúde. Da análise das decisões percebe-se que a saúde é tida como um

⁴⁸ Através do mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade por omissão

⁴⁹ Nesse sentido, entre outros, SARLET, Ingo. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, pp. 78/80.

direito individual⁵¹, preterindo-se a análise do aspecto social. Então cabe indagar está correta esta concepção? Há autorização constitucional ou legal para que os juízes assim procedam? Para isto deve-se entender o tratamento dado à saúde pela Constituição Federal e pelas leis infra-constitucionais.

Desde a primeira Constituição da República do Brasil há normas cuidando do tema, no entanto, sob o prisma da fixação das competências legislativas e administrativas. Apenas com a Constituição de 1988 a saúde passou a ser no Brasil tratada como direito fundamental, sob a influência das principais declarações internacionais de direitos humanos. Diversos dispositivos constitucionais tratam expressamente da saúde, havendo inclusive uma seção específica no capítulo destinado à Seguridade Social.

No art. 6º o constituinte originário estabeleceu a saúde como um direito social. Nos incisos IV e XXII do artigo 7º há a determinação de que o salário-mínimo deverá ser capaz de atender as necessidades vitais básica do trabalhador e de sua família, inclusive a saúde e a imposição de que haja redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

A Constituição Federal adotou o modelo da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para cuidar da saúde, conforme se vislumbra no art. 23, inc. II. É ainda dos três entes a competência para legislar sobre a defesa da saúde, nos termos do artigo 24, inc. XII. A Constituição de 1988 conferiu ao ente municipal (art. 30, inc. I) a competência para legislar sobre a saúde, já que se trata de assunto também de interesse local, principalmente em razão da execução de tais serviços estar municipalizada. Também permitiu que os Municípios prestassem serviços de atendimento à saúde da população, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado (art. 30, inc. VII).

A Emenda Constitucional 29/2000 acrescentou a alínea “e” ao inc. VII, do art. 34 e o inc. III, do art. 35, prevendo a possibilidade de intervenção da União nos

⁵¹ “Nos casos de concessão [de medicamentos], em 93% das decisões os julgadores consideram o direito à saúde como individual”. Pesquisa intitulada “o Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil: o caso AIDS” realizada por estudantes de direito da Universidade de São Paulo sob a coordenação dos Professores José Eduardo Faria e Diogo Coutinho na qual analisou-se decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça daquele estado nos casos de ações para obtenção de medicamento para o tratamento da AIDS, de janeiro de 1997 a junho de 2004. Disponível no endereço eletrônico <http://www.ipea.gov.br/sobreipea/40anos/estudantes/monografiacamila.doc>. Acesso em 22.02.2008.

Estados e no Distrito Federal e de intervenção dos Estados nos Municípios caso não seja aplicado o percentual mínimo estabelecido da receita resultante de impostos respectivos, abrangida também a proveniente de transferências, nas ações e serviços públicos de saúde.

O artigo 196 trata a saúde como 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. Já o artigo seguinte estabelece que as ações e serviços de saúde são de relevância pública, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei⁵², sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

O art. 198 fixa a estrutura geral do sistema único de saúde, considerando-o uma rede regionalizada e hierarquizada, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: a) descentralização, com direção única em cada esfera de governo; b) atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; c) participação da comunidade. Esse sistema será financiado com recursos da seguridade social, da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes (§1º), ficando previstos recursos mínimos⁵³ a serem aplicados, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde (§§ 2º e 3º).

No artigo 200 são elencadas de maneira exemplificativa as atribuições do sistema único de saúde, a saber: a) controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; b) executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do

⁵² Atualmente, a Lei 8.080/90 fornece a regulamentação geral do sistema nacional de saúde.

⁵³ A EC nº 29/2000 estabeleceu que lei complementar fixaria o percentual mínimo para União, Estados-Membros/Distrito Federal e Municípios gastarem anualmente nas ações e serviços públicos de saúde. Ocorre que até hoje não houve a edição da referida lei, sendo aplicadas as regras do art. 77 do ADCT também alterado pelo emenda constitucional. Assim, no caso dos Estados e do Distrito Federal, doze por cento do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; e no caso dos Municípios e do Distrito Federal, quinze por cento do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.

trabalhador; c) ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; d) participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; e) incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico; f) fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; g) participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; h) colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Pode se dizer que o tratamento constitucional dado ao direito à saúde demonstra a importância do bem em questão, sendo nítida a preocupação do constituinte originário em dar efetividade às ações e programas nesta área. Portanto, as normas constitucionais sobre a matéria possuem eficácia jurídica em face do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, podendo respaldar pedidos e decisões judiciais sobre o direito à saúde.

Mas a eficácia imediata das normas sobre a saúde quer dizer na prática que o Estado tem obrigação de arcar com todo e qualquer prestação relacionada à saúde? Qual seria o limite a ser considerado como válido para a atuação estatal e para a recusa à prestação do direito à saúde? A resposta a tais indagações perpassa pela própria definição do modelo de sistema de saúde adotado no Brasil, a ser estudado logo à frente.

É bom que se destaque desde logo que mesmo sem ter os lindes bem definidos acerca deste sistema, o Judiciário brasileiro vem entendendo o direito à saúde como de aplicação imediata e que ao Estado compete dar a mais ampla assistência neste campo. Pode-se dizer que há um desvirtuamento na concessão do direito à saúde no Brasil. Indivíduos de classes alta e média estão se valendo de sua facilidade de acesso ao Judiciário para obter prestações de saúde de cunho individual. Com isto, atenta-se contra a igualdade material, princípio regente da ordem constitucional de 1988. Ademais, a concessão do direito individualmente irá privar que os indivíduos realmente necessitados gozem de políticas públicas implementadas pelo Estado uma vez que o financiamento do tratamento de saúde de um indivíduo retirou do monte destinado à saúde uma parcela de recursos⁵⁴.

⁵⁴ “No Estado de São Paulo, há cerca de cem portadores da doença [de Gaucher] que, em razão de

Travestida de justiça, as decisões dos juízes promovem a desigualdade ao realizarem o direito à saúde, direito essencialmente social, para apenas uma pessoa.

Com efeito, o direito à saúde é visto, atualmente, pelo Judiciário brasileiro como “um poder a ser exercido de forma limitada, irrestrita e irracional pelo indivíduo contra o Estado e em desconsideração da comunidade”⁵⁵. Por conseguinte, tem-se o direito à saúde como um direito absoluto^{56,57}.

Há, portanto, a desconsideração de que aos direitos fundamentais podem ser opostos direitos igualmente fundamentais e que, por razões variadas, revelam-se mais importantes de serem observados pelo Estado em uma situação concreta. Os exemplos clássicos são direito à informação versus direito à intimidade, direito à liberdade de pensamento versus direito à não discriminação. Não obstante, ao direito à saúde de um indivíduo pode ser oposto o direito à saúde de todos os outros indivíduos. Esta é uma leitura do direito à saúde sob a ótica da função social que não pode ser olvidada quando se interpreta os direitos consagrados constitucionalmente.

Cabe lembrar que o direito à saúde é um direito fundamental social, inserto na Constituição de 1988 no Título Da Ordem Social cujo objetivo é promover o bem estar e a justiça social nos termos do art. 193. E mais, além do direito à saúde ser

decisões judiciais, recebem tratamento grátis. O tratamento custa por pessoa US\$ 9.620 por mês. Para essas cem pessoas, o custo anual é de mais de US\$ 10 milhões. Segundo os dados trazidos acima sobre o combate à fome endêmica [o Governo fornece R\$50 por família], este valor seria suficiente para ajudar 250 mil pessoas por ano”. SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais. SOUZA NETO, Cláudio Pereira. SARMENTO, Daniel.(Coordenadores) **Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008. p.596-597.

⁵⁵ LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. In SARLET, Ingo Wolfgang e Luciano Benetti Timm (orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.269.

⁵⁶ O direito subjetivo entendido como poder absoluto é fruto do pensamento jurídico dos jusracionalistas e teve consagração legislativa no Código Civil Napoleônico de 1804.

⁵⁷ “De uma situação em que se propugnava que o Estado não tinha qualquer dever de oferecer prestações materiais a indivíduos que o demandassem, se passou a uma situação em que qualquer indivíduo tem o direito a qualquer prestação do Estado, sob o argumento exclusivo de que o direito à saúde, assegurado na Constituição Federal, é um direito subjetivo público a ser exercido contra o Estado, sem quaisquer outras considerações”. LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. In SARLET, Ingo Wolfgang e Luciano Benetti Timm (orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.p.276.

um direito de todos e um dever do Estado, ele deve ser garantido mediante políticas sociais e econômicas, que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art.196 da CF).

Estes vetores devem ser utilizados pelo Judiciário quando estiver diante de uma demanda por direito à saúde.

A nova Constituição rompeu com o modelo anteriormente adotado de que apenas os contribuintes da Previdência Social tinham acesso à assistência médica. A partir de 1988 este acesso foi estendido para qualquer pessoa, independente de contribuição, vindo daí a universalidade, estabelecida no art. 196 da Constituição Federal

No entanto, a universalidade não deve ser confundida com a gratuidade de toda prestação de saúde. Isto porque ao possibilitar acesso de qualquer indivíduo ao sistema não se autoriza a dizer que este acesso irá ocorrer sem custo. Até mesmo em razão do princípio da igualdade material aqueles que tem como custear os serviços fornecidos, assim devem fazê-lo.

Há de se argumentar que a Lei nº 8.080 estabeleceu, em seu art. 43, a gratuidade dos serviços de saúde nela previstos. Ainda que se entenda que esta previsão legal autoriza mesmo os mais abastados a não custearem as ações de saúde usufruídas, as suas disposições não tem o condão de estender esta gratuidade para todo e qualquer serviço de saúde.

A interpretação que parece mais compatível com a Constituição Federal é aquela que exige a comprovação da necessidade financeira para a concessão gratuita dos serviços de saúde⁵⁸. Apesar do SUS ser acessível a todos, em razão da igualdade material, apenas podem se utilizar do sistema aqueles que dele precisem. Aqui se tem o uso da igualdade na chegada de modo a compensar todos aqueles

⁵⁸ “Se, (...), a universalidade do acesso às ações e serviços públicos não obriga sua oferta gratuita senão àqueles comprovadamente carentes, lícito concluir que o Estado não está compelido, ao menos por força constitucional, a fornecer gratuitamente serviços de saúde a quem reúne condições de provê-los às suas próprias expensas. Se o legislador ordinário optou por estender a gratuidade a qualquer indivíduo, independentemente de sua real necessidade financeira, ela abrangerá tão somente às prestações concedidas pela lei e explicitadas infralegais, regularmente ofertadas que são pelo SUS”. HENRIQUES, Fátima Vieira. Direito Prestacional à Saúde e Atuação Jurisdicional. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008, p. 831.

que, por conta de dificuldades reais, não conseguiram alcançar os patamares mínimos para se desenvolver enquanto pessoa. Entender a universalização de outro modo seria possibilitar que pessoas abastadas utilizassem dos valores destinado ao tratamento dos miseráveis⁵⁹.

Assim, os serviços públicos de saúde prestados para aqueles que têm condições de arcar com os seus custos devem ser cobrados, pois a universalidade do SUS garantida constitucionalmente não quer significar gratuidade. A Constituição, em momento, algum determinou que os serviços de saúde seriam prestados de maneira gratuita. A gratuidade foi instituída pela Lei do SUS em relação aos serviços por ela previstos e para as pessoas que dele necessitam.

Não há, portanto, razão legal para a extensão do dever estatal de fornecer prestações de saúde para os indivíduos que não podem ser considerados necessitados. Assim, aquele que necessita de um serviço de saúde e tem condições de arcar com o seu custo, assim deverá fazê-lo⁶⁰. E esta cobrança é perfeitamente compatível com o princípio da isonomia, em sua faceta material, permitindo que se forneça tratamento desigual àqueles que estão em situação desigual.

Outro valor regente deste sistema é a integralidade do atendimento. A integralidade significa “que as ações e serviços de saúde devem ser considerados como um todo, a atuar de modo harmônico e contínuo”⁶¹. A idéia de integralidade das prestações de saúde foi introduzida pelo inciso III do art. 198 da Constituição Federal e, posteriormente, prevista também para a realização das ações de saúde pelo SUS (art.5º da Lei nº 8.080/90).

A integralidade da assistência de saúde foi conceituada pela própria Lei do SUS em seu art. 7º como sendo um conjunto articulado e contínuo de ações e

⁵⁹ “Os direitos sociais a prestações tendem a constituir discriminações positivas e, por esse motivo, cada vez menos se mostram como direitos universais de igualdade”. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde – Parâmetros para a sua Eficácia e Efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007, p.169.

⁶⁰ “O acesso aos serviços de saúde, mediante cobrança de quem possua e na justa medida dessas condições econômicas, delinea-se como uma possível alternativa à evidente escassez dos recursos financeiros e médicos disponíveis à efetivação do direito à saúde também no Brasil”. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde – Parâmetros para a sua Eficácia e Efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007, p.172.

⁶¹ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde – Parâmetros para a sua Eficácia e Efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007, p.99.

serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema. A assistência à saúde é composta por medidas de duas natureza que se relacionam estreitamente: ações preventivas e ações curativas.

No entanto, esta integralidade das prestações de saúde não pode ser confundida com assistência irrestrita e ilimitada. O SUS não poderá recusar-se a prestar assistência à saúde dos necessitados, no entanto deve fazê-lo seguindo os protocolos clínicos ou padrões técnico-científicos⁶² já estabelecidos. Isto porque o SUS faz parte da Administração Pública, devendo ter sua atuação norteadas pelo princípio da economicidade e eficiência. Desta forma, os tratamentos disponibilizados devem ser sempre aqueles cientificamente eficazes⁶³ e, dentre os que apresentam esta condição, serão selecionados os menos custosos. Daí porque devem ser excluídos os tratamentos no exterior, pois não é possível que o Estado, em nome da integralidade, seja obrigado a arcar com todos os tratamentos

⁶² STJ, STA nº 59/SC, Rel. Min. Nilson Naves, DJU 02.02.2004.

⁶³ Não é raro a concessão de tutela jurisdicional obrigando ao Estado a custear tratamentos médicos sem comprovação científica. Até mesmo o Supremo Tribunal Federal já concedeu tratamentos deste tipo conforme se vê na Pet. Nº 1.246/SC concedeu um tratamento experimental que posteriormente veio a ser proibido no Brasil pelo Conselho Federal de Medicina. Veja-se a íntegra da decisão do Min. Celso de Mello: “A singularidade do caso (menor impúbere portador de doença rara denominada Distrofia Muscular de Duchene), a imprescindibilidade da medida cautelar concedida pelo poder Judiciário do Estado de Santa Catarina (necessidade de transplante das células mioblásticas, que constitui o único meio capaz de salvar a vida do paciente) e a impostergabilidade do cumprimento do dever político-constitucional que se impõe ao Poder Público, em todas as dimensões da organização federativa, de assegurar a todos a proteção à saúde (CF, art. 196) e de dispensar especial tutela à criança e ao adolescente (CF, art. 6º, c/c art. 227, § 1º) constituem fatores, que, associados a um imperativo de solidariedade humana, desautorizam o deferimento do pedido ora formulado pelo Estado de Santa Catarina (fls. 2/30). O acolhimento da postulação cautelar deduzida pelo Estado de Santa Catarina certamente conduziria a um desfecho trágico, pois impediria, ante a irreversibilidade da situação, que o ora requerido merecesse o tratamento inadiável a que tem direito e que se revela essencial à preservação de sua própria vida. 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 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: o respeito indeclinável à vida. Por tal motivo, indefiro o pedido formulado pelo Estado de Santa Catarina, pois a decisão proferida pela Magistratura catarinense - longe de caracterizar ameaça à ordem pública e administrativa local, como pretende o Governo estadual (fls. 29) - traduz, no caso em análise, um gesto digno de reverente e solidário apreço à vida de um menor, que, pertencente a família pobre, não dispõe de condições para custear as despesas do único tratamento médico-hospitalar capaz de salvá-lo de morte inevitável (fls. 76)”.

Deferindo tratamentos experimentais pode-se citar ainda os RE nº 411.557/DF Rel. Min. Cezar Peluso, Data de Julgamento 24.09.2004 e nº 359.383/DF, Rel. Min. Eros Grau, Data do Julgamento 20.10.2005. Indeferindo tratamentos ainda não comprovadamente eficientes: RE nº 458.927/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, Data do Julgamento 27.07.2006.

disponíveis no planeta⁶⁴.

Para que se mantenha a coerência do Sistema Único de Saúde este apenas poderá fornecer tratamento dos pacientes na sua rede atendidos e diagnosticados. Esta é uma maneira de evitar que o Estado arque com o custo de um diagnóstico feito por um médico privado, sem observância das limitações impostas ao SUS, tanto técnicas quanto financeiras como já restou demonstrado. Esta imposição de que o médico não seja privado é feita por conta de dois fatores: o primeiro deles é que àquele que foi atendido por um médico privado tem mais condições do que aquele que desde o início se vale do SUS, preserva-se, então, o princípio de que o Estado apenas deve prover o tratamento de quem não pode pagar e recorreu ao sistema público. A segunda razão é que se for acatado o diagnóstico de um médico particular, os profissionais do SUS poderão ser obrigados a tratar um paciente diagnosticado de maneira diferente daquela que os médicos do SUS fariam.⁶⁵ E aqui não há um despreço pelos profissionais que exercem seus misteres na área privada, mas deve-se estar sempre atento ao fato de que a Administração Pública prestigia a supremacia do interesse público e, para isto, fixa parâmetros e normas de condutas necessárias. Se o paciente quer se utilizar dos serviços do sistema público de saúde deverá submeter-se aos limites por ele impostos, e um deles é justamente o diagnóstico feito pelo profissional vinculado ao SUS.

Daí porque a integralidade não quer significar dever do Estado em relação a todo e qualquer serviço médico⁶⁶. Isto porque quando a Constituição afirmou que a

⁶⁴ Neste sentido foi o acórdão do STJ na Suspensão de Segurança nº 1.467/DF, Rel. Min. Edson Vidigal que estabeleceu que “ainda não há condições de se oferecer a medicina de ponta prestada por instituições médicas estrangeiras a todos os que alegam que os tratamentos oferecidos internamente não alcançam os mesmos níveis de cura”. No mesmo sentido MS 8.895/DF, Rel. Min. Eliana Calmon, Data de Julgamento 22.10.2003: “ADMINISTRATIVO – SERVIÇO DE SAÚDE – TRATAMENTO NO EXTERIOR – RETINOSE PIGMENTAR. 1. Parecer técnico do Conselho Brasileiro de Oftalmologia desaconselha o tratamento da “retinose pigmentar” no Centro Internacional de Retinose Pigmentária em Cuba, o que levou o Ministro da Saúde a baixar a Portaria 763, proibindo o financiamento do tratamento no exterior pelo SUS. 2. Legalidade da proibição, pautada em critérios técnicos e científicos. 3. A Medicina social não pode desperdiçar recursos com tratamentos alternativos, sem constatação quanto ao sucesso nos resultados. 4. Mandado de segurança denegado”. Deferindo o tratamento no estrangeiro: STJ, REsp nº 353.147/DF, Rel. Min. Franciulli Neto, Data do Julgamento 15.10.2002.

⁶⁵ HENRIQUES, Fátima Vieira. Direito Prestacional à Saúde e Atuação Jurisdicional. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008. p.839

⁶⁶ “Verifico estar devidamente configurada a lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde. Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos

saúde é um dever do Estado, restringiu os objetos deste dever, fazendo referência a medidas preventivas, medidas de saneamento básico e outras de caráter geral e elementar, até porque na sociedade atual o número de enfermidades e de tratamentos para curá-las são infindáveis. Deste modo, assegura-se de maneira geral – para todos que necessitam do auxílio do Estado – medidas de atenção básica à saúde.

Quando a Lei nº 8.080/90 estabeleceu serviços médicos que não podem ser considerados básicos – serviços médicos especializados – o Estado assumiu para si, através de lei, mais obrigações do que aquelas constitucionalmente abrangidas sendo, indubitavelmente, responsável por elas. No entanto, na ausência de legislação ampliadora do direito à saúde apenas será exigido do Poder Público um mínimo indispensável para a vida com dignidade.

Na apreciação do direito social à saúde não se pode perder de vista a igualdade que possibilita diversas perspectivas. A primeira delas é a da isonomia formal garantida pela CF e pelo art. 7º da Lei nº 8.080/90 ao estabelecerem o acesso igualitário aos serviços de saúde fornecidos pelo Estado. No entanto, um segundo ponto de vista é o da igualdade material já referido neste trabalho que impõe uma análise macro da situação posta. Através dela o juiz deve verificar se há a possibilidade de disponibilizar para todos que necessitarem o serviço de saúde postulado. Neste sentido, Fátima Henriques, tratando do tratamento idêntico,

tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se deferir o custeio do medicamento em questão em prol do impetrante, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. Ademais, o medicamento solicitado pelo impetrante, além de ser de custo elevado, não consta da lista do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde, certo, ainda, que o mesmo se encontra em fase de estudos e pesquisas. Constato, também, que o Estado do Rio Grande do Norte não está se recusando a fornecer tratamento ao impetrante. É que, conforme asseverou em suas razões, 'o medicamento requerido é um *plus* ao tratamento que a parte impetrante já está recebendo' (fl. 14). Finalmente, no presente caso, poderá haver o denominado "efeito multiplicador" (SS 1.836-AgR/RJ, rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, unânime, DJ 11.10.2001), diante da existência de milhares de pessoas em situação potencialmente idêntica àquela do impetrante. 6. Ante o exposto, defiro o pedido para suspender a execução da liminar concedida nos autos do Mandado de Segurança nº 2006.006795-0 (fls. 31-35), em trâmite no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. Comunique-se, com urgência". STF, SS nº 3073/RN, Rel. Min. Ellen Gracie, DJU 14.02.2007.

esclarece que:

Ao transpor esta máxima universal para a seara do serviço público de saúde, especificando ser a igualdade de acesso e assistência princípio obrigatório o legislador – tanto o constituinte quanto o ordinário – fez surgir para o juiz o ônus de verificar, sempre que diante de demanda individual por prestação sanitária não abarcada pelo SUS – e, portanto, não deferida por força de prévia decisão democrática infraconstitucional – se viável conferir igual benefício a todos que estejam em situação análoga àquela apresentada pelo postulante⁶⁷.

Para que o Judiciário negue a postulação faz-se necessário analisar dados concretos de conteúdo financeiro-orçamentário uma vez que a reserva do possível não é escusa absoluta, devendo ser, além de alegada, provada pelo ente público. Pode ser, inclusive, aplicada por analogia a regra da inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor) ou a regra da distribuição dinâmica do ônus da prova, flexibilizando-se o art. 333 CPC, para atribuir o ônus da prova à parte que estiver mais próxima dos fatos e tiver mais facilidade de prová-los.

Com isto, ao apreciar uma ação judicial com o pedido de tutela jurisdicional individual relacionada à saúde, o juiz deve indagar se é financeiramente possível para o Estado custear, caso necessário, o mesmo tratamento para todos os brasileiros⁶⁸. Apenas quando a resposta for afirmativa é que a decisão judicial estará compatível com a Constituição. Assim, percebe-se que a questão orçamentária não é de somenos importância como faz parecer o Pretório Excelso em seus julgados⁶⁹. Isto porque não se trata de opor o valor saúde ao valor legalidade/equilíbrio orçamentário como procede o Poder Judiciário brasileiro ao fazer a ponderação, mas sim ponderar o valor da saúde de um indivíduo em contraposição ao valor à saúde de todos os cidadãos que estejam na situação apreciada.

A concessão individual do direito à saúde pelo Judiciário também seria

⁶⁷ HENRIQUES, Fátima Vieira. Direito Prestacional à Saúde e Atuação Jurisdicional. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008. p. 832.

⁶⁸ “Num contexto em que a disparidade social se reflete também pela pretensão a prestações materiais em saúde, os questionamentos provindos da Bioética abrem o leque à disposição do julgador, autorizando que justifique a exclusão de certa prestação material requerida e, assim, relativize a integralidade de atendimento sempre que outros valores, bens e princípios prevaleçam na hipótese concreta, mormente se constitucionais”. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde – Parâmetros para a sua Eficácia e Efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.176. No mesmo sentido: “Não se pode pedir e não se deve dar a uma pessoa em particular algo que se sabe de antemão que não pode ser dado a todos os que se encontram na mesma situação”. LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (Org.) **Direitos Fundamentais – Orçamento e Reserva do Possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p.191.

⁶⁹ STF, RE nº 393.175, Rel. Min. Celso de Mello, Data do Julgamento 01.02.2006.

atentatória ao princípio da impessoalidade, pois tal princípio é linear, deve ser aplicado no âmbito do Executivo, do Legislativo e do Judiciário. Com a concessão de uma prestação positiva e individualizada do Estado, o Judiciário estaria conferindo tratamento diferenciado entre cidadãos haja vista que estaria criando tratamento diferenciado entre aqueles que podem ir a juízo e aqueles que não podem. Neste sentido:

o direito deve distinguir pessoas e situações distintas entre si, a fim de conferir tratamento normativo a pessoas e a situações que não sejam iguais. A questão que fica – crucial é a seguinte na dicção de Celso Antônio Bandeira de Mello: Afinal, que espécie de igualdade veda e que tipo de desigualdade faculta a discriminação de situações e pessoas, sem quebra e agressão aos objetivos transfundidos no princípio constitucional da isonomia? (STF, ADI nº3.305/DF, Rel. Min. Eros Grau, Data do Julgamento 13.09.2006)

Decisão da Presidência do STF ventila a posição acima adotada ao estabelecer que

a norma do art. 196 da Constituição da República que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se conceder os efeitos da antecipação de tutela para determinar que o Estado forneça os medicamentos relacionados (...) e outros medicamentos necessários para tratamento (...) dos associados, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade (STF, STA nº 91/AL, Rel; Min. Ellen Grace, Data do Julgamento 26.02.2007).

O juízo de ponderação usualmente feitos pelos juízes ao apreciar as demandas que lhe são postas acaba por eleger a saúde do requerente como prioridade do Estado, uma vez que está intrinsecamente relacionada com o direito à vida, o mais fundamental dos direitos. Sob este prisma, nenhum pedido será negado, ainda que restrito a uma pessoa. Daí a necessidade de ampliar o campo de visão do Judiciário brasileiro para que consiga vislumbrar que as medidas adotadas restringem o direito à vida de outras tantas pessoas, devendo-se considerá-las no momento da decisão.

O fornecimento indiscriminado pelo Estado de qualquer prestação de saúde à universalidade de seus cidadãos, facultando a todos o ajuizamento de demandas judiciais na hipótese de inadimplemento, tampouco constituiria a solução mais equânime, sob pena de imputar-se a toda coletividade o ônus de custear prestações de saúde àqueles poucos que dispõem de acesso à informação e reúnem melhores condições econômicas para litigar⁷⁰.

⁷⁰ HENRIQUES, Fátima Vieira. Direito Prestacional à Saúde e Atuação Jurisdicional. In SOUZA

Ora, certo que não há condições de o Estado fornecer qualquer prestação de saúde a qualquer um que a postule, seja por impossibilidade jurídica, seja por impossibilidade fática. Assim, critérios objetivos devem ser considerados para que se realize o mínimo existencial do direito à saúde.

No caso da concessão de tutela jurisdicional devem ser consideradas pelos juízes as políticas públicas já implementadas pelo Estado, ainda que de maneira insuficiente, a fim de manter-se a isonomia entre os cidadão que estão na mesma situação⁷¹.

Daí se infere que para o Poder Público realizar a saúde, tal como preconizada na Constituição, deve implementar políticas públicas universais e igualitárias, possibilitando o atendimento de forma integral. Neste ponto, é indispensável atentar para a terminologia constitucional. Sabe-se que a lei não contém palavras inúteis e, portanto, quando faz referência a estas duas características é obrigação do Estado, quando da realização do direito à saúde, observá-las.

Estas considerações acerca dos contornos constitucionais e legais a respeito do direito à saúde são indispensáveis no momento do Poder Judiciário decidir se obriga ou não que o Estado custeie determinado tratamento de saúde.

NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008. p. 828.

⁷¹ FERREIRA, Camila Duran [et al]. **O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil: o Caso AIDS**. Texto disponível no endereço eletrônico www.ipea.gov.br/sobreipea/40anos/estudantes/monografiacamila.doc Acesso em 22.02.2008.

CAPÍTULO III – O PODER DOS JUÍZES

3.1 AS ALTERAÇÕES NO MODELO DE ESTADO E O REFLEXO NAS RELAÇÕES ENTRE OS PODERES

O poder estatal sempre foi objeto de estudo pela ciência jurídica. O modelo concentracionista do Absolutismo e todos os efeitos dele decorrentes mostravam-se incompatíveis com a sociedade capitalista que se desenvolvia. Surge, então, Montesquieu afirmando que quem tem poder tende a abusar e preconizando que a solução para este dilema seria separar as funções do Estado, atribuindo a atividade de legislar para um, a de administrar para outro e a de julgar para um terceiro. Buscou-se, com isto, apartar qualquer ingerência de um poder no outro.

Mas como se daria a separação entre os três poderes que compunham o Estado, um ente uno? Viu-se que a separação de poderes não poderia ser absoluta, mas apenas de tarefas, de forma a viabilizar o desenvolvimento das atividades a cargo do Estado. Apesar disto ainda eram bastante fortes as linhas que separavam o Poder Executivo, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário.

A alteração da sociedade trouxe uma série de mudanças na concepção da separação de poderes. Os modelos de Estados foram sendo alterados ao longo do tempo e a configuração originária das funções dos Poderes que compõe o Estado, inevitavelmente, foi modificada.

Em livro intitulado de Crime e Constituição, Lenio Streck e Luciano Feldens trazem uma leitura interessante da separação dos poderes, princípio no qual se sustentam os Estados Contemporâneos. Os autores ressaltam que o modelo de Estado, ao longo da História, definiu qual dos poderes gozava de maior preponderância no cenário político de determinado Estado.

Com o Estado Liberal, havia uma importância maior do Legislativo, uma vez que o Estado era apenas um ente regulador das relações entre os particulares,

devendo garantir-lhes que o Estado não iria interferir na esfera particular. O Estado garantia a sua (suposta) omissão.. O Poder Legislativo desempenha neste cenário um papel de destaque uma vez que a ele compete a instituição dos limites a serem respeitados pelo Poder Público.

Num segundo momento e diante da falência do modelo liberal passou-se a exigir que o Estado deixasse de apenas regular as relações entre os particulares e passasse a intervir na vida dos cidadãos a fim de garantir-lhes um mínimo de direitos e a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social. Surgem aí as políticas públicas como instrumento desta nova realidade. Aqui ganha grande destaque o Poder Executivo, o empreendedor de todos aqueles direitos previstos em lei.

Ocorre que o Poder Executivo realiza esta tarefa muitas vezes de maneira precária, não havendo uma coerência entre as ações realizadas. Há, poder-se-ia dizer, uma desconsideração dos dispositivos constitucionais na implementação devida. Os governantes priorizam as ações que têm reflexo mais imediato na vida política, com finalidade manifestamente eleitoreira⁷², afastando-se do fim público que deveria nortear a conduta do administrador.

A discricionariedade que caracteriza a atividade administrativa passa a ter um aspecto negativo frente à atitude abusiva daqueles que chefiam a Administração Pública. Fica claro que o modelo intervencionista é insuficiente para o alcance da justiça social.

Numa terceira etapa, o modelo de Estado altere-se novamente. Agora se vive num Estado Democrático de Direito, segundo Lenio Streck e Luciano Feldens “o grande salto paradigmático reside exatamente na eleição dos dois pilares que sustentam o Estado Democrático de Direito: o respeito à democracia e aos direitos

⁷² A maior severidade na aplicação das penas, a diminuição da maioria penal, bem como o aumento do aparato policial são algumas das medidas propagadas e implementadas, como se os problemas da sociedade brasileira atual estivesse “neles”, os marginais, que nasceram para fazer o mal, num discurso eminentemente maniqueísta que desconsidera a complexidade da sociedade humana. Os “bandidos” nada mais são do que pessoas que em face da marginalização que sofreram durante a vida toda, escolhem maneiras diferenciadas de ganhar a vida, desconsiderando valores tidos como importantes para uma comunidade da qual ele não faz parte.

fundamentais”⁷³.

E mais adiante os mesmos autores ensinam:

Atente-se: se no Estado Liberal observávamos, na relação Estado-Poder-Sociedade, uma nítida proeminência do Poder Legislativo (do “império da lei”), e, no Estado Social verificávamos uma forte influência do Poder Executivo em face da necessidade de implementação das políticas públicas – o que acarretava um perfil autoritário a essa forma de Estado -, no Estado Democrático de Direito verifica-se uma nítida migração dessa esfera de tensão, a culminar com seu deslocamento em direção ao Poder Judiciário, abrindo campo àquilo que hoje se entende por justiça constitucional.⁷⁴

Daí se tem o Poder Judiciário como a instituição capaz de realizar os direitos fundamentais assumidos pelo texto constitucional através de ações de índole prestacional. Apenas com uma nova leitura do princípio da Separação dos Poderes a implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário tornou-se possível⁷⁵.

⁷³ STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 17

⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público. Rio de Janeiro: Forense, 2006. pp 17-18

⁷⁵ "A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado 'livre espaço de conformação' (...). Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos. Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parecem cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais. A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis; normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes (...). Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social. A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como conseqüência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. (...) Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais." KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: Os (des)caminho de**

3.2 ACESSO À JUSTIÇA

O acesso à justiça pode ser entendido como a maneira que os cidadãos de um dado país, através do sistema jurídico disponibilizado, podem chegar ao Poder Judiciário a fim de resolverem seus conflitos de interesse sob a proteção do Estado e com todas as garantias a isto inerentes. Não pode ser esquecido que a solução judicial deve ter a função de pacificação social e promoção da justiça.

No Estado Liberal não havia uma real preocupação com o efetivo alcance à justiça, bastava que o acesso fosse proporcionado, ainda que apenas formalmente. Apenas aqueles que podiam pagar é que obtinham o serviço estatal e o prisma abordado era tão somente o individual. Essas características contaminam até hoje o sistema judiciário, embora em menor grau.

O Estado assumiu para si diversas obrigações positivas e com elas alterou-se o foco do sistema de justiça do individual para o coletivo. Cada vez se agregam mais direito aos cidadãos e com isto maior é a procura por um sistema de justiça eficaz e capaz de proporcionar a garantia destes direitos. Isto porque reconhece-se que de nada adianta elencar direitos se estes não são assegurados.

Com isto altera-se também a concepção de processo que passa a ser concebido como um instrumento na realização da pacificação social com justiça. Aqui deve-se fazer a leitura que no Estado de Direito nenhum instituto pode ter um fim em si mesmo, sendo imprescindível descobrir-se a função social do processo. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar o direito de todos⁷⁶.

O direito de ação ganhou maior amplitude com a Constituição de 1988. Com isto buscou-se aproximar o Poder Judiciário da população de modo a viabilizar a implementação dos direitos fundamentais trazidos ou ampliados pela novel carta constitucional. Um dos objetivos de tal alteração era facilitar o acesso aos juízes e com esta mentalidade foi editada a Lei nº 9.099/95 a qual instituiu os juizados

um direito constitucional “comparado”, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002. p. 22-23

⁷⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988. Reimpresso 2002. p. 12.

especiais que em muito contribuíram para o acesso da população mais carente às garantias constitucionais.

Apesar disto, há ainda muitos entraves à universalização do acesso à justiça. Um dos primeiros obstáculos a ser apontado é o custo. Embora exista a defensoria pública, constitucionalizada a partir de 1988 e pouco prestigiada no que tange às prioridades governamentais, os socialmente marginalizados ainda encontram dificuldades em alcançar às portas do Judiciário brasileiro. A demanda é muito maior do que os serviços disponibilizados pelo órgão público com função de defender os interesses daqueles que não podem pagar pelo processo. Com isto, priorizam-se as ações de natureza mais urgente, como as penais, em detrimento de todas as demais. Ao ter um alto custo para se demandar há também o desestímulo a disputa judicial, uma vez que se passa a fazer uma relação custo da ação e benefício possivelmente alcançado.

Outro aspecto é o tempo que as ações judiciais levam tempo para terem um desfecho. Com o fito de resolver este problema houve diversas reformas no sistema processual brasileiro⁷⁷ e até mesmo a introdução do tempo razoável do processo como direito constitucionalmente garantido. Interessante destacar a abordagem do processualista Luiz Guilherme Marinoni quando expõe que o tempo é um fator que deve ser considerado no processo como todos os demais, haja vista que a formatação do “processo do réu” privilegia aquele que está na posse do bem questionado, tendo mais possibilidades e interesse de prolongar o processo de modo a não perder o gozo do objeto litigado.

Estes dois fatores conjugados restringem o acesso à justiça uma vez que incentivam àqueles que tem mais recursos financeiros a procurarem a solução judicial e alongarem o processo o máximo possível, visando com isto desestimular que a parcela mais pobre da população procure solucionar seus problemas pela via judicial e incentivando a realização de acordos muitas vezes maléficis aos seus interesses, simplesmente em função de estarem duelando com litigantes profissionais. O tempo e o custo elevados ocasionam esta deturpação no sistema judicial brasileiro.

⁷⁷ Reformas no sistema recursal, com a introdução da súmula impeditiva de recurso e reforma do Judiciário com a criação da súmula vinculante e da repercussão geral nos recursos extraordinários, visando encurtar a vida do processo.

Tais obstáculos ficam ainda maiores quando se leva em consideração a postura de alguns juízes que confundem imparcialidade com passividade. Ora, se o processo é caro e as provas precisam ser trazidas pelos litigantes é óbvio que aquele que não dispõe de recursos não poderá fornecer a mesma quantidade e qualidade probatória daquele que dispõe de meios financeiros para tanto, devendo o magistrado para compensar a desigualdade existente, requerer a produção de provas que julgar necessárias no interesse do correto deslinde processual.

Um elemento deveras importante para ser levado em consideração num país de miseráveis como o Brasil é a capacidade de perceber um direito como juridicamente exigível. Ora, se há grande quantidade de analfabetos e daqueles ainda que escolarizados não conseguem compreender a realidade em que vivem é lógico que tal ignorância generalizada irá se refletir no sistema judiciário. Apenas aqueles com grau de compreensão mínimo – excluindo-se com isto grande parcela da população – poderão identificar um direito como efetivamente reivindicado⁷⁸.

Assim, além dos obstáculos financeiros e temporais que o processo representa, há também de ser levada a capacidade das pessoas para compreender que determinado direito pode ser judicialmente exigível, tornando-se o caminho que conduz ao Poder Judiciário bastante estreito.

O próprio formalismo inerente à estrutura do Judiciário ocasiona um certo desconforto para os litigantes menos avisados. A linguagem, as vestes, o modo de tratamento tornam o desenvolvimento do processo *um fator de sofrimento e angústia* para os envolvidos⁷⁹. E apesar desta barreira psicológica não atingir apenas os menos favorecidos, neles se reflete de maneira mais intensa. Verifica-se aqui que a distinção feita entre litigantes habituais e eventuais tem importância singular uma vez que vários dos vetores acima apontados podem ser minimizados pela atividade freqüente em juízo⁸⁰.

⁷⁸ “Mesmo consumidores bem informados, por exemplo, só raramente se dão conta que sua assinatura num contrato não significa que precisem, obrigatoriamente, sujeitar-se a seus termos, em quaisquer circunstâncias. Falta-lhes o conhecimento jurídico básico não apenas para fazer objeção aos contratos, mas até mesmo para perceber que sejam passíveis de objeção”. CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988. Reimpresso 2002. p. 23.

⁷⁹ Expressão por diversas vezes utilizada por Cândido Rangel Dinamarco na obra *Instituições de Processo Civil*. Editora Malheiros, Vol. I, II e III.

⁸⁰ “As vantagens do “habituais”, de acordo com Galanter, são numerosas: 1) maior experiência com o Direito possibilita-lhes melhor planejamento do litígio; 2) o litigante habitual tem economia de escala, porque tem mais casos; 3) o litigante habitual tem possibilidade de desenvolver relações

Cappelletti aponta que ante estas dificuldades os países do mundo ocidental adotaram algumas estratégias para solucionar na prática o problema enfrentado. Tais fases são chamadas pelo autor de ondas. A primeira onda consiste na disponibilização de assistência jurídica para os pobres, a segunda abrange às reformas empreendidas para facilitar a representação judicial dos interesses difusos e a terceira visa remover os obstáculos ao acesso à justiça ainda hoje encontrados.

Destaque-se que apesar das inovações nas legislações nacionais acerca do acesso à justiça este ainda não se encontra universalizado, justamente pela estrutura e pelas características do sistema judiciário acima apontadas. Ainda mais quando se considera que as barreiras ao acesso modificam-se dependendo do conflito existente e das repercussões que o conflito venha ocasionar na sociedade.

Com isto, realizar os direitos garantidos pelo ordenamento jurídico apenas pelo Poder Judiciário ou predominantemente por ele não parece ser o melhor caminho haja vista que pelo próprio funcionamento do sistema judicial parcelas significativas de cidadãos não terão acesso a ele, devendo-se atentar para o fato de que os “sem acesso” são em sua maioria os socialmente marginalizados.

Feitas estas considerações gerais é pertinente fazer-se uma reflexão sobre o acesso à justiça nas questões envolvendo o direito à saúde no Brasil contemporâneo. É de conhecimento público que a ineficiente prestação de saúde no país levou à busca de tratamentos de saúde através do Judiciário. Esta consciência de que o direito à saúde é juridicamente exigível, no entanto, não é geral. Além disto, ainda que a maioria da população brasileira compreendesse que o direito à saúde é constitucionalmente garantido, teria dificuldades para ajuizar uma demanda na defesa de tal direito pelas razões mencionadas no início deste tópico, tais como, custo do processo e dificuldade de patrocínio por profissional habilitado.

Ora, se já há obstáculos inerentes ao sistema judiciário como o custo e o tempo do processo, estes óbices ganham maior proporção quando o sujeito em questão não consegue sequer compreender aquilo que pode ou não ser exigido do Poder Público. Os entraves serão mais dificilmente superados pelos cidadãos que

informais com os membros da instância decisora; 4) ele pode diluir os riscos da demanda por maior número de casos; 5) ele pode testar estratégias com determinados casos, de modo a garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros. Parece que, em função dessas vantagens, os litigantes organizacionais são, sem dúvida, mais eficientes que os indivíduos”. CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988. Reimpresso 2002. p. 26.

não têm acesso aos outros direitos fundamentais. Com isto pode-se constatar que a maioria dos excluídos da sociedade brasileira são também afastados no sistema judiciário pátrio.

A dificuldade de acesso é apenas o início de um sério dilema que envolve o tema da judicialização do direito à saúde. Isto porque partindo-se da premissa de que para a universalização do acesso à justiça ainda há um longo caminho, constata-se que apenas alguns ajuizarão ações na defesa do direito em testilha. O desdobramento lógico desta idéia é de que aqueles que chegam ao Judiciário podem ter seu direito à saúde realizado caso tenham seu pedido deferido, ao passo que os que não conseguem acesso aos juízes irão continuar sendo vítimas de uma política pública de saúde insuficiente. Constata-se, assim, um tratamento desigual entre os que tem acesso à justiça e os que não tem.

Os pobres e miseráveis serão duplamente afastados do gozo dos direitos assegurados pela Constituição: a uma pois não terão acesso ao bem que lhes interessa, no caso o direito à saúde; a duas porque não conseguirão chegar ao Poder Judiciário para exigir que o Estado cumpra seu dever e lhe assegure o direito reclamado. Ao cidadão pobre e socialmente marginalizado interessado na obtenção de tratamento de saúde serão opostos todos os obstáculos acima mencionados para ter acesso ao juiz que lhe solucionaria o problema: falta de conhecimento de que o direito à saúde é exigível judicialmente, dificuldade de patrocínio por profissional habilitado uma vez que as defensorias públicas encontram-se sobrecarregadas, temor ante à estrutura do Poder Judiciário, entre outras razões⁸¹.

Demonstração de que a obtenção de tratamento à saúde através do Judiciário não atende predominantemente o desprovido de recursos financeiros são os dados obtidos por Fabiola Vieira e Paola Zucchi que apresentando o perfil dos impetrantes

⁸¹ “Difícilmente se procura o Poder Judiciário para obter tratamento, e.g., de hipertensão, diabetes, desnutrição, malária, doença de chagas, hepatite A, dengue, cólera, leptospirose, febre tifóide e paratifóide, esquistossomose, infecções intestinais ou ainda para atendimento cardiológico, oftalmológico ou ginecológico preventivo, pré e pós-natal, ou, por fim, para que o Judiciário ordene ao Poder Público a realização ou custeio de um parto. E assim é não porque estas necessidades estejam sendo atendidas perfeita e espontaneamente pelo Poder Público, mas porque a questão não chega aos olhos do Judiciário e a doutrina não tem discutido o tema a ponto de formar uma crítica consistente. Ou seja: a saúde básica não é acudida nem pelo legislador e pelo administrador, embora este seja um dever jurídico que lhes é imposto pela Constituição, e nem pelo Judiciário”. BARCELLOS, Ana Paula de. O Direito à Prestações de Saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletivas e abstratas. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie**. Rio de Janeiro. Lumen Juris Editora. 2008. p.807.

e a origem das prescrições das ações judiciais contra a Secretaria de Saúde de São Paulo no ano de 2005 enunciam que 54% dos impetrantes são representados por advogados privados e mais, que 40,8% visam obter tratamento prescrito por médicos particulares.

Como a maioria das ações envolvendo proteção ao direito à saúde é individuais⁸² percebe-se que a atuação do Judiciário realiza “justiça” para bem poucos, uma vez que comparados a imensa população brasileira aqueles que ingressam em juízo são uma parcela bastante reduzida⁸³.

Estes são fatores que não podem ser desconsiderados quando se estuda a realização pelo Poder Judiciário do direito à saúde.

A criação do direito por obra dos juízes não é fenômeno recente já tendo sido utilizado o termo “direito judiciário” para definir o direito resultante da interpretação criativa dos juízes na Inglaterra em meados do século XIX, no entanto este fenômeno vem se acentuando na sociedade contemporânea. Uma das falhas do direito judiciário comumente apontada é a incerteza causada pelas decisões judiciais criativas. Apesar disto, a criação do direito pelos juízes não parou de se desenvolver.

Dentre as razões que possibilitaram este crescimento está sem dúvida a alteração na forma de Estado adotada pela maioria dos países ocidentais que exige um crescimento das funções estatais. Cappelletti observa que “na verdade a expansão do papel do Judiciário representa o necessário contrapeso, num sistema democrático de *'checks and balances'*, a paralela expansão *'ramos políticos'* do estado moderno”⁸⁴.

O supracitado autor explica que o fenômeno iniciou-se com a exacerbada

⁸² Do total de decisões pesquisadas nos casos de pacientes com HIV em 84,7% os juízes consideraram o direito a saúde como individual, 11,8% como coletivo e 3,5% não fizeram esta consideração, se atendo a questões meramente processuais. FERREIRA, Camila Duran [et al]. **O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil: o Caso AIDS**. Texto disponível no endereço eletrônico www.ipea.gov.br/sobreipea/40anos/estudantes/monografiacamila.doc Acesso em 22.02.2008.

⁸³ “O Judiciário torna-se, com o tempo, o prestador de serviços para uma classe social, ou um grupo social antes que para outros. Isto significa que parte da população não tem acesso aos serviços de justiça. A consequência pode ser, e frequentemente, que a solução dos conflitos vai se deslocando para uma forma de justiça privada, de submissão pura e simples dos mais fracos, menos espertos ou menos ricos”. LOPES, José Reinaldo Lima. **Direitos Sociais**. São Paulo: Editora Método, 2006, p. 129

⁸⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993/ Reimpressão, 1999. p.19

edição de leis uma vez que os conflitos na sociedade ocidental aumentavam e tornavam-se complexos na em razão do modelo de desenvolvimento adotado. As normas sobre direitos sociais acarretaram a necessidade do crescimento da atividade administrativa haja vista a necessidade de dar cumprimento a estas leis que geralmente exigem do Estado prestações positivas e prolongadas no tempo.

Em razão do sistema de *checks and balances* faz-se necessária a realização do controle recíproco dos poderes do Estado. Para controlar a atividade destes dois “gigantes” era preciso um terceiro poder igualmente forte. Cabia aos juízes escolher entre “a) permanecer fiéis, com pertinácia, à concepção tradicional, tipicamente do século XIX, dos limites da função jurisdicional, ou b) elevar-se ao nível dos outros poderes, torna-se enfim o terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador”⁸⁵. Ocorreu assim um crescimento da atuação judicial e, por conseguinte, da responsabilidade dos juízes.

No atual modelo de Estado não é possível conceber a separação dos poderes em sua forma pura, com a rigidez preconizada por Montesquieu. Há, por isto, um sistema de vasos comunicante que possibilita a realização do controle recíproco e manutenção do equilíbrio entre os poderes, bem como o exercício – por cada poder – de funções que não lhes são típicas.

Outro aspecto é a maneira como a interpretação/aplicação da lei pelo Judiciário se realiza. Quando os juízes passaram a interpretar as leis e quando esta interpretação passou a ser criativa? No que consiste o poder criativo dos juízes? Durante muitos anos sustentou-se a idéia de que a interpretação de uma lei apenas seria necessária quando o seu texto apresentasse alguma obscuridade e que, portanto, as leis claras não necessitariam de qualquer atividade do intérprete.

Para o positivismo jurídico, a interpretação do direito deveria ser científica, ou seja, neutra. Ao apreciar as leis e caso necessário fosse interpretá-las, o juiz deveria manter-se afastado desta atividade seus valores pessoais. Daí porque o juiz era a inanimada boca da lei⁸⁶.

O raciocínio é, em seus próprios termos, contraditório haja vista que para saber se uma lei é clara ou obscura, o juiz precisará sobre ela se debruçar e refletir,

⁸⁵ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993/ Reimpressão, 1999. p. 47.

⁸⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993/ Reimpressão, 1999. p.32

atos que fazem parte, indubitavelmente, o processo interpretativo. Os juízes em sua atividade cotidiana se deparam com lacunas nas leis, bem como com conceitos jurídicos indeterminados que necessitam ser completados pela interpretação judicial criativa, sob pena de inviabilizar-se o processo de aplicação do direito no caso concreto. Deste modo, a afirmação de que a função jurisdicional era apenas declarava o direito foi superada, admitindo-se com tranquilidade que todas as leis necessitam ser interpretadas.

O juiz bem pode se empenhar na mais estreita adesão ao princípio de respeitar rigorosamente os precedentes, bem pode toda tarde concluir a sua própria jornada de trabalho na convicção de nada haver dito nem decidido senão em perfeita concordância com o que seus predecessores disseram ou decidiram antes dele. Mas ainda assim, quando repete as mesmas palavras de seus predecessores assumem elas em sua boca significado materialmente diverso, pelo simples fato do homem do século XX não tem o poder de falar com o mesmo tom e inflexão do homem do século XVII, XVIII ou XIX. O contexto é diverso, a situação referencial é diversa (...) bem pode se dizer que o tempo nos usa a nós todos como instrumento de inovação.⁸⁷

Os juízes realizam uma interpretação criativa, em uns casos menos, em outros mais, dependendo dos termos utilizados pelo legislador. O conteúdo da lei a ser interpretada determinará a margem de liberdade do intérprete. Quanto mais vaga a lei, maior a discricionariedade do juiz. Contudo, esta liberdade deve ter sempre limites sob pena de confundir-se discricionariedade com arbitrariedade. Nos países de constituição rígida, os lindes serão as determinações constitucionais. Na tarefa interpretativa, não raro será possível ao juiz escolher entre duas (quando não mais) alternativas admissíveis. Para fazer esta escolha o juiz irá basear-se, além dos parâmetros objetivos, na sua própria escala de valores. Nunca é demais mencionar que a interpretação empreendida pelos juízes é sempre criativa, havendo apenas uma variação de grau⁸⁸.

Conforme acima explicitado, a liberdade do juiz será fixada pelo próprio legislador. Em função da complexidade das matérias – ainda mais quando versam sobre direitos sociais – e pela demanda elevada de questões que necessitam de tratamento legal, os legisladores alteram a técnica legislativa, isto porque se antes as normas ditavam apenas regras de condutas, com as alterações sociais as leis

⁸⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993/ Reimpressão, 1999. p. 23

⁸⁸ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993/ Reimpressão, 1999. p 47.

passaram a trazer, além de regras de conduta, finalidades e princípios⁸⁹.

Por conseguinte, tem-se a delegação de parcela do poder para o Executivo cuja tarefa é regulamentar as normas editadas. Daí surge, inclusive, órgãos administrativos com atribuição para decidir as direções que serão tomados em setores específicos. No entanto, quando a regulamentação não é feita ou ocorre de maneira insatisfatória, o conflito de interesses pode ser levado à apreciação judicial. Como o texto legal se utiliza de termos vagos, a margem de atuação judicial acaba por se revelar bem maior.

A tarefa dos tribunais de dar atuação aos modernos “Bill of Right” , grandemente contribui para expandir o âmbito do direito judiciário e aumentar a criatividade dos juízes. (...) Obviamente, isto não é menos verdade quando tais direitos sociais, ao invés de ficarem no nível da legislação ordinária , sejam elevados à condição de direitos constitucionais, mediante inserção no catálogo dos direitos fundamentais (...) o grau de criatividade necessário pode ser deveras mais elevado no âmbito da justiça constitucional do que, usualmente no âmbito da ordinária.⁹⁰

Chega-se aqui a uma conclusão: se a interpretação sempre ocasiona uma criação por parte dos juízes, o problema enfrentado não é a criação em si, mas o grau de criatividade judicial.

Mas além do crescimento do Estado e da complexidade dos conflitos há outras razões que ocasionaram a ampliação do papel criativo dos juízes. Pode-se iniciar afirmando que o “declínio da confiança nos parlamentos”⁹¹ proporcionou uma crise de legitimidade das decisões tomada pelos parlamentares. O Poder Legislativo como representante do povo tem como função essencial a elaboração das regras a serem seguidas por toda a coletividade, assim como discutir as questões mais relevantes da vida social justamente por ser composto por representantes de todos os segmentos sociais e, por isso mesmo, capaz de travar-se nele um debate democrático. Ocorre que o descompasso entre a criação/alteração de leis e as mudanças sociais e a crise da legitimação democrática que acontece justamente em razão do descolamento entre representantes e representados acarretam certo descrédito aos legisladores.

⁸⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993/ Reimpressão, 1999. p. 40

⁹⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993/ Reimpressão, 1999. p. 67

⁹¹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993/ Reimpressão, 1999. p.46

“Nem se esqueça que o parlamento, nas sociedade pluralistas, compõem-se na maior parte de políticos eleitos localmente, ou vinculados eleitoralmente a certas categorias ou grupos. (...) Estes políticos na formação das suas decisões não se empenham usualmente na valoração objetiva e desinteressada de custos e benefícios”⁹².

Conforme se mencionou acima, o Legislativo transferiu parcela de seu poder para o Executivo que passou a regulamentar toda a sorte de questões. Para que atendesse as demandas sociais e ao aumento de atribuições, o Executivo empreende uma ampliação da máquina administrativa.

Com efeito, o modelo de Estado acarretou um crescimento das atividades estatais. Legislativo e Executivo apresentam-se como dois gigantes e só resta ao Judiciário acompanhá-los para evitar o desequilíbrio entre os poderes estatais. Este crescimento do Judiciário inicia-se como uma forma de realizar o controle sobre os demais poderes. Neste ponto surge a justiça constitucional possibilitando a realização de controle das atividades executivas e legislativas e a responsabilidade dos juízes ante a sociedade assume nova dimensão.

Da problemática apresentado, viu-se que as normas editadas legislador estão caracterizadas pela vagidão e pela fixação de finalidades e princípios. Em virtude dos termos legislativos percebe-se que a margem de criação dos juízes foi ampliada. E aqui reside o ponto central da questão: os juízes ao interpretarem criativamente estaria legislando?

Os juízes ao aplicarem as leis, necessitam interpretá-las. Neste processo de interpretação faz-se necessário complementar, esclarecer e integrar normas haja vista que o ordenamento jurídico é pleno não podendo um conflito posto ao estado-juiz ficar sem solução⁹³. Conforme já se disse alhures a atividade interpretativa é sempre criativa e variável em razão de fatores objetivos (termos da lei) como subjetivos (valores do julgador). Inevitável, portanto, a criação do direito. Contudo esta atividade criativa não pode ser confundida com a atividade legislativa.

⁹² CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993/ Reimpressão, 1999. p. 44

⁹³ Princípio do *non liquet*: Uma vez posta uma pretensão à apreciação do Poder Judiciário tem o peticionante o direito subjetivo de ter uma resposta do juízo, seja de que natureza for, favorável ou desfavorável às suas postulações. O que a ordem jurídica brasileira não permite é que o magistrado se exima de dizer o direito para aquela questão específica. Por isto, a indeclinabilidade da prestação jurisdicional é princípio básico que rege a jurisdição, encontrando acolhida em diversos dispositivos normativos (art. 126 do CPP, art. 4º da LICC, art. 35 da LOMAN)

A criação legislativa difere da criação judicial pois esta ocorre no curso de um processo, envolve a participação dos sujeitos interessados em dirimir a controvérsia posta e apenas acontece mediante provocação. É importante frisar que em relação à participação dos sujeitos na discussão houve uma relativização em razão da existência dos processos coletivos ao permitirem que a decisão neles proferida beneficiem àqueles que não fizeram parte da relação processual, mas que no entanto, fazem parte do grupo envolvido.

A criação do direito pelos juízes não está imune a críticas. A primeira delas é a “incompetência institucional”⁹⁴ que consiste na falta de estrutura do Poder Judiciário para criar direito, pois para isto são indispensáveis estudos que vão muito além da seara jurídica, não existindo no Judiciário corpo técnico nem administrativo para desempenhar tal tarefa. Todavia, não parece ser o objetivo dos juízes tomarem o lugar do legislador, mas apenas interpretar as leis e solucionar os casos concretos. Sendo esta lei insuficiente para a solução da pendência, o juiz – se utilizando de diversos mecanismos como o raciocínio analógico e sistemático – cria normas que serão aplicadas no caso concreto. Portanto, é correto admitir que o Legislativo é o poder mais preparado para a tarefa de legislar e para isto que ele existe e foi modelado. Não menos correto é reconhecer que aos juízes compete solucionar conflitos, interpretando as leis existentes com o fim de pacificação social. Se deste processo interpretativo resultar um novo direito (desde que compatível com a Constituição), este será legítimo. Caso seja necessário, durante o processo interpretativo, o juiz poderá se utilizar de peritos, requisitados pelo próprio juízo, nos mais diversos assuntos com a finalidade de formar o seu convencimento, não ficando por falta de estrutura impedido de interpretar criativamente o direito⁹⁵.

A segunda oposição à atividade criativa dos juízes consiste na falta de processos democráticos para a composição do Poder Judiciário. Como poderia o

⁹⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993/ Reimpressão, 1999. p. 88

⁹⁵ (...) até os poderes políticos revelaram uma notável dose de “incompetência institucional”. Considerem-se, por exemplo, os amplos domínios do chamado direito econômico, nos quais, muito freqüentemente, os legisladores tem demonstrado sua incapacidade de resistir às tentações da demagogia e de saber se empenhar em séria e equilibrada valoração de custos e benefícios. Parece lícito argüir que nessas áreas os juízes seriam menos vulneráveis tanto às pressões da genérica demagogia eleitoral de caça aos votos, quanto às prioridades mais específicas e concretas, impostas pelos interesses locais ou corporativos, às quais, pelo contrário, os ‘políticos’ encontram-se, às vezes, inexoravelmente ligados. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993/ Reimpressão, 1999. p. 89

juiz que não foi eleito tornar sem efeito uma lei editada por um representante do povo? Antes de responder a esta questão é imprescindível recordar que a justiça constitucional surgiu como uma forma de controlar as atividades dos poderes políticos haja vista o exagerado crescimento de Legislativo e Executivo quando da implantação do Estado Social.

Conforme já ficou dito alhures, as leis já não contam com esta legitimidade em grau máximo em face do afastamento entre representante e representado, não há a identidade entre um e outro conforme preconizado na teoria clássica⁹⁶. Ainda assim, não se pode desconsiderar a importância do desempenho da função legislativa, mas apenas demonstrar que há séria divergência entre a legitimação democrática da teoria na prática. E também é falsa a afirmação de que as decisões do Poder Judiciário seriam desprovidas de legitimidade democrática, uma vez que são sempre fundamentadas e levadas a público, de modo a prestar contas à sociedade. Ademais a exposição dos integrantes dos tribunais superiores possibilita a realização de um controle e a responsabilização quando necessária. Outrossim, apesar deste rótulo de antidemocrático e dos obstáculos para o acesso à justiça, o cidadão tem mais facilidade de chegar ao Judiciário do que em qualquer dos poderes políticos⁹⁷.

Por fim, a falta de segurança é um dos argumentos contrário ao direito originado pela interpretação judicial. Os limites para a atuação dos juízes são fluido e sem parâmetros conhecido pelos jurisdicionados, ao contrário da lei que está sempre constante e à disposição de todos. Não se pode negar a verdade desta afirmativa. No Brasil o exemplo mais eloqüente a demonstrar esse casuísmo do

⁹⁶ “O que realmente emerge da análise do Congresso e da Presidência não é o simples retrato de organismos democráticos e majoritários, que dão voz à vontade popular e são responsáveis perante ela, mas antes a complexa estrutura política na qual grupos variados procuram vantagem, manobrando entre vários centros de poder. O que daí resulta não é necessariamente a enunciação da vontade da maioria (...), e sim, freqüentemente, o compromisso entre grupos com interesses conflitantes. SHAPIRO, Martin. **Freedom of Speech: The Supreme Corte and Judicial Review**. Englewood Cliffs, N. J. Prentice Hall, 1966, p. 24 citado por CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993/ Reimpressão, 1999. p. 95

⁹⁷ “A capacidade de acessibilidade dos tribunais é muito superior à de outros órgão do governo. Enquanto, efetivamente, 'a chave para abrir as portas de um tribunal é, simplesmente, 'o pedido da parte, e enquanto as atividades do tribunal em grande parte são 'conduzidas publicamente', permanece 'coberto de mistério', pelo contrário, o modo pelo qual uma pessoa pode obter audiência 'perante as câmaras legislativas' ou nos 'ofícios internos do poder executivo', mesmo quando, 'o que certamente ajuda, é muito rica ou poderosa”. Shirley Hufstедler citada por CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993/ Reimpressão, 1999. p.106.

direito judiciário é a questão do direito à saúde: os juízes decidem de maneira contraditória em casos semelhantes sem haver uma definição precisa do que é a saúde e até que ponto o Estado está obrigado a atuar para concretizá-lo.

3.3 A FORMA DE ATUAÇÃO JUDICIAL ANTE OS DIREITOS SOCIAIS

Admite-se a possibilidade do juiz realizar uma interpretação criativa do direito, no entanto não se tem muito bem definidos quais os limites a serem observados. A Constituição de 1988 permitiu que este pudesse atuar como *veto player*. Segundo Camila Duram Ferreira “o Poder Judiciário emerge como a arena de discussão e decisão (positiva ou negativa) no âmbito da implementação de políticas públicas (...), agindo como *veto player*, ao qual os atores políticos recorreriam no intuito de buscar a efetivação de interesses não alcançados na arena política.”⁹⁸

Esta possibilidade de pleitear-se no Judiciário o cumprimento de direitos garantidos mas não implementados⁹⁹ está sendo utilizada largamente no Brasil principalmente na área da saúde. Conforme já deixou-se acentuado há uma crise de legitimidade envolvendo o legislador. Um dos pontos que levam a esta crise é o desempenho insatisfatório de suas funções, abstendo-se de normatizar matérias previstas constitucionalmente¹⁰⁰. Estas demandas envolvem, na maioria das vezes,

⁹⁸ FERREIRA, Camila Duran [et al]. **O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil: o Caso AIDS.** Texto disponível no endereço eletrônico www.ipea.gov.br/sobreipea/40anos/estudantes/monografiacamila.doc Acesso em 22.02.2008.

⁹⁹ A realidade demonstra que a inefetividade dos direitos sociais está intrinsecamente relacionada à improbidade administrativa e a corrupção. Os governantes e legisladores empenhados em enriquecer e ter cada vez mais poder comprometem-se desde as campanhas eleitorais até o último minuto no governo uma vez que se envolvem ou na própria reeleição ou na eleição de um sucessor. Os interesses que atendem são dos grupos políticos que representam e não os da população brasileira que segue alijada do tão propagado progresso brasileiro.

Um exemplo ilustra melhor a situação. Analisando os recursos repassados pela União aos Municípios percebe-se que há destinação de quantias vultosas que se não capazes de resolver todos os problemas, ao menos solucionar as necessidades mais básicas da população, principalmente às relacionadas à saúde. No entanto há uma verdadeira pilhagem das verbas públicas e as medidas que deveriam ser adotadas para minimizar os problemas sociais não são implementadas, ou o são de maneira precária.

¹⁰⁰ “Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais - que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, sob pena de o

direitos sociais e, neste trabalho, o enfoque será o direito à saúde.

A síndrome da inefetividade das normas constitucionais decorre principalmente da concepção adotada por longo tempo pelo Supremo Tribunal Federal de que não há obrigatoriedade oposta ao Poder Legislativo no sentido de editar normas a fim de regulamentar determinado assunto. Se após constituído em mora o legislador permanece omissivo, nada há a fazer. Assim, apesar da existência de mecanismos capazes de sanar este mal, dos quais são exemplo a ação de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção, na prática o legislador não sofre qualquer sanção por não dar concretude às normas constitucionais. É certo que já há uma ventilação no sentido do próprio Judiciário dar concretude às normas constitucionais, mas ainda é uma postura bastante tímida. Desta forma, apesar do Judiciário não reconhecer a possibilidade de regulamentar as normas constitucionais, admite-se a aplicação direta da Constituição. Desta feita, faz-se necessário saber qual o fundamento adotado pelos magistrados para a aplicação direta da Constituição.

Verifica-se que, via de regra, o juiz faz uma aplicação direta da Constituição em face da lacuna legislativa, haja vista a omissão acima citada. Com isto e, utilizando-se da concepção de que os princípios existem como normas de regência, o juiz aplica a norma abstrata ao caso concreto, solucionando a questão posta. É cediço que em Direito são comuns situações nas quais não há regulamentação,

Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional: "DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO. - O desrespeito à Constituição - O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um facere (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. - Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse non facere ou non praestare, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. - A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis 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)" ADPF 45-MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Data do Julgamento 29.04.2004. Neste sentido também RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO.

fazendo-se necessário que se busque as respostas em outros elementos que compõem o sistema normativo. É o que acontece com os conceitos normativos, os conceitos jurídicos indeterminados, as cláusulas gerais e principalmente com os conceitos discricionários.

Em todos os casos há a autorização para o intérprete agir com certa margem de liberdade. Mas há variações em relação ao grau desta liberdade assim como quanto à forma como ocorre o preenchimento valorativo. Para uns tem-se apenas o preenchimento de modo objetivo ensejando maior certeza na atuação judicial. Já quando a complementação é de ordem subjetiva, as reservas são maiores e a cautela deve ser redobrada. Este é um dos problemas centrais quando o assunto é judicialização de políticas públicas, já que os limites para a atuação jurisdicional seriam muito fluídos.

Para empreender a aplicação direta das normas constitucionais os juízes interpretam criativamente. Se há norma infralegal que se considera deficitária, amplia-se para adicionar situações não abarcadas expressamente pelas disposições legais. Exemplo comum: juiz desconsidera lista de remédios fornecidos pelo SUS para tratamentos de saúde por acreditar que tal legislação limita de forma inidônea o acesso do indivíduo ao direito à saúde constitucionalmente garantido. Se há ausência de norma, realiza-se uma interpretação sistemática de forma a resolver o problema. Num e noutro caso, a idéia preponderante é a de que a Constituição deve servir como base para o desenvolvimento de qualquer interpretação, seja quando não há regulamentação sobre o assunto, seja quando esta regulamentação não está compatível com os preceitos constitucionais.

No caso de omissão do legislador, o juiz estaria analisando um caso sem regulamentação e para tanto estaria a utilizar as regras de supressão de lacuna, como a analogia, os princípios, etc. Já no caso de regulamentação estreita por parte da lei, seria o caso de utilizar-se os princípios não em sua forma tradicional (suprir lacunas) mas sim como forma de dar uma leitura constitucional da lei. Assim, as leis seriam relativizadas todas as vezes que se confrontassem com um princípio constitucional. A desconsideração das leis apenas aconteceria diante da existência de valores mais importantes do que aqueles tutelados pela lei, a qual foi posta de lado no caso concreto.

A estrutura piramidal do ordenamento jurídico permite afirmar que no entrelaço entre a realização de um direito social previsto na Constituição e a falta/insuficiência de regulamentação ou regulamentação por parte de lei que restrinja um direito constitucional, deve-se optar pela implementação do direito constitucional ainda que a sua viabilização se dê através de uma regulamentação formulada especificamente para o caso concreto e por um órgão estatal sem atribuição típica para fazê-lo.

Com efeito, o juiz estaria autorizada a aplicação direta da Constituição sem o intermédio de leis sempre que se estiver em jogo um direito fundamental justamente em razão da importância destes na realização dos fundamentos da República brasileira.

A crítica a tal posicionamento é de que a liberdade do Poder Judiciário seria ilimitada. Uma vez que há a possibilidade de aplicação direta da Constituição os juizes poderiam desconsiderar a lei sempre que julgassem necessário ou conveniente utilizando-se de tal argumento para desconsiderar a atividade legislativa, tornando-a inútil. A falta de critérios acerca de quando a aplicação direta de constituição poderia ocorrer daria um poder excessivo aos juizes e, quiçá, fomentaria o desempenho arbitrário de suas funções institucionais.

Quando esta problemática alcança o Judiciário há dois caminhos a seguir: ou se nega efetividade à norma constitucional, ou se concebe a aplicação direta da Constituição por parte dos juizes. Como a inobservância da Constituição parece um caminho inviável de ser seguido ou sequer sugerido, resta tão somente a implementação judicial dos direitos fundamentais. Ora, diante da inércia – total ou parcial – do legislador, o mais idôneo para proceder com tal tarefa seria o Executivo. Através do seu poder regulamentar, disciplinaria a situação de maneira uniforme para todos os que se encontrassem na mesma situação, estabelecendo as chamadas políticas públicas. No entanto, também o Executivo permanece atuando deficitariamente, deixando desamparados aqueles que necessitam e tornando a Constituição uma mera folha de papel sem qualquer validade.

Resta assim ao Poder Judiciário a tomada de medidas capazes de implementar, ainda que de maneira fragmentada, os direitos fundamentais sociais. Parece óbvio que entre a falta de atuação e a atuação deficitária, a última parece

ser mais atrativa, pelo menos para tornar patente a falta dos demais Poderes estatais que responsáveis pela atuação em primeiro plano, deixaram um espaço de atuação que acaba sendo ocupado, ainda que de maneira atípica, pelo Poder Judiciário.

Da análise de decisões judiciais nos últimos anos é necessário reconhecer que a realização de direitos fundamentais sociais, que tradicionalmente eram viabilizados através de políticas públicas, passou a ser objeto de demandas judiciais.

Sendo nosso ordenamento jurídico baseado em uma constituição rígida, os atos normativos sempre vão nela se inspirar, possibilitando que o Poder Judiciário tenha atribuição para manifestar-se em uma série de questões, conferindo-lhe lugar de destaque no panorama social. A apreciação de qualquer ato normativo sempre será pertinente ao Poder Judiciário em virtude de ter o monopólio da jurisdição. No Brasil, não se adotando o modelo do contencioso administrativo, todas as questões podem ser levadas à apreciação judicial. E para melhor resguardar o cidadão, em algumas matérias o legislador constituinte estabeleceu que apenas o Poder Judiciário pode analisá-las, como por exemplo a quebra dos sigilos bancário, telefônico e telemático.

Chegam, então, ao Judiciário toda a sorte de questões, inclusive as mais atuais envolvendo os direitos sociais. Uma das funções atribuídas ao Judiciário é a de controlar as atividades dos demais poderes estatais em cumprimento ao sistema dos *checks and balances*. Este controle pode ser de constitucionalidade e de legalidade. Os atos administrativos estão sujeitos à dupla verificação: de legalidade e de constitucionalidade. No caso específico das leis há a verificação da sua compatibilidade com a Lei Fundamental que pode ocorrer no caso concreto posto à apreciação do juiz, ou de modo abstrato por meio do controle concentrado de constitucionalidade das leis. Tudo isto para dizer que em virtude desta função o Poder Judiciário revisa as atividades legislativa e administrativa e desempenha, por consequência o controle das políticas públicas que será melhor estudado em tópico à frente.

A novidade em matéria de política pública é a participação do Judiciário como implementador. Políticas públicas¹⁰¹ são medidas de caráter geral que visam a

¹⁰¹ "Políticas públicas, como categoria analítica, envolveriam sempre uma conotação valorativa; de um lado, do ponto de vista de quem quer demonstrar a racionalidade da ação governamental,

realização de um objetivo do Estado constitucionalmente previsto. Como as políticas públicas vem sendo realizadas de maneira deficitária pelo Poder Executivo, há o apelo aos juízes para ver estas políticas realizadas sendo por isto chamado de judicialização de políticas públicas, a qual não é um fenômeno isolado, mas representa juntamente com outros fatores a consequência da crise vivida pelo Estado nas sociedades contemporâneas, provocando um estreitamento das fronteiras entre o político e o jurídico¹⁰². É esta zona cinzenta entre política e direito que permitem aos juízes imiscuir-se em matérias tradicionalmente reservadas aos Poderes Políticos.

Conforme dito acima, as políticas públicas tem como objetivo dar cumprimento aos objetivos do Estado. A Constituição de 1988 estabeleceu em seu art. 3º que a República Federativa do Brasil busca “construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e; promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Assim, as políticas públicas, inclusive as realizadas judicialmente, devem ter em vista sempre a disposição constante no art. 3º.

Para a construção de uma sociedade justa e com menos desigualdade social seria imprescindível a realização dos direitos fundamentais. Adotando-se, então, este entendimento faz-se necessário conceber uma certa ordem entre as normas constitucionais, pois o Estado deve estar voltado para atingir os objetivos do artigo 3º da CF, empregando todos os seus esforços para isto. Não está se referindo aqui a uma hierarquia, mas sim a uma importância no valor que determinados preceitos constitucionais terão no momento da interpretação a ser feita. Em uma simples

apontando os vetores que a orientam; de outro lado, da perspectiva de seus opositores, cujo questionamento estará voltado à coerência ou eficiência da ação governamental. Essa dimensão axiológica das políticas públicas aparece nos fins da ação governamental, os quais se detalham e concretizam em metas e objetivos”. BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002. p.252.

¹⁰² “Essa politização da justiça é um fenômeno novo quando considerada a estrutura do poder e funções montada nos estados liberais do século XIX. A politização era, a sua maneira, comum nos séculos anteriores e é esta a história que interessa aqui. Até o século XVII a justiça distributiva, a justiça das partilhas, não era assunto estranho aos juristas (...). A modernidade alterou substancialmente este quadro. Pode-se dizer sumariamente que o tema da justiça foi cindido: a justiça das trocas permaneceu com o direito, a justiça das partilhas de coisas comuns deslocou-se para a política. (...) a 'politização' da justiça nas últimas décadas mostrou, no entanto, que os temas da distribuição estão de volta, inclusive pela mão do próprio direito constitucional”. LOPES, José Reinaldo de Lima. **As palavras e a Lei: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Editora 34, 2004, pp.198-200.

análise nos dispositivos constitucionais percebe-se que eles são diferentes entre si, apesar de todos terem sido produzidos pelo legislador constituinte. Alguns são imutáveis, outros podem ser alterados por emendas constitucionais. Esta já é uma diferença significativa.

Acredita-se que as cláusulas pétreas são dotadas de importância maior do que os demais dispositivos constitucionais, justamente por sua inalterabilidade. Pode-se até afirmar que os dispositivos considerados fundamentais do Estado Democrático brasileiro são inalcançáveis até mesmo pelo legislador constituinte, partindo-se do pressuposto de que encontram sua validade na norma fundamental do ordenamento jurídico.

Assim, apesar da elaboração de uma Constituição poder inovar totalmente, não havendo limites jurídicos a serem respeitados, entende-se que há restrições políticas¹⁰³. É o caso dos direitos fundamentais. Não há como o Brasil adotar um modelo de Estado que desconsidere conquistas no âmbito da personalidade humana. Em virtude deste papel desempenhado pelos direitos fundamentais, acredita-se que eles transcendem a própria constituição escrita.

Com efeito, os direitos fundamentais gozam de um *status* elevado e, por isto, sua carga valorativa é maior do que as demais regras constitucionais, constituindo-se em verdadeiros supraprincípios e devendo ser considerados como norteadores da atividade do legislador e do intérprete.

Tomando por base tais considerações, os juízes determinam a realização do direito à saúde.

Há, portanto, dois tipos de atuação judicial na seara das políticas públicas: o controle e a implementação direta, a qual pode se realizar de maneira individual ou coletiva. A atividade de controle¹⁰⁴ deve ser constante e rígida. Já a realização de políticas diretamente pelo Judiciário é caracterizada pela excepcionalidade. Tal distinção é importante, pois quando se discute a invasão pelo Judiciário de campo reservado à política está se referindo unicamente à implementação direta, haja vista

¹⁰³ Estas restrições seriam aqueles decorrentes dos direitos humanos que não são necessariamente correspondentes com os valores consagrados no ordenamento jurídico. Decorrem da consciência jurídica da coletividade e impõe restrições que devem ser observadas até mesmo pelo legislador constituinte, haja vista que este não tem limites jurídicos, mas é cerceado pelos limites políticos. Neste sentido COMPARATO, Fábio Konder. LOPES, José Reinaldo de Lima. **As palavras e a Lei: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Editora 34, 2004, p. 25.

¹⁰⁴ Há tópico específico sobre o tema.

que o controle de constitucionalidade e legalidade é função típica dos juízes.

Como a implementação de políticas públicas não é uma função típica de tal Poder há o surgimento de dificuldades no desempenho destas atividades. Daí os posicionamentos contraditórios¹⁰⁵ adotados para casos semelhantes que geram um sentimento de injustiça entre os jurisdicionados e que são resultantes da fragmentariedade da implementação de políticas públicas através de ações individuais.

Aliás, a excepcionalidade da judicialização de políticas públicas é sempre acentuada nos provimentos jurisdicionais, desde as manifestações em primeira instância, como nos acórdãos do Supremo Tribunal Federal, mostrando ser pacífico o entendimento de que o Judiciário apenas está agindo em substituição aos demais órgãos estatais¹⁰⁶ que se mantêm inertes ou atuam deficitariamente.

Ana Paula de Barcellos faz ponderações importantes acerca das críticas lançadas contra a interferência do Poder Judiciária no campo das políticas públicas. A brilhante autora inicia suas considerações expondo que a oposição à judicialização deriva de esta supostamente adentrar num campo de deliberação política e não jurídica, violando fundamentos da teoria da Constituição. No entanto, a autora adverte que antes de se criticar a invasão do Poder Judiciário no campo da política devem ser consideradas três assertiva:

“Em primeiro lugar, tornou-se corrente a afirmação de que o gozo minimamente adequado dos direitos fundamentais, ou de pelo menos de alguns deles, é indispensável para o funcionamento regular da democracia e, especificamente, para a existência do próprio controle social das políticas públicas. (...) Em segundo lugar, a discussão sobre onde estabelecer a fronteira entre o direito constitucional e a política, apesar de poder e dever ser travada também no plano teórico, depende substancialmente das opções constitucionais concretas que cada país haja formulado. (...) Em terceiro lugar, é importante não transformar o debate em tela em uma falsa escolha de dois extremos. Não existem apenas duas opções radicais: colonização total da política pelo direito ou a absoluta ausência de controle jurídico em matéria de políticas públicas.”¹⁰⁷

¹⁰⁵ O que diga-se de passagem não é privilégio das decisões judiciais que tratam de políticas públicas. A falta de uniformidade no posicionamento do Poder Judiciário é um dos efeitos do sistema processual adotado pelo Brasil, no qual o chamado livre convencimento do juiz é extremamente valorizado em detrimento de posturas que buscam a uniformização. Veja-se a celeuma resultante das súmulas vinculantes e das súmulas impeditivas de recurso.

¹⁰⁶ Neste sentido a ADPF 45-9, de relatoria do Min. Celso de Mello e RE 410715 AgR/SP, Data do Julgamento 22.11.1005.

¹⁰⁷ Texto interessante sobre a constitucionalização de políticas públicas em matéria de direitos fundamentais pode ser encontrado em BARCELLOS, Ana Paula. **O controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. pp. 119-121.

Assim não deve ser adotado o critério do tudo ou nada: ou o Judiciário mantém-se longe da realização dos direitos fundamentais sociais, ou ele passa a direcionar a atividade financeira do Estado. Encontrar um mecanismo de controle pelo Poder Judiciário das atividades políticas no que tange a execução orçamentária e através dela realização dos direitos sociais parece ser a alternativa ideal.

O estudo aqui desenvolvido terá como enfoque o direito à saúde e neste campo tem-se poucas políticas públicas judicializadas haja vista que o conceito de política pública envolve, necessariamente, medidas que alcance a todos os que se encontrem em situação assemelhada. As decisões judiciais que cuidam apenas de conceder, individualmente, a implementação do direito à saúde não podem receber esta denominação, pois não atendem ao requisito da generalidade.

Resta evidenciado que se está diante de duas situações: concessão individual de direito à saúde e judicialização de políticas públicas na área da saúde. O raciocínio empreendido para cada um dos tipos de atuação judicial é diverso. No primeiro o juiz utiliza-se de conceitos de justiça retributiva, ao passo que no segundo se empregam técnicas de justiça distributiva.

3.4 AS FORMAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Os conflitos que são geralmente postos à apreciação dos magistrados envolvem contraprestações numa relação bilateral, para tanto se adota um critério de solução das controvérsias de natureza retributiva. Uma das partes deverá ser condenada a uma entrega ou uma prestação em favor da outra sempre tendo em vista a necessidade de reparar um dano gerado pela ação ou omissão de uma das partes. E assim tem sido feito seja quando a ação versa sobre contrato seja quando o pedido for para a realização de um direito social.

A justiça retributiva não é adequada para aplicação no campo dos direitos sociais uma vez que ela possibilita a reparação de um estado anterior de que gozava o sujeito que pede. Nos direitos sociais não há possibilidade de reparação,

pois o sujeito ainda não goza do bem jurídico. Por isto, Luiza Cristina Frischeisen, citando Cass R. Sunstein, apontou como princípios da justiça retributiva: “o evento que produz o dano é ao mesmo tempo unitário e identificável, o dano é possível de ser definido no tempo e no espaço, o prejuízo deve ser atribuído ao réu e não a terceiro ou à sociedade, autor e réu são facilmente identificáveis e além do objetivo da compensação existe um status quo que deve ser restabelecido”¹⁰⁸.

Apesar de ser uma técnica equivocada para solucionar questões que tratam de direitos sociais, é este o raciocínio utilizado pelos juízes de todo o Brasil, inclusive nos Tribunais Superiores. Desta forma, um sujeito ingressa com uma demanda postulando tratamento de saúde que não é oferecido ou é oferecido de maneira precária pelo SUS, fundamentando seu pedido no direito à saúde constitucionalmente assegurado. Interessante é observar que

curiosamente, o art. 196 da CF é sempre citado apenas na sua primeira parte. Omitem-se da citação todos os termos do artigo que em sua versão integral diz: '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 igualitário* às ações de saúde e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação' (grifos meus). Como se vê, uma leitura completa mostra que a garantia do 'direito à saúde' prevista na Constituição é feita mediante 'políticas' que tem dois objetivos: *redução do risco* (ou seja, diminuição estatística) e *acesso universal*. Pode-se, portanto, entender que o dever do Estado consiste em realizar e executar programas (ações coordenadas, integradas e de resultados mensuráveis) limitadas pelo objetivo do acesso universal. O problema do acesso universal nunca é discutido pelos tribunais¹⁰⁹.

O juiz, na maioria das vezes, concede a tutela jurisdicional motivando sua decisão na preponderância do direito à vida e à saúde em relação à escassez de recursos e à legalidade orçamentária. Pelos termos acima aduzidos, verifica-se que as decisões baseiam-se mais em argumentos humanitários do que jurídicos, reduzindo a complexa questão na tensão entre direito do cidadão à saúde e dever do Estado em provê-lo. Frequentemente as decisões judiciais não estão sequer embasadas em estudos técnicos para comprovar aquilo que o juízo inferiu dos fatos apresentados.

Em decorrência disto, o Executivo é obrigado a reservar uma parte dos recursos comuns para atender àquela ordem judicial específica que beneficiará apenas o demandante. A repercussão desta “abocanhada” judicial é significativa e

¹⁰⁸ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **A Construção da Igualdade e o Sistema de Justiça no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007, p. 95.

¹⁰⁹ LOPES, José Reinaldo Lima. **Direitos Sociais**. São Paulo: Editora Método, 2006, p. 250

ocasiona malefícios na implementação de políticas universais de saúde, conforme se verá em capítulo específico. A justiça retributiva não é mecanismo adequado para a implementação de direito à saúde justamente porque os direitos sociais necessitam de uma perspectiva diferente da tradicionalmente adotada e que foi cunhada para a resolução de conflitos de direito privado.

De outro lado, a justiça distributiva está intrinsecamente ligada com o conceito de igualdade material, uma vez que possibilita a implementação de direitos constitucionalmente garantidos levando-se em consideração os propósitos estatais de formação de uma sociedade justa. Por isto, devem ser discutidas as formas de empregar os recursos comuns para a realização do bem comum. Se a algo que pertence a todos, a todos deve ser distribuído.

O resultado de postulações acerca de um direito essencialmente coletivo, como a saúde, não pode ser a adjudicação dos recursos comuns por um indivíduo, mas sim a implementação de uma política pública que uma vez realizada irá beneficiar todos aqueles que se encontrem na mesma situação, observando a igualdade material impositiva em nossa ordem jurídica. A maioria dos casos envolvendo direitos sociais¹¹⁰ goza de um ranço de injustiça uma vez que tratam conflitos plurilaterais com técnicas equivocadas de justiça retributiva.

Para que seja corretamente compreendida a diferença entre justiça distributiva e justiça comutativa faz-se alusão à “teoria dos jogos”¹¹¹ que podem ser de soma zero e de soma não zero. Os primeiros são aqueles em que o resultado pertence integralmente a um vencedor haja vista as partes envolvidas terem interesses antagônicos e inconciliáveis, como por exemplo um contrato de compra e venda. Já nos jogos de soma não zero as partes envolvidas não têm interesses opostos, mas sim complementares. A idéia de exclusividade é afastada e deve-se conceber a participação nos benefícios de maneira compartilhada, como ocorre em uma sociedade empresarial. Assim, a lógica do *tudo ou nada* não pode ser adotada jamais quando estiver em questão direitos sociais que devem ser apreciados à luz da justiça distributiva.

¹¹⁰ “Em geral mesmo os bens coletivos(também chamados de bens indivisíveis), por força do predomínio da idéia de direito subjetivo (e de direito público subjetivo), dissolvem-se em bens singulares e divisíveis, tornando difícil a compreensão e finalmente a aplicação das normas relativas aos direitos sociais”. LOPES, José Reinaldo Lima. **Direitos Sociais**. São Paulo: Editora Método, 2006. p.244

¹¹¹ LOPES, José Reinaldo Lima. **Direitos Sociais**. São Paulo: Editora Método, 2006. p.145

Destarte, firma-se o entendimento de que o raciocínio retributivo é inaplicável nas relações multilaterais, como a dos direitos sociais em face do Estado. Como já restou demonstrado aqui não se tem o Estado *versus* um particular, mas sim um grupo social que necessita de medidas capazes de oferecer uma solução para o problema posto.

Com efeito, se a concepção retributiva prevalecesse na seara dos direitos sociais estar-se-ia incentivando o chamado *efeito carona*. José Reinaldo de Lima Lopes explica este fenômeno e o porquê desta postura ser completamente incompatível para um Estado Democrático de Direito:

Se pensarmos que a decisão deve ser baseada em uma regra e que a regra que permitiu a decisão deve ser aplicada a todos os casos, o que se pode antecipar é justamente a “corrida” sobre o fundo público e se não houver regra de prioridade, mas a concessão for feita a quem chegar primeiro, então os últimos – que costumam ser justamente os mais necessitados – não terão com o que satisfazer-se. (...) o processo, ao delimitar muitas vezes os conflitos plurilaterais como bilaterais, permite formas de comportamento predatório (free-riding, efeito carona) em detrimento da própria justiça distributiva.¹¹²

Os meios de solução de conflitos pelo Poder Judiciário ainda é central a técnica retributiva que é manifestamente inadequada na solução de controvérsias envolvendo direitos sociais. O Judiciário acaba ficando à disposição de uma classe, ou seja, aquela que tem acesso a ele com mais facilidade, conforme tratado no tópico sobre o acesso à justiça.

Assim não está acontecendo uma distribuição equânime dos ônus e bônus, mas sim uma desigualdade que ofende gravemente a Constituição. O efeito denominado de *free-riding* no qual um indivíduo goza de benefícios que nunca poderão ser oferecidos para seus semelhantes não havendo razão jurídica para tanto mais apenas decorrente da “esperteza” do peticionante e da falta de preparo do Poder Judiciário para atuar num campo que não lhe é específico.

Pode-se argumentar que qualquer um que chegue ao magistrado, independente de sua classe social irá obter os mesmo benefícios, ou seja, se um rico e um pobre pleitearem seja um remédio que está na lista do SUS seja um tratamento apenas disponível no estrangeiro e que custa um milhão de reais irá obter, pois o Judiciário concede para aqueles que batem na sua porta.

¹¹² LOPES, José Reinaldo Lima. **Direitos Sociais**. São Paulo: Editora Método, 2006. p.254-259.

Mas a cegueira da Justiça é meramente teórica e o Direito é feito para a solução de conflitos numa sociedade real e não em alguma comunidade idealizada. Por isto devem ser levados em consideração aspectos do mundo real. Com efeito, o que acontece na prática é a monopólio do Poder Judiciário por uma classe economicamente favorecida em detrimento da maioria da população brasileira.

O Estado deve reprimir a postura daqueles que querem maximizar seus benefícios e minorar seus prejuízos. O Estado não pode incentivar a postura do carona, mas sim deve zelar pela distribuição equânime dos ônus e bônus sociais. Não se pode ver a isonomia apenas como o tratamento igual feito pela lei, apesar de este ser um pressuposto essencial para o tratamento igualitário. A igualdade é norma voltada também àquele que aplica o Direito.

Por isto quando o assunto é fruição de direitos coletivos não há como fugir da abordagem da justiça distributiva. Aduz-se que “a justiça distributiva diz respeito à divisão ou apropriação individual do fundo social comum, fundo de benefícios e de custos”¹¹³.

A justiça distributiva está intrinsecamente relacionada com o conceito de solidariedade social, arraigado também na Constituição de 1988. O Estado existe justamente para a realização do bem comum. Para isto captura recursos financeiros na sociedade através da regra de “quem possui mais contribui mais”.

Depois da formação deste fundo comum é necessário repartir as benesses de maneira tornar a estrutura social mais equilibrada. Para tanto, deve-se levar em consideração as desigualdades reais de modo a se adotar medidas capazes de eliminá-las ou ao menos reduzi-las.

Aqui se vislumbra o conceito de mínimo existencial que é justamente assegurar para todos os meios básicos ao desenvolvimento de sua personalidade. O Estado através do orçamento deve empenhar-se na disponibilização de serviços públicos essenciais e de qualidade.

Acredita-se que apenas quando a base estiver consolidada, deverá o Estado avançar para a disponibilização de serviços mais especializados. No campo da saúde o exemplo é fácil de ser formulado: enquanto houver pessoas que não têm acesso a medicamentos básicos em hospitais públicos não poderá o Estado

¹¹³ LOPES, José Reinaldo Lima. **Direitos Sociais**. São Paulo: Editora Método, 2006. p 125

financiar um tratamento no estrangeiro, sob pena de violação do princípio constitucional da igualdade.

Parece que o momento é de adotar o tratamento como igual e não o igual tratamento que ocasiona todos os problemas já apontados. Em razão das desigualdades existentes na sociedade brasileira faz-se necessária a negativa por parte dos Poderes Públicos no que tange a postulação de direitos sociais individualmente. A limitação encontra acolhida na Constituição da República Federativa do Brasil ao estabelecer como metas a serem alcançadas uma sociedade justa e a redução das desigualdades sociais.

Ora, o Estado apenas deve financiar tratamentos indispensáveis à saúde, mas a tônica deste financiamento deve ser a possibilidade de estender o benefício a todos que se encontrem em igual situação. Não havendo disponibilidade financeira para tanto, o tratamento para alguns em detrimento de muitos não poderá ser oferecido por ofensa à isonomia. A medida pode parecer injusta, mas é plenamente legítima e é o preço que se paga por se viver em um Estado de Direito e não na barbárie onde ganha aquele que tem os meios de alcançar primeiro aquilo que lhe interessa.

Ainda se concebe a negativa de um tratamento de saúde para um indivíduo como algo ilegal e ilegítimo. Como poderia o Estado negar o direito à vida e à integridade física e mental de alguém? O que não se percebe é que a concessão de uma tutela desta natureza nega para tantos outros um direito igual que por diversos fatores não conseguem sequer fazer com que cheguem ao conhecimento dos magistrados, pois se encontram marginalizados.

Assim, quando se afirma que o Judiciário não poderia determinar a captura de dotações orçamentárias o argumento que sustenta esta assertiva não são os princípios da separação dos poderes ou da legalidade, como aparece nas decisões judiciais, e sim ao direito à saúde de outro indivíduo.

O Estado deve enfrentar a seguinte realidade: os recursos são limitados. Para tanto se faz necessário que sejam estudados pelos Poderes Políticos meios de estabelecer aquilo que é viável disponibilizar para toda a população. Aqui se está diante do mínimo existencial que deve ser levado a sério sob pena de infringirem-se princípios constitucionais basilares garantindo-se a uns poucos privilegiados

tratamentos até mesmo de eficácia duvidosa e extremamente custosos enquanto a grande maioria dos brasileiros não tem acesso a orientações médicas.

Fora deste parâmetro não poderia nada mais ser disponibilizado pelo Poder Público, devendo os interessados procurar outros meios de satisfazer suas necessidade. Por mais importante que seja a vida de uma pessoa, há aqui um choque de bens jurídicos igualmente protegidos. O que não se pode perder de vista é que as queixas envolvendo direitos sociais e que chegam ao Judiciário são uma parcela ínfima das situações existentes justamente em razão dos problemas de acesso à justiça. Por isto é muito mais eficiente a adoção de medidas que beneficiem da mesma maneira tanto aqueles que conseguem obter um provimento judicial como para aqueles que permanecem tão marginalizados que nem aparecem nas cifras oficiais.

Do contrário, estar-se-ia autorizando o tratamento desigual sem qualquer razão que o autorizasse. Assim, diante dos dois males existentes prefere-se a adoção da primeira medida uma vez que parece ser mais compatível com os postulados de um Estado Democrático de Direito.

CAPÍTULO IV – CONTROLE JUDICIAL DO ORÇAMENTO DA SAÚDE

4.1 ORÇAMENTO: CONCEITOS BÁSICOS

O orçamento é um tema materialmente constitucional haja vista que através deste instituto tem-se o regramento da atividade financeira do Estado. Pela regulamentação desta atividade são fixados os limites para a atuação do Poder Público no campo das finanças, constituindo-se em elemento organizador do modo de atuação estatal. Ora, por ser imprescindível num Estado de Direito a noção de limite de poder todas as normas que dispuserem acerca deste tema são consideradas como normas constitucionais materiais. Com efeito, o orçamento enquadra-se neste conceito haja vista que a questão financeira, indubitavelmente, é exercício do poder estatal.

Ricardo Lobo Torres acentua que “são de natureza veementemente constitucional o prever o equilíbrio orçamentário, o distribuir a competência para autorizar a cobrança de impostos e a realização de gastos, o exigir a periodicidade de controle legislativo e o estabelecer as diretrizes para a redistribuição de rendas”¹¹⁴.

Sem a intenção de esgotar ou inovar sobre o assunto, para os fins deste trabalho far-se-á um sucinto apanhado da concepção de orçamento através dos períodos históricos mais marcantes.

Inicialmente pode-se afirmar que o orçamento surge entre os séculos XVII e XVIII com as revoluções liberais. Antes disto o Estado se confundia com a pessoa do Soberano. Este por representar o Estado tudo podia.

Alterado o foco da política vigente passou-se a exigir que a instituição, majoração e duração dos impostos fossem sempre autorizadas pelo povo, através de seus representantes. A teoria clássica a respeito do orçamento foi neste momento – séculos XIX e XX – desenvolvida, fazendo-se distinção entre o orçamento como lei formal e como lei material.

¹¹⁴ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. Volume V – O orçamento na Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar. 2008. p.1-2.

É interessante lembrar esta diferença. Orçamento como lei em sentido material é o ato jurídico que estabelece regras de direito. Ao passo que orçamento como lei em sentido formal é uma forma de manifestação da vontade do Estado, no que se refere a gestão financeira, constituindo-se em mero plano de gestão, sem qualquer referência ao conteúdo dessa vontade, uma vez que não contém norma jurídica¹¹⁵.

O sistema tributário raramente vinha tratado no texto constitucional e o Estado mantinha-se afastado da vida dos cidadãos. Com poucas atribuições o Estado não necessitava de um sistema tributário amplo, no entanto este modelo mostrou-se incapaz de manter o mercado funcionando e de atender as reivindicações dos necessitados, entrando em colapso.

Já em meados do século XX percebe-se uma crise no Estado Fiscal Clássico e o orçamento sofre uma nova orientação política e econômica, de cunho intervencionista, aumentando os impostos e as fontes de receita. A postura intervencionista ao mesmo tempo que aumenta gastos públicos, promovendo um inchaço do setor público da economia e gerando dívidas públicas astronômicas, acarreta também uma sobrecarga ao setor produtivo em razão da alta carga tributária. Assim, se o modelo liberal não poderia permanecer em face da ausência que o caracterizava, o modelo intervencionista radical também não poderia se manter em razão do sufocamento do setor produtivo.

A partir disto, ver-se-á a criação do Estado Democrático Fiscal com a inserção da idéia de equilíbrio orçamentário que irá reger toda a atividade do Estado a partir de então. Para alcançar o almejado equilíbrio as Constituições passam a explicitar princípios jurídicos (moralidade, transparência, economicidade, participação social, pluralismo de interesses, dentre outros¹¹⁶) que devem ser observados no desenvolvimento das atividades econômicas do Estado. Ao mesmo tempo objetivam reduzir as desigualdades sociais e garantir os direitos humanos.

O orçamento tem variadas funções no modelo atual de Estado. Uma delas é a de controle da Administração Pública, limitando-se assim as atividades do Poder

¹¹⁵ SILVA, Sandoval Alves da. **Direitos Sociais – Leis Orçamentárias como Instrumento de Implementação**. Curitiba: Editora Juruá, 2007. p.156

¹¹⁶ Realmente, a CF88 possibilitou a chamada “participação popular” com a criação dos “orçamentos participativos” que na prática não passam de mais uma maneira daqueles que gozam do poder econômico e político legitimarem as suas escolhas e preferências.

Executivo que apenas poderá fazer as despesas autorizadas pelo Poder Legislativo. No entanto, o conteúdo político de que é dotado o orçamento nos dias atuais vai mais além, uma vez que impõe ao próprio legislador limites ao exercer sua função ordinária: os lindes são o plano plurianual e a lei de diretrizes orçamentárias, além dos novéis contornos traçados pelo Poder Judiciário que até então não tinha qualquer ingerência na matéria orçamentária.

Já através da função econômica do orçamento tenciona-se que o Estado mantenha um equilíbrio orçamentário, não podendo haver maior despesa do que receita. Para que o almejado equilíbrio seja alcançado foi editada no Brasil a Lei Complementar 101/2001 a qual estabeleceu limites para os gastos públicos, inclusive disciplinando como ocorrerá a renúncia de receitas, as despesas no último ano do mandato, as despesas com pessoal, as despesas com a seguridade social, dentre outras.

Tal equilíbrio orçamentário tornou-se indispensável em face das demandas sociais assumidas pelo estado a partir da Constituição de 1988. Com isto não pode mais o Poder Público gastar de maneira desordenada, devendo ser feita um planejamento¹¹⁷ de modo a transformar o Estado em agente propulsor e regulador do desenvolvimento econômico e social de seus cidadãos. É por isto que há um comprometimento com as questões de caráter social, como por exemplo, a proteção do meio ambiente, das relações de consumo, das prestações de saúde, do sistema habitacional, da assistência social, dentre outros.

Com isto tem-se hoje em dia um Estado Democrático Fiscal que pode ser compreendido como um Estado que traça suas estratégias de realização de direitos sociais, desenvolvimento econômico e redistribuição de renda sem olvidar do equilíbrio da economia. Daí porque é fundamental a observância das disposições orçamentárias pelo Poder Público uma vez que representam uma reflexo da postura

¹¹⁷ “Em qualquer campo da atividade humana, especialmente os que envolvam a produção de bens e serviços, seja propiciando a geração de riquezas, seja para o atendimento do interesse coletivo, é imprescindível a utilização do planejamento, no sentido de que possa haver uma utilização adequada e pertinente dos recursos materiais, humanos e financeiros e que possibilite uma ação racional, com mais eficácia e eficiência, para o atingimento dos objetivos propostos. Quando estas questões envolvem o Poder Público e a sociedade, tendo em conta a precariedade dos recursos para o atendimento do elevado grau das necessidades coletivas, com muito mais razão deve o Estado se utilizar do planejamento, a fim de poder investir e prestar melhores serviços, com uma aplicação mais inteligente dos seus recursos”. MILESKI, Hélio Saul. **O controle da Gestão Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.52.

assumida pelo Estado em razão dos compromissos constitucionais.

Como instrumentos deste planejamento a Constituição de 1988 trouxe o plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias e a lei orçamentária anual.

O plano plurianual (PPA) deve trazer os programas e metas governamentais de longo prazo. “É planejamento conjuntural para a promoção do desenvolvimento econômico, do equilíbrio entre as diversas regiões do país e da estabilidade econômica”.¹¹⁸ O principal aspecto do plano plurianual é a disposição sobre as despesas relativas a programas de duração continuada, compatibilizando-se com os programas nacionais, regionais e setoriais previstos na própria Constituição (art. 165, par. 4º). Já a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), por sua vez, tem elaboração anual e nela são dispostas as metas e prioridades da Administração Pública. O terceiro instrumento trazido pela CF como forma de organizar a atividade financeira do Estado é a Lei Orçamentária Anual (LOA).

Apesar de todos estes instrumentos de que a Constituição Federal colocou à disposição do Poder Público para bem realizar suas funções, o entendimento majoritário¹¹⁹ é de que o PPA, a LDO e a LOA são apenas autorizativos, ou seja, constituem-se em mera orientação ao administrador público que tem a discricionariedade para segui-los ou não.

Sendo o orçamento apenas um ato autorizativo com forma de lei, confere-se à Administração proeminência no planejamento orçamentário, não encontrando qualquer limite estabelecido na lei orçamentária tida apenas como um plano de gestão. Os gestores podem realizar as despesas que estejam previstas no orçamento, mas a efetivação das despesas não é obrigatória só pelo fato de estarem projetadas no orçamento¹²⁰. Haveria aqui um espaço no qual apenas o executor poderia movimentar-se. Desta forma fará o que entender cabível, agindo comissiva ou omissivamente.

Ricardo Lobo Torres acentua que “a teoria de que o orçamento é lei formal, que apenas prevê as receitas públicas e autoriza os gastos, sem criar direitos

¹¹⁸ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. Volume V – O orçamento na Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar. 2008. p. 79

¹¹⁹ PASCOAL, Valdeci Fernandes. **Direito Financeiro e Controle Externo**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008 e TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. Volume V – O orçamento na Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar. 2008.

¹²⁰ PASCOAL, Valdeci Fernandes. **Direito Financeiro e Controle Externo**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p.17.

subjetivos e sem modificar as leis tributárias e financeiras, é, a nosso ver, a que melhor se adapta ao direito constitucional brasileiro”.¹²¹

Com isto quer-se retirar a responsabilidade do administrador público em relação à política pública prevista na lei orçamentária com fundamento na discricionariedade administrativa. Ao fim ao cabo, há a aceitação de que o estabelecido pelo legislador no orçamento é mera autorização, sendo normas sem qualquer obrigatoriedade.

Não é o que nos parece. Este entendimento é um contrasenso ao sistema instituído a partir de 1988, uma vez que esvazia as disposições constitucionais a respeito do orçamento, fazendo delas letra morta. Qual o sentido do legislador constituinte estabelecer uma série de mecanismos de modo a possibilitar o planejamento dos gastos públicos com a finalidade de realização de determinados objetivos, se depois disto os esforços constitucionais vão passar pelo juízo de discricionariedade do administrador público?

Desta feita, devem ser observadas as determinações do Plano Plurianual, da Lei de Diretrizes Orçamentárias e da Lei Orçamentária Anual, nesta ordem.¹²², de modo a observar a regulamentação do legislador constituinte. Do contrário, seria admitir que as normas constitucionais não tem qualquer eficácia, pois seriam apenas uma formalidade a ser cumprida e após satisfeita, poderiam ser desconsiderada pela Administração Pública, invertendo-se a lógica piramidal do ordenamento jurídico brasileiro.

Destaque-se o voto do Min. Celso de Mello constante no RE 271.286-8/RS ao afirmar que “o caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política não pode converter-se em promessa constitucional incoseqüente sob pena de o Poder Público (...) substituir de maneira ilegítima o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental”. Ora, se até mesmo as normas

¹²¹ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. Volume V – O orçamento na Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar. 2008. p.96

¹²² “O plano plurianual de que faz menção o legislador não cuida somente de meras sugestões desenvolvimentistas, mas impõe ao Poder Público limites a sua atuação intervencionista e parâmetros à programação que implique despesas e receitas, vinculadas a mais de um exercício. Por essa razão, tais planos, por serem mais amplos, prevalecem sobre as leis orçamentárias anuais naquilo em que cuidar da mesma matéria, sendo a ordem de indicação do art. 165 preferencial”. MARTINS. Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1991. v.6, t II, p.184.

programáticas estão tendo sua eficácia reconhecida, mais razão ainda para o fazê-lo para as disposições constitucionais orçamentárias em relação às quais não há qualquer necessidade de regulamentação por parte do legislador.

Por isto, o orçamento deve ser compreendido como lei no sentido material justamente por ter “implicações claras com todos os cidadãos, em geral, e com os sujeitos econômicos em particular, sendo possível mesmo delimitar os contornos de efeitos jurídicos muito concretos que lhe são próprios”.¹²³ Estes impactos na vida dos cidadãos decorrem, em síntese, da maneira como os gastos públicos serão realizados.

Assim, o orçamento não tem um fim em si mesmo (atividade financeira da Administração Pública) mas apresenta-se como um instrumento para realização de determinados objetivos que a própria Constituição estabeleceu como mais importantes. Estes estão presentes em seu art. 3º e em dispositivos espalhados pelo texto constitucional, dando-se destaque para a realização do direito à saúde previsto no art. 196.

Deve-se observar que para a realização dos objetivos considerados prioritários, a própria Constituição estabeleceu percentuais de recursos públicos a serem destinados àquela finalidade específica. Exemplo desta vinculação é a edição de Emendas Constitucionais cujos objetivos são a vinculação da receita pública a fundos específicos (EC 14/1996, 17/1997, 27/2000 e 29/2006), restringindo a liberdade do administrador e engessando o orçamento.¹²⁴ Com isto se quer dizer que ao menos uma parcela do orçamento é vinculada, não podendo a discricionariedade administrativa ser posta acima das determinações constitucionais.

É certo que os funcionários administrativos devem cumprir as metas previstas na programação orçamentária, e não o podem fazer livremente, mas nos termos e limites fixados na lei de orçamento. Não podem deixar de cumprir as atividades e projetos constantes da lei de orçamento, sem razão justificativa para tanto, ou com a simples justificativa de não serem obrigados a executá-los, porquanto a lei não lhes dá mais do que autorização para isso, ficando sua efetivação dependendo de sua vontade exclusivamente¹²⁵.

Reforça a idéia da vinculação de parcela do orçamento o dado de que cerca de 90% dos recursos orçamentários já tem destinação obrigatória não deixando

¹²³ Xavier, Antônio Lobo. **O orçamento como lei**. Coimbra: p. 103.

¹²⁴ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. Volume V – O orçamento na Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar. 2008. p.79

¹²⁵ SILVA. José Afonso da. **Orçamento-Programa no Brasil**. São Paulo: RT, 1973. p.272.

qualquer margem para quem faz a programação orçamentária¹²⁶. Assim, o orçamento, em sua maioria, não passa do cumprimento de obrigações financeiras criadas pelo próprio ordenamento jurídico vigente. Esta postura reduz significativamente a “manejabilidade do orçamento”.

A partir das vinculações constitucionais e de outras estabelecidas por outros mecanismos não há como continuar se afirmando que o orçamento é apenas autorizativo. Há entendimento¹²⁷, inclusive, que a Lei de Responsabilidade Fiscal introduziu no Brasil o orçamento impositivo, pois o único caso que justificaria a não implementação integral do orçamento seria o da dificuldade com o alcance das metas fiscais. Nas demais situações, a execução dos créditos orçamentários seria obrigatória.

Apesar das críticas formuladas às vinculações orçamentárias, entende-se que o endurecimento do orçamento em face do atendimento de disposições constitucionais e legais é benéfica, ainda mais para países, como o Brasil, que sofrem com a forte corrupção e com a falta de controle efetivo sobre o gasto público. Com a vinculação ficaria, em tese, mais fácil para os órgãos responsáveis pela fiscalização fazer uma análise dos gastos públicos.

Em face de tudo isto, é forçoso reconhecer que o orçamento não é uma “lei de meios”, voltada tão somente para a regulamentação da atividade financeira do Estado. Apresenta-se como um instrumento para realização de determinados objetivos que a própria Constituição estabeleceu como essenciais. E mais, da análise do sistema constitucional de 1988 percebe-se também uma série de limites fixados para o desenvolvimento deste orçamento de maneira a implementar diversos postulados constitucionais, tais como a limitação dos governantes no que tange ao gasto público, o sistema de *checks and balances*, etc¹²⁸.

O estabelecimento de objetivos a serem cumpridos através do orçamentos, metas estas estabelecidas pela própria Constituição faz-se vislumbrar um caráter extrafiscal das finanças públicas. E desta forma não há como se sustentar que o

¹²⁶ LIMA, Edilberto Carlos Pontes. **Algumas observações sobre o orçamento impositivo no Brasil**. Cadernos Aslegis n° 25 janeiro de 2005.

¹²⁷ LIMA, Edilberto Carlos Pontes. **Algumas observações sobre o orçamento impositivo no Brasil**. Cadernos Aslegis n° 25 janeiro de 2005.

¹²⁸ Princípio da harmonia entre os poderes, no que tange à participação dos poderes na formulação do orçamento, as regras do art. 100 e 167, I, II e VII da CF, dentre outras disposições são os exemplos trazidos à lume por SILVA, Sandoval Alves da. **Direitos Sociais – Leis Orçamentárias como Instrumento de Implementação**. Curitiba: Editora Juruá. Curitiba. 2007. pp.163/164.

orçamento tenha caráter neutro. Muito pelo contrário: com esta configuração o orçamento tem (ou deverá ter) um aspecto redistributivo. Assim, pode-se dizer que o princípio da legalidade que garante tão somente a igualdade formal sofreu mitigação com a função extrafiscal dos tributos.

Ora, se a Constituição estabeleceu que a atividade do Estado não é mais neutra e sim intervencionista¹²⁹ voltada para o alcance dos objetivos da República, não pode o orçamento manter-se distante desta postura. Com isto se quer dizer que o gasto público deve ser direcionado para os fins que a Constituição elege como fundamentais.

Assim, deve-se reconhecer por expressa previsão constitucional que os instrumentos orçamentários (PPA, LDO e LOA) tem por finalidade a realização de determinados objetivos e para alcançá-los estabelecem prioridades a que deve observância o Poder Público. Estas prioridades constam no texto da Carta Constitucional e não podem ser olvidadas. Já os meios para alcançá-las podem ser estabelecidos de dois modos: explícito, através da fixação de percentuais de recursos destinados a um fim específico como acontece com a saúde e implícito, sem a vinculação de receitas, também pode-se citar aqui o direito à saúde uma vez que os percentuais a serem aplicados são considerados mínimos, devendo o Estado empregar mais recursos para a realização do direito constitucionalmente garantido. Por isto que neste último caso diz-se que o administrador também é obrigado a cumprir o direito tutelado e considerado prioritário, apenas não há para isto a pré-fixação do *quantum* a ser empregado.

Assim, a lei orçamentária deve ser entendida como norma de conduta prospectiva, com natureza formal e material, simultaneamente, pois disciplina a exigibilidade de concretização dos direitos e das atividades insertas nas políticas públicas, bem como o modo de aplicação dos recursos públicos e de implementação de tais direitos fundamentais sociais ou de políticas que estão insertas em normas constitucionais e infraconstitucionais. A fundamentação jurídica para a postulação judicial de direitos quantificados pelas leis financeiras é retirada da conjugação da eficácia das normas materiais constitucionais e infraconstitucionais com as leis

¹²⁹ “Intervenções e prestações estatais que implicam a realização de despesas, postulando, portanto, implicitamente, uma dimensão apreciável do gasto público, com finalidades, também aqui, eminentemente redistributivas”. XAVIER, Antônio Lobo. **O orçamento como lei**. Coimbra, 1990, p. 85.

orçamentárias. Dessa forma, é possível determinar a extensão, a quantificação e a qualificação das obrigações em prestações materiais do Estado para com os administrados, respeitando-se as reais possibilidades econômicas, financeiras e orçamentárias para atender os direitos fundamentais sociais. Assim, as normas constitucionais e legais estabelecem normas de conduta para a Administração Pública, por meio de princípios, políticas e regras, que ganham ares de concreção, quando delimitados pelas leis orçamentárias¹³⁰.

O orçamento não é mera formalidade e sim um poderoso instrumento de intervenção estatal, no qual ficará demonstrado o plano de ação do governo. Desta feita, é preciso reconhecer que o orçamento está longe de ser uma carta de intenções que poderá ou não ser executada pelo administrador público, sendo na verdade de cumprimento obrigatório ao menos no que disser respeito às prioridades constitucionais. Com isto, o orçamento deve ser entendido como norma que orienta de forma geral o gasto público e conseqüentemente as políticas públicas a serem adotadas pelo Estado.

4.2 UM NOVO OLHAR SOBRE O ORÇAMENTO

Quando se aborda a temática orçamentária logo surgem no pensamento idéias sobre a Inglaterra e o grande avanço obtido ainda na Idade Moderna acerca dos limites ao poder do monarca para criar e majorar tributos. Ocorre que mesmo com o passar dos anos a abordagem do Direito Financeiro permaneceu igual, com a contabilização do ganho de se limitar, através do Parlamento, os poderes do Chefe do Executivo, seguida, no ordenamento pátrio, com um estudo enfadonho acerca do disposto na Constituição Federal no capítulo sobre as finanças públicas (plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e lei orçamentária anual).

Percebe-se que não houve uma releitura do orçamento, mesmo com todas as mudanças advindas da adoção de um Estado Democrático de Direito, com tendências ao intervencionismo, bem como do reconhecimento dos direitos sociais

¹³⁰ SILVA, Sandoval Alves da. **Direitos Sociais – Leis Orçamentárias como Instrumento de Implementação**. Curitiba: Editora Juruá. Curitiba. 2007. p. 158.

como direitos fundamentais. As atenções continuaram voltadas aos princípios que regem a atividade financeira do Estado, com algumas inovações com a inclusão da noção de responsabilidade dos governantes a respeito dos gastos públicos, em face justamente do advento da Lei Complementar nº 101/2000.

Aspecto interessante é o que traz o jurista português Antônio Lobo Xavier quando acentua que apesar da idéia de autorização pelo Poder Legislativo a respeito da instituição e cobrança de impostos ser uma idéia tranquilamente aceita desde o século XVIII pela maioria dos países do ocidente, o mesmo não ocorreu com a questão do gasto público.

Em outras palavras, é sedimentada a concepção de que para que o Estado cobre um tributo faz-se necessário a autorização prévia do Poder Legislativo e sob este aspecto há diversas discussões doutrinárias, sempre sendo destacada a necessidade de controle deste requisito fundamental. Em momento algum observa-se que o gasto público, o modo de sua realização, bem como o controle que sob ele deve ser feito também fazem parte do campo de estudo do Direito Financeiro.

Neste sentido, o supracitado autor afirma que:

Ontem, era um Direito impregnado de preocupações teóricas e políticas com a neutralidade das finanças, com o equilíbrio do orçamento, com o auto-consentimento dos imposto e com uma justiça formal da tributação; hoje, embora ligado às questões políticos constitucionais, aos próprios efeitos da atividade financeira sobre a esfera dos particulares, o Direito Financeiro precisa de apreender os novos aspectos que caracterizam as finanças intervencionistas. Parece-nos seguro que, por exemplo, desde que o Estado passa a intervir activamente na economia, a despesa pública tem de alcançar um lugar semelhante ao do imposto, no seio do Direito Financeiro, seja qual for a hierarquia de nossas preocupações. Pode-se afirmar-se, por um lado, que a despesa pública é suscetível de afetar os direitos dos cidadãos pelo menos tanto quanto o imposto, embora de forma menos visível; e, por outro, que não tem sentido falar-se de justiça fiscal sem que se procure uma justiça do gasto público.¹³¹

Por mais que o gasto público caiba predominantemente ao Poder Executivo, é parte integrante do orçamento tanto quanto a autorização para a instituição de tributos. É através do gasto público que o Estado realiza ações indispensáveis ao funcionamento da máquina pública, bem como os atos necessários à execução dos objetivos estatais. Com efeito, para atingir o patrimônio do cidadão são fixados vários limites para o Estado de maneira a garantir os direitos individuais dos particulares. O que não se percebe é que após dada autorização para a instituição

¹³¹ XAVIER, Antônio Lobo. **O orçamento como lei**. Coimbra, 1990. p.45.

do tributo, o Estado fica livre para gastar os valores daí provenientes, sem que haja um controle efetivo do modo como este gasto está ocorrendo. Tal postura afeta, ainda que de maneira indireta, todos os cidadãos daquele Estado, pois a máxima '*quem tem poder tende dele abusar*' se aplica na questão gasto público.

A postura correta parece ser a realização de um controle efetivo acerca de quanto dinheiro é empregado, como é empregado, bem como a demonstração de todas as etapas pelas quais o gasto público passa, assim como os resultados alcançados justamente em face do princípio da eficiência dos atos da Administração Pública.

O controle a ser efetuado não causa, de maneira alguma, qualquer violação ao princípio da separação de poderes haja vista a alteração de concepção de tal princípio no modelo de Estado atual. Exemplo disto é a invasão de campo por excelência do Parlamento e que a cada dia mais é ocupado pelo Executivo, qual seja, elaboração de normas gerais com força de lei. No caso brasileiro as medidas provisórias ilustram perfeitamente a ingerência do Executivo na tarefa de legislar.

Com isto se demonstra que a concepção clássica da separação de poderes já não pode ser adotada haja vista que a alteração sofrida pelo modelo de Estado é tão grande que aceitar o entendimento de Montesquieu inviabilizaria diversas práticas contemporâneas. O autor ressalta também que não apenas o Poder Executivo está perdendo espaço. O que ocorre na verdade é uma flexibilização de contornos até então bem definidos.

Com isto não se quer dizer que as conquistas clássicas devam ser deixadas de lado, mas apenas que os princípios da legalidade, anterioridade, dentre outros que regem o orçamento não podem sobrepor-se aos direitos fundamentais sociais, mas sim encontrar uma forma de conciliar-se com eles.

Assim, considerando-se todos estes aspectos o orçamento pode ser assim definido:

significa, nesta perspectiva, uma previsão de despesas e receitas que o Poder Executivo pretende realizar e cobrar, no âmbito de seu programa financeiro, estruturada por itens que permitem uma análise mais ou menos detalhada, e submetida à discussão e votação parlamentar. Além disso o orçamento vincula o Executivo, em maior ou menor medida, no sentido de que a atividade financeira há de ficar subordinada à execução daquele documento, do qual só em casos marginais se poderá afastar.¹³²

¹³² XAVIER, Antônio Lobo. **O orçamento como lei**. Coimbra, 1990. p. 87/88.

Com efeito, entendido que o cenário político e econômico não é mais o mesmo de quando foi cunhado o conceito clássico de orçamento, importa investigar mais a fundo as razões destas alterações e as conseqüências que elas acarretam.

4.3 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO ORÇAMENTO AUTORIZATIVO

Aceita-se no Brasil o fato de que o orçamento é autorizativo e com isto se quer dizer que os gastos previstos nesta lei não devem ser obrigatoriamente feitos. Esta disposição tem o fito de dar flexibilidade ao Poder Executivo na execução orçamentária. Esta flexibilidade consiste no poder de não gastar¹³³ ou de gastar de maneira diversa da prevista.

Sendo o orçamento atualmente compreendido como um instrumento de planejamento estatal há necessidade de um estudo minucioso acerca da previsão da receita a ser arrecadada e das despesas fixadas seja em decorrência de obrigações advinda de exercícios fiscais pretéritos, seja resultado da própria Lei Orçamentária Anual. Todavia, em virtude do amplo espectro de atuação da Administração Pública é corriqueira a ocorrência de situações não previstas, ou previstas de maneira diferente daquela como os fatos se apresentam, ou ainda, imprevisíveis.

Por isto há necessidade de mecanismos que possibilitem a alteração do orçamento no que tange à despesa pública de modo a torná-lo executável. Através destes expedientes confere-se a flexibilidade necessária ao administrador para que este proceda uma adaptação, tendo em vista a realidade fática. Sem perder de vista as metas estabelecidas e os objetivos almejados no orçamento, o administrador público promove uma alteração no planejamento inicial e o transforma com o fito de melhor realizá-lo.

As alterações do orçamento são de diversas espécies. Se a decisão é de não gastar, as dotações orçamentárias podem ser anuladas, total ou parcialmente. Ressalte-se que esta anulação possibilita que os valores sejam posteriormente

¹³³ MENDONÇA, Eduardo. Da Faculdade de Gastar ao Dever de Agir: O esvaziamento Contramajoritário de Políticas Públicas. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008, p.234.

utilizados através de créditos suplementares e especiais (art. 43, parágrafo 1º, III da Lei nº 4.320/64). Na prática, anulação é um expediente que possibilita ao Executivo postergar uma determinação orçamentária até que surja um momento político conveniente a utilização dos recursos para fins diversos dos inicialmente fixados.

Se o Executivo quer gastar, desde logo, de maneira diferente da prevista, ocasionando uma modificação no orçamento, poderá fazê-lo através de remanejamentos, transposições e transferências, termos previstos pelo constituinte de 1988, substituindo-se a expressão anterior “estorno de verba”¹³⁴. O remanejamento possibilita a realocação das verbas de um órgão para outro; a transposição ocasiona realocações de planos de trabalho em um mesmo órgão e, por fim, a transferência se constitui na realocação de recursos entre categorias econômicas, em um mesmo órgão e, ainda, dentro de um mesmo programa de trabalho¹³⁵. As modificações na lei orçamentária podem ocorrer também através de créditos adicionais¹³⁶¹³⁷ e nelas sempre deverão constar indicações expressas dos recursos a serem utilizados em finalidade diversa da inicialmente prevista.

José Teixeira Machado Jr. e Heraldo da Costa Reis ressaltam a diferença entre estes mecanismos de alteração orçamentária esclarecendo que:

há uma profunda diferença entre os créditos adicionais e as técnicas de transposição, remanejamento e transferência de recursos orçamentários. No caso dos créditos adicionais, o fator determinante é a *necessidade da existência de recursos*; para as demais alterações, é a *reprogramação por repriorização das ações*. O motivo que indicará como se materializarão.¹³⁸

Por serem instrumentos de repriorização das ações governamentais

¹³⁴ “A Carta de 1967 já utilizou o termo *transposição* em seu artigo 61, § 1º, alínea a, ao proibir tal procedimento, sem prévia autorização legal, de recursos de uma dotação orçamentária para outra” *in* FURTADO, José Ribamar Caldas. *Créditos adicionais versus transposição, remanejamento ou transferência de recurso*. <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7715> acesso em 27.05.2009.

¹³⁵ OLIVEIRA, Rogério Sandoli. Art. 40 – 46. In CONTI, José Maurício (Coor) **Orçamentos Públicos – A Lei nº 4.320/1964 comentada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 140

¹³⁶ Art. 40 - São créditos adicionais as autorizações de despesas não computadas ou insuficientemente dotados na lei de orçamento. Art. 41 - Os créditos adicionais classificam-se em: I - suplementares: os destinados a reforço de dotação orçamentária; II - especiais: os destinados a despesas para as quais não haja dotação orçamentária específica; III - extraordinários: os destinados a despesas urgentes e imprevistas, em caso de guerra, comoção interna ou calamidade pública.

¹³⁷ “Cumprir esclarecer que tanto nos casos de abertura de créditos adicionais, quanto nos casos de remanejamentos, transposições e transferências é necessária autorização legislativa, sendo que no caso específico de abertura de créditos adicionais suplementares ou especiais, é necessária, ainda, a indicação da fonte de recursos (art. 167, V e VI da CF”. OLIVEIRA, Rogério Sandoli. Art. 40 – 46. In CONTI, José Maurício (Coor) **Orçamentos Públicos – A Lei nº 4.320/1964 comentada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 138.

¹³⁸ MACHADO JR., José Teixeira; REIS, Heraldo da Costa. **A Lei 4.320 comentada**. 30 Ed. Rio de Janeiro: IBAM, 2000/2001, p. 109.

demonstrando uma alteração de postura do Poder Público face aos objetivos e às metas fixadas no orçamento, a Constituição estabeleceu a necessidade da alteração ser antecedida de autorização legislativa (art. 167, VI). Nada mais lógico uma vez que a Constituição atribuiu ao Legislativo¹³⁹ a aprovação do projeto da lei orçamentária encaminhado pelo Executivo. Se há a redefinição de prioridades por parte do Executivo, faz-se essencial – inclusive para prestígio do sistema de freios e contrapesos – que o Legislativo participe deste processo, conferindo legitimidade às propostas de alteração das disposições orçamentárias e se for o caso autorizando que a modificação seja empreendida.

No entanto, este não é o único mecanismo existente no ordenamento jurídico brasileiro que possibilite a alteração das disposições orçamentárias. Conforme já ficou dito acima, os créditos adicionais também podem promover a modificação da lei orçamentária. Contudo, por terem como objetivo a mera obtenção de recursos, não se alterando os propósitos orçamentários, o art. 42 da Lei nº 4.320/64 estabelece que a autorização para os créditos suplementares e especiais é dada por lei e no decorrer da execução orçamentária o Executivo pode, através de decreto, empreender as modificações. No entanto, a autorização legislativa acima mencionada não necessita ser específica, podendo ser concedida, de maneira genérica, na própria lei orçamentária, conforme adiante se verá.

Desta forma há dois regimes no sistema brasileiro no que tange à alteração orçamentária. O primeiro é o que estabelece que para que a lei orçamentária seja alterada através de transposição, remanejamento e transferência de recursos faz-se necessária uma autorização legislativa, conforme dispõe o art. 167, VI da Constituição Federal; O segundo regime é o previsto no art. 42 da Lei nº 4.320/64 que, para os casos de créditos suplementares e especiais, permite que o orçamento sofra modificações tão somente em razão da autorização legislativa genérica constante da própria lei orçamentária, com abertura dos créditos realizada por decreto do Executivo, sem necessidade de aprovação específica para aquela alteração.

No caso de remanejamento, transferência e transposição a própria

¹³⁹ “As programações orçamentárias são projetadas pelo Poder Executivo e aprovadas pelo Poder Legislativo, de modo que a lei orçamentária retrata um projeto que, em tese, está exteriorizando a vontade da sociedade, representada pelos legisladores”. STF, ADIN 3.401-4/SP, Relator Ministro Gilmar Mendes, Data do Julgamento 23.02.2007.

Constituição fixou a necessidade de autorização legislativa prévia. Ao passo que o art. 42 da Lei nº 4.320 é expresso ao se referir tão somente aos créditos suplementares e especiais, não dando margem para qualquer interpretação extensiva. O tratamento diferenciado decorre dos fins a que se propõem os instrumentos acima citados.

Por isso, o Poder Executivo não pode se utilizar da autorização genérica conferida pelo legislador no corpo da lei orçamentária e através de decreto realizar transposições, remanejamentos e transferências sob pena de incorrer em inconstitucionalidade haja vista que a autorização genérica apenas pode ser usada somente para os créditos suplementares e especiais, tal como previu a lei.

Há uma importante consideração a ser feita a respeito das alterações do orçamento no Brasil. A Constituição Federal estabelece em seu art. 165, parágrafo 8º que a lei orçamentária anual poderá conter autorização para abertura de créditos suplementares. Com isto se quer dizer que a lei orçamentária poderá ser alterada pela edição de outro ato normativo destinado a complementar dotações que se revelaram insuficientes para a execução da tarefa ordenada no orçamento.

Ressalte-se ainda que estas alterações orçamentárias deverão guardar compatibilidade com o plano plurianual e a lei de diretrizes orçamentárias (art. 166, parágrafo 3º, inciso I da CF). Percebe-se que o constituinte tentou fixar limites a serem observados quando da edição de atos normativos que alterassem o orçamento.

Pois bem. Dito isto, tem-se a previsão constitucional para que conste no orçamento a autorização de créditos suplementares. Mas como estes créditos suplementares serão instituídos? Ora, é pressuposto de um ordenamento jurídico hierarquizado que as normas apenas podem ser alteradas por normas da mesma natureza ou com natureza equivalente. Assim, conclui-se que sendo o orçamento instituído por uma lei, apenas por uma outra lei poderá se alterado.

No entanto, não é apenas por lei que a lei orçamentária é alterada no Brasil. Isto porque há uma situação prevista no art. 7º, I e art. 42 que autorizam ao Parlamento, quando da votação e aprovação da LOA a estabelecerem uma autorização a ser utilizada pelo Poder Executivo de maneira a tornar mais flexível a execução das disposições orçamentárias. Este expediente não é muito estudado

pela doutrina, nem sequer indagado quanto à sua recepção pela CF de 1988. No orçamento anual há, em regra, uma autorização para que se proceda alterações orçamentárias. Esta alteração se materializa através da edição de um decreto pelo Chefe do Poder Executivo, após a publicação do orçamento anual. Através deste decreto o chefe do Poder Executivo poderá, dentro da margem fixada pelo legislador, alterar as rubricas orçamentárias, transferindo valores de uma atividade ou setor para outro.

Na prática há uma previsão genérica, na própria lei orçamentária, que permite ao Executivo, por meio de decreto alterar os dispositivos desta lei num determinado prazo, com a presunção absoluta, de aprovação de tais atos pelo Legislativo.

O instituto em questão é chamado de margem de remanejamento cujo fundamento encontra-se no art. 165, parágrafo 8º da Constituição Federal e no art. 7º, I da Lei nº 4.320/64. Ele consiste na fixação pelo Legislativo de um percentual de valores que podem ser transferidos e/ou remanejados de um ponto para outro. Este percentual é variável, dependendo da relação entre o chefe do Executivo e os parlamentares. Se o Presidente, por exemplo, tem a maioria no Congresso Nacional, esta margem de remanejamento pode ser bastante elevada. Com isto, o chefe do Executivo tem carta branca, dentro da margem fixada pelo Legislativo, para alterar o orçamento da maneira que entender mais conveniente. “Assim, no início da execução orçamentária, o Executivo poderia suplementar dotações por meio de decretos, com amparo na autorização legislativa já constante no próprio orçamento”¹⁴⁰.

Esta autorização genérica acaba por promover uma distorção do processo decisório que se inicia com a participação dos representantes populares através do Congresso Nacional – no caso da União - votando a lei orçamentária e acaba por desembocar numa decisão unilateral da Administração¹⁴¹, que na maioria das vezes não é sequer fundamentada¹⁴².

É claro que neste processo há clara colaboração do Legislativo ao definir a margem de remanejamento que o Executivo terá, sendo tal decisão de natureza

¹⁴⁰ OLIVEIRA, Rogério Sandoli. Art. 40 – 46. In CONTI, José Maurício (Coor) **Orçamentos Públicos – A Lei nº 4.320/1964 comentada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p.143

¹⁴¹ ADIn nº 1.716/STF, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, data de julgamento 27.03.1998.

¹⁴² FARIA, Rodrigo Oliveira de. Art. 75 – 82. In CONTI, José Maurício (Coor) **Orçamentos Públicos – A Lei nº 4.320/1964 comentada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.\$ p. 237

político-partidária¹⁴³.

Já vimos que a margem de remanejamento é fixada pelo Poder Legislativo com base em questões políticas, assim, quando o chefe do Executivo tem maioria na Casa Legislativa poderá atuar com bastante liberdade na execução do orçamento. Veja-se que a crítica aqui não é à alteração orçamentária de maneira geral, pois esta é necessária para a execução orçamentária haja vista o surgimento de situações imprevisíveis e a alteração da realidade fática. O problema é a falta de limites na alteração orçamentária, não apenas em relação ao *quantum* da margem, mas também a falta de transparência nas realocações de recursos.

Ora, se esta alteração orçamentária fosse empreendida por uma lei, estaria sujeita aos limites fixados no Plano Plurianual e na Lei de Diretrizes Orçamentárias, além de ser objeto de discussão entre os legisladores. No entanto, quando realizada por decreto reflete a visão do chefe do Poder Executivo e não está, pelo menos na prática, submetida ao crivo da compatibilidade com os outros instrumentos orçamentários acima citados.

Outro ponto que intriga é a natureza deste ato normativo. Como pode uma lei ser alterada por um decreto? Até onde a doutrina brasileira reconhece os decretos são “atos administrativos da competência exclusiva dos Chefes do Executivo, destinados a prover situações gerais e individuais, abstratamente previstas de modo expresso, explícito ou implícito pela legislação”¹⁴⁴. Deste conceito decorre o entendimento de que os decretos existem apenas para regulamentar disposições legais, não sendo admitidos decretos autônomos na ordem jurídica brasileira, exceto

¹⁴³ “O grande problema é que o Legislativo tem o poder de definir a chamada 'margem de remanejamento'. Assim, pode definir que o Prefeito (no caso municipal, por exemplo) pode 'remanejar' livremente certa porcentagem do orçamento, reaplicando recursos inicialmente previsto para uma área para outra que mais lhe interesse. Quando os vereadores (ainda no exemplo do município) querem 'atar' as mãos do Prefeito, dão uma margem de remanejamento mínima. Quando o Prefeito tem maioria na Câmara, consegue que esta lhe dê uma margem de remanejamento enorme. Vejamos alguns exemplos:A prefeita de São Paulo Luiza Erundina, que não tinha maioria da Câmara, teve uma margem de remanejamento de apenas 1% do orçamento. Já Paulo Maluf, seu sucessor, que tinha maioria, pôde remanejar 20% do orçamento (o que no caso de São Paulo chega a quase 2 bilhões de dólares, uma quantia bastante razoável). Orestes Quércia, então governador do Estado de SP podia remanejar 40% do orçamento. Em compensação, o prefeito Luca de São Vicente teve uma margem de remanejamento de ...0%! No Vale do Paraíba, a cidade de Pindamonhangaba chegou a ter uma margem de remanejamento de 100% em meados dos anos 90” Texto Alguns elementos de reflexão sobre conceitos básicos de planejamento urbano e urbano-regional de autoria de João Sette Whitaker Ferreira retirado do sítio http://www.usp.br/fau/docentes/deprojetos/j_whitaker/aposplan.html. Acesso em 19.04.2009.

¹⁴⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34 Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008. p.182.

na hipótese prevista no art. 84, VI da Constituição Federal.

Ora, o decreto que altera a lei orçamentária não é fundamentado no art. 84, VI, único caso de decreto autônomo constitucionalmente autorizado. É certo também que este decreto não regulamenta matéria já disposta em lei e sim inova na ordem jurídica. Como se poderia entender tal espécie normativa? O citado decreto não parece se enquadrar em qualquer das espécies existente no ordenamento jurídico atual.

Não pode ser entendido como lei delegada, pois esta tem seus limites fixados pelo Legislativo no que tange ao conteúdo e termos de exercício (art. 68). No que tange ao conteúdo das leis delegadas há expressa vedação a que elas versem sobre planos plurianuais, lei de diretrizes orçamentárias e orçamento (art. 68, III). Já no decreto previsto na Lei nº 4.320/64, a única limitação ao Chefe do Executivo é a quantidade do que pode ser alterado.

Também não é medida provisória uma vez que esta é submetida ao Legislativo, além da vedação expressa constante no art. 62, parágrafo 1º, I, c que impossibilitaria equiparar o decreto mencionado com a medida provisória. O decreto que altera a lei orçamentária assemelha-se ao decreto-lei da ordem constitucional anterior, não se enquadrando em qualquer das espécies normativas existentes atualmente. Todavia, a existência deste decreto não parece ser percebida ou causar questionamentos nem pela doutrina, nem pela jurisprudência pátrias.

Note-se que a previsão de alteração das rubricas orçamentárias e a fixação da margem para esta modificação que constam no orçamento não pode ser entendida como autorização para edição de um decreto autônomo uma vez que elas existem para possibilitar alterações decorrentes de mudanças fáticas ou falhas nas previsões orçamentárias. Enfatize-se o que já restou anteriormente dito: o “decreto orçamentário” altera o orçamento aprovado pelo Poder Legislativo por razões de repriorização, diferindo do propósito legal ao fixar a margem de alteração orçamentária que é justamente a flexibilização de modo a adaptar a lei à realidade fática. E ainda que não se queira aceitar este propósito legislativo, a interpretação que proíbe o legislador de autorizar o Chefe do Executivo alterar a LOA decorre da própria Constituição ao estabelecer que estão vedadas as autorizações globais como decorrência do princípio da especialidade (art. 5º, par. 4º da LC nº101 e art. 5º

e art. 22 da Lei nº 4.320/64).

Assim, apesar da falta de previsão constitucional e da não adequação aos modelos de atos de natureza legislativa, o “decreto orçamentário” existe e é utilizado todos os anos sem qualquer fiscalização. Se, no Brasil, não há discussão séria sobre a sua constitucionalidade, deve ao menos haver o controle de legalidade por parte do Judiciário, uma vez que a este é dado apreciar, sob o prisma jurídico, toda e qualquer questão. Assim, independente da natureza do “decreto autônomo”, ele deve ser fiscalizado.

A ausência de encaixe normativo do decreto não pode ser óbice ao controle de constitucionalidade que poderá se realizar de maneira concentrada e/ou difusa. Lembre-se que até mesmo os atos nulos de pleno direito são apreciáveis pelos juízes. Com efeito, deve o Judiciário estar atento ao conteúdo do “decreto orçamentário” a fim de verificar se não está em confronto com o Plano Plurianual e a Lei de Diretrizes Orçamentárias. Se o “decreto orçamentário” pode ser equiparado à LOA haja vista que tem força para modificá-la, aos limites impostos ao orçamento deve também se subordinar haja vista que é necessário estabelecer o regime jurídico que ele segue de modo a verificar a sua compatibilidade com a norma. Em outros termos, se à LOA são impostas limitações, tal como a de não tratar de matéria estranha à questão financeira do Estado, ao “decreto orçamentário” também devem ser impostas os mesmos limites. Desta forma, se a lei orçamentária deve ser compatível com o Plano Plurianual e com a Lei de Diretrizes Orçamentárias, ao “decreto orçamentário” deve ser imposta igual exigência.

Portanto, o “decreto orçamentário” - aqui se está admitindo a hipótese da recepção desta figura peculiar pela ordem constitucional de 1988 com finalidade meramente argumentativa – deve ser controlado como o são todos os atos normativos e administrativos do Estado, não podendo gozar dos bônus que a condição de lei lhe proporciona, sem arcar com o ônus respectivo. Assim, se a lei é (ou deveria ser) controlada pelos juízes, o mesmo deve acontecer com o “decreto orçamentário”.

Voltar-se-á a este ponto mais à frente. Todavia deve-se antes acentuar que admitir a validade deste “decreto orçamentário” implica necessariamente em desconsiderar diversos dispositivos constitucionais acerca da atividade financeira do

Estado, máxime no que tange ao gasto público.

Os institutos estabelecidos na ordem jurídica tem propósitos bem definidos e função importantíssima para o desenvolvimento do Estado. Um destes institutos é o orçamento que visa justamente manter um equilíbrio de forças entre os Poderes Políticos de modo que aquele que aprova os gastos não os executa (pelo menos não tem a administração como atividade típica) e aquele que os gerencia não tem como determinar o seu emprego. Esta é a idéia central que vigora desde os tempos modernos quando se fala em orçamento.

No entanto, não é esta a configuração encontrada atualmente no país. Apesar do encaminhamento do projeto de lei orçamentária pelo Executivo, da apreciação pelo Legislativo, da discussão e fixação das prioridades pelos representantes do povo, tais conquistas são deveras relativizadas quando se considera o orçamento como simples autorização. Com isto se possibilita um engrandecimento nefasto do Executivo, com a remodelação das prioridades do Estado, com arrepio muitas vezes das prioridades estabelecidas na Constituição¹⁴⁵.

O remanejamento da verba orçamentária deveria ser uma medida excepcional, no entanto no Brasil tornou-se prática corriqueira. Esta postura é inconstitucional, pois viola os princípios da legalidade orçamentária e da separação de poderes, sem mencionar no princípio da especificidade de que a verba orçamentária deve ser dotada. Acentue-se que a legitimidade deste remodelamento é questionável, embora ainda não tenha sido objeto central da atenção dos estudiosos dos temas orçamentários.

No entanto o problema não está somente na previsão legislativa genérica, pois há vezes em que o legislador cumpre o seu dever e observa os limites impostos pelo sistema constitucional, incluindo na previsão na lei orçamentária anual os percentuais determinados pela Carta Constitucional, ou ainda estabelecendo, com base em estudos realizados pelo próprio Executivo ou ainda pelas Casa Legislativa, especificações ao administrador na utilização da verba pública. Exemplo desta

¹⁴⁵ E este expediente é frequente como bem acentuou Eduardo Mendonça que no artigo supracitado demonstra que vários ministérios – inclusive o da Saúde – deixaram de empregar os recursos previstos na LOA para o ano de 2005. Relembre-se ainda que o caos na saúde pública se arrasta há diversos anos e os dados concretos trazidos pelo autor demonstram que as prioridades estabelecidas na lei orçamentária são desrespeitadas ao alvedrio do Executivo, sem que esta informação chega ao cidadão e aos órgão de controle do orçamento. Para ilustrar o autor traz à baila que o Ministério da Saúde reduziu em cerca de 39% (corte de mais de 340 milhões de reais) o gasto com a saúde preventiva através da Fundação Oswaldo Cruz.

largueza decisória do Executivo foi o corte de 21% do orçamento da saúde referente ao programa de saneamento básico urbano do Ministério da Saúde no ano de 2005, o que representa a significativa quantia de R\$ 170. 323.319 (cento e setenta milhões, trezentos e vinte três mil e trezentos e dezenove reais). Qual a razão fática a justificar esta alteração? A população brasileira não goza, em sua maioria, de condições adequadas de saneamento básico, conforme se vislumbra no estudo realizado pelo Instituto Socioambiental (ISA) no qual aponta que pelos menos treze milhões de pessoas vivem sem saneamento básico¹⁴⁶. Então o que autorizaria o Executivo “dispensar” este recurso? Esta pergunta, frequentemente, fica sem resposta adequada.

Assim, o Executivo ao dar cumprimento às disposições orçamentárias desconsidera as determinações legais fundado no direito de não gastar¹⁴⁷, decorrente do orçamento autorizativo. E o administrador vai mais além e com aquele recurso “economizado”, faz um remanejamento para as áreas que considera, através de critério discricionário (ou arbitrário), mais importantes. Ressalte-se que ainda que se admita um direito de não gastar, o orçamento autorizativo não permite a realocação de recursos ao alvedrio do administrador público, devendo ser observado o procedimento formal para abertura de créditos adicionais¹⁴⁸. Exemplo

¹⁴⁶ “De acordo com o estudo, pelo menos 13 milhões de pessoas vivem em moradias sem rede de coleta de esgoto. O quadro é mais grave na região norte, onde apenas 3% dos moradores de Manaus (AM), Belém (PA) e Rio Branco (AC) contam com saneamento”. Dado retirado do sítio eletrônico <http://www.mananciais.org.br/site/agua/saneamento> acesso em 20.06.2009. No mesmo sentido: “O 36º número da coleção Anuário do Pará, editado por O LIBERAL e patrocinado pela Vale, traz, nesta semana, histórias sobre a origem, os contrastes e os costumes da capital do Pará, Belém, conhecida como a metrópole da Amazônia. O fascículo mostra também a força do comércio, turismo e riquezas naturais e os gargalos de uma cidade que abriga grandes espigões e trânsito complicado e que ainda não conseguiu levar saneamento básico para 87% de seus moradores”. <http://www.amazonia.org.br/noticias/print.cfm?id=301759> acesso em 19.06.2009.

¹⁴⁷ “Com efeito, a Constituição não autoriza que o Poder Executivo a modificar livremente o orçamento e, como se sabe, não autoriza a realização de despesas sem previsão orçamentária. A conclusão é, portanto, inevitável: um orçamento autorizativo não permite que a Administração empregue recursos por decisão autônoma. Autoriza apenas que as previsões de gastos não sejam realizadas.(...) Quando a dotação é simplesmente ignorada, aquela fatia da arrecadação fica necessariamente paralisada. (...) Essa é a prerrogativa que se reconhece ao Poder Executivo: a faculdade de não fazer nada”. MENDONÇA, Eduardo. Da Faculdade de Gastar ao Dever de Agir: O esvaziamento Contramajoritário de Políticas Públicas. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008, pp.234-235

¹⁴⁸ “Por ora, basta ter em mente que a modificação do orçamento exige a indicação expressa dos recursos que estarão sendo empregados. Ou bem serão novos recursos – receitas imprevistas – ou bem serão recursos remanejados, isto é retirados de alguma outra previsão. Economias informais – o simples ato de não gastar – não financiam coisa nenhuma.” MENDONÇA, Eduardo. Da Faculdade de Gastar ao Dever de Agir: O esvaziamento Contramajoritário de Políticas Públicas. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais –**

desta realocação indevida é economizar num programa de saúde destinado ao combate da desnutrição infantil e empregar estes valores na amortização da dívida pública.

Perceba-se que há um atropelo ao art. 167 da Constituição Federal que prevê uma decisão orçamentária formal para que a atividade estatal seja desenvolvida da maneira correta. Vale citar que o dispositivo constitucional estabelece, expressamente, que

são vedados: I – o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual; II – a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam aos créditos orçamentários ou adicionais; (...) V – a abertura de crédito suplementar ou especial sem prévia autorização legislativa e sem indicação dos recursos correspondentes; VI – a transposição, o remanejamento e a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa; VII – a concessão ou utilização de créditos ilimitados.

No Brasil, temos um super Poder Executivo que altera as determinações orçamentárias por ato unilateral, sem qualquer motivação para as alterações empreendidas. Este mesmo Poder ignora as determinações constitucionais acerca das prioridades do Estado e utiliza a discricionariedade administrativa como um escudo contra qualquer controle a ser realizado na execução da sua atividade financeira, de modo a dissimular as inconstitucionalidades que pratica.

A praxe é que um decreto seja editado dias após a publicação do orçamento, determinando uma retenção generalizada de verbas, muitas vezes na forma de cortes lineares. Simplesmente não é possível imaginar que esses cortes reflitam uma reavaliação individualizada de cada previsão inicial de gasto. Vale dizer que mesmo que se quisesse dar ao Presidente o poder de contingenciar livremente as verbas orçamentárias, a lógica normal seria presumir a execução regular dos gastos e admitir intervenções pontuais. Nunca o contrário.¹⁴⁹

Conforme já mencionado, a postura do administrador público acarreta uma série de violações aos princípios constitucionais regentes do orçamento. O primeiro a ser desrespeitado é o da separação de poderes, pois o Executivo desconsidera as decisões tomadas pelo Legislativo quando da aprovação da lei orçamentária e sobrepõe-se a este, ainda que de maneira subreptícia, não efetuando os gastos

Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008, p. 235.

¹⁴⁹ MENDONÇA, Eduardo. Da Faculdade de Gastar ao Dever de Agir: O esvaziamento Contramajoritário de Políticas Públicas. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie.** Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008, p. 266

autorizados pela lei e utilizando-se de créditos adicionais e/ou transposição e remanejamento para utilizar-se dos valores na seara que lhe for mais conveniente.

A ofensividade desta conduta perpassa também pela desconsideração do caráter democrático que a lei orçamentária apresenta. Ao encaminhar o projeto de lei orçamentária, o Executivo coloca à apreciação dos representantes do povo o planejamento das atividades que o Estado desempenhará ao longo do próximo ano fiscal. Realizada a votação no Congresso Nacional surge a lei orçamentária anual com as medidas tidas por fundamentais para a sociedade. Ainda que haja um certo hiato entre representantes e representados, conforme já destacado, ainda é o Legislativo o símbolo máximo da democracia representativa e isto não pode ser desconsiderado.

Tal como acontece com todas as leis, há também no caso da lei orçamentária anual a presunção de cumprimento de suas disposições. A regra é que as dotações previstas sejam executadas, salvo a utilização de um procedimento formal de retenção. Todavia, não é a lógica utilizada no Brasil onde o Executivo, ao seu alvedrio, retém as verbas orçamentárias para liberação quando lhe for mais conveniente.

O princípio da legalidade resta violado por conseguinte, pois há a desconsideração, ainda que parcial, da lei orçamentária anual aprovada pelo Congresso Nacional¹⁵⁰ para ser seguida uma decisão administrativa, tomada às escuras, sem levar em consideração os fatores apreciados pelo Congresso Nacional. Ademais, estas decisões do Executivo costumam ser tomadas sem qualquer motivação, não se repassando para os administrados as razões daquela alteração. A ausência de motivação das decisões que deixam de executar os gastos orçamentários, seja de maneira total ou parcial, ou ainda os atos que remanejem os recursos inicialmente previstos é extremamente danosa uma vez que impede, ou dificulta sobremaneira, o controle dos atos administrativos.

A observância do princípio da legalidade representa a legitimidade das posturas adotadas pelo Estado. Este tem o dever de pautar suas condutas dentro da

¹⁵⁰ “A menos que se esteja disposto a abolir os mecanismos de democracia representativa, é necessário valorizar o produto de suas deliberações, ao mesmo tempo em que se incrementa o controle social”. MENDONÇA, Eduardo. Da Faculdade de Gastar ao Dever de Agir: O esvaziamento Contramajoritário de Políticas Públicas. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008, p.250

lei. Conforme já ficou destacado no tópico anterior, costuma-se ter esta noção em face da receita pública, dos tributos que são cobrados de todos e que saem do patrimônio do particular para compor os recursos públicos. Assim, para a criação de tributos, com a invasão do patrimônio do particular para transferir uma parcela deste para o Poder Público tem-se a idéia dos limites impostos por lei já sedimentada. No entanto esta concepção deve ser utilizada também quando a matéria é gasto público uma vez que o dinheiro a ser empregado pelo Estado é justamente aquele que foi arrecadado.

Sendo a despesa pública contrapartida dos encargos fiscais parece razoável sujeitá-la a exigências procedimentais ao menos semelhantes. A grosso modo, é possível dizer que o momento de alocação dos recursos públicos dirá 'quanto' cada grupo receberá do Estado, quais necessidades serão atendidas e em qual extensão. Por isso é necessário que todos os seguimentos participem da decisão, e não apenas o bloco majoritário que forma o Executivo¹⁵¹.

A violação destes princípios apresenta desdobramentos. O primeiro deles é a falta de transparência orçamentária. O projeto de lei orçamentária é encaminhado ao Congresso Nacional e com ele seguem diversos demonstrativos que dizem respeito a receitas, despesas, isenções, anistia, dentre outros temas, tudo de conformidade com o art. 165, parágrafo 6º da CF.

Com isto, acontece a discussão do tema em lugar no qual os mais diversos setores da sociedade se fazem presentes, tornando o debate plural e de ampla repercussão. E, apesar da crise de legitimidade entre representantes e representados, é o Parlamento o simbolo por excelência da democracia representativa. Pode-se dizer, então, que a transparência orçamentária nada mais é do que a legitimação das decisões, pelas discussões prévias levadas a cabo pelos representantes populares, tomadas acerca da maneira de empregar o dinheiro público.

Quando o Executivo resolve alterar a LOA não há observância de quaisquer destes fatores¹⁵², não há apresentação de argumentos com a finalidade de fomentar

¹⁵¹ MENDONÇA, Eduardo. Da Faculdade de Gastar ao Dever de Agir: O esvaziamento Contramajoritário de Políticas Públicas. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008, p 248

¹⁵² “A atual compreensão do orçamento permite que decisões administrativas informais e imotivadas, concentradas no Presidente da República, tenham o poder de ignorar sumariamente as decisões orçamentárias produzidas segundo o processo deliberativo parlamentar.” MENDONÇA, Eduardo. Da Faculdade de Gastar ao Dever de Agir: O esvaziamento Contramajoritário de Políticas

a discussão nem mesmo a exposição dos motivos pelos quais são feitas as alterações da vontade legislativa. Assim, resta marginalizada a garantia constitucional de publicidade das disposições da lei orçamentária, nos termos do art. 165, parágrafo 3º da CF. Percebe-se com isto um retrocesso nas conquistas sobre a limitação de poder do Chefe do Executivo, uma vez que no modelo de democracia atual a tendência é a permeabilidade das decisões à opinião pública e a expansão da participação popular nos assuntos mais relevantes para o Estado.

Conforme já foi ventilado acima, as questões da fiscalização e do controle do orçamento também são prejudicadas uma vez que quando o Executivo não efetua o gasto estabelecido na lei desvia a atenção dos órgãos fiscalizadores daquele ponto específico, uma vez que a execução daquela verba é, na maioria das vezes, suspensa. Ao fazer o gasto posteriormente e com finalidade diversa da inicialmente fixada, termina por comprometer o acompanhamento da operação orçamentária.

Assim, “de pouco adiantará que a elaboração do orçamento gere intenso debate, acompanhado com interesse pela mídia e pela população se o Executivo conservar o poder de refazer a maioria das decisões unilateralmente, sem promover sua inserção formal no espaço público”.¹⁵³

Com tais expedientes ignora-se o dever de prestar contas inerente a toda atividade pública uma vez que o administrador público está na gestão de bens e interesses da coletividade. Tal dever é imprescindível quando a atividade administrativa envolve o dinheiro público.

Para dar cumprimento às determinações constitucionais, o legislador deve observar o princípio da especificidade orçamentária de forma que não haja no orçamento dotações tão genéricas a ponto de autorizar o administrador a tudo fazer e eliminando o controle desta atividade. É lógico que sempre haverá na regulamentação legislativa uma margem de liberdade de maneira a não travar o desempenho da atividade financeira diuturna do Estado.

A especificidade orçamentária é um desdobramento do princípio da

Públicas. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008, p. 254.

¹⁵³ MENDONÇA, Eduardo. Da Faculdade de Gastar ao Dever de Agir: O esvaziamento Contramajoritário de Políticas Públicas. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008, p. 252-253

legalidade, pois, se uma despesa não pode ser feita sem previsão orçamentária, ela necessita ser enquadrada em alguma das dotações existentes. Caso as dotações sejam demasiadamente amplas haverá a possibilidade de utilização dos valores para quaisquer finalidade, o que se revela incompatível com a existência da idéia de limitação do poder do Estado, de supremacia da Constituição a quem as normas orçamentárias devem observância e, por fim, de um controle político da Administração.

Todavia, nas questões orçamentárias principais não deveria haver celeuma uma vez que as prioridades são determinadas pela Constituição, cabendo apenas ao legislador apontar os recursos destinados ao seu cumprimento. Assim, poderia perfeitamente o legislador determinar por exemplo, via orçamento, que a Administração Pública equipasse os hospitais públicos com equipamento para hemodiálise atendendo o padrão de um equipamento para um número X de pacientes. A decisão específica do legislador não fere a discricionariedade administrativa haja vista que esta é exercida nos termos da lei e não o contrário. Ora, se o legislador pode fazer a determinação acima citada por meio de lei, com mais razão ainda poderá fazê-la via orçamento, dando mais corpo ao comando uma vez que estabelecerá quais os recursos serão gastos para a aquisição dos mencionados equipamentos.

Ocorre que da maneira como as questões em matéria de orçamento estão postas no Brasil há uma verdadeira autorização, de caráter genérico, conferindo poderes amplos para o administrador público tudo fazer, de acordo com seu alvedrio e, bem se sabe, seus interesses políticos. Nem mesmo o dever de motivar os atos executórios do orçamento vem sendo observado.

Outrossim, ignora-se a tendência do direito administrativo de exigir motivação para os atos que anulem, revoguem, suspendam ou convalidem atos administrativos, justamente porque já não é suficiente que exista apenas o motivo por trás do ato do administrador, é indispensável que haja o compartilhamento com a sociedade das razões que o levaram a praticar (ou deixar de praticar) o ato.

Neste diapasão, fácil é concluir que nas questões orçamentárias também será necessária a fundamentação como exigência da Lei nº 9.784/99. Ademais, apenas para reforçar, deve-se ter claro que as dotações orçamentárias são fruto de uma

decisão majoritária. A desconsideração do propósito legislativo pelo administrador público através da não realização dos projetos delineados no orçamento constitui-se em inércia ilegal, que deve ser sanada com as medidas pertinentes, sejam elas políticas ou jurídicas. No campo jurídico, a interferência do juiz se revelaria menos invasiva e mais legítima haja vista que o magistrado estaria apenas dando cumprimento às decisões tomadas pelo próprio legislador, concretizando uma política pública aprovada em caráter geral.

Todavia, na prática, a prestação de contas do Poder Executivo é mera formalidade. Não há uma real conferência por parte dos poderes constituídos, ainda menos por parte da população sobre o que foi feito e o que deixou de sê-lo. Neste aspecto cabe uma sagaz observação de Ana Paula de Barcellos:

Nada obstante o que prevê a Constituição brasileira acerca do plano de governo, esse documento contém tradicionalmente apenas uma peça retórica de propaganda política, da qual como regra não é possível extrair qualquer meta tangível no que diz respeito às políticas que o Governo pretende implementar. O mesmo se diga a respeito dos planos plurianuais e até mesmo das leis orçamentárias. Como regra tais documentos descrevem fins e metas de forma tão genérica e dissociada de parâmetros concretos que será simplesmente inviável depois, controlar, sob qualquer perspectiva, seu eventual cumprimento ou descumprimento.¹⁵⁴

Para esta situação há contribuição de todos os poderes do Estado. O Legislativo não toma para si, pelo menos de forma eficiente, a tarefa que lhe foi atribuída pela Constituição. É conivente com as alterações feitas pelo Executivo e contribui para isto com disposições abertas, desrespeitando o princípio da especificidade orçamentária. O Executivo por sua vez se agiganta, suspendendo as disposições orçamentárias para depois alterá-las da maneira que lhe for mais conveniente e sem sequer justificar as razões para assim agir.

De outro lado, o Judiciário mantém-se afastado do orçamento, haja vista que entende a sua natureza autorizativa como óbice à atividade de controle, ou, quando resolve imiscuir-se na atividade financeira do Estado o faz não para controlar, mas para, açodadamente, direcionar o gasto público, de maneira segmentada, causando inúmeros inconvenientes, conforme já ficou demonstrado nos capítulos anteriores.

¹⁵⁴ MENDONÇA, Eduardo. Da Faculdade de Gastar ao Dever de Agir: O esvaziamento Contramajoritário de Políticas Públicas. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008, p 134

4.4 O CONTROLE SOBRE O ORÇAMENTO

Entendido o orçamento como um instrumento para a realização dos objetivos prioritários do Estado e com a grande parte dos recursos previstos vinculados, já é possível admitir que o controle realizado sobre o orçamento está inadequado, necessitando ser revisto.

A solução para a falta de controle e/ou controle ineficiente dos gastos públicos perpassa pela compreensão do orçamento como impositivo ou ao menos que certas parcelas dos recursos públicos são vinculadas para a realização de determinados fins – saúde, por exemplo. O orçamento vinculativo impõe que as decisões tomadas durante a tramitação e aprovação da lei orçamentária sejam cumpridas. É lógico que a natureza vinculativa do orçamento não quer dizer a regulamentação legislativa minuciosa a ponto de vedar qualquer decisão por parte da Administração. Absolutamente não. O orçamento como toda lei é dotado de generalidade, devendo deixar um espaço para o Executivo solucionar os problemas ordinários.

A forma de controle atualmente empregada sob o orçamento é insatisfatória. Da análise da realidade brasileira, percebe-se que o gasto público ocorre de maneira desenfreada e que há apenas controles formais. O emprego irregular de verbas pública ocorre principalmente em face da ausência de fiscalização dos órgãos públicos responsáveis, bem como de toda a sociedade que se mantém distante desta seara, seja pela matéria ser de difícil acesso, seja pela concepção equivocada de que o dinheiro do Estado não é de ninguém.

Conforme já foi visto, o orçamento é um verdadeiro instrumento para realização dos objetivos do Estado não se podendo falar em neutralidade. Em face disto, há o estabelecimento até mesmo de percentuais de recursos a serem utilizados para o obtenção de tal intento. Torres¹⁵⁵ destaca ainda a íntima relação entre os direitos fundamentais e as finanças públicas, elucidando que os primeiros dependem da saúde e do equilíbrio da atividade financeira do Estado para serem realizados.

¹⁵⁵ TORRES, Ricardo Lobo. **O orçamento na Constituição**. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2008. p.238-239.

A Constituição de 1988 trouxe um controle mais amplo do orçamento, pois além de permitir a fiscalização formal (legalidade) e a material (economicidade) incluiu também a fiscalização moral (controle da legitimidade)¹⁵⁶ que por sua vez permite uma releitura das duas primeiras formas de controle. A legalidade extrapola os limites meramente formais, controlando também as garantias dos direitos fundamentais. Noutra giro, a fiscalização material perpassa necessariamente pela realização do princípio da igualdade entre os cidadãos. E o arremate fica por conta do controle moral que irá ser a própria fundamentação ética da atividade financeira.

Apesar disto, ainda é muito incipiente o controle do orçamento sob o prisma dos direitos fundamentais. Prepondera a fiscalização contábil, majoritariamente técnica, desconsiderando-se a importância do orçamento para a realização dos direitos fundamentais. A visão permanece limitada, fazendo-se imprescindível que as formas de controle de orçamento sejam revistas, bem como devem ser incluídos mecanismos novos de fiscalização orçamentária de maneira que a atividade financeira do Estado passe a ocupar o lugar que lhe foi reservado pela própria Constituição: orientadora da realização dos objetivos da República brasileira.

Em virtude da concepção de que o orçamento tem objetivos definidos pela própria Constituição, que o administrador deve dar cumprimento às vinculações estabelecidas sem qualquer liberdade e que o controle a ser realizado deve ser amplo, é plenamente possível se admitir o controle das questões relacionadas ao orçamento e ao gasto público.

No entanto, para que este controle torne-se realidade faz-se necessário uma mudança que envolve os três poderes, sendo necessária uma revisão da postura institucional de cada um deles, sempre orientada pela Constituição de 1988.

Ao Legislativo caberia, em alguns momentos, dispor de maneira minuciosa sobre as medidas que devem ser desde logo executadas, em face de sua essencialidade e prioridade para o Estado, como foi o caso da Lei nº 9.312/96 que estabeleceu o combate à AIDS como prioridade governamental. Neste caso, se o administrador não realizasse os atos necessários para implementar àquele programa caberia ao Judiciário adotar medidas que variam desde a ordem de abertura de créditos suplementares até o bloqueio de verbas estatais que seriam

¹⁵⁶ TORRES, Ricardo Lobo. **O orçamento na Constituição**. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2008. p. 275.

destinadas ao programa especificado pelo legislador¹⁵⁷. Em outros poderá conceder uma maior liberdade ao Executivo e poderá ainda mesclar previsões gerais e detalhadas¹⁵⁸. Um ótimo exemplo do que poderia ser regulamentado sem margem para alterações significativas são as políticas públicas sanitárias que envolvem toda a população e foram postas pela própria Carta Constitucional como prioritárias. Uma tentativa desta regulamentação foi a Lei nº 11.445/2007 que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico.

O Executivo necessita compreender que a atividade financeira do Estado, no que se refere ao gasto público, deve ter como norte o disposto no orçamento. E mais, o Executivo deve pautar a execução orçamentária de acordo com os princípios constitucionais que regem a Administração Pública, pois aqui é precisamente do que se trata: atos administrativos que dão cumprimento ao orçamento. Alguns de natureza vinculada, outros discricionários, mas todos eles necessitando serem praticados dentro da legalidade e com observância do que dispõe o art. 37 da CF, conforme será tratado no tópico a seguir.

Vejamos os meios de controle a serem empregados pelo Judiciário na apreciação do orçamento.

4.4.1 Controle direto de constitucionalidade

A primeira forma possível de controle é a verificação da constitucionalidade da lei orçamentária em sede de ação direta de constitucionalidade.

A lei orçamentária, em um Estado Democrático de Direito, não pode ser vista apenas como lei em seu aspecto formal. Com o advento da Constituição de 1988 o orçamento assumiu roupagem nova, apresentando em seu corpo regras gerais uma vez que passa a dispor sobre a postura do Estado na condução da atividade

¹⁵⁷ HENRIQUES, Fátima Vieira. Direito Prestacional à Saúde e Atuação Jurisdicional. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008. p. 854. Neste mesmo sentido é a decisão do TRF da 4ª Região.

¹⁵⁸ HENRIQUES, Fátima Vieira. Direito Prestacional à Saúde e Atuação Jurisdicional. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008. p.261

financeira, direcionando o gasto público para a obtenção de objetivos constitucionais prioritários.

Tal condução faz-se pelo planejamento estatal, sendo os dispositivos dotados de abstração e generalidade suficiente para ensejar o controle direto de constitucionalidade pela Corte Constitucional. Uma vez verificado que o texto normativo da lei orçamentária não se amolda às normas da Carta Magna deverá ter a inconstitucionalidade declarada.

(...) verifica-se a existência de normas gerais e abstratas na realização dos deveres insertos na despesa pública formada pelo feixe (VIR) de direitos jurídicos centrífugos que tem os administradores como credores das prestações materiais (obrigações-fim), uma vez que não se conhecem, com a aprovação das leis orçamentárias, os beneficiários das prestações materiais (norma geral), bem como porque têm capacidade de repetição da ação-tipo (norma abstrata), como é o caso do fornecimento de medicamentos ou atendimento ao ensino fundamental¹⁵⁹.

Por ser dotado de caráter abstrato e geral, o orçamento já pode ser objeto de apreciação pelo Poder Judiciário através do controle concentrado de constitucionalidade que visa reconhecer a compatibilidade ou não de uma dada norma com as disposições constitucionais. Desta forma, o Judiciário pode controlar a atividade financeira do Estado que por muito tempo manteve-se imune a sua apreciação em razão da concepção de que a lei orçamentária era uma lei apenas de efeitos concretos.

Com efeito, não se pode afastar o controle de constitucionalidade das leis orçamentárias pelo Poder Judiciário, como o fez o Supremo Tribunal Federal¹⁶⁰ entendendo que por ser o orçamento uma lei de efeitos concretos – esgotando-se com o ato que objetivava reger posto que regulariam uma ação singular sem possibilidade de nova aplicação – e temporária não estaria dotada da generalidade, característica indispensável para a apreciação através do controle concentrado de constitucionalidade¹⁶¹.

Este entendimento do Pretório Excelso afastava uma infinidade de leis do

¹⁵⁹ SILVA, Sandoval Alves da. **Direitos Sociais – Leis Orçamentárias como Instrumento de Implementação**. Curitiba: Editora Juruá, 2007. p. 230.

¹⁶⁰ Por entender o orçamento como lei apenas em sentido formal para o sistema jurídico brasileiro, os julgados do STF (ADI 2100, ADI-QO 1640) que se negam a examinar as normas da LDO e dos orçamentos anuais, sob o argumento de que tem natureza de ato político-administrativo.

¹⁶¹ ADIn 647, Relator Ministro Moreira Alves, DJ 27.03.1992, p. 3801
ADIn 842, Relator Ministro Celso de Mello, DJ 14.05.1993, p.9002
ADIn 767, Relator Ministro Carlos Velloso, DJ 18.06.1993, p. 12110
ADIn 283, Relator Ministro Celso de Mello, DJ 12.03.1990, p. 1691

controle de constitucionalidade causando um sensação de insegurança jurídica, possibilitando que leis de conteúdo contrário à Constituição continuassem produzindo seus efeitos¹⁶².

No entanto, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal vem se alterando de modo a conceber a possibilidade da lei orçamentária ser submetida ao controle de constitucionalidade. As razões invocados perpassam pela abolição da diferença entre lei formal e lei material sob o ponto de vista da constitucionalidade. Isto porque “estas leis formais decorrem ou da vontade do legislador ou do desiderato do próprio constituinte, que exige que determinados atos, ainda que de efeito concreto, sejam editados sob a forma de lei (v.g. lei de orçamento)”.

E mais adiante o Min. Gilmar Mendes esclarece:

Ora, se a Constituição submete a lei ao processo de controle abstrato, até por ser este o meio próprio de inovação na ordem jurídica e o instrumento adequado de concretização na ordem constitucional, não parece admissível que o intérprete debilite essa garantia da Constituição, isentando um número elevado de atos aprovados sob a forma de lei do controle abstrato de normas e, muito provavelmente, de qualquer forma de controle. É que muitos destes atos por não envolverem situações subjetivas, dificilmente poderão ser submetidos a um controle de legitimidade no âmbito da legislação ordinária. (STF, ADI-MC 4048/DF, Relator Min. Gilmar Mendes, Data do Julgamento 14/05/2008)

Nesta esteira, o STF vem reconhecendo a possibilidade das normas orçamentárias serem objeto de controle concentrado de constitucionalidade, conforme se verifica na ementa abaixo transcrita e em outros julgados¹⁶³:

MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 405, DE 18.12.2007. ABERTURA DE CRÉDITO EXTRAORDINÁRIO. LIMITES CONSTITUCIONAIS À ATIVIDADE LEGISLATIVA EXCEPCIONAL DO PODER EXECUTIVO NA EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS. (...) II. CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS ORÇAMENTÁRIAS. REVISÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O Supremo Tribunal Federal deve exercer sua função precípua de fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos quando houver um tema ou uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato, independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto. Possibilidade de submissão das normas orçamentárias ao controle abstrato de constitucionalidade. (...) (STF, ADI-MC 4048/DF, Relator Min. Gilmar Mendes, Data do Julgamento 14/05/2008)

Assim, a falta de contornos bem definidos a respeito da natureza das normas

¹⁶² ADI-MC 4048/DF, Relator Ministro Gilmar Mendes

¹⁶³ ADIn 2.925-DF, Rel. Ministra Ellen Gracie, Rel. para o Acórdão Ministro Marco Aurélio, data do julgamento 11.12.2003.

ADPF 63/AP, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, data do julgamento 11.02.2005.

orçamentárias, bem como as discussões no campo da teoria do direito que ventilam a possibilidade de existir lei de efeito concreto com conteúdo geral e abstrato¹⁶⁴, passa-se a autorizar o controle concentrado de constitucionalidade. Este é um avanço significativo da Suprema Corte uma vez que possibilitará que as normas orçamentárias submetam-se ao juízo de compatibilidade com a Constituição e forçará que a mais alta instância do Poder Judiciário no Brasil adote uma postura em face das questões orçamentárias.

No entanto, apesar de significativo ter sido o passo dado para a realização do controle da lei orçamentária, não se deve parar de avançar haja vista que deve se fazer um cotejo entre os diversos instrumentos constitucionais destinados à regulamentação da atividade financeira do Estado. Neste ponto o Judiciário parece relutar em ingressar na discussão.

O argumento de que qualquer interferência do Judiciário na matéria orçamentária acarretaria uma violação à livre administração executiva das finanças públicas não pode mais vingar, uma vez que a própria Constituição estabeleceu prioridades que devem ser observadas.

Um exemplo das prioridades estabelecidas pela Constituição Federal é o seu art. 196 que anuncia que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e outros agravos e o acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”.

Diante da redação do texto constitucional não há dúvidas de que há obrigatoriedade de realização de alguns objetivos considerados pelo legislador constituinte como essenciais. Desta feita, não se encontra impedimento à apreciação pelo Pretório Excelso em sede de controle concentrado de constitucionalidade das normas orçamentárias de conteúdo geral.

O Poder Judiciário deveria estar atento a esta questão para verificar a compatibilidade do orçamento com aquilo que dispõe a Constituição Federal, de modo que se a atividade financeira do Estado não se apresentar em consonância com os preceitos constitucionais deverá ser declarada inconstitucional.

A lei orçamentária, assim, tem natureza jurídica de lei em sentido formal e

¹⁶⁴ ADI-MC 4048/DF, Relator Ministro Gilmar Mendes, Data de Julgamento 14.05.2008

material, sendo sindicável ao Poder Judiciário apreciá-la sob o aspecto da constitucionalidade. E mais, a própria Constituição estabeleceu uma ordem de hierarquia entre as normas que dispõe sobre a matéria orçamentária. A LOA deve observância às disposições da Lei de Diretrizes Orçamentárias que por sua vez deve ser compatível com o Plano Plurianual. Tudo isto em razão da atividade financeira do Estado ser – ou dever ser – planejada com o fito de realizar os objetivos da República fixados no art. 3º.

Cabe trazer a colação um exemplo de descompasso que deveria ser declarado inconstitucional. É o exemplo do descumprimento do Plano Plurianual que verse sobre construção e equipagem de hospitais públicos em razão das metas fiscais estabelecidas pela Lei de Diretrizes Orçamentárias. As determinações constantes no PPA não podem deixar de ser cumpridas. Isto porque a Constituição estabeleceu o princípio da programação orçamentária¹⁶⁵ e, para bem concretizá-la, hierarquizou as normas orçamentárias conforme acima mencionado.

Ora, se a Constituição colocou as disposições orçamentárias dentro de um planejamento lógico, ao Judiciário é dado verificar se as determinações de cada um destes instrumentos estão sendo seguidas, qual estão sendo descumpridas e qual a medida a ser tomada para sanar um vício por ventura existente. Se uma parte da LOA estiver contrariando o que estabeleceu o Plano Plurianual, não resta dúvida que este último deverá permanecer produzindo seus efeitos, perdendo a Lei Orçamentária Anual – no ponto em que contraria o PPA – sua validade.

Este é o primeiro aspecto que deve ser considerado pelo julgador ao apreciar a matéria orçamentária em face da Constituição.

Em seguida deve-se atentar para o dever de observância das prioridades constitucionais. O orçamento foi posto pela ordem constitucional inaugurada em 1988 como um instrumento de planejamento estatal com a finalidade de possibilitar o alcance dos objetivos da República dispostos na própria Lei Maior. Com isto a análise a ser empreendida pelo Judiciário não se trata de juízo de ponderação, mas sim de apreciação da disposição orçamentária ante aos valores constitucionais

¹⁶⁵ Assim, se os ajustes fiscais provocarem a inconstitucionalidade por ofensa ao princípio da programação ou ocorrer o implemento da condição a que os direitos fundamentais sociais estão submetidos, surge a necessidade de intervenção judicial, seja para afastar a inconstitucionalidade seja para fazer cumprir o que já foi delimitado pela democracia deliberativa. SILVA, Sandoval Alves da. **Direitos Sociais – Leis Orçamentárias como Instrumento de Implementação**. Curitiba: Editora Juruá, 2007. p. 238.

eleitos como indispensáveis ao desenvolvimento da pessoa humana, dentre eles, indubitavelmente está a saúde. É através do orçamento que se realizam as promessas constitucionais, sendo convertidas da seara política para o campo jurídico, ganhando neste último a exigibilidade necessária para a obtenção das finalidades do Estado brasileiro.

4.4.2 Controle difuso de constitucionalidade e controle de legalidade

Admitido o controle concentrado das normas orçamentárias, não há qualquer óbice para a realização da análise de compatibilidade destas com a Constituição realizada por qualquer juízo em face da arguição de contrariedade da disposição orçamentária ante à Carta Magna. E mais, se é dado ao Judiciário apreciar a constitucionalidade das leis orçamentárias, também é permitido fazê-lo quando o objeto impugnado for ato executório do orçamento.

Um exemplo de fiscalização bem sucedida foi a que aconteceu no Rio de Janeiro na qual o Ministério Público Federal constatou o emprego irregular de verbas destinadas à saúde nos anos de 2000 a 2005, ajuizando ação civil pública para ressarcimento dos valores usados de maneira indevida¹⁶⁶. Na situação em epígrafe houve o emprego de percentual menor do que o previsto constitucionalmente para as ações de saúde a serem realizadas. No corpo da ação restou demonstrado que o administrador se utilizou de recursos destinados à saúde para fim diverso.

Interessante é notar que o caso é teratológico uma vez que os recursos empregados de maneira inidônea tinham destinação clara, estabelecida na própria Constituição Federal, em regulamentação do Ministério da Saúde e em lei estadual. Isto deve ser destacado para que se perceba a importância da fiscalização por parte do Poder Judiciário. Se há casos em que até mesmo os percentuais constitucionais são desrespeitados, imagine-se o que não ocorre com as dotações genéricas.

Ademais, deve ser mencionado que este desvio acarretou uma perda de 700 milhões de reais entre os anos de 2000 a 2003 na área de saúde do estado do Rio

¹⁶⁶ ACP 2003.51.01.028279-7. ACP 2005.51.01.027010-0 e ACP 2006.51.01.023830-0, ajuizadas pelas Procuradoras da República Mônica de Ré e Silvana Góes.

de Janeiro. Tais cifras demonstram como a atividade orçamentária é essencial para o desenvolvimento de setores prioritários – como a saúde – e como a falta de fiscalização acarreta prejuízos vultosos para a sociedade.

No entanto, não é apenas ao crivo da constitucionalidade que o orçamento e seus atos executórios devem se submeter. Ainda há a necessidade do controle de legalidade. A lei orçamentária propriamente dita deve ser harmônica com as disposições do Plano Plurianual e com a Lei de Diretrizes Orçamentárias, pois conforme ficou dito acima, há uma escala entre estes instrumentos postos pelo legislador originário para a organização da atividade financeira do Estado.

Já os atos executórios do orçamento deveriam ser objeto de um controle rígido por parte do Judiciário, não podendo mais ser oposto o argumento de que o administrador é livre decidir se cumpre ou não as determinações orçamentárias. Para ilustrar a imprescindibilidade de controle no emprego dos recursos públicos traz-se à colação a compra de veículos pela Prefeitura de Belém para a Guarda Municipal da cidade com recursos federais repassados pelo Sistema Único de Saúde. Neste caso, o Departamento Nacional de Auditoria do Sistema Único de Saúde constatou um prejuízo de R\$ 1.391.750,00 (um milhão, trezentos e noventa e um mil, setecentos e cinqüenta reais)¹⁶⁷.

Note-se que os valores repassados pelo Ministério da Saúde deveriam ser utilizados na prestação da saúde e por mais que o fim também seja público – compra de carros para equipar a Guarda Municipal de Belém – não é dado ao Executivo alterar a finalidade das dotações quando o recurso é repassado com finalidade específica, como no caso em testilha. Neste caso, o Ministério Público Federal no Pará ingressou com uma ação civil pública com o objetivo de devolver os veículos para a destinação inicial, acrescido do pedido de indenização pela Prefeitura de Belém pelos gastos ilegais, bem como condenação do gestor por atos de improbidade.

Com efeito, constata-se que inexistente a faculdade de realizar o direito social à saúde, pois há uma verdadeira imposição constitucional para a sua implementação. Neste diapasão, inevitável constatar que não há discricionariedade para o administrador na matéria orçamentária no campo da saúde, pois senão se estaria

¹⁶⁷ Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público Federal no Pará em 14.06.2006, distribuída sob o número 2006.39.00.004985-7

admitindo que o administrador poderia “não escolher” dar cumprimento às prioridades constitucionais.

Assim, se consta na lei orçamentária um programa voltado ao atendimento de mulheres gestantes e crianças, esta política pública deverá ser implementada. Caso o programa indique os recursos para possibilitar sua realização, caberá tão somente ao Poder Público empreender esforços na realização da medida. O Judiciário, quando provocado, deverá acompanhar a forma como se fornece as prestações de saúde, verificar se há facilidade de acesso pela população, se há tratamento igualitário, se o serviço prestado é satisfatório, se está sendo observada a regra da contratação mediante licitação, enfim, todos os elementos que podem ser considerados no exame dos atos administrativos. Caso o valor destinado à realização do programa não seja específico, ainda assim, caberá o juiz exigir do administrador a implantação das ações de saúde, sem fixar-lhe a conduta exata, mas dele exigindo um fim determinado: o cumprimento do direito à saúde tal como determinado pelo orçamento.

No sentido de que não há necessidade de existência orçamentária específica para custear uma obrigação do Estado há posicionamento do Supremo Tribunal Federal¹⁶⁸ que determinou que o Poder Público custeasse um exame de DNA, sob o argumento de que é direito de todo indivíduo ter amplo acesso à justiça. Ora, a saúde é direito mais que fundamental e, na esteira do precedente acima citado, deve ser fornecida ainda que não haja recurso especificamente destinado a tal fim, observados sempre os princípios que regem o sistema de saúde pública no país.

Neste sentido, a atuação ministerial poderá ser indispensável, levando ao juiz a problemática envolvendo o direito à saúde. Um exemplo é o que aconteceu em município no interior do Amazonas no qual constatou-se, através de Inquérito Civil Público, que estava ocorrendo nas aldeias indígenas do Vale do Javari uma epidemia de hepatite delta, sem que o Poder Público tomasse qualquer medida para solucionar a questão, apesar de haver repasse de valores do Ministério da Saúde para à Fundação Nacional de Saúde (FUNASA). A FUNASA havia sido notificada da epidemia de hepatite em 2005, no entanto não forneceu o tratamento aos doentes,

¹⁶⁸ “Não seria possível concluir que não há obrigação de cobertura desse ônus, tão só, porque não prevista no orçamento de certo exercício. As providências são da Administração estadual no sentido de vir atender a essa despesa, de base constitucional e de tão acentuada importância social”. STF, RE 224.775-6/MS, 2ª Turma, Rel. Min. Néri da Silveira, Data do Julgamento 08.04.02

nem realizou, através da coleta sorológica, o levantamento dos que poderiam estar infectados. Em função do descaso vários índios já tinham falecido e outros se encontravam já bastante debilitados pela doença. De posse destas informações, foi ajuizada uma Ação Civil Pública com pedido para que o juízo ordenasse, através de medidas específicas previstas na própria portaria do Ministério da Saúde, o atendimento à saúde daquela comunidade indígena em face da epidemia de hepatite que lhe ameaçava de desaparecimento. Além disto, a FUNASA deveria apresentar a cada sessenta dias, relatório de suas atividades e comprovação do cumprimento das medidas que necessitavam de alguns meses para serem concluídas, como o caso da segunda dose da vacina e a nova coleta sorológica¹⁶⁹.

Outro exemplo que possibilita a intervenção judicial é o desrespeito à lei que institui a obrigação para o Estado de fornecer medicamentos àqueles que sofrem de um mesmo mal, como é o caso da Lei nº 9.313/96 que previu o combate à AIDS como prioridade governamental, fornecendo medicamentos gratuitos a todos os portadores da doença. Caso haja a destinação correta de verbas para o programa e o administrador não agir com diligência, retardando a compra de medicamentos ou ainda não providenciando a correta distribuição dos remédios a todos os postos de saúde, caberá a intervenção judicial¹⁷⁰. Isto porque restará violado princípio da legalidade, bem como o princípio da eficiência, ambos obrigatórios para a Administração Pública por determinação da própria Constituição (art. 37).

Se há uma omissão do Estado, ao Judiciário cabe reconhecê-la, declará-la inconstitucional ou ilegal – dependendo do que esta omissão afronta – e determinar que a Administração cumpra com o seu dever. Se não for reconhecido ao juiz determinar as medidas específicas para alcançar o objetivo, ao menos deverá exigir o cumprimento do fim almejado, independente dos mecanismos a serem adotados. Esta seria uma solução para aqueles – dentre os quais não estamos – que não admitem a interferência judicial na discricionariedade administrativa. A liberdade do administrador estaria mantida uma vez que não lhe teriam sido impostas medidas específicas, podendo efetuar as escolhas que entender mais convenientes. No

¹⁶⁹ Ação ajuizada na Procuradoria da República no Município de Tabatinga no mês de novembro de 2008, sem registro no sítio da Subseção Judiciária de Tabatinga até o presente momento.

¹⁷⁰ HENRIQUES, Fátima Vieira. Direito Prestacional à Saúde e Atuação Jurisdicional. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008. p. 854.

entanto, a conveniência diz respeito apenas aos meios de implementação, pois em relação à finalidade há uma vinculação constitucional.

A única postura que não pode ser aceita é a inércia judicial ante o descumprimento da Constituição. Se pelas circunstâncias econômicas e sociais não é dado exigir do Estado o o grau máximo de desenvolvimento do direito à saúde, ao menos deverão ser feitos todos os esforços para realizá-lo minimamente¹⁷¹.

A leitura atual que se faz do orçamento e de sua execução ainda é de uma atividade caracterizada pela liberdade do administrador, desconsiderando-se que ao executar o orçamento o administrador se utiliza de atos administrativos e deve, portanto, a sistemática destes se submeter.

Ora, qual a diferença entre os atos administrativos que dão cumprimento à lei orçamentária e os atos administrativos realizados no dia-a-dia da Administração Pública? Nenhuma diferença de fundo, a não ser que em relação ao orçamento há mais restrições – em tese – a atividade do administrador/executor.

A Administração Pública é vinculada à lei e deve prestar contas de suas atividades. A fiscalização apenas pode ser realizada se os atos administrativos forem fundamentados. Aliás, a exigência de motivação do ato administrativo e o seu controle não são novidades para a Administração Pública. Porque na atividade financeira do Estado realizada através de atos administrativos seria diferente?

E não se queira dizer que a motivação não é feita, pois no Brasil se tem um orçamento autorizativo. Inicialmente, vimos que o orçamento que se tem no Brasil é híbrido em razão das diversas vinculações de natureza constitucional, bem como dos atrelamentos de natureza diversa presentes no orçamento. E ainda que se admita que o orçamento brasileiro é integralmente autorizativo não seria possível aceitar a ausência de motivação do ato executório, posto que mesmo neste modelo a única prerrogativa concedida ao administrador é a de não gastar.

Em momento algum há concessão para a falta de motivação dos atos executórios da LOA realizados. Ainda que se argumente que estes atos são

¹⁷¹ “Ainda que se saiba que sua execução execução há de ser necessariamente progressiva, condicionada que está ao grau de desenvolvimento do país e aos recursos disponíveis, constitui omissão estatal ilícita sequer iniciar a concretização do desiderato constitucional, bem como deixar de nele investir o máximo possível, de modo a garantir que todos desfrutem de um patamar razoável de assistência à saúde”. HENRIQUES, Fátima Vieira. Direito Prestacional à Saúde e Atuação Jurisdicional. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008. p. 842.

discricionários, não há razão para a falta de fundamentação uma vez que a motivação é obrigatória para todo ato administrativo, inclusive os discricionários, em razão de regramento constitucional. Neste aspecto, não há qualquer peculiaridade em relação à matéria orçamentária, pois a Administração Pública se submete à legalidade estrita, só podendo fazer aquilo que a lei expressamente autorizar. Assim, para que os atos executórios do orçamento não necessitassem de fundamentação seria necessária previsão legal para tanto, o que não existe na ordem jurídica brasileira.

Não há porque manter os atos executórios da atividade financeira do Estado, em especial os gastos públicos, apartada dos demais atos administrativos. Se em relação a questões de somenos importância é exigido do administrador transparência, motivação, publicidade e a não confusão entre discricionariedade e arbitrariedade, com mais razão deve ser exigida a observância dos princípios constitucionais em relação à Administração Pública em tema orçamentário, por ser essencial na condução do Estado. Em todas as áreas em que há a utilização de vultosos recursos público e diversos interessados a Administração Pública deve redobrar os cuidados na condução daquela atividade, deixando translúcida a retidão de seus atos. É o que acontece com as licitações, por exemplo, e também deve acontecer com o orçamento.

Assim, o Executivo ao realizar atos administrativos, sejam eles vinculados ou discricionários, tem a obrigação constitucional de fundamentá-los e dar publicidade aos motivos que levaram à prática de tal ato. Na execução orçamentária não será diferente, exigindo-se com maior razão a fundamentação haja vista que nela são gastos os recursos arrecadados, em sua maioria, junto ao patrimônio dos cidadãos.

Ora, admitindo-se que o orçamento no Brasil é híbrido, com parcela majoritária de natureza impositiva e de outra parte composta por autorizações ao administrador para realizar seus propósitos de maneira livre, mas dentro da lei, faz-se imprescindível destacar que se a motivação dos atos é necessária quando a Administração Pública segue as disposições orçamentárias por meio de atos vinculados, há mais razão para exigí-la nos atos discricionários do Executivo nos quais há apenas um conselho do legislador, podendo o executor escolher a medida a adotar dentre os que lhes pareçam mais convenientes.

Nesta esteira, precisa-se compreender que se a atividade administrativa na seara financeira traz diferenças em relação aos demais atos administrativos, estas são um *plus* às disposições comuns e nunca um *minus*. A postura do executor do orçamento deve ser mais cuidadosa e transparente e ser acompanhada de perto, através de controle interno bem como pelo controle externo.

Aqui, o papel do Judiciário é de suma importância. Num primeiro momento, deveria o Judiciário controlar a atividade administrativa do Estado ao efetuar o gasto público sob o aspecto da legalidade, do mesmo modo como faz nos demais atos administrativos. Ora, se a atividade administrativa deve estar sempre pautada na lei, nada mais óbvio que seja feito o controle de legalidade do ato pelo Judiciário. Outrossim, deve-se atentar para as várias facetas que devem ser observadas pelo fiscalizador. Isto porque na ordem constitucional brasileira se tem o controle da fidelidade funcional dos agentes públicos, a verificação da legalidade dos atos empregados na execução do orçamento, bem como a conferência do cumprimento do programa de trabalho proposto, nos termos do art. 75 da Lei nº 4.320/64.

Aqui se aplica a mesma regulamentação para os demais atos administrativos, haja vista que a atividade financeira do Estado se realiza por meio destes. Quando a dotação orçamentária for de conteúdo aberto, o administrador terá uma margem de liberdade maior, mas sempre dentro da lei, não podendo o magistrado ao analisar o ato submetido a sua apreciação substituir o juízo de valor do administrador pelo seu. No entanto, mesmo no caso de atos discricionários, deve haver um conteúdo mínimo a ser observado pelo administrador, sob pena de ilegalidade.

Com efeito, este controle a ser realizado pelo Poder Judiciário ocorrerá nos casos de ação, ou seja, quando o Executivo cumpre o orçamento de forma equivocada, seja porque desrespeita limites constitucionais ou legais, seja em razão da inobservância dos deveres inerentes à atividade de administrar a coisa pública. Dentre estes deveres se encontram os elementos do ato administrativo, em especial a motivação.

No que tange à omissão também haverá controle e a declaração da inconstitucionalidade ou ilegalidade sempre que o administrador público se furtar de realizar qualquer tarefa que impeça ou dificulte o exercício de um direitos constitucional Tais tarefas vão desde a não inclusão no projeto de lei orçamentária

dos recursos necessários para implementar um direito fundamental, perpassam pelo não cumprimento das disposições orçamentárias e alcançam até mesmo a não realização de atos para dar concretude (como, por exemplo, não licitar para adquirir medicamentos que devem ser distribuídos à população carente) ao direito constitucionalmente previsto.

O descumprimento da lei orçamentária, com o propósito de “economizar” recursos, acontece até mesmo em setores apontados como prioritários pela própria Constituição e que são indubitavelmente deficientes como o da saúde. Tal afirmativa é corroborada pelos dados da tabela abaixo os quais mostram que 17,5% do orçamento da saúde não foi cumprido pelo Executivo:

EXECUÇÃO DA LEI ORÇAMENTÁRIA ANUAL DA UNIÃO PARA 2007 POR ÓRGÃO (EXCETO REFINANCIAMENTO DA DÍVIDA PÚBLICA) - DADOS ATUALIZADOS EM 31/12/2007

Órgão (Cod/Desc)	Dotação Inicial	Autorizado	Empenhado	liquidado (Subelement)	% de execução
01000 - CÂMARA DOS DEPUTADOS	3.387.603.958,00	3.387.603.958,00	3.238.798.410,61	2.750.758.924,40	81,2
02000 - SENADO FEDERAL	2.704.741.823,00	2.754.741.823,00	2.565.433.465,30	2.493.619.864,46	90,52
03000 - TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO	1.069.737.575,00	1.069.737.575,00	1.060.396.669,69	1.011.637.994,23	94,57
10000 - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	441.673.132,00	460.173.132,00	445.511.847,54	319.341.663,82	69,4
11000 - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	877.383.682,00	846.608.111,00	841.094.751,06	701.442.810,57	82,85
12000 - JUSTIÇA FEDERAL	8.145.376.339,00	7.930.943.892,48	7.818.195.697,13	7.369.715.760,26	92,92
13000 - JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO	262.451.077,00	273.220.477,00	261.037.451,14	254.200.655,09	93,04
14000 - JUSTIÇA ELEITORAL	3.139.766.835,00	3.245.325.270,00	3.160.054.942,01	2.958.292.659,16	91,16
15000 - JUSTIÇA DO TRABALHO	9.111.833.285,00	9.169.335.115,00	9.002.279.937,88	8.596.392.282,66	93,75
16000 - JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS	1.147.929.653,00	1.150.772.777,00	1.148.751.793,80	1.066.927.932,65	92,71
20000 - PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA	3.445.348.975,00	4.561.847.836,90	3.952.821.335,51	3.392.407.837,01	74,36
20101 - PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA	0,00	25.109.539,00	17.487.779,73	15.121.329,54	60,22
22000 - MINISTÉRIO DA AGRICULTURA, PECUÁRIA E ABASTECIMENTO	6.483.878.622,00	6.717.388.646,70	4.684.877.922,81	4.127.281.979,86	61,44
24000 - MINISTÉRIO DA CIÊNCIA E TECNOLOGIA	5.199.963.760,00	5.446.148.603,55	4.486.274.678,11	3.498.957.821,38	64,25
25000 - MINISTÉRIO DA FAZENDA	13.145.469.077,00	15.122.999.241,38	13.529.535.903,74	12.681.374.675,11	83,85
26000 - MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO	27.579.847.716,00	29.476.833.778,23	28.503.317.622,66	25.056.491.661,96	85
28000 - MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO EXTERIOR	1.121.671.562,00	1.403.307.533,00	1.135.762.875,82	1.057.249.896,75	75,34
30000 - MINISTÉRIO DA JUSTIÇA	6.863.302.360,00	7.658.766.596,92	7.043.799.743,20	6.321.656.580,94	82,54
32000 - MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA	5.393.924.919,00	5.490.553.629,65	936.435.420,08	803.920.555,07	14,64
33000 - MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL	190.314.626.455,00	192.934.406.423,00	188.868.356.867,11	170.994.699.887,61	88,63
34000 - MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO	2.915.990.676,00	2.925.584.163,28	2.601.763.292,13	2.349.080.056,91	80,29
35000 - MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES	1.953.514.926,00	1.966.881.218,00	1.609.210.263,85	1.587.980.966,90	80,74
36000 - MINISTÉRIO DA SAÚDE	49.699.230.970,00	52.993.753.579,27	49.388.307.949,17	43.721.620.886,34	82,5
38000 - MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO	35.278.287.000,00	36.324.202.855,76	31.124.067.919,30	29.699.250.974,71	81,76
39000 - MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES	10.788.509.300,00	14.368.796.537,82	12.515.044.509,04	6.425.888.312,03	44,72
41000 - MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES	4.568.015.467,00	4.900.245.467,00	1.582.428.376,55	1.153.885.149,03	23,55
42000 - MINISTÉRIO DA CULTURA	915.789.102,00	1.077.795.345,68	823.732.720,61	498.568.491,86	46,26
44000 - MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE	2.742.370.406,00	2.799.960.585,22	1.499.093.879,65	1.367.065.801,87	48,82
47000 - MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO	5.698.948.242,00	4.682.382.477,27	3.874.415.944,05	3.010.001.072,90	64,28
49000 - MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO AGRÁRIO	3.296.484.163,00	4.122.118.562,76	3.792.378.984,77	2.879.304.277,25	69,85
51000 - MINISTÉRIO DO ESPORTE	923.613.262,00	1.576.050.262,00	1.391.884.169,47	754.179.402,94	47,85
52000 - MINISTÉRIO DA DEFESA	40.122.657.557,00	41.709.156.954,41	40.161.178.807,19	37.797.513.972,96	90,62
53000 - MINISTÉRIO DA INTEGRAÇÃO NACIONAL	8.218.869.639,00	10.838.557.940,00	9.586.646.667,85	5.480.796.441,84	50,57
54000 - MINISTÉRIO DO TURISMO	1.801.644.855,00	2.102.299.225,00	1.605.005.206,00	603.155.215,89	28,69
55000 - MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL E COMBATE À FOME	24.316.920.484,00	24.864.390.988,00	23.520.843.639,37	23.323.582.016,77	93,8
56000 - MINISTÉRIO DAS CIDADES	4.894.976.374,00	9.101.566.191,00	7.045.484.433,63	1.736.475.322,16	19,08
71000 - ENCARGOS FINANCEIROS DA UNIÃO	239.744.728.114,00	281.074.281.862,00	271.421.019.927,05	240.404.380.678,73	85,53
73000 - TRANSFERÊNCIAS A ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS	114.821.038.057,00	115.034.832.467,00	114.956.694.661,70	104.179.448.188,85	90,56
74000 - OPERAÇÕES OFICIAIS DE CRÉDITO	20.566.199.304,00	22.233.925.471,00	13.322.117.337,12	9.185.076.969,39	41,31
90000 - RESERVA DE CONTINGÊNCIA	7.309.935.898,00	6.871.540.007,00	0,00	0,00	0
TOTAL	870.394.254.596,00	940.694.146.118,28	874.521.543.803,43	771.628.726.971,86	82,03

Fonte: Senado Federal/Siga Brasil

Assim, se mesmo quando a política pública de saúde está prevista na Lei Orçamentária Anual o gestor da execução orçamentária escolhe não realizá-la, com base em uma suposta flexibilidade do orçamento, faz-se necessário o manejo de instrumentos jurídicos para resolver a situação.

Já viu-se neste trabalho que há sim vinculação do administrador à realização de alguns direitos fundamentais que são considerados prioritários para o Estado. Assim, o gestor público deve observar os princípios e valores constitucionais e as necessidades conjunturais para que se atinjam tais valores. Dessa maneira, a alocação de recursos pela própria lei orçamentária anual não pode deixar de ser executada por vontade do gestor público. Aceitar o argumento da discricionariedade na execução orçamentária como escusa para a não implementação de política de saúde, por exemplo, estabelecida é transferir ao executor do orçamento a fixação das prioridades estatais, desconsiderando-se àquelas já eleitas pela Constituição de 1988.

Caberia, assim, o ajuizamento de uma ação civil pública para que o ente estatal seja obrigado a realizar a política pública, com o emprego dos recursos destinados pela LOA. Deve-se observar que na referida ação poderá se requerer a antecipação de tutela, uma vez que a utilização dos recursos disponíveis para a execução da política pública está adstrita ao exercício financeiro corrente. No tópico seguinte serão examinadas com mais vagar as medidas que podem ser adotadas.

Com efeito, adotando-se estas medidas de controle de natureza singular poder-se-ia ter uma fiscalização efetiva do orçamento e com isto passar a exigir-se do Estado a colocação em prática das medidas eleitas pela Constituição e pela Lei Orçamentária como essenciais para a sociedade brasileira. Atualmente, o orçamento é um verdadeiro mistério para os juristas e políticos, quiçá para o cidadão comum. E assim não deveria ser. Não se sabe o que foi de fato feito pelo Estado, como foi empregada a verba pública, de quem é a culpa de determinadas políticas não serem implementadas. E tudo isto pela inexistência de controle efetivo da execução da atividade orçamentária.

Com a concepção de que o administrador tem o dever de cumprir as determinações que constam no orçamento já poderá ser responsabilizado o administrador que deixar de dar cumprimento às previsões orçamentárias. Esta

responsabilização poderá ser feita através da Lei de Improbidade Administrativa que traz sanções para os administradores que violam os princípios constitucionais que regem a Administração Pública.¹⁷²

4.5 AS CONSEQUÊNCIA DE UM CONTROLE INEFICIENTE

Conforme já ficou explicitado anteriormente, há um sério problema relacionado ao gasto público no Brasil. Dentre as diversas causas para o desvio dos valores, identificou-se que o ponto central perpassa pela falta de controle sobre a maneira como o dinheiro público é empregado. Com isto surgem problemas sociais relacionados a políticas públicas que deveriam ser implementadas pelo Governo. Estas medidas deixam de ser realizadas ou são executadas de maneira deficitária, atingindo a grande maioria da população.

Frente à falta de política pública de qualidade, iniciou-se um fenômeno

¹⁷² Na prática da atividade ministerial de controle e fiscalização dos gastos públicos e proteção ao patrimônio público encontra-se grande dificuldade em acompanhar a prestação de contas por parte dos municípios, por exemplo, que recebem transferências fundo a fundo da União através de seus Ministérios para os programas de saúde. O controle deste tipo de repasse é árduo, uma vez que apenas a instauração de fiscalização de ofício consegue chegar nos valores recebidos desta forma e a própria Controladoria Geral da União reconhece a dificuldade de realizar essa fiscalização. Tal ocorre porque toda sorte de mecanismos fraudulentos são utilizados pelos Prefeitos para burlar a fiscalização idônea. Ao fim ao cabo levam-se anos para constatar desvios devido a falta de estrutura para acompanhar as verbas que são destinadas e a forma como são empregadas.

Isto apenas para ilustrar que se os órgão criados para este fim tem dificuldade para acompanhar a realização dos gastos e o Ministério Público com imenso esforço também não consegue acompanhar as atividades realizadas com o dinheiro repassado, imagine um controle social a ser feito por uma população miserável, sem escolaridade, sem condições de desenvolvimento humano. Os conselhos municipais de saúde órgão criados no seio da comunidade para acompanhar as políticas públicas no campo da saúde sofrem terríveis máculas pois são formados por partidários do Prefeito e com isto ao invés de realmente fiscalizar o emprego da verba e o resultado das ações, apenas encobrem a malversação das verbas públicas destinadas à saúde. O que deveria ser um instrumento legitimador e democrático, torna-se mais um meio de encobrir a corrupção e dificultar o acesso das informações aos órgãos destinados à fiscalização, dando aparência de legalidade a práticas improbas.

A falta de controle dos gastos públicos com a realização de políticas públicas é conveniente à corrupção e aos atos contrários aos interesses públicos. Isto porque um controle social efetivo acompanharia de perto as atividades públicas e dificultaria desvios na conduta do gestor. Mas tudo acaba por se transforma num grande círculo vicioso: a população não controla por ser miserável e não ter condições de exigir de seus representantes as promessas de campanha nem a realização de políticas públicas de qualidade, em razão disto aumenta a corrupção e os atos de improbidade que contribuem, e muito, para que os direitos fundamentais sociais não sejam realizados e o que deixa a população no mesmo estágio de miséria que se encontra ao longo de séculos.

conhecido como judicialização de políticas públicas que serve justamente para implementar os direitos sociais assegurados pela Constituição Federal através do Poder Judiciário. Tal instituto é visto como forma de fazer valer a escala de valores estabelecidas pela Constituição Federal. Os exemplos aqui mencionados serão acerca do direito à saúde por ser objeto deste trabalho.

Na ânsia de solucionar os problemas postos a sua apreciação, os juízes passam a implementar as medidas que entendem necessárias para solucionar o caso concreto e fazem isto através da substituição daquele que elege as prioridades nas quais os recursos públicos devem ser empregados: Executivo para o Judiciário. Ocorre que o problema não é apenas relacionado a quem faz a escolha de como os valores devem ser alocados. Advém da falta de qualquer controle a respeito do gasto público. E se a premissa continuar a mesma, ou seja, a falta de controle no emprego do dinheiro público, os resultados também serão distorcidos e conseqüentemente insatisfatórios, independentemente de quem esteja a cargo de empregá-lo. Na verdade, percebe-se que o Poder Judiciário adota postura contraditória pois ao mesmo tempo em que não se considera uma série de empecilhos para realizar o controle do gasto do dinheiro público, não sente as mesmas restrições para direcioná-lo.

Assim, reconhece-se que diante das mazelas sociais apresentadas há necessidade de revisão de postura por parte dos Poderes do Estado. Mas o caminho trilhado pelo Judiciário não parece ser o mais acertado pelas razões já demonstradas nos primeiros capítulos.

Com efeito, a mudança de concepção deve ter como princípio regente a necessidade de controle do orçamento público. Certo é que os recursos são escassos. Mais verdadeiro ainda é que são mal empregados no Brasil. Desperdícios

são patentes e noticiados regularmente¹⁷³¹⁷⁴. Acredita-se que a verificação do correto emprego das verbas públicas contribuiria, e muito, para o desfecho de dilema tão severo que se vê envolvida hoje a nossa sociedade. Aí entram as variadas formas de controle.

Dentro da estrutura governamental tem-se duas formas de se controlar a atividade orçamentária. A primeira acontece de maneira interna com órgão da própria Administração. Já o controle da execução do orçamento por órgãos externos ao Executivo dá-se através do Legislativo e Tribunal de Contas respectivo. Se os órgãos de controle estivessem atentos à execução do orçamento verificariam a ocorrência de remanejamentos e/ou transferências de verbas sem qualquer motivação plausível, emprego irregular de verbas, não fixação dos percentuais legais e constitucionais, podendo adotar as medidas necessárias para que tal conduta ilícita fosse, desde logo, cessada.

Apesar do controle poder ser efetuado por diversos entes, o foco deste trabalho é o controle empreendido pelo Poder Judiciário, fiscalização realizada sob o aspecto da constitucionalidade e legalidade de acordo com abordagem do tópico anterior. Deste modo haveria uma compatibilização entre o princípio da legalidade que rege o orçamento e os direitos fundamentais sociais que necessitam ser implementados conforme dispôs a própria Constituição. Inicialmente haveria o

¹⁷³ A seqüência de escândalos com o dinheiro público, que em menos de dois anos apresentou ao País o mensalão, as Operações Vampiro e Sanguessuga e agora a Operação Navalha, convenceu os líderes do Congresso e o próprio governo federal de que é urgente partir para o contra-ataque. O primeiro passo será dado esta semana, pelos parlamentares, e o alvo é o Orçamento da União, que em 2006 chegou a R\$ 1,53 trilhão, e a maneira como ele é negociado hoje. (...) Campanhas contra o modo de dividir os bilhões do Orçamento já existem há tempos, mas sem a urgência dos recentes escândalos. Basta lembrar que só as Operações Sanguessuga e Navalha revelaram que mais de R\$ 280 milhões sumiram pelo ralo. O senador Paulo Paim (PT-RS) defende, em um desses projetos, a instituição de algo semelhante ao orçamento participativo já testado no Sul. Notícia extraída do endereço eletrônico <http://www.gabeira.com.br/noticias/noticia.asp?id=3834>

¹⁷⁴ A corrupção é grave questão social e de Estado e, como tal, é base causadora de inúmeros outros problemas que infelicitam a vida do povo brasileiro. Sem descer a detalhes ou relacionar os inúmeros escândalos, uma vez que a imprensa cumpriu esse papel, lembro, apenas como referência, o escândalo dos “Anões do Orçamento” e o escândalo mais recente, o da “Máfia das Sanguessugas”. Foram casos de corrupção praticados por setores de sucessivos governos federais, em conluio com parlamentares do Congresso Nacional e com a participação de empresários e administradores públicos municipais e estaduais, além de organizações não governamentais. Em toda essa história de corrupção, uma coisa é certa e inquestionável: o Orçamento Geral da União é a fonte inesgotável e causadora de parcela expressiva da corrupção praticada neste País, pela capacidade que tem de irrigar todas as artérias que formam essa grande cadeia de nulidades disseminada por todo o Brasil. Extraído do sítio <http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/8828.pdf>

respeito ao orçamento e apenas posteriormente tomar-se-ão medidas para suprir as falhas surgidas.

Com efeito, realizado o controle da atividade administrativa em matéria orçamentária poderá ter mais legitimidade a atuação judicial no campo das políticas públicas, como a saúde, por exemplo. Isto porque haveria a certeza que não há uma ingerência indevida do Judiciário. A intromissão dos juízes na lei orçamentária ocorreria em casos excepcionais¹⁷⁵, em consonância com a postura do Supremo Tribunal Federal. Apenas num segundo momento seria necessário que houvesse a intervenção do Poder Judiciário de modo a remodelar as definições do orçamento, dando contornos constitucionais às prioridades estabelecidas.

Aqui se acredita está a função primordial do Poder Judiciário na questão das políticas públicas. A fiscalização e o controle devem ser feitos de maneira minuciosa de modo a não deixar que uma suposta discricionariedade administrativa venha a prejudicar metas traçadas pelo legislador constitucional. No entanto, não deve ser olvidada a possibilidade de o Judiciário interferir de na questão, ordenando a realização de uma medida a ser implementada.

Nada obstante, sempre que, em um caso concreto, a inércia do administrador acarretar risco de dano grave à saúde da coletividade, revelando-se incompatível com a preservação da dignidade da pessoa humana, lícita se mostrará a utilização da via judicial, com vista a obrigá-lo a cumprir com o seu dever de elaborar e implementar alguma política sanitária eficiente.¹⁷⁶

4.6 A REALIZAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO À SAÚDE ATRAVÉS DO ORÇAMENTO

No Brasil, por não serem os direitos sociais implementados de maneira satisfatória pelos Poderes Políticos, acabou-se por abrir espaço para a atuação dos juízes, conforme demonstrados nos primeiros capítulos deste trabalho. Os magistrados, ante às demandas por direito à saúde, acabam por conceder ordens de

¹⁷⁵ Resp 1062211 e ADPF 45-9

¹⁷⁶ HENRIQUES, Fátima Vieira. Direito Prestacional à Saúde e Atuação Jurisdicional. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008. p. 844.

tratamentos médicos (em sentido amplo) a serem cumpridas pelo Estado, com fundamentação no direito à saúde e no direito à vida¹⁷⁷.

Ocorre que a judicialização de política pública no campo da saúde acabou por se mostrar problemática e, quiçá, promotora de mais desigualdade do que a ausência total de ações por parte do Estado. Isto porque a técnica de solução de conflitos adotada tem sido a justiça retributiva com a aplicação de técnicas jurídicas tradicionais para uma questão cuja tratamento deveria ser diferenciado, através da justiça distributiva, levando-se em consideração o conceito de igualdade material e a idéia de nenhum problema social pode ser visto como algo isolado, há sempre vinculação com bens jurídicos de igual valor¹⁷⁸.

Desta forma, os juízes com suas decisões autorizam a captura de verbas públicas¹⁷⁹, sem atentarem para o fato de que estas ordens estão sendo dadas país a fora e com isto multiplicando o impacto das decisões judiciais no orçamento.

Há decisões do Superior Tribunal de Justiça e até mesmo do Supremo Tribunal Federal firmando o entendimento que ao juiz não cabe a análise da repercussão de sua decisão em virtude de um possível efeito multiplicador, devendo apenas garantir a realização dos direitos constitucionalmente previstos¹⁸⁰. Com isto não se pode concordar. Os membros do Poder Judiciário têm responsabilidade perante a sociedade em que vivem e devem ter noção da realidade do país. Admitir “que o direito à saúde deve ser determinado do ponto de vista do indivíduo isolado é

¹⁷⁷ RE nº 242.859-3/RS, Rel. Min. Ilmar Galvão, Data do Julgamento 29.06.1999 e RE-AgR nº 259.508-0/RS, Rel. Min. Maurício Corrêa, Data do Julgamento 08.08.2000.

¹⁷⁸ O tema da justiça distributiva foi tratado no capítulo III.

¹⁷⁹ Aplicabilidade de bloqueio de valores pelo juiz para assegurar o atendimento médico urgente a paciente necessitado, com o fornecimento de medicamentos e serviços, medida excepcional que se justifica pela relevância dos bens jurídicos em liça (vida e saúde). Menor onerosidade para o Estado do que a imposição de "astreintes". Inteligência do art. 461, §5º do CPC. Precedentes do STJ e desta Câmara. Decisão mantida. Negado seguimento ao agravo em decisão monocrática." STF, AI 572782/RS, Rel. Min. Cezar Peluso, Data do Julgamento 09.02.2006.

¹⁸⁰ “Destaco, por cabível, que a saúde é direito de todos e dever do Estado, que deve adotar políticas sociais e econômicas que visem ao acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde capazes de promover, proteger e recuperar a saúde dos brasileiros. Neste contexto, não há como concluir que o fornecimento de medicamento a uma única paciente possa causar lesão de conseqüências significativas e desastrosas à economia do Estado de São Paulo. Destaco, ainda, que o efeito multiplicador alegado como justificativa ao pedido de suspensão é meramente hipotético, não tendo o postulante trazido qualquer indício de que, animadas pela decisão recorrida, tenham sido ajuizadas outras ações com igual pretensão”. STJ, SS nº 1.408/SP, Rel. Min. Edson Vidigal, Data do Julgamento 08.09.2004. No mesmo sentido STF, SS nº 659/RS, Rel. Min. Carlos Velloso. Data do Julgamento 22.07.1994 no qual o Relator indaga: “Será que a retirada de duzentos mil dólares do Tesouro causará 'grave lesão' à economia pública? Penso que não” e depois ainda acrescenta que a questão *sub judice* é “um caso isolado”.

pensa-lo como uma mônada, é retornar ao modelo liberal de estado de natureza, onde os direitos do indivíduo são determinados à margem da vida social”¹⁸¹. Não há nada de fantasioso em considerar que reconhecido pelo juiz um tratamento de saúde, outras pessoas na mesma situação irão procurar o Judiciário com a intenção de realizá-lo. Por isto é que o juiz deve considerar se o Estado tem condições de arcar com um tratamento de saúde, caso venha a ocorrer o efeito multiplicador¹⁸². Do contrário proferirão decisões apartadas do cenário fático nacional. É, aliás, o que vem ocorrendo.

Neste sentido traz-se informações de alguns estudos científicos acerca dos gastos com a implementação de medidas judiciais e o impacto orçamentário por eles causados¹⁸³. Veja-se:

Gastos extras do Ministério da Saúde com remédios concedidos judicialmente para todos os tipos de doença aumentaram de R\$-188 mil em 2003 para R\$-26 milhões em 2007. Em 2004, o Estado de São Paulo despendeu R\$-48 milhões com medicação ganha em litígio, de um orçamento para a saúde total de R\$-480 milhões. O Ministério da Saúde calcula que, em todos os Estados, gastos extras associados a litígios tenham sido, em 2007, no montante de R\$-1 bilhão. (...) Quanto ao nível de renda dos beneficiários que receberam tratamento ou remédio por decisões judiciais, estudo realizado no Estado de São Paulo indicou que 60% dos

¹⁸¹ BARZOTTO, Luiz Fernando. Os direitos humanos como direitos subjetivos: da dogmática jurídica à ética. In MELLO, Cláudio Ari (Org.). **Os desafios dos direitos sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p.75-76.

¹⁸² “Se a maneira de distribuição é tal que já se sabe de antemão que não haverá para todos, não se pode aceitar o pedido. Os tribunais não são instância de proclamação abstrata de direitos, mas o lugar onde se faz o juízo particular, concedendo ou negando a cada um (ou a cada grupo) o que lhe é devido na forma da lei universal (...) o tribunal não está posto para proclamar 'principiologicamente' que o Poder Público deve 'pagar o devido', mas para discernir e realizar um juízo concreto (ou seja, que leve em conta de forma concreta as defesas apresentadas) a respeito do 'caso' que lhe está posto à frente. (...) O Judiciário não estaria aplicando a regra, não estaria tratando a todos igualmente, não estaria valorizando igualmente a vida de cada cidadão, mas apostando (de forma lotérica, portanto) que alguns não chegariam à justiça e que esses não lhe importam, que esses não devem ser levados em consideração”. LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (Org.) **Direitos Fundamentais – Orçamento e Reserva do Possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2008. p.192.

¹⁸³ No ano de 2005 foram gastos no Estado de Goiás dois milhões e novecentos mil reais com decisões judiciais. Já o Estado de São Paulo gastou-se oitenta e seis milhões de reais para custear as decisões judiciais em 2005. Em 2008, no Rio Grande do Sul, verificou-se que 40% do orçamento é usado para custear o tratamento de saúde de 0,3% da população “Governos reclamam da falta de recursos e denunciam participação de laboratórios farmacêuticos nas ações movidas por pacientes. Estados tentam barrar remédios via Justiça” publicada na Folha de São Paulo em 03/10/2005 <http://sistemas.aids.gov.br/imprensa/Noticias.asp?NOTCod=67274> Acesso em 29.01.2009. “STF definirá destino da avalanche de liminares contra o SUS na Justiça” publicada no Valor Econômico e, 01.08.2008 <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/clipping/agosto-1/stf-definira-destino-da-avalanche-de-liminares-contrasus-na-justica> Acesso em 29.01.2009. “Ministério critica epidemia de ações por remédio” publicada na Folha de São Paulo em 08/05/2008 http://www.agenciaaids.com.br/clipping/aids_09052008.htm#_Toc198083772 Acesso em 29.01.2009

demandantes nunca haviam utilizado qualquer serviço do Sistema Único de Saúde e que 60% das prescrições haviam sido emitidas por médicos privados, externos ao sistema público.¹⁸⁴

Dado importante que também consta no estudo acima é que, apesar do gasto elevado, o número de pessoas beneficiadas com as decisões judiciais é diminuto, comparado com a população carente de políticas de apoio por parte do Estado. Isto reforça a idéia de que o acesso à justiça ainda não está universalizado, bem como que a justiça distributiva ainda não se faz presente entre nós.

Na prática ocorre a marginalização da grande maioria da população que se vê excluída duplamente, pois a ela não chegam nem as decisões judiciais uma vez que o acesso ao Poder Judiciário ainda encontra entraves significativos, nem as políticas públicas cada vez menos implementadas coletivamente em face da falta de recursos uma vez que as decisões judiciais abocanham parcela significativa do orçamento da saúde. Assim, há um grande erro de perspectiva neste tipo de estratégia para a defesa de direitos sociais.

Ricardo Lobo Torres destaca que sem rigor nas políticas públicas focalizadas, não raro a classe média e os pobres recebem tratamento preferencial diante dos miseráveis¹⁸⁵. Daí porque o Supremo Tribunal Federal exige que a política pública seja dirigida às pessoas destituídas de recursos financeiros.¹⁸⁶ O mesmo rigor já não é utilizado pelos juízes de primeira instância que concedem pedidos extravagantes, considerando-se os problemas de saúde enfrentados pela maioria da população¹⁸⁷.

Com isto se vê que a determinação de abertura de créditos suplementares ou a inclusão das dotações no orçamento do ano seguinte¹⁸⁸ caso sejam para beneficiar apenas os demandantes não resolverão o impasse, quiçá o aguçarão. Neste sentido a Ministra Ellen Gracie já se manifestou: “o direito à saúde refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo,

¹⁸⁴ MAUÉS, Antônio Moreira. **Problemas da Judicialização do Direito à Saúde no Brasil** citando estudo científico de HOFFMAN;BENTES, 2008 e SILVA, 2007a.

¹⁸⁵ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. Volume V – O orçamento na Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar. 2008. p. 363.

¹⁸⁶ RE 271.286-RS, Data do Julgamento 12/09/2000, 2ª turma, Relator Ministro Celso de Mello. RE 242.859-RS, Data do Julgamento 29/06/1999 Relator Min. Ilmar Galvão. RE-AgR 273.834, Data do Julgamento 12/09/2000 Relator Ministro Celso de Mello. RE-AgR-RS 393.175, Data do Julgamento 12/12/2006 Relator Ministro Celso de Mello; AI-AgR-RJ 486.816, Rel. Min. Carlos Velloso, Data do Julgamento 12.04.2005; RE 256.327-RS, Rel. Min. Moreira Alves, Data do Julgamento 25.06.2002. RE-AgR 255.627, Rel. Min. Nelson Jobim, Data do Julgamento 21.11.2000

¹⁸⁷ Ver capítulo II que trata do assunto.

¹⁸⁸ APPIO. Eduardo. **Controle Judicial de Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2007, p 179

assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não em situações individualizadas”.¹⁸⁹

Esta maneira de o Judiciário resguardar o direito à saúde, interferindo no orçamento vem mostrando-se problemática e bastante prejudicial haja vista que se perde o caráter universal e igualitário (art. 196 da CF) de que o direito à saúde deve ser dotado, além de acarretar desequilíbrio orçamentário, passando-se a uma captura desordenada das verbas que compõem o orçamento.

Ressalte-se que os valores gastos com os tratamentos ordenados pelo Poder Judiciário são retirados do orçamento da saúde¹⁹⁰, reduzindo assim, a possibilidade de implementação de políticas públicas nesta área. Com efeito, isto apenas reforça o que ficou dito parágrafos acima. Os excluídos de nossa sociedade – pobres e miseráveis - assim continuarão por duas razões principais: a primeira é porque há diversos obstáculos para se ter acesso ao Poder Judiciário que não são vencidos com facilidade; já a segunda porque deixam de ser beneficiados por programas governamentais de saúde , uma vez que as decisões judiciais abocanham progressivamente as verbas destinadas para tal fim. Esta postura, além de atentar contra o princípio igualitário, viola também, de maneira direta o art. 196 da Constituição Federal e as disposições da Lei Orgânica da Saúde.

Tal postura mostra-se incompatível com os limites à assistência sanitária¹⁹¹ que devem ser observados pelo Poder Público, inclusive pelo Judiciário haja vista tratar-se de regramento constitucional, delimitado inclusive pela Lei nº 8.080.

Inicialmente aponta-se para a universalidade como característica básica de qualquer prestação de saúde ofertada pelo Estado. A universalidade, conforme já mencionado, quer dizer que qualquer pessoa pode se beneficiar dos serviços de

¹⁸⁹ SS 3205/AM, Informativo do Supremo Tribunal Federal nº 470 de 13.06.2007

¹⁹⁰ “O orçamento do Ministério da Saúde, em 2008, não alcança o de 1985, quando se utiliza o índice de inflação da FIP para o setor saúde. Se nós olharmos a parcela da seguridade que era destinada ao setor saúde, em 1995 tínhamos 22% do orçamento da seguridade; em 1998 tínhamos 18% do orçamento da seguridade; e no ano passado tivemos 12% do orçamento da seguridade. Então, os recursos são decrescentes. Nesse período a população cresceu 30 milhões de pessoas. O envelhecimento vem aumentando, e a incorporação tecnológica não tem precedentes.” Informações trazidas pelo ex-Ministro da Saúde Abid Jatene durante a audiência pública realizada no STF no dia 29.04.2009. Extraído do endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr_Adib_Jatene.pdf. Acesso em 08.06.2009.

¹⁹¹ HENRIQUES, Fátima Vieira. Direito Prestacional à Saúde e Atuação Jurisdicional. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008. p.829.

saúde ofertados pelo Estado, sem a necessidade de contribuição prévia ou filiação ao regime previdenciário. Isto não quer dizer que a Constituição estabeleceu que todos os serviços e ações de saúde sejam gratuitos.

Nesta esteira Ingo Sarlet diz que “o que a Constituição assegura é que todos tenham, em princípio, as mesmas condições de acessar o sistema público de saúde, mas não que qualquer pessoa, em qualquer circunstância, tenha um direito subjetivo definitivo a qualquer prestação oferecida pelo Estado ou mesmo a qualquer prestação que envolva o direito à saúde”.¹⁹²

Desta forma os serviços ofertados pela Lei nº 8.080/90 não são gratuitos por determinação constitucional e sim porque o legislador ordinário desta maneira estabeleceu. Com isto chega-se a um postulado importante: apenas será gratuito para todos o serviço de saúde previsto na Lei Orgânica da Saúde. Todos os que não são por ela abrangidos devem ser custeados por aqueles que tem recursos, não se podendo passar para o Estado o ônus de um tratamento excepcional, máxime quando o requerente tem meios de subsidiá-lo. Assim, se faz indispensável a comprovação da necessidade financeira daquele que requer um tratamento não previsto na Lei do SUS¹⁹³. Destaque-se aqui informação trazida por Ricardo Lobo Torres¹⁹⁴ de que há uma verdadeira captura pela classe média de boa parte dos recursos públicos destinados à saúde¹⁹⁵.

Outra característica que deve ser respeitada pelo Poder Judiciário é a integralidade de oferta dos serviços e ações de saúde oferecidos pelo Estado (art. 196 da CF e art. 7º da Lei nº 8.080). “Este princípio impõe a articulação e a continuidade do conjunto de ações e serviços preventivos e curativos, em todos os níveis do sistema (art. 7º, II da LOS), buscando alcançar todas as situações

¹⁹² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5 Ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 346-347.

¹⁹³ “Cabe ao juiz exigir do demandante por prestação de saúde não explícita na lei como de fornecimento estatal obrigatório a demonstração de que não possui recursos financeiros suficientes para fazer frente ao gasto que pleiteia, ao menos sem que com isso coloque em risco sua própria sobrevivência e o sustento da sua família. HENRIQUES, Fátima Vieira. Direito Prestacional à Saúde e Atuação Jurisdicional. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008. p. 831)

¹⁹⁴ TORRES, Ricardo Lobo. Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. Volume 5: O Orçamento na Constituição. Rio de Janeiro. Renovar, 2000, pp. 216-217.

¹⁹⁵ Neste sentido também são as notícias jornalísticas e trabalho acadêmico já citados nos dois primeiros capítulos.

potenciais de risco à saúde do indivíduo”¹⁹⁶. Assim, o magistrado no momento de apreciar o pedido que lhe foi formulado deve analisar se o sistema de saúde seria capaz de oferecer para todos o serviço postulado. Se a resposta for negativa, não poderá ser deferida a tutela jurisdicional, sob pena de grave ofensa ao princípio igualitário¹⁹⁷. E aqui não se trata de efeito meramente hipotético, como alegam algumas decisões judiciais¹⁹⁸, mas real haja vista que não é possível ao Poder Judiciário deferir um direito que não poderá ser ofertado para todos, numa esperança de que os demais não venham bater às suas portas.

Estes dois vetores devem ser analisados sempre que uma demanda desta natureza for posta para apreciação do Poder Judiciário, apenas quando eles estiverem presentes será possível a concessão da tutela pleiteada. Ora da análise dos casos concretos fácil constatar que grande parte das demandas com este propósito seriam indeferidas.

As demandas envolvendo direito à saúde são as mais abrangentes possíveis, envolvem desde tratamentos básicos como o fornecimento de remédios previstos na lista do Sistema Único de Saúde até pedidos que abrangem a utilização de técnicas não reconhecidas pela medicina, bem como medicamentos dos quais não se conhecem os efeitos uma vez que experimentais e não aprovados pela vigilância

¹⁹⁶ MAUÉS, Antônio Moreira. **Problemas da Judicialização do Direito à Saúde no Brasil**.

¹⁹⁷ “Como bem leciona Luiz Fernando Barzotto, quando da implementação do direito subjetivo à saúde, há de se ter em mente que o demandante 'deve manter uma relação de igualdade com os demais membros da comunidade' e que seu 'bem está ligado ao bem comum, não podendo alcançá-lo sem destruir esse último'. (...) Isto porque pensar 'que o direito à saúde deve ser determinado do ponto de vista do indivíduo isolado é pensá-lo como uma mônada, é retornar ao modelo liberal de estado de natureza, onde os direitos do indivíduo são determinados à margem da vida social'. HENRIQUES, Fátima Vieira. *Direito Prestacional à Saúde e Atuação Jurisdicional*. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008. p. 833.

¹⁹⁸ STJ, Suspensão de Segurança n° 1.408/SP, Rel. Min. Edson Vidigal, Data do Julgamento 08.09.2004. STF, Suspensão de Segurança n° 659/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, Data do Julgamento 22.07.1994.

sanitária¹⁹⁹²⁰⁰. Assim, a judicialização de política pública nos moldes atuais apenas ocorre de maneira fragmentada porque os juízes não consideram os ditames constitucionais e legais a respeito do assunto.

(...) o princípio da integralidade de atendimento não deve ser interpretado no sentido de que qualquer serviço possa ser reivindicado pelo cidadão ou indicado pelos médicos. Tampouco pode ser admitido que pacientes que não se encontram sob tratamento de profissionais do SUS utilizem-no apenas para receber terapias ou medicamentos específicos, tendo em vista que as ações curativas devem estar integradas ao conjunto da assistência fornecida pelo sistema.²⁰¹

O problema parece estar bem delimitado: a implementação do direito à saúde de maneira individual através do Judiciário promove a desigualdade social, não soluciona o problema da população brasileira e ainda atenta contra a Constituição. Desta feita, concebe-se que o controle do gasto público pelo Judiciário seria mais benéfico do que a captura de verbas públicas de maneira desordenada. No entanto, ao lado do controle serão necessárias outras formas de intervenção judicial. A mais adequada nos parece a implementação do direito à saúde de forma coletiva de maneira a minimizar os problemas que a participação judicial neste campo acarreta.

¹⁹⁹ “Atualmente, no Rio Grande do Sul, 41% do orçamento da Secretaria Estadual da Saúde são gastos com política de assistência farmacêutica, sendo que 87.966 pacientes são atendidos pela via administrativa, e 20.497 pacientes, pela via judicial. Portanto, afere-se que hoje 18,92% do orçamento da assistência farmacêutica do estado estão sendo administrados pelo Judiciário. No ano de 2008, houve, no Rio Grande do Sul, um acréscimo de 40% no valor destinado à aquisição de medicamentos na via administrativa. Todavia, na prática, verifica-se que o esforço empregado pelo Estado não diminuiu o número de ações judiciais, pois, no ano de 2008, houve um aumento de 16% em relação ao ano de 2007. É importante ressaltar que, na via judicial, apenas 14,31% da demanda é relativa a medicamentos especiais e 9,4% é relativo a medicamentos excepcionais prescritos de acordo com os protocolos do Ministério da Saúde, medicamentos cujo fornecimento compete ao Estado, enquanto 76,23% das demandas judiciais em que o Estado é réu abrangem medicamentos que não são da sua competência, sendo que 18,25% são relativos a medicamentos excepcionais prescritos em desacordo com os protocolos clínicos e 46,84% referentes a medicamentos que não são fornecidos pelo SUS, entre eles medicamentos importados e sem registro na ANVISA. Ainda, constata-se que 66% dos medicamentos do elenco dos excepcionais, fornecidos através da via judicial, não atendem aos protocolos de diretrizes clínicas e terapêuticas do Ministério da Saúde.” Extraído do endereço eletrônico <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/PGERS.pdf>. Acesso em 08.06.2009.

²⁰⁰ “Os tratamentos custeados pelo Poder Público devem ser realizados em estabelecimentos nacionais, preferencialmente ligados a SUS, e não através de depósito de valores para tratamento no exterior ou em locais da preferência do médico ou paciente, sob pena de ser ferido o preceito do acesso universal e igualitário, além da própria razoabilidade. Os medicamentos, por sua vez, devem ser preferencialmente genéricos ou aqueles de mais baixo custo, não podendo ser admitidas preferências arbitrárias ou injustificadas por determinadas marcas, o que viola o princípio da igualdade, nem importações de substâncias que sequer são autorizadas no Brasil”. LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. In SARLET, Ingo Wolfgang e Luciano Benetti Timm (orgs.). Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2008.p.280.

²⁰¹ MAUÉS, Antônio Moreira. **Problemas da Judicialização do Direito à Saúde no Brasil.**

Apesar desta ser a medida, aparentemente, mais adequada, faz-se necessário entender porque o Judiciário não implementa o direito à saúde de forma coletiva²⁰², uma vez que a concessão de medidas judiciais de maneira individual mostra-se mais danosa que a inércia do Estado. Para isto vale buscar os argumentos principais utilizados pelo STF no deslinde das demandas individuais por direito à saúde e verificar qual é o impedimento deste mesmo raciocínio nas demandas coletivas.

O fundamento utilizado para autorizar a realização do direito à saúde de maneira individual é justamente a necessidade de sua implementação por ser direito fundamental intrinsecamente relacionado ao direito à vida. Em razão disto o Supremo Tribunal Federal e os demais órgão do Poder Judiciário desconsideraram o princípio da legalidade orçamentária e o equilíbrio das finanças públicas²⁰³, bem como a discricionariedade do administrador e o princípio da separação de poderes. Esta desconsideração é feita porque da ponderação entre estes valores e a vida humana, esta prevalece.

Pois bem. Este não é o posicionamento que se acredita correto, mas apenas para deixar bem clara a incongruência da postura dos nossos órgãos judiciários face ao problema propõe-se analisar a razão pela qual os fundamentos aplicados e tidos

²⁰² “O MPDFT, por meio da 2ª PROSUS, propôs, no ano de 2005, ACP visando à implantação no DF de serviços de residências terapêuticas, instituídas desde 2000 como parte integrante da política de saúde mental do MS. As residências terapêuticas são serviços substitutivos à hospitalização, cuja função primordial é a ressocialização de pacientes com transtornos mentais e histórico de longo período de internação, e que, embora não mais precisem de internação, não contam com qualquer suporte familiar ou social, até pelo longo período de exclusão a que foram submetidos. Pois bem, em que pese haver política pública para implantação de residências terapêuticas e não existirem esses serviços no DF, foi negada a concessão da tutela antecipada e, até hoje – lembrando que a ação foi proposta em 2005 – não há SEQUER UMA residência terapêutica no DF. Essa ACP, cuja natureza é eminentemente estruturante do sistema, na medida em que visa ao cumprimento de uma política pública existente (criada pelo próprio Estado) e, principalmente, a não persistência de violações de direitos humanos, eis que está se negando a liberdade da pessoa que está submetida à internação desnecessária, não encontrou resposta positiva do Poder Judiciário, sob o fundamento de que, nesse caso específico, haveria ingerência no Poder Executivo” (grifo no original). Discurso de Gisele Martins Vergara na audiência pública da saúde realizada no STF no dia 29.04.2009 extraído do endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Texto_Dra_Catia_Gis_ele_Martins_Vergara.pdf. Acesso em 08.06.2009.

²⁰³ “Tal como pude enfatizar em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet. 1.256/SC), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, *caput* e art. 196), ou fazer prevalecer, contra esta prerrogativa fundamental, um interesse financeiro secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõe ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas”. STF, RE nº 393.175, Rel. Min. Celso de Mello, Data do Julgamento 01.02.2006.

como válidos nas demandas individuais não são utilizados para a realização coletiva do direito à saúde.

Inicialmente deve-se constatar que para o Poder Judiciário o direito à saúde é constitucionalmente protegido e judicialmente exigível. Avançando um pouco verifica-se que este direito é também oponível ao Estado, não podendo deixar de ser implementado por falta de previsão orçamentária. Assim, se reconhece o direito à saúde, reflexo do direito à vida, como mais importante que o princípio da legalidade orçamentária.

(...) o judiciário vem sendo cada vez mais procurado para obrigar o Estado a fornecer prestações de saúde. No entanto, diversos estudos indicam que as decisões judiciais nessa matéria, ao buscarem efetivar o direito à saúde em demandas individuais, têm imposto custos elevados ao sistema público sem incrementar significativamente o acesso a seus serviços. Percebe-se, assim, que a intervenção do poder judiciário, apesar de inspirada na compreensão do direito à saúde como direito fundamental, pode não vir a contribuir para a universalização desse direito.

Outrossim, o direito à saúde – para o Judiciário brasileiro – também não pode ser refém de um juízo de conveniência e oportunidade por parte do administrador público haja vista sua natureza de direito fundamental. Daí porque são determinadas judicialmente medidas para tutelar à saúde daqueles que levam suas pretensões aos juízes. Com isto se reconhece que a postura do Poder Judiciário em nada afeta o princípio da separação de poderes, mas apenas implementa um direito constitucional da parte requerente.

Ora, se todas estas estas premissas são verdadeiras para os nossos juízes qual a razão de se garantir o direito à saúde em demandas individuais e não estender os efeitos das decisões judiciais a todos que se encontrem na mesma situação? Na lógica perversa das decisões judiciais e na ponderação de valores realizada se está atribuindo mais significado para uma vida do que para diversas, pois é justamente isto que ocorre quando se retira valores do orçamento da saúde para custear o direito à saúde de um demandante. Aqui não se está colocando em dúvida as diversas dimensões²⁰⁴ de que o direito à saúde é dotado, podendo ser protegido tanto individual como coletivamente, nem o direito de acesso ao Judiciário.

²⁰⁴O professor Antônio Maués em texto sobre os problemas da judicialização no campo da saúde aponta que há pelo menos três dimensões de eficácia do direito à saúde reconhecidas pela doutrina nacional: direito à saúde como norma objetiva, direito à saúde como direito subjetivo definitivo e direito à saúde como direito subjetivo *prima facie*. MAUÉS, Antônio Moreira. **Problemas da Judicialização do Direito à Saúde no Brasil**.

Apenas se está acentuando que as concessões judiciais em demandas individuais não contam com fundamentação legal, nem constitucional.

Retomando a idéia, qual a diferença de fundo que impede os magistrados de atuarem levando em consideração a coletividade? O que os impede de, reconhecendo a falha governamental, de determinar que o Estado, ao invés de custear o tratamento de um, não o faça através de uma política pública universal, com necessidade de implementação reconhecida judicialmente?

Na realização individual do direito à saúde há repercussão financeira significativa, bem como há uma invasão legítima em seara até pouco tempo reservada à discricionariedade do administrador com base nas prioridades constitucionais. Por sua vez, na implementação coletiva através do orçamento também haverá repercussão da ordem judicial nas finanças públicas, bem como na liberdade do administrador, no entanto esta intervenção ocorrerá de maneira ordenada e proporcionará a realização do direito à saúde de forma igualitária.

Em capítulo anterior já ficou demonstrado os males causados pela lógica retributiva empregada nas decisões judiciais e os impactos que as determinações judiciais têm na vida de milhares de pessoas. Quando se concede um tratamento de saúde no estrangeiro para A, os valores são, erroneamente, retirados do orçamento da saúde, deixando de ser empregados na política sanitária.

Por isto que se apontou que não se trata de direito à saúde *versus* direito à legalidade orçamentária²⁰⁵, e sim direito a saúde de A (demandante na ação hipotética) em detrimento de todos os demais sujeitos que fazem parte da sociedade e que também necessitam de medidas estatais. Esta postura do Judiciário é inconstitucional uma vez que autoriza tratamento desigual para os membros de uma mesma sociedade.

E mais ainda, há a desconsideração do disposto na Lei n° 8.080 que estabelece apenas poder ser financiada pelo orçamento destinado à saúde as ações consideradas como política pública de saúde e, portanto, aquelas ações de caráter universal. Assim, os valores para custear as medidas judiciais em ações individuais não poderiam ser retirados do orçamento da saúde.

Assim, a postura do Judiciário no Brasil mostra-se atentatória ao princípio

²⁰⁵ RE-AgR-39175-RS

constitucional da isonomia e ao invés de reduzir as desigualdades sociais no país, apenas as aumenta. Com a realização do direito à saúde de forma individual os juízes contribuem para a desarticulação de medidas sanitárias universais que poderiam ser empreendidas pelo Poder Público com aqueles recursos.

A tomada de consciência por parte dos juízes mostra-se imprescindível com o fito de atentarem que as decisões sobre direito à saúde apenas podem ser feitas com base na justiça distributiva, em face da natureza do direito em questão. A partir daí verificar-se-ia que a concessão de tutela nesta seara para apenas um indivíduo é mais prejudicial do que benéfica, posto que além de promover a desigualdade entre pessoas iguais, ainda acarreta um dano significativo para todos os demais que não fazem parte da demanda.

Da mesma forma que pode um indivíduo ir a juízo postular que o Estado cumpra o seu dever jurídico, também aqueles privados da fruição do mesmo bem ou serviço, poderão, diretamente ou através de um substituto processual pretender judicialmente que o Estado cumpra seu dever, e.g., de instalar um posto na região. (...) (Isto porque) aqueles que não tiveram acesso a alguma das prestações não deixaram de ter direito a esse serviço do ponto de vista jurídico, pela circunstância de não terem ido a juízo postulá-lo individualmente²⁰⁶.

Com razão a autora. Qual a diferença substancial entre implementar judicialmente direito à saúde para a) um indivíduo, o que é plenamente aceito e realizado no Brasil ou b) para a coletividade? Já foi verificado que impactos orçamentários existirão em ambos os casos. Também estará se permitindo a interferência do Judiciário em campo reservado à política e flexibilizando-se a separação de poderes. Desta forma não é compreensível a relutância dos juízes em realizar o direito à saúde de forma coletiva.

Desta forma, a saída é a inclusão da técnica de tutela coletiva no deslinde destes conflitos. Uma vez apresentada uma demanda individual para o Estado-Juiz este deveria analisar detidamente tal pedido a fim de verificar se o problema apresentado tem repercussão na sociedade, ausência de serviço de hemodiálise em um município por exemplo, ou se o interesse em jogo é apenas particular – doença rara ou medicamento fora da lista do SUS por exemplo.

Os pedidos de natureza individual poderiam ser concedidos apenas quando já

²⁰⁶ BARCELLOS. Ana Paula de. O Direito a Prestações de Saúde: Complexidade, Mínimo Existencial e o Valor das Abordagens Coletiva e Abstrata. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008. pp.815/816

houvesse previsão daquele tratamento pelo próprio Sistema Único de Saúde e nos casos em que tal tratamento não é tido por escasso, sendo (ou devendo ser) disponibilizado para todos aqueles que apresentam-se na situação descrita pela norma, mas que por uma razão ou por outra aquele jurisdicionado não estivesse tendo acesso ao serviço disponibilizado. Aqui a apreciação do Poder Judiciário não seria para implementar direito social da saúde, mas sim para resolver um conflito de interesses haja vista que o serviço já faz parte daqueles prestados pelo Estado à população.

É o caso de um programa social criado para fornecer medicamentos gratuitos a todos os que dele precisarem, mas que por falta do serviço não está sendo disponibilizado de maneira adequada. Através de ações individuais, como o mandado de segurança, poderá o interessado pleitear tutela jurisdicional, pois o Poder Público ao implantar programas sociais se comprometeu – por observância ao art. 5º da CF - em ofertá-los para todos os cidadãos de maneira igualitária. Neste caso não se aplica a oposição da reserva do possível haja vista que o art. 24 da Lei de Responsabilidade Fiscal estabelece que “nenhum benefício ou serviço à seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido, sem a indicação da fonte de custeio”, excluindo-se no entanto desta regra a “concessão de benefício a quem satisfaça as condições de habilitação previstas em lei, estendendo tal previsão (parágrafo 2º) a benefícios ou serviços de saúde”²⁰⁷. Deste modo, o Executivo deverá encaminhar projeto de alteração da lei orçamentária, retirando valores de uma rubrica para o custeio dos programas sociais já implantados.

No entanto, quando o pedido da demanda individual for o financiamento pelo Estado do tratamento de saúde específico, não previsto pelo Sistema Único de Saúde, não poderia ser concedido, baseando-se o indeferimento da tutela

²⁰⁷ “Resulta claro, portanto que para a manutenção de um programa de proteção social, especificamente voltado à saúde, previdência e assistência social não está limitada pela indicação precisa da fonte de recursos, na medida que o legislador impõe a manutenção destes programas, independente de previsão específica na lei orçamentária anual para atender a estas despesas. Um programa de proteção social que tenha sido criado, por exemplo, com a finalidade de assegurar medicamentos especiais gratuitos a todos que deles necessitem não está jungido pelos limites impostos pela lei de responsabilidade fiscal, motivo pelo qual os recursos deverão ser disponibilizados diretamente do orçamento, mesmo que em prejuízo de outras rubricas já aprovadas. Cabe ao Poder Executivo encaminhar as alterações necessárias à Casa Legislativa de acordo com suas opções próprias. A vinculação da Administração Pública a este comando legal é automática e não permite o exercício de um poder incontrastável porque não existe discricionariedade administrativa neste caso específico”. APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p.176-177

jurisdicional em duas razões: 1) se o objeto da demanda é um serviço básico disponibilizado pelo Poder Público, mas o seu fornecimento é escasso, a ordem judicial estaria desrespeitando o funcionamento e organização administrativa e os pacientes que a ela se submetem. É o caso de transplante de órgãos, uma ordem judicial não pode burlar a lista de espera pois estaria desconsiderando o direito daqueles que estão aguardando o benefício; 2) se o pedido fosse de um tratamento diferenciado, não fornecido pelo Estado nos hospitais que integram o SUS, não poderia ser acolhido uma vez que ao Poder Público apenas é dado custear os serviços de saúde que podem ser estendidos para toda população e que por isto mesmo são classificados como básicos.

Vejamos o procedimento correto a ser adotado quando a demanda posta à análise do Poder Judiciário tiver dimensão coletiva.

CAPÍTULO V – SOLUÇÃO DE CONFLITOS PLURILATERAIS E RESPONSABILIDADE DOS AGENTES PÚBLICOS

Os conflitos plurilaterais envolvendo os direitos sociais exigem do julgador uma nova leitura do próprio direito haja vista que os conceitos utilizados tem um acepção diferente da tradicionalmente realizada. Outro aspecto é que o Judiciário está acostumado a solucionar envolvidos com a manutenção de um *status quo* ou retorno a ele, mas o que se pede nas demandas envolvendo estes direitos são medidas de implementação que ocasionaram reformas na própria sociedade. É indispensável que o juiz tenha sensibilidade para apreciar a controvérsia.

Um outro ponto que faz agravar a questão no Brasil é a “inexistência dos precedentes e do poder geral de controle de constitucionalidade das leis, o que torna cada juiz singular de primeira instância um potencial iniciador-organizador de uma política local sem coordenação com políticas estaduais ou nacionais”²⁰⁸.

Veja-se as medidas possíveis de serem adotadas para solucionar nos conflitos relacionados ao direito social à saúde.

A primeira que se pode citar é o acordo entre as partes. Para a solução de conflitos plurilaterais é admissível até mesmo a celebração de termos de ajustamento de condutas ou outros mecanismos semelhantes, pois às vezes não é possível o cumprimento do que se está idealizando, seja por impossibilidade de ordem material, como por ofensa ao interesse público. É comum que em um dado momento do ano financeiro não haja recursos para custear a política pública de saúde, no entanto há possibilidade de logo em seguida se atender a área de saúde deficitária. Assim, poderia ser celebrado um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) com o ente público de modo a satisfazer todos os envolvidos. É melhor do que ter uma ordem judicial com efeito imediato, mas descumprida.

José Reinaldo Lopes traz um exemplo que ilustra melhor a questão: “adjudicação com o poder público a respeito da provisão de um hospital em determinado bairro não pode ser tal que suprima hospitais de outros bairros, ou que suprima aquele mesmo hospital ou que finalmente suprima escolas em nome da

²⁰⁸ LOPES, José Reinaldo Lima. Direitos Sociais. Editora Método. São Paulo, 2006, p.239

provisão de hospitais (...). A consideração de todos estes lados, elementos e fatos não é desvio em casos distributivos, dada a natureza mesma do conflito”²⁰⁹.

Se a solução não puder ser negociada, pode-se falar na utilização da ação civil pública pelos entes legitimados de maneira a possibilitar a realização dos direitos sociais de maneira uniforme e igualitária para todos aqueles que se encontram na mesma situação numa clara observância do princípio da igualdade material.

A ação civil pública é um instrumento que visa à “proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”. É regulada pela Lei 7.347/85, pelo art. 129, III, da Constituição Federal e com seu campo de abrangência ampliado pelo advento da Lei 8.078/90, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor. Nesse diapasão, a ação prevista na Lei nº 7.347/85 objetiva a “tutela de interesses metaindividuais, de início compreensivos dos difusos e dos coletivos em sentido estrito, aos quais na seqüência se agregam os individuais homogêneos” (Lei nº 8.078/90, art. 81, III, c/c arts. 83 e 117).

A ação civil pública pode ser utilizada em diversas áreas, inclusive para o controle do gasto dos valores financeiros disponíveis e previstos na lei orçamentária anual, bem como para implementar a execução de políticas públicas na área dos interesses difusos e coletivos. Ainda mais quando a não realização de um gasto ou a opção, por conta de limitações orçamentárias envolve a proteção de direitos eleitos constitucionalmente como fundamentais.

O pedido na ação civil pública pode ser de providências concretas como a realização obrigatória do gasto público com previsão orçamentária (como por exemplo, o emprego das verbas destinadas à saúde) ou ainda, efetuação de um gasto que embora não previsto na lei orçamentária, deveria nela constar.

A realização deste processo coletivo poderia ocorrer da seguinte maneira. Uma ação civil pública movida por qualquer dos entes legitimados para que o Estado forneça um tratamento de saúde e medicamentos para todos os portadores do vírus HIV, por exemplo. O Poder Judiciário determinaria que a partir do ano seguinte o Governo deveria incluir em seu orçamento verbas suficientes para disponibilizar na rede pública os meios que julgar necessários para disponibilizar o referido benefício

²⁰⁹ LOPES, José Reinaldo Lima. **Direitos Sociais**. São Paulo: Editora Método, 2006, p.232

para todos aqueles que batessem à sua porta com o referido problema.

Isto resolveria a questão do acesso ao Poder Judiciário apenas pelas classes mais favorecidas, bem como conferiria tratamento como igual a todos os portadores de HIV que recorressem ao sistema de saúde pública, ficando vedado o financiamento por parte do Estado de qualquer tratamento fora dos hospitais públicos, independentemente da existência de técnicas mais avançadas para o combate da doença dentro ou fora do território nacional.

Se a demanda tratar de um problema enfrentado por um grupo (mantem-se o exemplo dos aidéticos) ou por toda sociedade, ainda que estes não façam parte de ação, o processo continuaria sua tramitação devendo o juízo intimar os entes com legitimidade para defender direitos coletivos e difusos, como é o caso do Ministério Público e das associações, a fim de que participem do processo, seja como demandante em litisconsórcio com o autor originário, seja como *amicus curie*.

Na tramitação deste processo será imprescindível a participação de especialistas no assunto demandado a fim de esclarecerem as dúvidas do Juízo, inclusive, se for o caso, com a lavra de pareceres técnicos. A realização de audiência pública a fim de que a coletividade tome parte no processo decisório também seria possível e até mesmo aconselhável.

Um exemplo recente da importância da participação de especialistas e da comunidade na solução de conflitos plurilaterais foi a audiência pública sobre o direito à saúde realizada no Supremo Tribunal Federal na qual, por seis dias, foram ouvidos profissionais especializados na matéria, membros da comunidade, juristas e representantes do Poder Público. A audiência foi convocada pelo Presidente do STF com a finalidade de discutir o tema e obter maiores esclarecimentos sobre pontos específicos, tais como obrigação do Estado em: fornecer medicamentos prescritos por médico não integrante dos quadros do SUS; fornecer tratamento não abrangido pelas políticas públicas já ofertadas; disponibilizar medicamentos não aprovados pela ANVISA ou não constantes na lista de medicamentos ofertados ou ainda não aconselhados pelos protocolos do Sistema Único de Saúde. Para tanto foram recebidos materiais da sociedade, feita uma seleção de jurisprudências da Corte, colhida a opinião de especialistas em saúde, dentre outras medidas.

Desta feita, ao final do processo, o juiz proferiria uma decisão que sendo

positiva, abrangeria todos aqueles que se encontrem na mesma situação, tal como ocorre na ação civil pública, sejam estes um grupo com características comuns, seja toda sociedade.

O Poder Judiciário diante da falta de implementação de uma política pública relacionada à saúde não poderia simplesmente declarar a omissão e se furtar de solucionar a questão. A atitude correta seria a declaração de inconstitucionalidade da omissão, após isto deveria o juízo ordenar a implementação daquele tratamento (em sentido amplo) que atenda aos requisitos do SUS e reconhecido durante o processo como possível de ser estendido a todos os que se encontrem na mesma situação²¹⁰.

A ordem judicial determinaria ao Poder Executivo do ente que ocupou o pólo passivo daquela demanda que incluísse no projeto de lei orçamentária os valores necessários para a implementação daquela nuance de direito à saúde judicialmente reconhecida. Ressalte-se que a determinação judicial para inclusão de dotação orçamentária no orçamento do próximo ano prestigia a competência privativa do Executivo de enviar ao Poder Legislativo o projeto de Lei Orçamentária Anual (art. 84, XXIII, da CF).

Ao tramitar tal projeto de lei pelo Legislativo, este estaria vedado de alterar o estabelecido pelo Poder Judiciário, por tratar-se de coisa julgada. Desta feita a determinação judicial estaria garantindo de maneira efetiva e universal o atendimento àquela necessidade reconhecida pelos juízes, com fundamento em estudos técnicos, estendendo os efeitos da coisa julgada a todos que compartilhasse de semelhante situação fática. É importante ressaltar que a inclusão no orçamento do ano seguinte é medida indispensável caso a decisão judicial

²¹⁰ Neste sentido se manifestou Luis Roberto Barroso na audiência pública realizada no Supremo Tribunal Federal no dia 06.05.2009 “Aquela postulação individual possa ser transformada numa ação coletiva para um debate público. Isso pode se dar talvez - pela decisão do juiz de oficiar ao Ministério Público e este, então, atuar transformando aquilo numa ação coletiva - isso, de **lege lata**, já é possível pelo Direito vigente ou, quem sabe até de **lege ferenda**, permitir que o juiz transforme aquela ação individual numa ação coletiva, intimando as partes que ele reputa interessadas. E aí se dará a oportunidade ao Poder Público, transparentemente e no espaço público, defender a sua política pública e demonstrar - passo a concluir, Senhor Presidente por que ela é adequada, por que ela é justa. Ou seja, onde exista uma política pública adequada, a oferta de benefícios fora do sistema exige a demonstração de que aquela política pública não é justa em relação a alguma situação específica. E se isso for reconhecido, a decisão, em vez de favorecer uma pessoa, favorecerá a todas as pessoas em igual situação.” (grifos no original).
Texto extraído do endereço eletrônico
[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Luis_Roberto_Barroso.p](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Luis_Roberto_Barroso.pdf)
df. Acesso em 08.06.2009.

projete despesas de caráter continuado para os anos subseqüentes.

Se no entanto as medidas a serem adotadas forem urgente, o juízo poderá conceder antecipadamente a tutela requerida. No entanto, como se compatibiliza esta antecipação de tutela com o princípio da legalidade orçamentária? A necessidade de que a despesa esteja prevista no orçamento não é absoluta. Prova disto é que a Constituição Federal (art. 165, § 2º) estabelece que a Lei de Diretrizes Orçamentárias fixará prioridades e programas a serem seguidos, devem ser destinados valores compatíveis para suas execuções, independente de previsão na LOA. Assim, o raciocínio utilizado para as ordens judiciais é semelhante: reconhecido pelo juízo a necessidade de implantação de um programa de saúde, por estar de acordo com as prioridades constitucionais, deverá ser cumprido, independentemente de previsão orçamentária. Dessa forma, o argumento do Estado de que, embora tenha estabelecido certa política pública, não dispõe de recursos para realizá-la, por não existir previsão de tal despesa na Lei Orçamentária Anual, não encontra amparo constitucional em nosso sistema normativo.

Poderia ainda o juiz determinar que o Executivo remetesse projeto de abertura de crédito suplementar, sob pena de multa diária, ou também ordenar que se utilizasse daquele percentual de alteração da Lei Orçamentária Anual (margem de remanejamento), alhures referido, para direcionar valores de um setor para outro, visando dar cumprimento à decisão judicial. Por fim, em razão da urgência da situação, os valores poderiam fazer parte da reserva de contingência²¹¹.

Para assegurar o cumprimento da ordem judicial estariam à disposição do juízo prolator da decisão todos os mecanismos disponibilizados pelo processo civil brasileiro no que tange às obrigações de fazer. Não se pode olvidar que seria possível também o sequestro dos valores necessários ao cumprimento da decisão judicial, tal como ocorre no sistema de precatórios. Aliás o regime de precatórios poderá ser utilizado como ponto de referência para o que se propõe neste trabalho²¹², apesar de não existir identidade de funcionamento entre um e outro.

²¹¹ Art. 5º da LC nº 101/2000: O projeto de lei orçamentária anual, elabora de forma compatível com o plano plurianual, com a lei de diretrizes orçamentárias e com as normas desta lei complementar (...)

III - conterà reserva de contingência, cuja forma de utilização e montante, definido com base na receita corrente líquida, serão estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, destinada ao:

a) (Vetado)

b) atendimento de passivos contingentes e outros riscos e eventos fiscais imprevistos”

²¹² O Ministro Joaquim Barbosa, no julgamento da Rcl nº 3982-0/ES, Data do Julgamento 19.11.2007,

A alusão ao sistema de precatório se deve ao fato de ser a disposição do art. 100 da Constituição Federal uma hipótese de vinculação judicial da alocação de recursos, demonstrando que não há vedação para a utilização deste mecanismo no ordenamento jurídico brasileiro.

Veja-se que a solução dada assemelha-se aos precatórios uma vez que haverá a inclusão do gasto no ano financeiro seguinte à decisão, devendo ser fixado um prazo limite para a inclusão, de modo a se observar o princípio da legalidade e do equilíbrio orçamentário. Poder-se-ia, até o surgimento de uma lei a regular a matéria, ser utilizado a data limite prevista na Constituição para a inclusão das ordens judiciais com reflexo direto no orçamento da saúde.

No entanto, a regra a ser observada em relação ao cumprimento das ordens judiciais ficaria a cargo da Administração Pública, uma vez que presentes várias ordens judiciais sobre políticas públicas na área da saúde e com obrigatoriedade de serem implementadas poderá o Executivo ante a impossibilidade demonstrada de realização de todas, implementar uma ou outra, com base na discricionariedade administrativa, não se aplicando o regramento do art. 100 da Constituição Federal que trata de créditos patrimoniais oponíveis ao Poder Público para os quais devem ser estabelecida uma ordem cronológica de cumprimento, por não existir critério mais idôneo.

A liberdade do administrador teria limites bem definidos uma vez que apenas poderia optar dentro do universo das ordens judiciais que reconhecem diversos direitos no campo da saúde. Não poderia, assim, a escolha ser feita pelo Judiciário, pois tratam-se de pretensões igualmente legítimas e com abrangência coletiva. Neste ponto reconhece-se o Executivo como apto a escolher dentre as políticas públicas de saúde aquela que lhe parece mais adequada, não se admitindo a substituição do juízo de mérito do administrador pelo do juiz. Percebe-se que há lindes bem firmes dentro dos quais o administrador é dado exercer sua liberdade.

Outra diferença significativa seria a de que no sistema de precatórios é possível ao Estado descumprir a ordem de pagamento desde que comprovada a inexistência de recursos. Tal argumento não pode ser aceito no caso das ordens

deixou claro que, apesar de ter sido indeferido o pedido de antecipação de pagamento de precatório por motivo de doença, não havia qualquer posicionamento acerca da hierarquia entre direito fundamental à saúde e precatórios.

judiciais envolvendo o direito à saúde.

Diz-se, então, que a oponibilidade da falta de recursos não poderia ser argüida, pois durante o processo judicial o Estado deveria comprovar documentalmente, através de planilhas e cálculos contábeis os prováveis valores a serem arrecadados no ano subsequente. Com isto, ao determinar a realização de uma política pública no campo da saúde o Judiciário já estaria ciente dos valores existentes e dos necessários à realização daquela medida. Desta forma, quando a decisão judicial transitasse em julgado, seriam imediatamente reservados os valores demonstradamente necessários àquela política pública e que, por isto mesmo, ficariam vinculados, não podendo ser utilizados para quaisquer finalidades, exceto a apontada pela decisão judicial.

Ressalte-se que esta concepção é bem avançada em relação a situação que se tem atualmente na qual o administrador não realiza as disposições orçamentárias às vezes sob o argumento da falta de recursos, no entanto não se dá ao trabalho de comprovar a escassez alegada. Se houvesse a equiparação das ordens judiciais acerca da saúde ao regime de precatórios já teria-se um avanço significativo uma vez que neste regime faz-se necessário, além de alegar a inexistência de recursos, fazer a comprovação de modo a justificar o descumprimento da determinação²¹³. E faz-se esta observação tão somente para alertar que, caso fosse permitida a alegação de falta de recurso, assemelhar o regime destas ordens com a dos precatório já traria um incremento haja vista que hoje as ordens judiciais sobre políticas públicas de saúde são descumpridas sem nem sequer existir comprovação idônea da ausência de verbas.

Entretanto, em face do procedimento do qual resultou a ordem judicial já ter considerado os valores disponíveis ao custeio da política de saúde e haver determinado a reserva de valores para o seu cumprimento, não poderá o Estado alegar a falta de recursos, sob pena de responsabilidade nos termos adiante elucidados.

Destaque-se que não há qualquer dificuldade de se conceber o sequestro de verbas públicas para a implementação do direito à saúde uma vez que já é prática corriqueira na justiça brasileira este tipo de medida, como se vislumbra em diversos

²¹³IF-AgR 506/SP, IF-AgR 3526/SP, IF-AgR 2081/SP, IF-AgR 2663/RS, IF-AgR 3124/ESIF-AgR 3977/SP, IF 3601

acórdão do Superior Tribunal de Justiça²¹⁴. O fundamento do sequestro realizado é o mesmo invocado pelo STF para manter as tutelas envolvendo a realização individual do direito à saúde, qual seja, a superioridade do direito fundamental à saúde. Parece que os tribunais pátrios resolvem facilmente a questão com este argumento. Ora, se assim é feito, não haveria qualquer impedimento para se dar cumprimento a uma ordem judicial para implementação de uma política pública na área da saúde, pois, neste caso, estaria presente o argumento base das decisões judiciais que é justamente o direito à saúde, só que de uma maneira potencializada uma vez que envolveria a saúde de um grupo ou de toda coletividade.

É certo que o impacto financeiro das decisões judiciais seria bem maior nas demandas coletivas do que nas individuais, todavia, a observância dos princípios da universalidade, integralidade e igualdade regentes do sistema público de saúde no Brasil justificaria a medida a ser adotada.

As benesses de tal método são facilmente vislumbradas quando comparadas com as medidas adotadas atualmente para resolverem o caos em que se encontra a saúde pública no Brasil. A inclusão orçamentária de medidas no campo de saúde evitarão decisões bem intencionadas, mas incompatíveis com os limites à atuação judicial traçados pela CF, tal como a recente decisão da Justiça Federal do Pará em demanda ajuizada pelo Ministério Público Federal no Pará contra a Prefeitura Municipal de Belém na qual, em face da precariedade das condições da saúde no município, foi determinado o bloqueio de verbas repassadas pela União ao ente municipal. Ressalte-se que aqui trata-se de ação civil pública cuja abrangência impede que se sejam as mesmas críticas às demandas individuais. No entanto, permanece a interferência do Judiciário, imprescindível é bem verdade, todavia feita sem estudo técnico e planejamento. Veja-se no trecho transcrito abaixo que a interferência do Poder Judiciário chegou ao ponto de condicionar a liberação dos recursos ao parecer de uma comissão tripartite:

Em face da recalcitrância do Município de Belém em cumprir as ordens judiciais e também pela gestão ruínosa efetivada pelo Município de Belém

²¹⁴ RESP 900458/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, Data do Julgamento 26.06.2007; RESP 836913/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, Data do Julgamento 08.05.2007; RESP 890441/RS, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turam, Data do Julgamento 13.03.2007; RESP 840912/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, Data do Julgamento 15.02.2007; RESP 1002335, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turam, Data do Julgamento 21.08.2008; AgRg RESP/RS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, Data do Julgamento 02.08.2007.

das verbas federais destinadas à saúde, determino o impedimento de repasse de todo e qualquer recurso federal destinado à saúde. A partir desta data, referidos recursos deverão ser destinados a uma conta de depósitos à ordem deste Juízo e serão liberados após pedido do Secretário Municipal de Saúde, com posterior análise de uma comissão tríplice com um representante indicado pela União, um pelo Estado do Pará e um pelo Município de Belém, a serem nomeados pelo Juízo, com manifestação expressa do Ministério Público Federal.

Nobres os propósitos, no entanto os instrumentos não são corretos. Contudo, a decisão acima transcrita e o posicionamento do STJ deixam claro que a separação de poderes e a discricionariedade administrativa não são óbices às determinações judiciais. As posturas judiciais citadas são totalmente incompatível com o modelo constitucional adotado.

Assim, o que se propõe aqui é bem pouco inovador em relação ao que já é realizado pelos juízes. A vantagem é de ser uma solução dentro dos limites da Constituição, utilizando-se apenas de raciocínios analógicos e integrativos de modo a dar aplicabilidade às prioridades constitucionais, com observância da igualdade entre os cidadãos, da separação de poderes, da legalidade orçamentária, da discricionariedade administrativo e da utilização dos recursos orçamentários da saúde observando-se a universalidade.

Além da medida extrema que é o sequestro de verba pública, ainda haveria outras medidas a serem utilizadas para coagir o chefe do Executivo a dar cumprimento à decisão judicial. Pode-se apontar aqui a responsabilização dos prefeitos através do Decreto-Lei nº 201/67, bem como para o disposto no art. 84 e 85 da Constituição Federal, além do art. 330 do Código Penal. Além das sanções no âmbito criminal haveria a possibilidade de responsabilizar o agente político através da Lei de Improbidade Administrativa uma vez que estaria o administrador violando o princípio da legalidade desrespeitando ordem judicial. Com isto ficaria bem acobertado o direito à saúde que ao ser determinado por uma ordem judicial e descumprido acarretaria uma série de sanções de caráter pessoal ao administrador público, facilitando-se a realização da política pública de saúde determinada.

Conforme já mencionado o descumprimento de ordens judiciais relacionadas ao orçamento pode acarretar responsabilidade civil e penal para o administrador público.

A Lei de Improbidade Administrativa (LIA) foi editada em cumprimento ao art.

37 da Constituição Federal que estabeleceu diversos princípios cogentes a serem observados por todos aqueles que lidam com a coisa pública. Nela constam três classificações para os atos ímprobos: os que acarretam um enriquecimento ilícito do funcionário público ou do particular (art. 9º da LIA); os que geram um prejuízo ao erário público (art. 10 da LIA) e, por fim, os que ofendem os princípios que regem a Administração Pública (art. 11 da LIA).

O descumprimento do orçamento pelo administrador público acarreta, indubitavelmente, a violação dos princípios constitucionais elencados no art. 37 da CF e os princípios específicos sobre as finanças públicas trazidos pela Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal - LFR). Esta, em cumprimento à determinação constante do artigo 163 da Carta Maior, estabeleceu a responsabilidade na gestão fiscal, fixando que a responsabilidade na gestão fiscal pressupõe ação planejada e transparente para prevenir riscos e corrigir desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas (art. 1º da LFR). Com a Lei de Responsabilidade Fiscal insere-se explicitamente os princípios da moralidade e da eficiência na gestão financeira do Estado.

Todavia, não é neste sentido que vem se posicionando o Superior Tribunal de Justiça conforme se pode verificar nos recursos especiais nº10.308 de 19/9/1992 (relator Ministro Torquato Jardim), nº 10.138, de 17/9/1992 (relator Ministro Eduardo Alckmin) e os embargos de declaração em recurso especial nº 10.497 de 12/11/1992 (relator Ministro Eduardo Alckmin).

No julgamento do RESP nº 10.514/SP no qual o Superior Tribunal de Justiça decidiu que não constitui-se ato de improbidade a não aplicação do percentual previsto no art. 212 da Constituição Federal tem como principal fundamento a sanabilidade da omissão. Tendo a questão sido levada ao Supremo Tribunal Federal, através do recurso extraordinário nº 160432-8/94, este manifestou-se no seguinte sentido:

Eleitoral – recurso extraordinário – direito municipal de partido político – legitimidade recursal – prefeito municipal – desaprovação de contas em mandato anterior – improbidade administrativa por ausência de aplicação do percentual mínimo no ensino – inoportunidade – inelegibilidade afastadas pelo Tribunal Superior Eleitoral – matéria concernente à legislação eleitoral infraconstitucional – recurso extraordinário não conhecido. – os pronunciamentos jurisdicionais do Tribunal Superior Eleitoral, que se esgotem na esfera do ordenamento positivo infraconstitucional, qualificam-se como manifestações revestidas de definitividade, insuscetíveis, em

conseqüência, de revisão pelo Supremo Tribunal Federal na via recursal extraordinária, cuja instauração pressupõe, sempre, a ocorrência de conflito direto, imediato e frontal com o texto da Constituição. – o diretório municipal de partido político dispõe de legitimidade recursal para interpor recurso extraordinário dirigido ao Supremo Tribunal Federal, especialmente quando esse órgão partidário é o autor, perante a Justiça Eleitoral, da arguição de inelegibilidade de candidato filiado a outro partido. – A rejeição legislativa de contas públicas, com fundamento na ausência de aplicação do percentual compulsório mínimo determinado pelo texto constitucional em favor do ensino fundamental, não conduz, por si só, ao reconhecimento de uma situação caracterizadora de improbidade administrativa (LC n. 64/90, art. 1., I, g). – essa hipótese de inelegibilidade, estando unicamente prevista em Lei Complementar, não se reveste de estatura constitucional para efeito de acesso à via recursal extraordinária.

Apesar dos posicionamentos jurisprudenciais, entende-se que se aplica ao administrador das finanças estatais a Lei de Improbidade Administrativa. Tal conclusão decorre dos próprios termos da Lei nº 8.429/92 que estabelece a responsabilização ampla de todos aqueles que tem relação com a Administração Pública, ainda que esta relação seja eventual (como é o caso dos contratados para prestar serviços ao Poder Público). Tão somente por isto já seria possível a responsabilidade daquele que atua na gestão financeira do Estado por ato de improbidade administrativa. Todavia para reforçar esta idéia a própria LRF trouxe em seu art. 73 expressa determinação de que a infração aos seus dispositivos acarretará a responsabilidade nos termos da Lei nº 8.429/92, não pairando qualquer dúvida sobre a questão.

É imperioso concluir que a violação dos princípios constitucionais durante a execução do orçamento público deve ensejar a responsabilidade por ato de improbidade administrativa, e isto já é admitido pela doutrina em relação aos precatórios judiciais²¹⁵. Ora, os precatórios são ordens emanadas por Poder Judiciário para que o Executivo reserve determinada quantia para efetuar o pagamento daquela obrigação. Pois bem, as ordens que determinam que o Poder Público reserve quantia para a realização de uma política pública na área de saúde também são emanadas do Judiciário em razão do reconhecimento de uma obrigação por parte do Estado. Tanto os precatórios quanto as ordens judiciais para execução de políticas públicas terão reflexos no orçamento. Daí porque se vislumbra necessidade de igual responsabilização no caso do descumprimento.

²¹⁵ HARADA, Kiyoshi. **Descumprimento de precatório judicial: ato de improbidade administrativa. Mobilização da sociedade.** Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1510, 20 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10302>>. Acesso em: 09 jun. 2009.

Túlio Novaes vai além ao afirmar que o ato de improbidade por violação do dever de moralidade enseja uma ação de ressarcimento à sociedade por danos morais coletivos, abrangendo inclusive a possibilidade do Estado ingressar com ação indenizatória regressiva pelos danos materiais e morais causados pelo servidor ímprobo numa maneira de evitar a dispersão do prejuízo por ele causado a toda sociedade, o que aconteceria se o Estado arcasse com o custo da recomposição patrimonial e a indenização por danos morais coletivos²¹⁶.

Na seara criminal tem-se o crime de desobediência que pode ter como sujeito ativo qualquer pessoa. A conduta ilícita consiste em desrespeitar ordem legal de funcionário público no exercício da função. Voltando-se para a questão aqui discutida vê-se o desenho completo do tipo penal quando o administrador público descumpre uma ordem judicial para reservar valores do orçamento para implementação da política pública estabelecida na decisão.

No entanto, há crimes mais específicos como é o caso do art. 12 da Lei nº 1.079/1950 aplicado ao Presidente da República que dispõe:

são crimes contra o cumprimento das decisões judiciárias: 1 - impedir, por qualquer meio, o efeito dos atos, mandados ou decisões do Poder Judiciário; 2 - Recusar o cumprimento das decisões do Poder Judiciário no que depender do exercício das funções do Poder Executivo; 3 - deixar de atender a requisição de intervenção federal do Supremo Tribunal Federal ou do Tribunal Superior Eleitoral; 4 - Impedir ou frustrar pagamento determinado por sentença judiciária.

E, ainda, aquele que diz respeito aos Prefeitos, constante no art. I, inciso XIV do Decreto-Lei nº 201/1967 “negar execução a lei federal, estadual ou municipal, ou deixar de cumprir ordem judicial”²¹⁷, “sem dar o motivo da recusa ou da

²¹⁶ NOVAES, Tulio Chaves; **A improbidade administrativa por omissão por descumprimento do artigo 212 da Constituição Federal: análise construtivista de caso concreto** Belém, 2006.

²¹⁷ Em sentido contrário à responsabilização de prefeitos por descumprimento de precatório: “PENAL E PROCESSUAL. CRIMES DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITO MUNICIPAL. ART. 1º, XIV, DEC. LEI Nº 201/67. INVESTIGAÇÃO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGALIDADE. PRECATÓRIO. PAGAMENTO. DETERMINAÇÃO. NATUREZA JURÍDICA. CONDUITA. ATIPICIDADE. Detém o Ministério Público autorização legal para instaurar procedimento investigatório administrativo e, neste mister, requisitar informações e proceder diligências com vistas a instruir a propositura de ação penal pública incondicionada, máxime quando provocada por representação (arts. 129, incisos I e VI, da CRFB, nos termos dos arts. 6º, inciso V e 7º, inciso II, da Lei Complementar nº 75/93. 25, III, 26, I, II e V e 27, I, da Lei nº 8.625/93). Por ordem judicial entende-se aquela dimanada de quem estiver revestido de poder e função jurisdicional e, então, componente da relação trium personarum, como condutor e mantenedor do processo, estará incumbido de dizer o direito. A requisição que decorre da obrigação contida no art. 100, §§ 1º e 2º, da Constituição da República constitui decisão de natureza administrativa e, portanto, insuscetível de atender à elementar do tipo previsto no art. 1º, inciso XIV, segunda parte, do Decreto-Lei nº 201/67. Exigência do princípio da reserva legal (art.

impossibilidade, por escrito, à autoridade competente”²¹⁸.

5º, XXXIX, CRFB e art. 1º, do Código Penal). Ordem concedida”. STJ, HC 34812/MG; Rel. Min. Paulo Medina; Data do julgamento 18.11.2004. Reconhecendo que o precatório é uma ordem judicial: STF, ADI 1.662/SP, Rel. Min. Maurício Côrrea. Data do Julgamento 30.08.2001.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A crescente demanda pelo Poder Judiciário com o fito de alcançar tratamento de saúde custeado com recursos públicos é realidade que não se pode ignorar. A jurisprudência costuma estudar a referida questão sob o prisma dos direitos fundamentais. Com isto são discutidas as diferenças entre direitos fundamentais civis e políticos e direitos fundamentais sociais.

Tema assaz constante é a natureza das normas constitucionais que prevêm o direito à saúde, tendo por eixo principal a discussão sobre a aplicabilidade imediata e o poder atribuído aos juízes ao fazer uma aplicação direta da Constituição.

Seguindo ainda neste roteiro, pôde-se apontar um terceiro enfoque dado à questão que se relaciona justamente ao choque de princípios promovidos pela realização judicial do direito à saúde, obtido em regra individualmente. Constatou-se, então, debates acerca do mínimo existencial, da reserva do possível, do princípio da legalidade, da fundamentalidade do direito à saúde, dentre outros.

A discussão sobre estes pontos é, sem dúvida, relevante. No entanto, ainda não se analisou mais a fundo os aspectos orçamentários. É comum quando se fala em orçamento remeter-se à idéia de legalidade, reduzindo-se o debate a este prisma. É lógico que a legalidade é fundamental no estudo orçamentário. Ocorre que não é o único. Há diversos segmentos da matéria que permanecem pouco explorados, seja por conta da dificuldade que envolve o tema, seja por falta de interesse em trazer a questão à tona.

Assim, o juiz ao fazer uma ponderação para solucionar o caso concreto vê-se diante da (suposta) escolha entre a legalidade e a saúde, e porque não dizer, vida. Sob esta ótica, resta claro o caminho a ser seguido pelo magistrado: conceder a tutela jurisdicional de modo a fornecer o tratamento necessário para a manutenção da vida, ou qualidade de vida, do demandante. Afinal, quando comparada à vida, a legalidade orçamentária perde a força – ao menos para o Judiciário brasileiro, conforme decisões colacionadas ao longo do texto.

Conforme se demonstrou, a questão, todavia, é bem mais complexa. Sabe-se

que no campo do direito as posturas radicais ou maniqueísta não costumam ser as mais acertadas. Por isto, a atitude de colocar a legalidade orçamentária como sinônimo de formalismo e a saúde como bem fundamental do indivíduo que deve ser realizado a qualquer custo fornece apenas uma visão parcial do problema.

Desta forma, este trabalho ventilou esta hermética área de “tudo ou nada” que se transformou a saúde perante os juízes, refletindo sobre pontos relacionados ao orçamento, mas não apenas aqueles que versam sobre a legalidade orçamentária.

Daí porque concluiu-se que o orçamento não pode ser visto como algo distante dos direitos fundamentais, como uma mera previsão de despesas. Há muito foi ampliada a perspectiva orçamentária e o orçamento passou a ser um instrumento de realização dos direitos fundamentais. Note-se que não há contraposição, como inicialmente se poderia acreditar, entre orçamento e direitos fundamentais. Na verdade se tem uma complementariedade.

Com efeito, o orçamento foi posto como instrumento de planejamento das ações estatais com a finalidade de realizar as prioridades constitucionais e, ao fim ao cabo, o bem comum. Dentre as prioridades constitucionais se encontram os direitos fundamentais e, por conseguinte, ocupando lugar de destaque dentre eles, a saúde.

Com a constatação de inexistência de contraposição entre saúde e orçamento, procurou-se com esta pesquisa demonstrar as vantagens de se realizar o direito à saúde através o orçamento e a razão pela qual a implementação individual, via Judiciário, contraria os princípios constitucionais.

Em um dos capítulos desenvolvidos acima, demonstrou-se que a concessão de demanda individual ofende o princípio da igualdade material, pois trabalha com a técnica retributiva de solução de conflito, totalmente incompatível com a natureza do direito em testilha, conforme foi explanado.

Ao passo que, através do orçamento, há possibilidade de visualizar melhor a situação financeira do Estado e as situações envolvendo o direito à saúde que afligem a maior parte da população, dando-se uma solução homogênea para todos os que se encontram em igual situação. Aliás, desta forma tem-se o contrário do que acontece numa demanda judicial individual, na qual o juiz tem apenas a visualização do requerente e de seu problema, esquecendo-se por vezes outros que, com as

mesmas mazelas, encontram em situação mais desfavorável, pois sequer conseguiram chegar ao Judiciário para demonstrar o problema de saúde que enfrentam.

Aferiu-se que outro grande diferencial do orçamento é fornecer recursos para a implementação de serviços de saúde de forma igualitária, uma das máculas atribuídas às decisões judiciais que, por terem objeto de demanda restrito, na maioria dos casos individuais, possibilitam que pessoas em uma mesma situação gozem de serviços fornecidos pelo Estado de maneira diferenciada.

Assim, nesta lógica desigual, concede-se tratamento no exterior para o requerente de uma ação judicial que, conseguindo superar os obstáculos que impedem o acesso à justiça, põs sua situação para análise de um magistrado, ao passo que uma marginalizada mãe de família não consegue obter no posto de saúde antitêrmico para o filho doente. Estas distorções não são compatíveis em um Estado de Direito, pois o próprio Poder Público está instituindo tratamento diferenciado sem razões legítimas para o discrimen.

Daí a importância da matéria orçamentária. Ao contrário do que possa parecer em uma análise apressada, o controle dos gastos públicos na verdade revela-se um mecanismo de implementação planejada das políticas públicas, bem como possibilita o controle das despesas feitas pelo Estado de modo que se possa cobrar mais eficiência na gestão e responsabilização pelos abusos/desvios de poder.

Viu-se que através da lei orçamentária também são superados os tratamentos diferenciados para os iguais, vez que a determinação nela constante garantirá uniformidade nas prestações de saúde oferecidas.

Ao longo deste estudo, constatou-se que os benefícios do orçamento na implementação do direito à saúde, contudo, apenas existem quando a destinação de verbas para a realização de políticas públicas – de saúde – seja fiscalizada de maneira idônea, de modo a demonstrar a forma como os recursos foram empregados.

O controle mostra-se como a chave-mestra para solução dos problemas enfrentados no campo da saúde. São inúmeros os exemplos de desvios de verba pública, nem mesmo as vinculadas escapam da usura do administrador público.

Tudo isto porque o sistema de fiscalização é falho e ineficiente.

Infelizmente este não é um ponto de preocupação para as autoridades públicas brasileiras, conforme se demonstrou. O Supremo Tribunal Federal adotou, apenas recentemente, o entendimento de que as leis orçamentárias podem ser objeto de controle direto de constitucionalidade. E ainda depois desta nova postura, ainda se verificou que há sérias restrições ao controle efetivo, seja do ponto de vista constitucional, seja sob o aspecto legal.

O controle social é de imensa valia, desnudando as irregularidades cometidas pelo administrador, conforme se pode citar o exemplo da compra de um hospital pela Prefeitura de Belém²¹⁹, com um custo três vezes maior do que o valor da avaliação do imóvel e sem a devida licitação. Após denúncia do Conselho Municipal de Saúde, houve a suspensão da transferência dos recursos federais, ficando a Prefeitura impossibilitada de realizar a compra ilegal a qual causaria enormes prejuízos para o erário. Destaque-se que um dos pedidos do Órgão Ministerial revela a frouxidão do controle sob os gastos públicos: “a concessão de medida liminar que ordene que a União fiscalize efetivamente os recursos federais transferidos ao Município de Belém”. Note-se que há necessidade que o Judiciário ordene que a União cumpra sua função fiscalizatória, imposta por lei e inerente a qualquer repasse de recursos público.

É esta noção que ainda não se mostra amadurecida no país. A discricionariedade administrativa acaba por servir de justificativa genérica para os desmandos realizados. Prova disto é que os administradores não expõem o motivo de seus atos e o pior, na maioria das vezes, sequer são chamados para esclarecer a razão de suas condutas.

Viu-se que através do “decreto orçamentário” o chefe do Executivo altera, por vezes profundamente, as disposições estabelecidas pelo legislador, acarretando impactos negativos no que tange ao controle de gastos públicos, bem como violando dispositivos constitucionais e legais a respeito do orçamento.

Sob a escusa de que o orçamento seria apenas autorizativo, as suas disposições são descumpridas, respaldando-se estas alterações na

²¹⁹ ACP nº 2005.39.00.007049-3, ajuizada pela Procuradoria da República no Pará para impedir a compra do Hospital Sírio-Libanês. A Prefeitura de Belém chegou a efetuar o pagamento da primeira parcela da compra no valor de um milhão e quatrocentos reais.

discricionariedade administrativa. Assim, o espaço criado pelo legislador a fim de dar maleabilidade à execução orçamentária, tornou-se uma “carta branca” para o Executivo fazer o que bem entender com os recursos públicos. Com isto, inverteu-se a lógica constitucional de necessidade de autorização legislativa para a repriorização orçamentária. Ao fim ao cabo, o Executivo altera uma lei (orçamentária), por simples decreto administrativo. E ninguém parece notar o absurdo da situação.

Este trabalho visou descortinar esta realidade. Em razão disto o estudo propôs aos profissionais da área jurídica debruçar-se sob esta problemática a fim de, não encontrar a resposta certa, ao menos tentar achar caminhos mais compatíveis com as disposições constitucionais.

Perceba-se que ao Judiciário são atribuídas uma série de funções importantíssimas para o cumprimento das normas constitucionais. Inicialmente deverá fiscalizar a execução do orçamento de modo a verificar, no campo da saúde, a correta aplicação dos percentuais constitucionais e das demais verbas destinadas especificamente a esta área. Viu-se que a omissão do administrador, ainda que não haja dotação específica, revela-se ilegal, independente do modo escolhido para não empregar o recurso – suspensão da dotação, remanejamento das verbas, simples inércia.

Daí mais uma das constatações obtidas com este trabalho: os juízes devem tomar para si, de maneira efetiva, a responsabilidade de fiscalizadores da observância das leis. Atualmente, é prática comum a alteração da lei orçamentária por decreto, uma nítida aberração jurídica. Por conta disto, a ilegalidade na aplicação das dotações orçamentárias acaba por passar despercebida, supostamente respaldada na natureza autorizativa do orçamento e na discricionariedade do administrador.

Ocorre que, quando o legislador determina uma política pública de saúde, ainda que sem especificar dotação, deverá o administrador público empregar toda a sua diligência para a ela dar cumprimento. Se a questão for posta ao Judiciário este deverá verificar a razão da omissão do Executivo, pois ainda que não haja uma verba destinada àquela política pública, por ser a saúde prioridade constitucional e por estar ela prevista na lei orçamentária, sua realização torna-se obrigatória, não havendo qualquer margem para a discricionariedade do gestor público.

Conforme já se deixou claro, a motivação dos atos administrativo deve ser sempre explicitada a fim de possibilitar o controle sobre as modificações e aplicações dos recursos orçamentários.

Todavia estabeleceu-se que ao lado deste controle de constitucionalidade e legalidade a ser desempenhado, os juízes terão a atribuição de, ante à omissão ou prestação inadequada por parte do Poder Público, fixar as medidas necessárias à efetivação do direito em questão.

No entanto, esta implementação do direito à saúde não pode ocorrer de maneira fragmentada e individual. Faz-se necessário observância dos princípios do Sistema Único de Saúde ao lado da regra basilar para nossa Constituição: o tratamento materialmente igualitário de modo a promover a redução das desigualdades sociais.

De acordo com o que foi explicitado, se para realizar estas medidas for preciso flexibilizar alguns institutos processuais, aplicar técnicas de solução de conflitos diferenciadas em razão da própria natureza do tema em debate, procurar novos caminhos para solucionar os problemas sociais da maneira mais compatível com a Constituição, aplicar penalidades àqueles que descumprem o orçamento, assim será feito.

Nesta esteira, foi defendida a adoção de medidas drásticas pelo Poder Judiciário, toda vez que o Executivo se recusar em dar cumprimento ao orçamento da saúde sem qualquer razão plausível. E mais, o juiz, em casos excepcionais, ao constatar que a ausência de política pública está afetando número significativo de indivíduos, deverá reconhecer o direito daquele grupo em ter sua saúde preservada, ordenando ao Estado que cumpra a ordem judicial. Neste aspecto o orçamento foi tido como vinculado e seu descumprimento, neste raciocínio, ensejará a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa (LIA), bem como medidas de caráter penal ao Chefe do Executivo.

O que não pode continuar, constatou-se, é a aplicação irregular de recursos, a inércia em realizar as determinações orçamentárias, a não motivação dos atos executórios do orçamento e a ausência de responsabilização do administrador público pela inobservância do orçamento, apenas para citar as condutas mais comuns.

Por outro viés, a captura fragmentada de verbas públicas pelos juízes é medida promovedora de desigualdades. Aliás, enquanto as questões orçamentárias não ocuparem o lugar que lhes foi reservado pela Constituição, o discurso continuará reducionista, tal como o adotado pelo STF ao contrapor direito à saúde *versus* interesse financeiro secundário do Estado.

Para que tais medidas sejam adotadas faz-se necessário um Poder Judiciário firme e consciente de suas responsabilidades. Os juízes devem respeitar ao máximo as disposições constantes no orçamento e fiscalizá-las, de perto e constantemente.

No entanto, a ausência de previsão orçamentária não pode obstar a realização do direito constitucional à saúde, mas a sua realização deve se fazer nos termos em que o sistema de saúde permite, respeitando-se a integralidade e universalidade das prestações oferecidas. O cumprimento da Constituição autoriza o juízo a ordenar a inclusão orçamentária das dotações necessária para a concretização dos serviços de saúde. Assim, será imprescindível verificar também se a inclusão orçamentária ocorreu nos termos fixados.

Neste diapasão, forçoso é concluir que de nada adianta assegurar verba para o direito à saúde se a aplicação desta não for fiscalizada. Então, a palavra de ordem para solucionar o problema enfrentado perpassa, indubitavelmente, pela realização de um controle efetivo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVICH, Victor ; COURTIS Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2004.

ALVES, José Augusto Lindgren. **Os Direitos Humanos como Tema Global**. São Paulo: Perspectiva, 2003.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**: em busca de critérios Jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005.

ATIENZA, Manuel. **El sentido del derecho**. Barcelona: Ariel, 2004. p. 251 - 271.

BACELAR FILHO, Romeu. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 327-378.

BARCELLOS, Ana Paula. **O controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. O Direito à Prestações de Saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletivas e abstratas. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. A doutrina brasileira da efetividade. In: **Temas de direito constitucional**. v. III. Rio de Janeiro: Renovar. 2005.

_____. **Interpretação e aplicação da constituição**. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

BARZOTTO, Luiz Fernando. Os direitos humanos como direitos subjetivos: da dogmática jurídica à ética. In MELLO, Cláudio Ari (Org.). **Os desafios dos direitos sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

_____. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus,

1992.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BUENO, Cássio Scarpinella e PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.) **Improbidade administrativa - Questões polêmicas e atuais**. São Paulo: Malheiros, 2001.

CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988.

_____. **Juízes Legisladores?**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

CONTI, José Mauricio. **Orçamentos públicos: a lei 4.320/1964 comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____ **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____ **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa e crimes de prefeitos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FERREIRA, Camila Duran [et al]. **O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil: o Caso AIDS**. Disponível em: www.ipea.gov.br/sobreipea/40anos/estudantes/monografiacamila.doc Acesso em 22.02.2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A cultura dos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Proibidade administrativa**: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à saúde**: parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **A Construção da Igualdade e o Sistema de Justiça no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007.

FRISCHEISEN, Luíza Cristina Fonseca. **Políticas Públicas, a responsabilidade do Administrador e o Ministério Público**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. **A Construção da igualdade e o sistema de justiça no Brasil**: Alguns caminhos e possibilidades. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FURTADO, José Ribamar Caldas. **Créditos adicionais versus transposição, remanejamento ou transferência de recurso**.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

HENRIQUES, Fátima Vieira. Direito Prestacional à Saúde e Atuação Jurisdicional. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil** - edição comemorativa 70 anos, São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

HOMES, Stephen et SUNSTEIN, Cass. **The cost of rights – why liberty depends on taxes**. New York: W. W. Norton and Company, 1999.

KIST, Dário José. O estado social e o surgimento dos direitos fundamentais de segunda geração in: **Revista da AJURIS**. n 80. Porto Alegre: 2000.

LAFAR, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição** – Coleção Clássicos do Direito; 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 1998.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. In SARLET, Ingo Wolfgang e Luciano Benetti Timm (orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **As palavras e a Lei: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Editora 34, 2004.

_____. **Direitos Sociais** - teoria e prática. São Paulo: Método, 2006.

_____. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no estado social de direito. In: FARIA, J. E. (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. Em torno da “reserva do possível” in: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (Org.) **Direitos Fundamentais – Orçamento e Reserva do Possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

MACHADO JR., José Teixeira; REIS, Heraldo da Costa. **A Lei 4.320 comentada**. 30 Ed. Rio de Janeiro: IBAM, 2000/2001,

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises in: **Revista de Cultura e Política**. nº 57. São Paulo: Lua Nova.

MAUÉS, Antônio Moreira. **Problemas da Judicialização do Direito à Saúde no Brasil.**

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do princípio da igualdade.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Curso de direito administrativo.** 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Discricionariedade e controle jurisdicional.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade:** estudos de direito constitucional. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

MILESKI, Hélio Saul. **O controle da Gestão Pública.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional.** 2 Ed. Coimbra: Coimbra

Editora, 1983.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NOVAIS, Jorge Reis. **Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

_____ **Lei de Improbidade Administrativa comentada**. São Paulo: Atlas, 1999.

_____ **Lei de Improbidade Administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal: legislação e jurisprudência atualizadas**. São Paulo: Atlas, 2002.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Controle judicial da administração pública: da legalidade estrita à lógica razoável**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006.

PRADO, Francisco Octávio de Almeida. **Improbidade administrativa**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais dos servidores públicos**. São Paulo: Saraiva, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988 in: **Revista Diálogo Jurídico**. n.10. Salvador. Disponível em www.direitopublico.com.br. acessado em 03.06.2009.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos. **Revista Interesse Público**. Porto Alegre: Notadez, julho/agosto-2005.

_____. As contribuições sociais e o princípio da afetação in: **Revista Dialética de Direito Tributário**. Editora: Cidade, n. 98, novembro de 2003.

_____. A Desvinculação das Receitas da União (DRU) e a Supremacia da Constituição. In: MAUÉS, Antônio Gomes Moreira; SCAFF, Fernando Facury. **Justiça Constitucional e Tributação**. São Paulo: Dialética, 2005. p. 96 - 113.

SCHULTE, Bernd. Direitos Fundamentais, segurança social e proibição de retrocesso. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) **Direitos Fundamentais Sociais**:

estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 17 – 108.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

_____. **Orçamento-Programa no Brasil**. São Paulo: RT, 1973.

SILVA, Sandoval Alves da. **Direitos sociais: leis orçamentárias como instrumento de implementação**. Curitiba: Juruá, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. Taking from the Poor to give to the Rich: the individualistic enforcement of social rights. In: **World Congress of the International Association of Constitutional law**. Atenas: s.n., 2007.

_____. O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais. SOUZA NETO, Cláudio Pereira. SARMENTO, Daniel.(Coord.) **Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008.

STOCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional da era dos direitos. In TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. **O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. **Os Direitos Humanos e a Tributação: imunidades e isonomia**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

_____. (org.) **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. Volume V – O orçamento na Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar. 2008.

VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**: analisado conforme as leis 9.868 de 10.11.1999 e 9.982 de 03.12.1999. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 2006.