

O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE – JUDICIALIZAÇÃO EM NÍVEL MUNICIPAL – LIMITES IMPOSTOS PELA PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Palavras chaves: base e norte; atendimento; mínimo existencial; conteudicizar; concretizar; dimensão política; dimensão judicacional; limites; fusão; competências; supremacia da Constituição; direito subjetivo; direito fundamental; políticas públicas; aprimoramento; escolhas; conteúdo; obrigação e objeto; prestação e objeto; objeto determinado; conceitual abstrato; positivados; preestabelecidos; judicialização; controle de inconstitucionalidade por omissão e de conformidade; função social das atividades humanas.

É ressaltado que o Brasil tem importado do Direito Comparado inúmeros preceitos e cláusulas. É ressaltado, também, que a Constituição Federal de 1988 praticamente constitucionalizou todos os ramos do direito.

Evidente que as *cláusulas abertas* e *conceitos indeterminados* causam certo desconforto quando da concretização normativa num país, até então, afeito ao *positivismo jurídico*.

Que a Constituição Federal de 1988 veio instituir um *novo regime*, reformulando os poderes constituídos, também, não dúvida.

A questão se prende quando se afirma, de um lado, que todos os Poderes, no que se inclui o Poder Judiciário, devem, como integrantes do Estado (*lato sensu*) observar a **supremacia da Constituição**, o **pacto federativo** e a **independência e separação dos poderes**, e de outro, maximizarem a concretização dos direitos fundamentais de prestação, que, diga-se de passagem, não são poucos.

Ora, maximizar a concretização dos direitos fundamentais importa a um só tempo *partir da norma para o fato* a fim de estabelecer, dentro do elenco, os primeiros a serem atendidos e, ao mesmo tempo, programar-se para a contínua e paulatina ampliação destes.

Evidente que a questão fática passa não só pela competência dos poderes representativos da sociedade na elaboração da estrutura pública de atendimento aos *direitos fundamentais* (políticas públicas), mas e principalmente, pela via da *possibilidade jurídica e econômica*.

Embora se reconheça que esta não pode obstar a concretização, pelo Poder Judiciário, quando verificada omissão inconstitucional ou desconformidade constitucional, não se concebe possa superar os denominados “silêncio eloquente” e “lacunas” quando ocorreu a positivação (normatização e estruturação) e efetivação (conteúdo) do objeto da prestação dos direitos fundamentais, pois, afinal, os direitos fundamentais é um *construído e não um dado*, dependente, portanto, de políticas públicas, sobre as quais deverão recair as ações dos “ativistas” constitucionais a fim de maximizar ou ampliar o conteúdo dos direitos fundamentais prestacionais.

Seria possível preencher uma *cláusula aberta* ou um *conceito indeterminado* de um princípio normativo constitucional de direito fundamental prestacional à margem da atuação estatal para ampliá-lo?

Seria possível num mundo capitalista e dependente do dinheiro e precisamente num país em desenvolvimento como o Brasil, entender que os direitos fundamentais prestacionais são conteudicizados à medida da necessidade de cada um sem um parâmetro de universalidade, seletividade, distributividade e igualdade?

Seria possível cogitar de judicialização dos direitos fundamentais mesmo diante de uma efetiva prestação/concretização destes direitos pelo Estado? Pois, mesmo que se agigante o leque de objetos componentes destes direitos sempre resultará em deficiências, isto é, nenhum será plenamente satisfeito!

Seria possível superar a supremacia da Constituição a pretexto de concretizar direitos fundamentais que ela determina, paulatinamente, ampliado pelas políticas governamentais por meio de decisões judiciais?

A se conceber tal hipótese, ainda sob o *discurso de fundamentação* e da *função reformuladora e criadora* do Direito pelo Poder Judiciário, não se estaria violando o pacto federativo e a competência constitucional, ultrapassando os limites de judicialização, na medida que quando há concretização **não há de se falar em lacuna, silêncio eloquente ou omissão inconstitucional?**

A quem competiria (legitimidade) a conteudicização dos direitos fundamentais em seu objeto último sobre o qual o interesse de cada indivíduo recai?

Seria possível conteudicizar os direitos fundamentais a partir do interesse individual, portanto, à margem da distributividade?

Estas e outras questões devem ser analisadas para se chegar a um resultado que não deixe o cidadão à mercê *das vontades de governantes* ou da *discrecionariade política*, e, de outro, não esvazie os direitos fundamentais avolumando-os de forma a se tornarem irrealizáveis pelo esgotamento da *possibilidade econômica* e *usurpação de competências (possibilidade jurídica)*, em face do discurso que o novo regime impõe entre sociedade e Estado.

Todos os direitos fundamentais não trazem somente uma carga obrigacional ao Estado, mas a toda Sociedade, que deve, diuturnamente, por seus grupos, representantes ou o indivíduo *per si*, atuar perante os órgãos competentes na formulação das *políticas públicas* responsáveis pela conteudicização dos objetos das prestações dos direitos fundamentais, pois, é ínsito ao Estado Democrático de Direito a *"função social das atividades humanas"*.

1. O PACTO FEDERATIVO:

Os Estados se organizaram segundo seu contexto histórico-cultural colonizador/colonizado em razão dos fluxos e influxos das interações sociais e culturais advindas deste cenário, resultando em Estado *unitário* ou *composto*.

O Brasil como se sabe é um Estado composto, denominado República Federativa do Brasil¹.

Dito isto, evidentemente, seguindo sua Constituição, o Brasil (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) reconhece a independência e autonomia político-constitucional dos Estados, Distrito Federal e Municípios e a *independência e separação dos poderes*, a teor dos arts. 1º e 2º da Constituição Federal.

Trata-se de chamada *cláusula pétrea*, isto é, que não pode sequer ser objeto de deliberação pelo Poder Legislativo (Constituinte derivado), *ex vi* do art. 6, § 4º, I e III, da Constituição Federal.

Quer isto significar que o *pacto federativo* e a *separação de poderes* são uma realidade intransponível, não se concebendo nem mesmo possam ser objetos de desvirtuamento por interpretações aditivas ou criativas, ou pelo mecanismo da interpretação “*mutante*” da Constituição, como se verifica na RCI 4335² que tramita junto ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Esta realidade jurídico-política de nossa estrutura estatal deve, e tem de ser, respeitada por todos os Poderes, inclusive e principalmente, o Poder Judiciário, “guardião da Constituição”, não se concebendo possa que ao decidir se afaste do pacto federativo, da independência e da separação de poderes.

2. SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO:

O Brasil adotou a estrutura hierarquizante das leis, seguindo a pirâmide de Kelsen³.

A Constituição, destarte, é a base e norte do ordenamento jurídico nacional⁴. É como a árvore que estabelece raízes profundas (base) para formação de uma estrutura gigantesca que sua natureza almeja, erguendo-se num tronco (norte) do qual

¹ DA SILVA. JOSÉ AFONSO, Curso De Direito Constitucional Positivo. Malheiros, 16ª Ed, São Paulo, 199: “O Brasil, como vimos, assumiu a *forma de Estado Federal*, em 1889, com a proclamação da República, o que foi mantido nas constituições posteriores, embora o federalismo da Constituição de 1967 e de sua Emenda 1/69 tenha sido apenas *nominal*. A Constituição de 1988 recebeu-a da evolução histórica do ordenamento jurídico... Manteve-a mediante a declaração, constante do art. 1º, que o configura o Brasil como uma *República Federativa*. Vale afirmar que a *forma do Estado brasileiro* é a *federal*...” (p. 103).

² DIREITO PROCESSUAL PENAL | Execução Penal | Pena Privativa de Liberdade | Progressão de regime | Crimes Hediondos - <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=81&dataPublicacaoDj=27/04/2007&incidente=2381551&codCapitulo=2&numMateria=13&codMateria=4>.

³ Kelsen. Hans, Teoria Geral do Direito e do Estado. Martins Fontes Editora, 3ª Ed, 2ª Tiragem, São Paulo, 2000, tradução Luiz Carlos Borges: “A estrutura hierárquica da ordem jurídica de um Estado é, *grossa modo*, a seguinte: pressupondo-se a norma fundamental, a constituição é o nível mais alto dentro do Direito nacional” (p. 182).

⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, Princípios Fundamentais do Direito Constitucional. Saraiva, São Paulo, 2009: “A supremacia da Constituição paradoxalmente importa em fazer dela a base da ordem jurídica. Esta há de desenvolver-se a partir dela e de acordo com ela. Está nisto uma condição de constitucionalidade, característica necessária do Estado constitucional de Direito” (p. 117).

irradiam os galhos e as folhas e sustentados dele dependentes. Estes últimos não subsistem sem aquele.

Ela se encontra no seio social, gerindo a vida de relação Estado-cidadão e cidadão-cidadão (*efeitos horizontais ou irradiantes* de seus preceitos), mas, ao mesmo tempo é dirigente do norte a ser buscado nesta vida de relação. Assim, é a um só tempo **passado, presente e futuro**, ao menos como ideário (utopia) que se propõe a alcançar pelos objetivos já prescritos no *passado* para regular as relações sociais, políticas e jurídicas no *presente* com vistas ao desiderato *futuro*.

E esta Constituição que é base e norte de toda ordem social, econômica, política e jurídica, instituiu um novo regime, o Estado Democrático de Direito, hoje por alguns acrescido, ainda, do adjetivo “*constitucional*”.

Este regime subdivide as competências do Estado, reconhece a verdadeira essência da expressão “*tudo poder emana do povo*” para atribuir, também, à sociedade a observância não só da ordem jurídica (legalismo), mas e principalmente a responsabilidade por uma *autorregulação* voltada a alcançar o *bem-estar comum* e a *distributividade* de bens e serviços públicos, pela racionalidade do uso dos bens comuns para que todos possam ter o mesmo e igual acesso, **concretizando, destarte, no seio social**, os princípios da *solidariedade* e da *dignidade da pessoa humana*. É o que denominamos de “função social das atividades humanas”⁵ inferida dos arts. 1º, IV, 3º, IV, 4º, IX, 5º, XXIII, 170, da Constituição Federal, para citar apenas alguns exemplos.

Pois, não se concebem fundamentos, princípios e objetivos sem adoção de instrumentos necessários à efetivação dos mesmos.

Conglobando o *princípio federativo*, o *princípio da legalidade* e os *princípios fundamentais* do Estado brasileiro, em razão do regime jurídico positivo adotado, da *validade do Direito* escrito, tem-se que todos, Estado e Sociedade, devemos obediência e observância estrita à **supremacia da Constituição**.

OSWALDO LUIZ PALU assevera:

“A legitimidade democrática dos chamados poderes políticos... não pode ser desvinculada dos fatores reais que conduzem ao poder e não pode ser mitificada em abstrato”⁶.

Estas lições transcrevemos para conformar que a *aplicação das normas*, inclusive as constitucionais, deve guardar simetria com a própria Constituição em sua inteireza e adequação com a realidade social existente, principalmente, quanto à conteudicização de *cláusulas abertas* e quanto às decisões, que devem se *conformar* com a mesma por serem normações de concreção.

⁵ SANTOS. Telmo Aristides dos, em ALIMENTOS: TÍTULO REPRESENTATIVO DO CRÉDITO – TÍTULO DE CRÉDITO PURO E SIMPLES OU DE OBRIGAÇÃO CONDICIONADA COM FORÇA EXECUTIVA? – publicado na Revista Forense Eletrônica, nº 376 e no Jornal Forense, em 14.02.2005.

⁶ PALU. Oswaldo Luiz, Controle dos Atos de Governo pela Jurisdição. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004, p. 271.

Significa, portanto, que a Constituição como base e norte de toda ordem social brasileira, constitui instrumento de *limitação do poder*⁷ e consequentemente garantia do novo regime por ela instituído.

“Tal sujeição implica, em especial, que a atuação do Poder se faça de conformidade com a Constituição. Esta conformidade tem duas faces, uma formal e outra material. A primeira importa em que todo ato do Poder haja de observar o íter prescrito na Constituição para a sua elaboração. É a **supremacia formal** da Constituição. A segunda reclama que todo ato de Poder constituído respeite os parâmetros substantivos que a Lei Magna houver traçado. É a **supremacia material** da Constituição”⁸.

“A supremacia do parlamento passou, hoje, para a *supremacia da Constituição* [...] Claro que a Constituição é um limite ao ‘jogo’ das forças sociais... é um limite aos poderes da maioria, *é um limite à lei* e, consequentemente, um limite ao Governo....”⁹.

Por fim, citamos ainda:

“O princípio da supremacia da Constituição é fundamento da própria existência do controle de constitucionalidade, uma de suas premissas lógicas. Não pode, portanto, ser afastado ou ponderado sem comprometer a ordem e unidade do sistema.”¹⁰

Dito isto, mesmo que se reconheça que compete ao Poder Judiciário a concreção da norma de concreção, isto é, a “criação” da norma reguladora da relação jurídica em concreto, não há de se conceber possa criar nova disposição legal ou negar a disposição existente mudando até o sentido – “*mutabilidade da constituição*” – sob pena de corromper a *supremacia da Constituição*, o *pacto federativo*, a *independência e separação dos poderes*.

Desse modo, poderia mesmo em face da lei 8.080/90 – lei de conteudicização do objeto da prestação do direito fundamental à saúde – o Poder Judiciário determinar aos Municípios satisfazerem uma prestação com objeto determinado pelo interessado ou na medida da necessidade do cidadão que não se encontra na sua competência em face da hierarquização constitucionalmente determinada do Sistema Único de Saúde?

⁷ Idem. ob. cit. p. 281/282: “...o princípio do **Estado de Direito**... que tem por pressuposto a **limitação do poder**, separando as funções do Estado...”

⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, Princípios Fundamentais do Direito Constitucional. Saraiva, São Paulo, 2009, p. 116.

⁹ PALU. Oswaldo Luiz, Controle dos Atos de Governo pela Jurisdição. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004, p. 289 e 291.

¹⁰ BARROSO. Luiz Roberto, O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. 4. Processo e Julgamento – 4.1 Procedimento. 4ª edição - Editora Saraiva. Artigo publicado no curso de pós-graduação REDE LFG.

3. O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE:

O direito fundamental à saúde, ao lado de outros direitos fundamentais, compõe o mínimo – ou pretende-se – a propiciar a todos que se encontram no território nacional o pleno desenvolvimento de suas aptidões.

Fruto de uma concepção social intervencionista do Estado na ordem social, cuja ausência se mostrou, no Estado Liberal, tão prejudicial que as relações sociais, *per si*, tornaram-se predatórias¹¹.

Paulatinamente foram sendo construídos direitos reconhecidos ao longo da história humana inarredáveis da ordem social do Estado em razão do homem e do só fato de ser humano, isto é, independentemente de qualquer posição social, ideológica, jurídica, sexual, etc., fruto de conquistas ideológicas e políticas assecuratórias do próprio Estado, posteriormente, positivados em tratados, convenções; em suma, em pactos internacionais.

A íntima relação com o processo capitalista¹² obteve a adesão dos países que desejavam melhorar sua economia, seja com a exportação de seus produtos, seja com a obtenção de recursos internacionais para investimentos internos, o que só seria possível mediante o reconhecimento (adesão) dos direitos postos nos tratados, acordos, convenções, etc. internacionais.

Nesta direção os direitos chamados fundamentais porque inafastáveis, foram *construídos* em meio à tragédia da dominação do capital no Estado Liberal.

Logo, o conflito entre *direitos fundamentais* é uma constante e não é diferente com o direito fundamental à saúde, sempre em conflito com outros direitos de mesma dimensão.

Equacionar esta tensão é obra de uma atuação política e participativa entre Estado e Sociedade que estabelecerão preferências, objetivos, metas e ações dentro de avaliações e escolhas num dado momento da história, seguindo “*as necessidades prementes da população*”¹³, o que se coaduna com os *princípios da seletividade e distributividade*.

O direito fundamental busca ensejar o atendimento àqueles que não podem custear sua própria saúde, por isto, seu objetivo *distributivo* em correlação à *erradicação da pobreza* e às *desigualdades regionais*, que juntamente com a *seletividade* busca inserir a saúde básica aqueles procedimentos (em sentido amplo) de saúde pública mais reclamados por determinada população.

Ressalte-se, pois, que os direitos fundamentais são todos dirigidos ao Estado (destinatário) em prol do cidadão (titular). São negativos e positivos. Os primeiros de abstenção erigindo, por si mesmos, *plena eficácia e aplicabilidade*, por tão-somente reduzir a ação e poderes do Estado que ao agir deverá observar estes “limites” que

¹¹ *Homo homini lupus*.

¹² Observe-se que os direitos fundamentais se consolidaram no pós-guerra a partir do plano Marshall destinado a recuperar a Europa, mas com vista à pretensão capitalista norte-americana para a região. Seria uma forma de contribuir para a pacificação dos conflitos e ao mesmo tempo para a superação do dólar frente às moedas inglesas e alemãs.

¹³ TJMG -3ª Câ. – Rel. Des. Dídimo Inocêncio de Paula, Proc. 1.0479.09.163543-9/001 – DJ 19.01.10.

constituem objeto da *prestação de não-fazer* decorrente do direito fundamental de abstenção. Os segundos detêm *eficácia plena*, logo produz efeitos imediatamente, mas, quanto à *aplicabilidade é reduzida*, pois, dependerá de uma complementação legislativo-administrativa que a própria Constituição instituidora dos direitos fundamentais estabeleceu¹⁴, por trazerem uma imposição *de fazer* ao Estado, isto é, de praticar algo, portanto, uma *prestação de fazer*.

3.1 A PROGRAMAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS POSITIVOS:

“TODAS AS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SÃO DIRETA (IMEDIATAMENTE) APLICÁVEIS NA MEDIDA DE SUA EFICÁCIA, O QUE NÃO IMPEDE QUE SE POSSA FALAR DE UMA DIMENSÃO ‘PROGRAMÁTICA’ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS”.
(INGO WOLFGANG SARLET)¹⁵

As disposições dos direitos fundamentais prestacionais, são, como se verá, normas de conteúdo *programático*, por traçarem “as diretivas e os princípios gerais da política”, porque “evidentemente, **não lhes substitui**”¹⁶.

Interessa para efeitos deste artigo os *direitos fundamentais positivos*, também chamados *prestacionais*.

Se pudermos dizer que os direitos fundamentais de abstenção são autoaplicáveis e por si só configuram um *direito subjetivo “a”* contra o Estado; o mesmo não se pode dizer dos *direitos fundamentais positivos*, porque, **carentes de conteúdo**, trazem uma obrigação contra o Estado de prestar, p. ex., saúde, mas cujo objeto desta prestação de saúde há de ser edificado pelos Poderes que a própria Constituição encarregou (competência) desta tarefa, por isso, se diz que são *direitos programáticos*.

Mas não significa que não tenham eficácia e menos ainda que não trazem *normação impositiva* do neoconstitucionalismo, ainda por ser *construído* o conteúdo pelos poderes sócio-políticos, na razão de que impõe e exige dos Poderes Legislativo e Executivo a *conteudicização, estruturação e concretização* destes deveres de prestação, sob pena de inconstitucionalidade por omissão. É que os direitos fundamentais positivos têm natureza de disposição futura, para o futuro.

¹⁴ “Embora plenamente eficazes, há normas que contemplam direitos (ex.: sociais) e carecem de providências normativas e materiais do poder público, dando lugar ao reconhecimento, em caso de omissão, da inconstitucionalidade... pois são as únicas que dependem ora de providências normativas do Poder Legislativo, ora de prestações positivas do Poder Executivo” (JÚNIOR. Dirley da Cunha, Controle Judicial das Omissões do Poder Público. Saraiva. Para Uma Delimitação Conceitual de Omissão Inconstitucional – CAP. III. Artigo publicado no curso de pós-graduação REDE LFG).

¹⁵ SARLET. Ingo Wolfgang, A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. Editora Livraria do Advogado, 10ª Ed., 2009, - p. 294.

¹⁶ PALU. Oswaldo Luiz, ob. cit. – p. 283.

O caráter *programático* dos direitos fundamentais de prestação, não obstante as teses da *maximização* e da *plena eficácia* destes direitos, ainda persiste em razão da própria natureza:

“Por outro lado, poder-se-ia argumentar que a norma contida no art. 5º, § 1º, da CF, por consagrar expressamente a aplicabilidade imediata de todos os direitos fundamentais, tornaria dispensável - e até mesmo inaplicável à espécie - os institutos de cunho jurídico-processual referidos, que encontrariam sua serventia no que diz com as demais normas constitucionais ***carentes de concretização***. Isto significaria, em última análise, que, no caso de um descumprimento (por omissão) de algum direito fundamental e não sendo possível (ou não sendo necessária) a utilização do Mandado de Injunção ou do controle abstrato da inconstitucionalidade por omissão, os órgãos judiciários e administrativos (se da administração não se originar a omissão) estariam em tese aptos a - desde logo e em qualquer procedimento - aplicar diretamente a norma em questão, conferindo-lhe plena eficácia, independentemente de qualquer providência de natureza legislativa. Na verdade, constata-se que esta argumentação, ainda que baseada em premissas parcialmente diferenciadas se aproxima da posição que sustenta a aplicabilidade direta e eficácia plena de todos os direitos fundamentais”¹⁷.

Abre-se, portanto, espaço para afirmarmos que os direitos fundamentais constituem norma *programática* da atividade Estatal, principalmente, do legislador, na medida que eles fornecem *balizes* e *condicionamentos* de hermenêutica e aplicação do direito, sendo “*cláusulas abertas*”, “*sem tipicidade*” e “*carentes de conteúdo*” que será erigido pela “*lei ordinária*”.

Posto que, “as normas de direitos fundamentais carentes de concretização venham a alcançar sua plena eficácia **tão-somente após uma *interpositio legis***”, não gerando, antes que tal ocorra, direito subjetivo para o titular”¹⁸, fato que consubstancia o *caráter programático* dos direitos fundamentais.

Norma programática correspondendo que de suas prescrições não decorrem, nitidamente, um direito a todo e qualquer procedimento médico-hospitalar segundo uma prescrição médica, mas, segundo o conteúdo, ordinariamente, criado pelo Estado ao qual se impõe o ato criador de um *sistema único* de saúde, *hierarquizado*, *universal*, *seletivo*, *distributivo* e *igualitário* (arts. 197, 194 e parágrafo único 198, I a III, CF).

Norma programática, também, no que tange aos “direitos sociais”, abrangentes do “direito à saúde”, que LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN assevera: “Quanto aos direitos sociais, a própria Constituição estabelece diretrizes a serem observadas pelos administradores para sua implementação, como aquelas estabelecidas no Título da Ordem Social Constitucional. Ressalve-se que aqui se adota a posição que a Constituição Federal estabelece normas estruturantes que vinculam os administradores...”¹⁹.

¹⁷ SARLET. Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos de fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1988. PP. 235-248.

¹⁸ SARLET. Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos de fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1988. PP. 235-248 – comentando as várias teorias sobre a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais e os direitos por estes gerados.

¹⁹ZISMAN, Célia Rosenthal, Ob. cit.

A professora citada, assevera que é “até démodé falar nos dias de hoje em normas programáticas dos direitos fundamentais”²⁰, e justifica, “se são direitos como podem ser normas programáticas”.

Ousamos discordar, porque os direitos fundamentais têm sua raiz no *discurso-contra* para o *discurso-com*²¹, pois que, fruto das conquistas históricas da humanidade, quando se convencionou a denominar de “direitos” o que ela mesma e toda balizada doutrina cunha de “diretrizes”, “norte”, “tarefas” para o Estado, “carentes de conteúdo”.

Mesmo porque, tais direitos fundamentais prestacionais tem como destinatário da norma o Estado, que “cuida de planejar o futuro, ressaltando-se sua natureza prospectiva, razão pela qual se faz necessária a tomada de decisões políticas igualmente voltadas para o futuro”²².

Citamos, também, a lição do professor INGO SARLET:

“Todavia, por mais sedutora que nos pareça a tese dos que propugnam, em última análise, a inexistência de normas programáticas na Constituição, com base numa exegese que integra o princípio da aplicabilidade direta dos direitos fundamentais e os institutos do Mandado de Injunção e da inconstitucionalidade por omissão, entendemos não corresponder ela ao nosso sistema constitucional vigente. Em primeiro lugar, há que ter em mente a circunstância, embasada na paradigmática lição de Gomes Canotilho, de que a nossa Constituição (assim como as Constituições em geral) pode ser considerada como um sistema aberto de regras e princípios. Ainda que se queira negar - e não sem certa razão - a utilização da expressão “normas programáticas”, isto em nada altera o fato da existência, também na nossa Constituição vigente - em escala sem precedentes no constitucionalismo pretérito -, de normas que, em virtude de sua natureza (forma de posituação, função e finalidade), reclamam uma atuação concretizadora dos órgãos estatais, especialmente do legislador.

Neste sentido, basta aqui uma breve referência ao esquema classificatório proposto por Luís R. Barroso, que identifica nas normas programáticas uma das três categorias nas quais se dividem as normas constitucionais. O próprio Gomes Canotilho, em que pese sustentar a inexistência de normas programáticas (no sentido de meras proclamações de cunho político e destituídas de juridicidade), admite que numa Constituição, ao lado das normas organizacionais e definidoras de direitos e garantias, convivem normas que se caracterizam por estabelecer fins e tarefas a serem implementados pelo Estado, além de normas de cunho impositivo, contendo imposições legiferantes e ordens concretas de legislar, propugnando, em outra passagem de seu monumental curso de direito constitucional, a existência de normas-programa.

De qualquer modo, verifica-se que a existência de normas que se restringem a estabelecer programas, finalidades e tarefas mais ou menos concretas a serem implementadas pelos órgãos estatais e que reclamam uma mediação legislativa

²⁰ Em aula magistral no curso de Pós-Graduação televisiva em resposta ao final da aula do dia 18.11.09 no horário matutino, pela Universidade Anhanguera/LFG.

²¹ JÚNIOR. Tércio Sampaio Ferraz. Direito, Retórica e Comunicação. Ed. Saraiva. 2ª Ed. – 1997 – p. 29 a 174.

²² SARLET. Idem. – p. 290.

(queiramos, ou não, chamá-las de programáticas) corresponde, em verdade, a uma exigência do Estado social de Direito, regra à qual não foge a nossa Constituição”²³.

A própria ordem social traz um comando de atuação Estatal (e não particular) para sua conteudicização não bastando em si mesma. P. ex., o próprio art. 196 que diz que o direito à saúde será garantido por “*políticas sociais e econômicas*”, constituiu plenamente um alicerce contra qualquer atuação que os viole, independentemente de lei que lhe complemente e lhe dá sentido.

Esta necessidade de complemento decorre diretamente dos arts. 194, 196 e 198 da Constituição Federal, quando expressam que “*A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade...*” (194), “*...garantindo mediante políticas sociais e econômicas...*” (196), e “*as ações e serviços públicos de saúde...*” (198).

Em momento algum ou em qualquer outro lugar a Constituição Federal diz quais são estas ações de iniciativa dos poderes públicos, quais são as políticas sociais e econômicas e quais são as ações e serviços de saúde a integrarem o Sistema Único por ela preconizado.

São normas “*carentes de conteúdo*” a ser instituído por “*lei ordinária*” que irá determinar a que objeto o cidadão terá direito subjetivo de exigir imediatamente como obrigação de dar ou fazer do Estado, portanto, *programática*²⁴.

Logo, é neste sentido que dizemos que estes direitos fundamentais são *normas programáticas*, até porque a concretização carece de um processo de escolha (*seletividade*) que consiga estabelecer (*sistema*), amplamente (*universalidade*), a todos os cidadãos (*igualdade*), o acesso (*direito subjetivo*) àqueles instrumentos (*ações e serviços*) conteúdos do objeto da prestação de saúde, imanentes aos direitos fundamentais (*direitos subjetivos a prestações determinadas inerentes à saúde*).

Assim manifesta o professor ÁLVARO LAZZARINI, eminente vice-presidente do TJSP: “o compromisso com os direitos humanos deve ser uma das principais **dimensões programáticas** da Administração Pública”²⁵.

CELSO RIBEIRO BASTOS²⁶, referindo-se ao ensinamento de JOSÉ AFONSO DA SILVA, ao tratar da *eficácia das normas*, precisamente da *eficácia limitada*, nesta incluiu duas categorias, dentre elas as normas programáticas, assim:

“...normas constitucionais de princípio programático (*‘aquelas através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos – legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos – como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado’*)... têm também

²³ SARLET. Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos de fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1988. PP. 235-248.

²⁴ SARLET. Ingo Wolfgang, A Eficácia dos Direitos Fundamentais - Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. Editora Livraria do Advogado, 10ª Ed., 2009, - p. 295.

²⁵ MARTINS e NALINI, Ives Gandra e José Renato, Direito Administrativo e Direitos Humanos - Dimensões do Direito Contemporâneo, Ed. IOB, 2001, p. 200.

²⁶ CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL. SARAIVA. 9ª ED. - 1996 - p. 92/94.

sua aplicação plena, dependente da emissão de norma futura, mediante lei ordinária, que vem integrar-lhes a eficácia, a qual lhes dará capacidade de execução, em termos de regulamentação dos interesses por ela visados... criam situações jurídicas subjetivas de vantagem ou desvantagem, vale dizer, direitos subjetivos não do tipo que é previsto e desde logo amparado na legislação positiva, mas sim direitos subjetivos que se originam das leis ou atos que pretendem contrariar essa norma programática”.

“São normas que o legislador constituinte insere na Constituição como regras de ação, programas a serem desenvolvidos pelo legislador ordinário, para atingir o fim do Estado sob o ponto de vista social. São normas que visam à ordem econômica, à previdência social, à saúde pública, etc. Há quem considere estas disposições totalmente inócuas, não passando de promessas vagas e incobráveis dos governos que não as queiram realizar.” [o que não é o caso da atual Administração].

(SOIBELMAN LEIB – ENCICLOPÉDIA JURÍDICA ELETRÔNICA).

“A diferença entre normas de eficácia plena e normas de eficácia contida não está na aplicabilidade, portanto, e sim na possibilidade ou não de ser restringido o seu alcance pelo legislador infraconstitucional, o que nada tem que ver com a aplicabilidade das normas enquanto constitucionais” (FERREIRA FILHO)²⁷.

Ao comentar o capítulo da seguridade social – ordem social – o professor MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO²⁸ evidencia o *caráter de norma programática* dos artigos que o compõem, valendo a pena transcrever:

“**Seguridade.** Este primeiro artigo (194) da ordem social caracteriza o que seja seguridade social, expressão que não gozava até esta Constituição de um sentido consolidado. Toma ela, em face deste artigo, o caráter de designação das ações (e serviços que o texto não menciona), visando a satisfazer os direitos sociais à saúde, previdência e assistência social. [...] Por eles respondem, sem dúvida, os Poderes Públicos, isto é, o Estado, mas também a sociedade”.

Esta programação se confirma quando, mesmo àqueles que a ordem social garantiu prioridade de atendimento de assistência integral à saúde: *criança e adolescente*, prescrita no § 1º do art. 227 da Constituição Federal, MANOEL GONÇALVES²⁹ diz ter “**caráter programático**”.

E como *instrumento de concretização do direito fundamental à saúde* a Constituição Federal em seu art. 194 expressou: “A seguridade social compreende um **conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade...**”

A *programação normativa* é evidenciada pelo parágrafo único do citado artigo que estabelece os *objetivos que o Estado deverá observar na lei que organizar a seguridade social*, de sorte a “separar o que cabe a ele, em suas diversas

²⁷ CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL – SARAIVA – 31ª ED – 2005 – p. 389

²⁸ Ob. cit. – p. 217.

²⁹ COMENTÁRIOS À CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 – VOL. 2 – SARAIVA – 2ª ED – 1999 – p. 285.

projeções, e o que ficará a cargo da sociedade... obedecendo uma gradação de necessidades [seletividade]”³⁰.

E, é por isto, ainda, que se diz que “Os direitos fundamentais, mesmo aqueles de matriz liberal, deixam de ser apenas limites para o Estado, convertendo-se em norte da sua atuação.”³¹

Se é *norte de atuação* está ínsita a **programação** da atuação da Administração Pública, do Poder Legislativo e do Poder Judiciário.

E se o “*quanto de eficácia*” dependerá do “*objeto*”³², dentre outro, não resta dúvida que traz ínsita uma “*programação*”³³ a ser observada pelo Estado em sua organização-política e orçamentária, não se podendo cogitar da possibilidade de uma aplicação ilimitada do preceito fundamental, que encontrará limites na própria ordem social, jurídica e política, sem que se traduza em redução dos direitos humanos, mas adequação dos meios aos fins.

3.2 O MÍNIMO EXISTENCIAL:

Repudiam-se o denominado “*mínimo existencial*”. Porém, este repúdio só tem razão em parte, naquela parte em que serve de estancamento à maximização e ampliação dos direitos fundamentais, servindo como “justificativa” às omissões e mazelas estatais.

O Mínimo existencial é pressuposto de verificação de adequação do preceito de direito fundamental. Significa que diante da incompletude e aberta cláusula dos direitos fundamentais sempre haverá espaço para mais, mormente em face de sua natureza de inerência aos seres humanos que estão em contínua marcha evolutiva³⁴ e à medida que se evolui, abre-se espaço (espaço político) para a construção de novos conteúdos para o objeto da prestação decorrente dos direitos fundamentais.

Isto é assim, porque “**se a positivação dos direitos humanos pela ordem jurídica interna de cada país auxilia a tutela desses direitos [como é o caso], a lacuna não pode ensejar o desrespeito à dignidade da pessoa**”³⁵; e porque “concernente à conceituação de direitos humanos... sua definição também não possui o condão de fornecer resposta para todos os problemas que suscita a questão da conceituação dos direitos humanos”³⁶.

³⁰ Ob. cit. – p. 218

³¹ SARMIENTO. Daniel. Ob. cit.

³² SARLET. Ingo Wolfgang, A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. Editora Livraria do Advogado, 10ª Ed., 2009, p. 281.

³³ SARLET. Ingo Wolfgang, ob. cit. – p. 292.

³⁴ ROSSETI. Regina, Movimento e Totalidade em Bérghson – A essência imanente da realidade movente. EdUSP, São Paulo, 2004, p. 51.

³⁵ ZISMAN, Célia Rosenthal, “O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana” – Estudos de Direito Constitucional – Thomson/IOB – 1ª Ed. – 2005 – p. 255.

³⁶ SARLET. Ingo Wolfgang, A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. Ed. Livraria do Advogado, 11ª Ed., 2009, p. 77/78, citando PEREZ LUÑO.

Quer isto dizer que, se o país estrutura o sistema de saúde e positiva os objetos da prestação (*conteúdos*) para o *mínimo existencial*, a ausência de outros não significa violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, este sim um *limite intransponível*³⁷ da atuação estatal, que significa, não poder um ato dos poderes violar a dignidade. O que não é a hipótese aqui examinada.

O prof. IVES GANDRA, ao comentar o inciso III, do art. 1º da Constituição Federal, faz algumas indagações para responder que ao Estado (genérico) compete garantir as “*condições necessárias para o ser humano crescer e desenvolver suas potencialidades*”³⁸, portanto, estamos diante do dever de concretizar o **mínimo necessário à existência digna**, por se harmonizar com o disposto nos arts. 198, § 2º e 170 da mesma Carta Política.

O art. 77, III, do ADCT/Constituição Federal/88, dispõe: “Até o exercício financeiro de 2004, os recursos mínimos aplicados nas ações e serviços públicos de saúde serão equivalentes: III- no caso dos Municípios e do Distrito Federal, quinze por cento do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 [IPTU, ITBI, ISSQN] e dos recursos de que tratam os arts. 158 [I.R.R.F., REPASSE ITR, IPVA, ICMS] e 159, inciso I, alínea b e § 3º [REPASSE DO FPM]” (redação dada pela EC 29/2000).

O c. TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS, também dispõe sobre o tema, fixando o percentual:

“Art. 1.º - O Estado e os Municípios, aplicarão anualmente, no mínimo, 12% (doze por cento) e 15% (quinze por cento), respectivamente, dos impostos e recursos que compõem as bases de cálculo definidas nos incisos II e III do art. 77 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, da Constituição Federal.”³⁹

O percentual determinado pelos citados arts. 198, § 2º c/c o 77 da Constituição Federal, é observado pelos Municípios; logo, se este valor não é suficiente, mesmo com os repasses recebidos, não se pode dizer ter ocorrido uma lacuna configuradora de omissão como ensina CÉLIA ROSENTHAL, da qual se inferiria violação à *dignidade humana* para fundamentar um decreto condenatório.

Neste sentido, decidiu o c. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA em recente decisão, da qual extraímos alguns excertos:

“Assegurar um mínimo de dignidade humana por meio de serviços públicos essenciais, dentre os quais a educação e a saúde, é escopo da República Federativa do Brasil que não pode ser condicionado à conveniência política do administrador público. A omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas constitucionalmente definidas e essenciais para a promoção da

³⁷ MARTINS, Leonardo. Liberdade religiosa e liberdade de consciência no sistema da Constituição Federal. In Revista Brasileira de Direitos Constitucionais – RBEC, nº 05, jan./mar. 2008, Editora Fórum, págs. 27 a 48.

³⁸ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Conheça a Constituição. Manole. 1ª Ed. – 2005 – vol. 1 – p. 20.

³⁹ INSTRUÇÃO NORMATIVA – 19/2008 – publicada em 23.12.08 no DOMG.

dignidade humana **não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário.**"⁴⁰

"Nesses termos, podemos vislumbrar a noção de *mínimo existencial* já dentro da argumentação moral, eis que aqui prevalece a perspectiva de reciprocidade de modo a se garantir a todos as condições materiais para que possam participar dos discursos de formação da vontade política na sociedade"⁴¹.

A função dos direitos fundamentais não é instituir ou criar um "*direito a*", mas o um "*dever de*" exigência de conteudicização do *mínimo à existência digna* e de "sistematizar o conteúdo axiológico objetivo do ordenamento democrático... um processo político livre e aberto, como elemento informador do funcionamento de qualquer sociedade pluralista".⁴²

Por isso, "deve haver um limite para considerações sistêmicas tanto nos discursos de aplicação quanto nos discursos de fundamentação. E é em torno desse limite que podemos destacar a figura do mínimo existencial"⁴³.

Aqui a dimensão diretiva dos direitos fundamentais positivos leva-nos à compreensão de que o conteúdo destes direitos é obra construtiva da ação política e não constitutiva da (por meio) ação judicial.

Porquanto, denota-se que a conteudicização dos direitos fundamentais não é um constituído pela jurisdição, nem uma escolha pessoal/individual do cidadão num dado momento histórico, mas, fruto de uma construção político-social de escolhas de preferências e de objetivos a partir de avaliações da realidade, das ações, das metas e dos resultados, principalmente porque há de se atender uma outra gama de direitos fundamentais. A questão, portanto, é de política pública.

4. A CONTEUDICIZAÇÃO DA PRESTAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE:

A motivação dos julgados que determinam aos Municípios custearem tratamentos médico-hospitalares fora da atenção básica de saúde do SUS (tabela do SUS) é, grosso modo, composta de dois elementos: **1)**- o art. 196 da Constituição Federal diz que "a saúde é direito de todos"; e **2)**- quando o art. 196 da Constituição Federal fala em "Estado" não se refere ao ente da federação, mas, em sua expressão *lato sensu*, cabendo, por isso, a condenação de qualquer deles.

⁴⁰ 2ª TURMA – REL. MIN. HUMBERTO MARTINS – REsp. 1.041.197-MT – Acessado por meio: PDF - Documento: 906897 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJ: 16/09/2009 – julgado em 25.08.09.

⁴¹ CRUZ. Álvaro Ricardo de Souza, *Hermenêutica Jurídica E(M) Debate*. Editora Fórum; Minas Gerais, 2007, p. 373.

⁴² ____, Célia Rosenthal, *ob. cit.* – p. 38, citando PEREZ LUÑO.

⁴³ CRUZ. Álvaro Ricardo de Souza, *Hermenêutica Jurídica E(M) Debate*. Editora Fórum; Minas Gerais, 2007, p. 374.

Como já prescreveu o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL a Constituição não se interpreta “*em tiras*”. Pois bem, afirmamos que o ordenamento jurídico não se interpreta isoladamente, na medida que como a balizada doutrina preconiza uma norma é pressuposto da outra, e todas, a partir da Constituição Federal⁴⁴. É por isto que se afirma ser o sistema jurídico é *autopoiético*.

Até porque se cogitamos da existência de um “*sistema*” jurídico aberto, não há como conceber uma disposição isolada, ainda que por obra de hermenêutica, para regular uma situação jurídica, principalmente *geral e “transcendente”* ao interesse individual da parte. Todo sistema pressupõe **unicidade e harmonia**.

De contrário, não teria nenhum sentido o princípio da hierarquia das leis entre nós, posto que, não haveria a simetria indispensável à organização do *processo legal aberto*.

Assim, antes do art. 196 prescrever que “a saúde é direito de todos e dever do Estado...”, o art. 194 e parágrafo único, primeira parte, da mesma Carta Magna, por onde se principia a *ordem social*, estabelece que a seguridade social (saúde, previdência e assistência social) se dará por um conjunto integrado de ações entre o Estado e a sociedade, ações estas de iniciativa do Estado, “**nos termos da lei**”.

E em seu parágrafo único, segunda parte, fixa os objetivos da seguridade social que deverão ser insuperavelmente observados: *a universalidade, a uniformidade, a seletividade, e a distributividade*.

Objetivos estes que se somam ao preceito do art. 198 da Constituição Federal, que prescreve constituir o sistema de saúde, a ser criado pelo legislador, num **Sistema Único**, composto de “ações e serviços” organizados em “rede” “hierarquizada”.

Assim, o art. 196 quando prescreveu o direito à saúde o fez com fundamento em “*políticas sociais e econômicas*” de uma “*rede hierarquizada*”, “*universal, seletiva, uniforme e distributiva*”, a garantir o *direito subjetivo de acesso “universal e igualitário”* aos objetos da prestação de saúde que são as “*ações e serviços*” construídos pelo órgão nacional competente de saúde, na forma dos arts. 197 e 198 da mesma Carta Política.

Observe-se, portanto, que além da obrigatoriedade da “*função social das atividades humanas*” imposta à Sociedade que deverá participar da conteudicização do direito fundamental à saúde, compete ao Estado e não ao cidadão, ainda que por meio do Poder Judiciário, a criação do “*sistema único*” e a instituição (definição) das “*ações e serviços*” de saúde.

Logo, compete ao Estado e não ao cidadão individualmente dizer o que compõem o objeto da prestação decorrente do direito fundamental à saúde, que as ações judiciais têm aberto espaço de conteudicização.

Infere-se, portanto, que o cidadão que pretender (pretensão política) ampliar o rol das “*ações e serviços*” de saúde deverá – **como direito-dever social em face do regime do Estado Democrático de Direito** – fazê-lo por meio do devido processo legal político e não por meio do processo judicial que é instrumento do direito objetivo, ou

⁴⁴ Kelsen. Hans, ob. cit. p. 182: “...A constituição no sentido material consiste nas regras que regulam a criação as normas jurídicas gerais...”

seja, de concretização do direito positivado. Aqui se revela como *direito subjetivo de acesso* e não um *direito subjetivo de conteudicizar* judicialmente a prestação de saúde.

Na concretização se instrumentaliza o direito subjetivo posto, promove-se a efetividade deste direito, *in casu*, o acesso aos “*serviços e ações*” de saúde erigidos, mas, não se diz, nem pode, quais sejam estes “*serviços e ações*”, posto que, tais se encontram no nível da **dimensão política**.

A conteudicização dos direitos fundamentais de prestação carecem de intervenção legislativa, de políticas públicas, de avaliação de circunstâncias e prioridades, a fim de estabelecer o objeto componente da prestação integrativa dos direitos fundamentais, *in casu*, do direito fundamental à saúde.

“Os argumentos pragmáticos ligam-se à definição de meios necessários/adequados à realização de preferências ou objetivos da comunicabilidade. A partir deles as empresas, os indivíduos, a sociedade e o Estado avaliam não apenas os meios de que dispõem, mas também os fins que pretendem concretizar. É, pois, um elemento teleológico, finalístico, no qual se colocam discursivamente comparações e reflexões diante de alternativas para as técnicas/estratégias de ação, onde claramente surge a legitimidade para o emprego da *proibição do excesso e da insuficiência*”⁴⁵.

Não se confunde, evidentemente, omissão inconstitucional com integral satisfação, pois, sempre haverá espaço para *maximizar* o conteúdo da prestação dos direitos fundamentais, ampliando-os que, como postulados de conquistas da humanidade, hão de ser sempre e continuamente construídos.

Aqui já se verifica a **competência** da União para dispor sobre a seguridade social, sua organização e estruturação, não se entregando ao cidadão dizer quais os direitos subjetivos de acesso (conteúdos) comporão o direito fundamental à saúde! O que reforça a tese dos limites da judicialidade da Administração à verificação de omissão, o que não é a hipótese em face da lei 8.080/90⁴⁶.

Por isto que “as ações e serviços de saúde são considerados de relevância pública, devendo essas ações e serviços públicos de saúde ser integrados numa rede regionalizada e hierarquizada, constituindo um sistema único” (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO)⁴⁷.

Conteudicizar está para a formação e instituição das *ações e serviços* e a concretização está para a *execução*, para o *acesso às ações e serviços instituídos*. A primeira no âmbito da *legislação* e a segunda no âmbito da *gestão executiva*. Conteudicizar é fixar o objeto da prestação.

Uma coisa é conteudicizar por meio do qual se estabelece os objetos que comporão a prestação do direito fundamental à saúde; e outra, é concretizar por meio do qual

⁴⁵ CRUZ. Álvaro Ricardo de Souza, *Hermenêutica Jurídica E(M) Debate*. Editora Fórum; Minas Gerais, 2007, p. 371.

⁴⁶ SARLET. Ingo Wolfgang, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. Editora Livraria do Advogado, 10ª Ed., 2009, - p. 77/78: “Uma conceituação de cunho descritivo e que contenha referenciais indicativos do efetivo conteúdo dos direitos fundamentais somente parece viável à luz do **direito positivo** e após identificados os **elementos constitutivos** da matéria dos direitos fundamentais”.

⁴⁷ CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL. SARAIVA. 31ª ED. – 2005 – p. 370.

aqueles objetos instituídos para povoarem o campo de imanência dos direitos fundamentais são entregues (concretizados) aos seus titulares.

Conteudicizar permanece no âmbito da *formalidade*, da *abstração*, no campo da competência legiferante, pois, “é, em primeiro lugar, **tarefa da legislação configurar a ordem da coletividade e na organização de direitos fundamentais, determinar seu alcance prático**”⁴⁸; enquanto que a concretização permanece no âmbito da *realidade*, do *real*, do material, portanto, no âmbito da gestão executiva.

Constituir é judicializar e não construir; constituir é reconhecer a preexistência do direito em razão do fato frente à norma (*fato-norma-valor*), é adequação normativa, é um dado não um construído. A constituição de um direito judicializa um fato, a construção de um direito consubstancia ou densifica direito fundamental posto que, fruto da dialogicidade cidadão-Estado (*discurso-contrá* para o *discurso-com*).

“Não só médicos, mas também o Judiciário lida com vida e morte todo o tempo e que as escolhas nesses casos quase sempre são trágicas importam em aperfeiçoamento das decisões judiciais no Brasil”⁴⁹.

Ora, quem lida com questões de tão importância tem de saber que dispõe sobre riscos de morte e de incolumidade da pessoa humana. E, portanto, não pode ultrapassar os limites do ordenamento jurídico em nome de uma urgência/emergência para infligir um atendimento que se encontra fora das “ações e serviços” instituídos e definidos por políticas públicas de saúde.

“Esta justificativa está apenas a existência de circunstâncias concretas que impedem o atendimento de todos que demandam prestações essenciais e, assim, tornam inexoráveis escolhas trágicas, conscientes ou não”⁵⁰.

Percebe-se, facilmente, portanto, a diferença entre conteudicizar e concretizar. E, conseqüentemente, a diferença entre o *ativismo judicial* e a *judicacionalidade*, o primeiro deve se ater ao âmbito exclusivo das *políticas pública* e a segundo nos limites da *jurisdição* (princípio da legalidade).

Ao exame das obrigações, prestações e objetos verificamos os objetos da prestação decorre do direito fundamental à saúde, razão pela qual, conteudicizar não se confunde com concretizar.

⁴⁸ PALU. Oswaldo Luiz, Controle dos Atos de Governo pela Jurisdição. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004, p. 298.

⁴⁹ CRUZ. Álvaro Ricardo de Souza, Hermenêutica Jurídica E(M) Debate. Editora Fórum; Minas Gerais, 2007, p. 386/387, e citando GUSTAVO AMARAL afirma que em face da escassez dos recursos o que se exige é que as decisões (escolhas) sejam motivadas: “...Tratando-se de uma decisão, nos parece intuitiva a necessidade de *motivação* e controle de critérios de escolha, uma prestação de contas à sociedade do *porquê* preferiu-se atender a uma situação e não outra..” (Amaral. Direito, escassez & escolha, p. 26-27).

⁵⁰ CRUZ. Álvaro Ricardo de Souza, Hermenêutica Jurídica E(M) Debate. Editora Fórum; Minas Gerais, 2007, – citando GUSTAVO AMARAL – p. 367.

4.1 AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE CONTEUDICIZAÇÃO DA PRESTAÇÃO FUNDAMENTAL – LEGITIMIDADE E COMPETÊNCIA:

“NENHUM DIREITO CONSTITUCIONAL É, DE *PER SI*, EFICAZ; NÃO EXISTE NENHUM APARATO CAPAZ DE FORNECER A ELE UM *ENFORCEMENT* INDEPENDENTE DA DINÂMICA POLÍTICA”.

(OSWALDO LUIZ PALU).

É por meio de políticas públicas que o Estado cumpre seu papel *formador do conteúdo* dos direitos fundamentais. Isto é, do objeto sobre o qual recai, ao final, o interesse do cidadão.

A competência como vimos acima é do Estado, por meio das *políticas públicas*. De modo que, a legitimidade para instituição das *políticas públicas* é dos Poderes Legislativo e Executivo, em face da competência prescrita na própria Constituição Federal.

Porque quem melhor para avaliar, selecionar e decidir as questões pertinentes à realização social senão os Poderes Legislativo e Executivo, órgãos estatais encarregados da arrecadação e distribuição de recursos e execução das ações e serviços públicos:

“...eventuais conflitos sobre o direcionamento de recursos ou sobre a preferência em termos de política sócio-econômica podem ser resolvidos apenas por um consenso pragmático”⁵¹.

Assim, se o positivismo jurídico levou à inércia e à inoperação legislativo-administrativa na direção da concretização dos direitos fundamentais de prestação, afastando a judicialização; o pós-positivismo ou neoconstitucionalismo, com seu *“ativismo” judicial* por meio de formas de hermenêutica leva ao total desequilíbrio não só financeiro, mas do próprio organismo e estrutura do sistema único de saúde com sua hierarquia, seletividade, universalidade e distributividade, por abrir espaço de conteudicização por meio judicial quando não há omissão ou desconformidade com a Constituição.

“Desse modo, condenamos tanto a postura positiva/formalista que propugna uma completa inércia quanto a tais questões, mas, de outro lado, tampouco acatamos o incentivo ao engajamento dos operadores do Direito sem um exame criterioso de todo um universo de problemas vinculados à concretização de direitos fundamentais”⁵².

Qualquer “manifestação” do órgão judicial destinada a ultrapassar os limites dos objetos já instituídos como componentes de um direito fundamental prestacional, ou deve ser feita na sua **dimensão política** de Poder Estatal e, portanto, em nível nacional (Congresso Nacional e/ou Palácio do Planalto) de fomento; ou deve ser

⁵¹ CRUZ. Álvaro Ricardo de Souza, *Hermenêutica Jurídica E(M) Debate*. Editora Fórum; Minas Gerais, 2007, – p. 372.

⁵² CRUZ. Álvaro Ricardo de Souza, *Hermenêutica Jurídica E(M) Debate*. Editora Fórum; Minas Gerais, 2007, – p. 386.

dirigida contra a União, que é o órgão decisor do sistema único de saúde e instituidor das políticas públicas de saúde, com o qual deverá dinamizar a Constituição Federal por meio do *controle de conformidade* da lei do SUS, quanto à eficiência da política pública de saúde por ela (União) instituída.

Pois, como ensina OSWALDO LUIZ PALU:

“Quem detém a função de governo é que formula políticas públicas (claramente *concentrados na órbita federal*); tem o ‘**poder de impulso**’”.

[...]

“As políticas públicas **são produtos de governos**, apenas em largo sentido aplicando a Constituição [...] O órgão executivo é o **formulador** das políticas públicas e o **faz antes mesmo da lei...**”⁵³

O próprio art. 196 da Constituição Federal consubstancia estas razões, pois, expressamente remeteu a estabilidade e manutenção do sistema único de saúde às “políticas sociais e econômicas”⁵⁴.

E a quem compete elaborar e concretizar políticas sociais e econômicas? De modo que, haveria uma superação dos *limites de competência*, verdadeira usurpação, a decisão judicial que passasse, sob os auspícios de *concretizar direito fundamental*, a dizer o que é ou não conteúdo da prestação de saúde, isto é, a dizer qual é o seu objeto em determinado momento, e, principalmente, dentro de um processo individual.

Ressalte-se, pois, que a questão prende-se ao *controle de constitucionalidade* e de *conformidade*: Ou haverá **omissão inconstitucional** por ausência de lei conteudicizadora do objeto da prestação de saúde, ou haverá **desconformidade da lei** conteudicizadora do objeto da prestação de saúde – insuficiência – com a Constituição Federal.

Qual “poder” está legitimado/competente para a instituição de políticas públicas que conteudicizam a prestação fundamental à saúde?

O pressuposto da *dignidade humana*, evidentemente, não transfere para o particular, mesmo diante de ilibado parecer médico, a competência (poder) de conteudicizar a prestação de saúde decorrente do direito fundamental à saúde.

Evidentemente, situações ocorrerão que constituirão verdadeira exceção à regra da observância da competência e mesmo do procedimento adotado para o atendimento, que são os casos de urgência/emergência devidamente comprovados. Mas a exceção não pode se tornar regra a ensejar a todo pedido um impulso liminar do Poder Judiciário para infligir aos Municípios a obrigação de satisfazer uma pretensão

⁵³ PALU. Oswaldo Luiz, Controle dos Atos de Governo pela Jurisdição. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004, p. 305.

⁵⁴ “A nossa Lei Fundamental consagrou a promoção e proteção da saúde para todos como um objetivo (tarefa) do Estado, que, na condição de norma **impositiva de políticas públicas**, assume a condição de norma de **tipo programático**”. SARLET. Ingo Wolfgang, A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. Editora Livraria do Advogado, 10ª Ed., 2009, p. 295.

individual à margem daquela estrutura edificada pelos contornos das “necessidades mais prementes”⁵⁵ de determinada população.

O prof. INGO WOLFGANG ao reconhecer/atribuir aos direitos fundamentais “prestacionais” o caráter de normas de “*cunho programático*”, afirma que a razão para tanto se deve ao fato de sua **implementação depender de disponibilidade** de “meios” e de “*execução de políticas públicas na esfera socioeconômica*”, portanto, uma “**questão de competência**”⁵⁶.

À toda evidência, é fácil denotar inexistir competência ao Poder Judiciário para conteudicizar norma constitucional de direito fundamental positivo, mormente quando já conteudicizada pelo órgão estatal competente, pelo sistema infraconstitucional prescrito pela própria Constituição – “*regra do jogo*” – principalmente, porque os direitos sociais “são, isto sim, um direito das preferências e das desigualdades, ou seja, um direito discriminatório com propósitos compensatórios”⁵⁷, que significa uma posição mais que ideológica, de avaliação, de ponderação, de seletividade, de distributividade, e de escolhas, que escapam à dimensão judicial do Poder Judiciário.

4.1.1 A LEGITIMIDADE – COMPETÊNCIA PARA A CONTEUDICIZAÇÃO – POSSIBILIDADE JURÍDICA (FORMAL):

A possibilidade não envolve somente aquela pertinente aos recursos destinados à concretização dos objetos da prestação de saúde, mas, também a *possibilidade jurídica*, isto é, a possibilidade que tem o ente da federação de conteudicizar, *per si*, “ações e serviços” de saúde dentro do sistema único de saúde com sua estrutura orgânica, hierarquizada e já definida em lei. Destarte, a questão é de legitimidade/competência.

A legitimidade, portanto, para a conteudicização (objetos) da prestação componente dos direitos fundamentais positivos compete aos Poderes Legislativo e Executivo da União, pela criação da lei do *sistema único* e formulação das *políticas públicas* definindo os objetos componentes da prestação de saúde: “ações e serviços”.

INGO WOLFGANG SARLET reconhece a *legitimidade dos Poderes Executivo e Legislativo* para a conteudicização dos direitos fundamentais prestacionais, quando explicita que a possibilidade não é só econômica, mas, também jurídica:

“Distinta da disponibilidade efetiva dos recursos, ou seja, da possibilidade material de disposição, situa-se a problemática ligada à possibilidade jurídica de disposição, já que o Estado (assim como o destinatário em geral) também deve ter a

⁵⁵ TJMG – Des. Dídimo Inocêncio de Paula – AP Cível 1.0479.09.163543-9/001.

⁵⁶ SARLET. Ingo Wolfgang, A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. Editora Livraria do Advogado, 10ª Ed., 2009, p. 293.

⁵⁷ J.E, Faria, Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça, p. 105, in, “SARLET. Ingo Wolfgang, A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. Editora Livraria do Advogado, 10ª Ed., 2009, p. 283”.

capacidade jurídica, em outras palavras, o poder de dispor, sem o qual de nada lhe adiantam os recursos existentes”⁵⁸.

E voltando-nos à Lei 8.080/90 que criou o SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE, temos que a capacidade jurídica, mesmo abstraindo-nos da *possibilidade material – nitidamente escassa em nível Municipal o que é PÚBLICO e NOTÓRIO em face do sistema de distribuição de receitas e arrecadação tributária* – para responder a uma medida judicial destinada a “dar” (constitutiva), individualmente, um atendimento à margem da tabela do SUS, preconizada para os Municípios, das duas uma: ou deve ser endereçada contra o Estado (sentido *stricto*) por se reconhecer como um serviço ou ação suplementar, ou deve ser endereçada contra a União por se reconhecer como um serviço ou ação complexa e por ser, afinal, o órgão nacional decisor e dirigente do Sistema Único de Saúde.

Esta é a releitura do sistema único imposto pela Constituição Federal (norma) e cumprido pelo órgão competente ao editar a Lei 8.080/90:

“Art. 16 A direção nacional do Sistema Único de Saúde (SUS) compete:

[...]

III- definir e coordenar os sistemas:

a) de ações integradas de assistência de alta complexidade;

XII- controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde;

XIII- prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o aperfeiçoamento de sua atuação institucional”.

“Art. 17. À direção estadual do Sistema Único de Saúde (SUS) compete:

(...)

III - prestar apoio técnico e financeiro aos Municípios e executar supletivamente ações e serviços de saúde;

(...)

IX - identificar estabelecimentos hospitalares de referência e gerir sistemas públicos de alta complexidade, de referência estadual e regional;”

“Art. 18 À *direção municipal* do Sistema Único de Saúde (SUS) compete:

I- *planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde*”.

“É necessário dizer que Estados e Municípios têm competências administrativas, mas são prestadores de serviços em muito maior grau que detentores da função de direção política”⁵⁹.

⁵⁸ SARLET. Ingo Wolfgang, A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. Editora Livraria do Advogado, 10ª Ed., 2009, p. 286.

Se a autonomia dos Estados é reduzida a dos municípios é praticamente inexpressiva, não passando de **executor das políticas públicas** edificadas (preestabelecidas) pela União, não havendo como conceber possa o Poder Judiciário infligir aos Municípios um decreto condenatório a atendimento fora do campo da *atenção básica de saúde*, ainda que possamos invocar a maximização dos direitos fundamentais, sua plena eficácia e o dever de maior efetivação pelo Judiciário:

“A grande descentralização política almejada para o Estado brasileiro, envolvendo os Municípios, não encontra guarida factual no exercício da autonomia financeira destes locais, pois, que a evolução, outrora citada, passa a não ser tão perceptível. Pontos subjetivos, como identificação do fato gerador à imposição tributária, níveis eficientes de arrecadação, emprego suficiente de recursos à satisfação das demandas setoriais, retratam uma enorme contradição entre a esfera legal e o real...”⁶⁰.

Assim, acaso o Poder Judiciário entenda ser o sistema único instituído pela Lei 8.080/90 inadequado com a Constituição Federal, também, não é o caso de submeter os Municípios ao jugo de sua “*força mandamental*”, e sim, declarar a **omissão inconstitucional (inconstitucionalidade)** ou a **insuficiência da ordem jurídica (desconformidade)** para: **1-** determinar ao Poder Legislativo a reformulação do sistema (legislar); e **2-** à União (e aqui nem caberá contra o Estado *strictu sensu*) o atendimento prescrito, pois que, estará diante de uma *inconstitucionalidade por omissão* ou de uma *desconformação*, em atenção aos arts. 194 e 198 c/c os 22 e 24, todos da Constituição Federal.

As imposições contra os Municípios somente se dão quando ocorrer negativa de atendimento a serviço já instituído e a este afetado pela competência distributiva pela hierarquia do sistema da Lei 8.080/90.

“É justamente por esta razão que a realização dos direitos sociais prestacionais – de acordo com a oportuna lição de Gomes Canotilho – costuma ser encarada como autêntico problema de **competência constitucional**: ‘**ao legislador compete**, dentro das reservas orçamentais, dos planos econômicos e financeiros, das condições sociais e econômicas do país, **garantir as prestações integradoras** dos direitos sociais, econômicos e culturais’”⁶¹

Tanto é assim, que o professor INGO SARLET reconhece a inafastabilidade do Poder Legislativo e sua “indispensável liberdade” para a conformação do objeto concretizador da prestação decorrente dos direitos fundamentais prestacionais com a situação social e econômica⁶².

⁵⁹ PALU. Oswaldo Luiz, Controle dos Atos de Governo pela Jurisdição. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004, – p. 338/339.

⁶⁰ Schöntag. Rodolfo da Rosa, Autonomia financeira municipal: contradição ou realidade?, citando Roque Antônio Carrazza e Plínio Barreto. Fonte: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2349, 6 dez. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13977>>. Acesso em: 10 dez. 2009.

⁶¹ SARLET. Ingo Wolfgang, A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. Editora Livraria do Advogado, 10ª Ed., 2009, – p. 288/289.

⁶² Idem. Ibidem – p. 289: “...os direitos sociais prestacionais, por sua vez, necessitariam de concretização legislativa, dependendo, além disso, das circunstâncias de natureza socioeconômica,

E sob o tema da norma de *programação* das disposições constitucionais de direito fundamental positivo que denomina de “**normas de cunho programático**”, o professor INGO SARLET assevera que estas disposições são normas impositivas que instituíram “**tarefas**” ao “**legislador**” de conteudicizar e concretizar os direitos fundamentais inclusive no que tange às “**políticas públicas**”, afirmando: “tratar-se de um problema de natureza eminentemente competencial”⁶³.

Temos, destarte, explicitamente o reconhecimento da legitimidade dos Poderes Legislativo e Executivo para conteudicização dos direitos fundamentais de prestação, e tal não se encontra no elenco dos “poderes” do Judiciário, senão somente nas hipóteses de *negação de atendimento ou acesso* (em sentido amplo), *omissão inconstitucional* e *não-conformação constitucional* (suficiência).

Principalmente, porque “os tribunais não devem avançar em demasia decisões de natureza **técnica, valorativa e de prognose**”⁶⁴.

E qual(is) poder(es) está(ão) melhor(es) aparelhado(s) tecnicamente para valorar, decidir e projetar questões orçamentárias, de políticas públicas, de realização do bem comum e, portanto, para conteudicizar os direitos fundamentais de prestação?

A resposta, evidentemente, até por harmonia e independência dos poderes, e em face da função dos poderes, não é o Poder Judiciário.

Pois, o que irá constituir o objeto da prestação dos direitos fundamentais prestacionais “dependerá de seu reconhecimento e previsão em cada ordem constitucional, bem como de sua concretização **pelo legislador**, mesmo onde o Constituinte renunciar à posição dos direitos sociais prestacionais”⁶⁵.

Portanto, não há de se falar em “*lacuna*” a ser preenchida por conteudicização judicial. Até porque a “*lacuna*” interventiva judicial deve ser relativa à concretização.

Logo, a função de planejamento para o *futuro* quanto a questões de *políticas públicas*, é totalmente incompatível com a função concretizadora do Judiciário, que no exercício da função administrativa o faz em relação aos seus órgãos e auxiliares, portanto, *interna corpus*, e não para com a vida social.

Finaliza-se com os arts. 22 e 24 da Constituição Federal, que dispõem sobre a competência para legislar:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

XXIII - seguridade social;

razão pela qual tendem a ser positivados de forma vaga e aberta, deixando ao legislador a indispensável liberdade de conformação na sua tarefa concretizadora”.

⁶³ SARLET. Ingo Wolfgang, A Eficácia dos Direitos Fundamentais, Ob. cit. – p. 307/308 e 292/293.

⁶⁴ PALU. Oswaldo Luiz, Controle dos Atos de Governo pela Jurisdição. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004, p. 315.

⁶⁵ SARLET. Ingo Wolfgang, A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. Editora Livraria do Advogado, 10ª Ed., 2009, – p. 284.

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

XII - previdência social, proteção e defesa da saúde;

Logo, o discurso não é de *decisão*, mas de *fundamentação* e, portanto, não se pode conceber o fundamento segundo o qual o art. 196 CF não faz distinção, sendo a acepção Estado em seu sentido lato. Em princípio! Mas este sentido do art. 196 da Constituição Federal decorre das competências legiferantes juntamente com a *cláusula aberta e carente de conteúdo* do direito fundamental à saúde, que a própria Constituição determinou fosse conteudicizada *a posteriori*, por meio de políticas públicas (ações e serviços conjugados de saúde).

Ademais, a saúde é direito de todos, mas o que compõe os objetos da prestação de saúde sobre os quais recai o interesse de cada cidadão deve ser priorizado segundo uma avaliação prévia e circunstancial de sorte a garantir a *igualdade de acesso*, a *universalidade*, a *seletividade* e a *distributividade*.

De modo que, o que se tem como assegurado ao cidadão e sindicável pelo Poder Judiciário, entendemos, é o **acesso** às ações e serviços instituídos de saúde que, paulatinamente, vêm sendo aplicados de sorte a maximizar os atendimentos à população, como ocorreu outrora com a AIDS, com a cirurgia para MUDANÇA DE SEXO e recentemente no dia 03.12.09 com a ampliação de medicamentos para mais 28 doenças e a concessão de medicamento para 03 novas, e, em 07.01.10 a inclusão de mais 06 medicamentos fitoterápicos.

Posto que, o art. 30, VII, da Constituição Federal, ressalta que aos Municípios compete a prestação (execução) dos serviços de saúde e não a conteudicização do direito fundamental à saúde:

Art. 30. Compete aos Municípios:

VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população;

Pois, “enquanto não se oponha a mandatos ou proibições na Constituição, o parlamento ou o governo são livres e dispõem da discricionariedade de agir... o Governo pode definir prioridade...”⁶⁶

5. LIMITES À JUDICIALIZAÇÃO PARA CONTEUDICIZAÇÃO DA PRESTAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS POSITIVOS:

“A FUNÇÃO GOVERNAMENTAL-NORMATIVA FUSIONOU AS COMPETÊNCIAS DOS ÓRGÃOS EXECUTIVO E LEGISLATIVO”.

(OSWALDO LUIZ PALU)

⁶⁶ PALU. Oswaldo Luiz, Controle dos Atos de Governo pela Jurisdição. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004, p. 315/316.

5.1. LIMITES À JUDICIALIZAÇÃO PELA COMPETÊNCIA POLÍTICA (FORMAL):

Anteriormente se observou que concretizar não é conteudicizar. Ao Poder Judiciário se reconhece a competência para concretizar os direitos fundamentais de prestação, **nos termos da lei**, seguindo a dimensão material da **gestão executiva** na qual se insere a concretização.

A atuação no nível da conteudicização ultrapassa os limites do processo judicial constitucionalizado, pois, passa a tratar a questão no nível do *“discurso de fundamentação”*, da conteudicização, portanto, passa a realizar verdadeiro juízo de *“conformação”* da ordem jurídica de instituição do sistema a partir de um interesse individual (de uma necessidade individual) para, ao final, inseri-lo como novo conteúdo (objeto) da prestação de saúde, qual seja, o *“interesse particular”*, sem, no entanto, observar o DEVIDO PROCESSO LEGAL do *controle difuso ou direto de constitucionalidade*, e mais, sem invalidar a ordem jurídica conteudicizadora, e mais ainda, sem efetivar aquele *“interesse particular”*, constituído na sentença, como objeto da prestação fundamental, como objeto geral, **universal, uniforme, seletivo, distributivo**, a fim de alcançar todo o sistema único de saúde.

Assim, ao concretizar os direitos fundamentais deverá guardar observância aos preceitos da própria Constituição que visa assegurar e consequentemente da hierarquia das normas e dos limites dos poderes. E, portanto, não poderá, em face da atuação estatal quanto à criação do *sistema único de saúde* e da *conteudicização* das prestações fundamentais, negar vigência à Lei 8.080/90 e consequentemente às TABELAS DO SUS (normas complementares), para, como se situasse num vazio legislativo, de verdadeira inconstitucionalidade por omissão, fazer LETRA MORTA da estrutura legislativo-administrativa do sistema único, e ditar, a partir do interesse de cada indivíduo um novo objeto a ser conteúdo da prestação, sem que este novo objeto possa ser alcançado e mantido – *por manifesta ausência de possibilidade material e jurídica* – em todo sistema único de saúde (CF, art. 194, parágrafo único, IV).

Isso não encontra abrigo no art. 194, parágrafo único da Constituição Federal e, portanto, sua decisão estará em confronto com a própria Constituição Federal, mesmo que se invoque os procedimentos hermenêuticos como da *“mutação constitucional”*, porque, a bem da verdade, estará nulificando a própria ordem constitucional.

“Os limites para o controle jurisdicional de conformidade... não estão apenas na *separação de poderes*, mas na *desadequação orgânico-funcional do Judiciário para determinadas decisões* em forma processual”⁶⁷.

Basta perguntar como se verificar numa ordem judicial que determina ora isso e ora aquilo, os pressupostos objetivos da *universalidade, uniformidade e equivalência, seletividade e distributividade, irredutibilidade e igualdade*.

Basta perguntar quão grande redutibilidade de benefícios uma decisão judicial – *que via de regra não se atenta para as competências de cada ente da federação, nem para o*

⁶⁷ PALU. Oswaldo Luiz, Controle dos Atos de Governo pela Jurisdição. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004, – p. 344/345.

equilíbrio econômico e social dos próprios direitos fundamentais sociais – provocaria, pois, verbas são desviadas da *atenção básica de saúde* para atender ordens judiciais⁶⁸, cuja competência para responder indiscutivelmente é da União nos termos já expostos.

Quão não ficará desprovido de medicamento básico para atender ao interesse de um único usuário do sistema em detrimento de todos com o singelo fundamento do direito à saúde como corolário do direito à vida.

Assim, se o Poder Judiciário entende ser órgão, também, concretizador (como de fato o é) do direito fundamental à saúde (além de outros), deverá fazê-lo por expedição da ordem competente **contra o poder, também, competente** que, no seu entender, **omitiu inconstitucionalmente** na conteudicização do direito fundamental à saúde, ou conteudicizou a prestação de saúde em **desconformidade** com a Seguridade Social prescrita na Constituição Federal, invalidando a norma de conteúdo.

Somente depois disso, é que poderá impor uma sentença *constitutiva de fazer* determinando o atendimento individualizado na ação judicial pela pretensão; e não emitir uma ordem para que os Municípios, sobejamente, órgãos **executores**, satisfaçam a obrigação fora do âmbito de sua competência.

Pois, “um tribunal, após anular um ato discricionário pode substituir a deliberação administrativa pela sua própria, pode, dependendo das circunstâncias do caso concreto, tomar sua própria, se puder contar com suficientes elementos para tanto”⁶⁹.

De contrário, estar-se-á negando vigência à Lei 8.080/90, aos arts. 194, 197 e 198 da Constituição Federal, transformando o Poder Judiciário, a um só tempo, em paráclito de Justiça e Administrador-Legislator.

Em complemento, o c. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA decidiu que a Administração deve guardar os limites de sua atuação, não extrapolando sua competência sob pena de violação ao ordenamento jurídico. Portanto, confirma o seu papel de mero *gestor executivo* do sistema único de saúde; de forma que, somente se violar os limites de competência ou de legalidade autoriza a intervenção judicial:

“Em casos excepcionais, quando a administração extrapola os limites da competência que lhe fora atribuída e age sem razão, ou fugindo da finalidade a qual estava vinculada, autorizado se

⁶⁸ O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO em 2004, neste sentido expediu um relatório de autoria do Ministro Lincoln Magalhães Rocha, o qual contextualiza as decisões judiciais à vida social e administrativa, ressaltando os desvios de recursos da atenção básica de saúde para atender decisões judiciais. Tomando como exemplo o Estado do Rio Grande do Sul, disse que em 2003 se gastou quatro vezes mais para atender demandas judiciais que com a Farmácia Básica. (in, ÁLVARO RICARDO DE SOUZA CRUZ, HERMENÊUTICA JURÍDICA E(M) DEBATE – ob. citada neste artigo, p. 382/383). Evidenciando que sempre a imposição mandamental à margem do Devido Processo Legal, importará na supressão de recursos para sustentação e manutenção do sistema único de saúde e consequentemente na possibilidade de um planejamento à ampliação dos objetos, como ocorreu no dia 03.12.09 a ampliação de medicamentos para mais 28 doenças e concessão de medicamento para 03 novas, cf. boletim 944 da Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República - http://www.brasil.gov.br/noticias/em_questao/; e no dia 07.01.10 passou a oferecer mais 06 medicamentos fitoterápicos, cf. boletim 960 da Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República - http://www.brasil.gov.br/noticias/em_questao/.

⁶⁹ PALU. Oswaldo Luiz, Controle dos Atos de Governo pela Jurisdição. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004, – p. 335.

encontra o Poder Judiciário a corrigir tal distorção restaurando a ordem jurídica violada.”⁷⁰ (CONCLUSÃO)

Repetimos, se se pretende o discurso da insuficiência, a questão é de fundamentação e, portanto, compete ao Poder Judiciário declarar a inconstitucionalidade – *mesmo sem apagar o texto* – da lei 8.080/90 e, na forma dos arts. 196, 197, 22 e 24 da Constituição Federal, expedir a ordem judicial para **determinar à União** a satisfação de uma prestação determinada (conteudicizada), na medida que, em face da declaração de *inconstitucionalidade*, inexistirá – efeito *ex tunc* – o conteúdo (objeto) da prestação fundamental.

Contudo, até que chegue este momento, não se poderá furtar à observância da estrutura do sistema único instituído nos termos da lei (CF, art. 194 e parágrafo único, 197 e 198) e das competências fixadas na Lei 8.080/90, sob pena de cometer uma ilegalidade e solapar o pacto federativo, as competências constitucionais (CF, arts. 22 e 24) e a supremacia da Constituição.

Não ver isto, é simplesmente fundir e confundir questões de conteúdo e de concretização que não são possíveis de fusão; e em todas as circunstâncias fático-jurídicas converter incompetência para a matéria e impossibilidade jurídica e econômica em *negativa de atendimento* a justificar a judicialização.

O neoconstitucionalismo com sua inspiração de normatividade e imperatividade dos princípios da Constituição, não tem o condão de solapar o nosso ordenamento jurídico. Assim, o neoconstitucionalismo ou pós-positivismo⁷¹ não veio, ao nosso sentir, para instituir uma abertura procedimental à moda do *common law*, permanecendo a disciplina da hierarquia das leis e o dever de adequação *fato-norma-valor*.

Isto pela razão de que “evidentemente a função de governo não se exerce sem a lei. O instrumento de governo ‘lei’ é o mais importante deles, pois que não abandonamos jamais o ‘Estado de Direito’, em concepção do princípio da legalidade que resiste aos tempos”⁷².

E é justamente em razão do mesmo *princípio da legalidade* que não se pode exigir dos Municípios irem além do preconizado pelo sistema único de saúde, **primeiro**, porque é ele instituído e conteudicizado pela União (política); **segundo**, porque a lei estabeleceu os objetos do âmbito de sua competência e, assim, dela fugiria acaso ultrapassasse os procedimentos contidos hierarquizados do mencionado sistema; e **terceiro**, porque um passo à frente a entregar um “objeto” além, violaria os limites de competência gestora/executiva, pois, tal não seria inserido no sistema e o seu custeio poderia implicar grave crise orçamentária para outros municípios.

Embora gostaríamos que todos, no mundo todo e não só no Brasil, tivessem acesso aos melhores e mais avançados métodos de tratamento de saúde, não nos afigura juridicamente possível uma decisão que impõe, p. ex., um tratamento no exterior.

⁷⁰ 2ª TURMA – REL. MIN. HUMBERTO MARTINS – REsp. 1.041.197-MT – Acessado por meio: PDF - Documento: 906897 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJ: 16/09/2009 – julgado em 25.08.09.

⁷¹ LENZA. Pedro, Direito Constitucional Esquematizado. 13ª Ed., Saraiva, São Paulo, 2009, p. 9: “...uma nova perspectiva em relação ao constitucionalismo, denominada **neoconstitucionalismo**, ou, segundo alguns, **constitucionalismo pós-moderno**, ou, ainda, **pós-positivismo**”.

⁷² PALU. Oswaldo Luiz, Controle dos Atos de Governo pela Jurisdição. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004, – p. 323.

Há uma prodigalidade em importar modelos preconcebidos a uma realidade totalmente diversa (cultural, social e econômica) do país, principalmente, quando tal diz respeito à construção de um “escudo” às instituições judiciárias (como a “repercussão geral”, os “recursos repetitivos”) herméticas a transformações por que deve passar todo Estado em razão do novo (revolucionário) regime instituído pela Constituição Federal de 1988⁷³.

Estes modelos não “conformam” com o sistema jurídico do país, com nossa realidade, nem com nossa cultura jurídica e social, e, por isso causam distorções aberrantes de concreção: *fato-norma-valor*.

Agora, acaso na Alemanha, na Itália, na Espanha, e em Portugal, locais de onde o país realiza suas importações “teóricas”, há alguma judicialização que determinou ao Estado Interno custear tratamento de alguém em algum Estado Externo, p. ex., nos Estados Unidos?⁷⁴ Há algum julgado que determina qual o conteúdo (objeto) da prestação fundamental de saúde?

Sim, a saúde é direito de todos e dever do Estado! Mas do Estado enquanto representação intrínseca da sociedade na relação interna, e do que, por meio de políticas públicas econômicas e sociais, a sociedade selecionou – seletividade – como atendimentos prioritários em face de suas necessidades e capacidade financeira.

Como se verá adiante, trata-se de direito de acesso ao sistema único instituído. Direito de acesso à participação no processo de conteudicização das prestações de saúde. Direito de acesso a exigir aquilo que se encontra nos lindes dos objetos da prestação. Direito de acesso universal e igualitário às ações e serviços instituídos, conforme se infere a conjugação dos arts. 197, 196, *in fine*, e 194 parágrafo único da Constituição Federal. Com todo respeito à doutrina balizada, não é direito de exigir aquilo que, num dado momento da própria história do cidadão, se lhe torna indispensável à saúde.

Por isso, que se diz:

“O Tribunal Constitucional não deve, sem mais, pôr suas valorações no lugar das valorações do legislador, tanto mais que a indeterminação dos critérios de controle, muitas vezes, deixa espaço para valorações diferentes... **No controle da Administração e da jurisprudência, o tribunal, enfim, está restringido a uma seara jurídico-constitucional**; como a **concretização** de leis ordinárias é tarefa exclusiva das autoridades administrativas é-lhe, neste ponto, negado um exame”⁷⁵.

⁷³ Não se quer estabelecer uma posição contrária ao exame de casos, procedimentos, e processos alienígenas. Que fique claro que nossa posição é contra a xenofilia sem maturação e sem adequação ao sistema e à realidade nacional.

⁷⁴ Embora reconheçamos nosso déficit de pesquisa e nossa incompetência metodológica, informamos que nos julgados examinados e na doutrina especializada e transcrita ao longo deste artigo em momento algum traz um paradigma estrangeiro dando-nos notícia de que no regime da Alemanha, p. ex., um tribunal tenha ordenado um tratamento no exterior sob o fundamento do direito fundamental à saúde.

⁷⁵ PALU. Oswaldo Luiz, Controle dos Atos de Governo pela Jurisdição. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004, p. 298, citando KONRAD HESSE, in, Elementos de direito da República Federal da Alemanha, p. 424.

“Que um tribunal constitucional tem um papel político, é fora de dúvida; **mas que está vinculado ao direito também é fora de dúvida.** Sequer a política está prescrita pelo Tribunal Constitucional... A própria teoria da separação dos poderes é um arquétipo **constitucional-político** para limitar o poder político”⁷⁶.

“O primeiro cânone geral que se pode fixar é o de que a **decisão dos casos constitucionais não deve prejudicar a liberdade do processo político...** evitando que a sua (Corte Constitucional) pronúncia assuma o **valor suplementar de legitimação** ou, pior, **deslegitimação em abstrato de forças...**”⁷⁷.

Assim, se o Poder Judiciário pretende alterar a estrutura dos programas do sistema único de saúde, deverá fazê-lo, reafirmamos, no nível da constituição das políticas públicas, como Corte Constitucional de *controle de constitucionalidade e de conformação* da suficiência destas em face dos preceitos da Constituição Federal.

Portanto, pode e deve participar das decisões do Estado, mas que o faça segundo “a regra do jogo”, e, ao mesmo tempo, garantindo que a “regra do jogo” seja observada por todos os partícipes da conteudicização das prestações decorrentes de direitos fundamentais, isto é, observância do **processo político aberto**.

Logo, é fácil perceber que não compete ao Poder Judiciário, em face do preceito de direito fundamental, dizer aquilo que o compõe, quando a questão é, não obstante o neoconstitucionalismo, eminentemente de política pública, de “*competência fusionada*”⁷⁸ aos Poderes Legislativo e Executivo, ensejando sua intervenção somente na hipótese de verificação de *inconstitucionalidade por omissão*, por meio do controle direto de constitucionalidade e *de conformação*, ou do mandado de injunção (controle difuso de constitucionalidade); pois, como já dissemos, conteudicizar não é concretizar.

5.2 LIMITES À JUDICIALIZAÇÃO PELA CONCRETIZAÇÃO DA PRESTAÇÃO DE SAÚDE (MATERIAL) PELO ESTADO:

Ora, somente se e quando ocorrer violação de disposição legal ou constitucional estará o Poder Judiciário autorizado a imiscuir na gestão executiva da Administração Pública.

Mesmo para aqueles que advogam a possibilidade ampla da intervenção judicial, o faz sob o enfoque da *proporcionalidade* e da *razoabilidade* do ato administrativo, concebendo que o Poder Judiciário “**não pode examinar os critérios de valor em que se baseou a autoridade administrativa, porque estaria penetrando no exame da discricionariedade**”; daí, porque “**não pode o Poder Judiciário invadir esse espaço reservado, pela lei [arts. 194 e parágrafo único, 197 e 198 da CF], ao administrador, pois,**

⁷⁶ PALU. Oswaldo Luiz, Ob. cit. – p. 303.

⁷⁷ PALU. Oswaldo Luiz, Ob. cit. – p. 308.

⁷⁸ PALU. Oswaldo Luiz, Ob. cit. – p. 323.

caso contrário, estaria substituindo, por seus próprios critérios de escolha, a opção legítima feita pela autoridade competente [o legislador]...”⁷⁹ (CONCLUSÃO)

Portanto, somente se pode conceber a penetração do Poder Judiciário na conteudicização do direito fundamental prestacional, no caso da saúde, quando: **1-** declarar a inconstitucionalidade da lei 8.080/90; ou **2-** declarar a lei 8.080/90 desconforme à Constituição por insuficiência; ou **3-** declarar a inconstitucionalidade por omissão do Poder Legislativo ao atendimento do preceito constitucional dos arts. 194 e parágrafo único, 197 e 198⁸⁰.

Porque, nestas hipóteses ter-se-á ocorrido uma violação pelos Poderes Legislativo e Executivo do *princípio normativo* (neoconstitucionalismo) *constitucional*; de contrário terá de, na dicção da estrutura político e jurídica do país, limitar-se à sua atuação.

“O Estado atual, com suas lutas e contraposições de interesses, não pode dissolver-se em jurisdição, sem que ele mesmo se dissolva”⁸¹.

Pois, “somente quando a disposição dos poderes públicos infringe a Constituição ‘à primeira vista’, ‘de modo reconhecível para o homem’, ‘abertamente’, ‘inequivocamente’, ‘sem dúvida’, é inconstitucional”⁸². (CONCLUSÃO)

E no caso do Brasil, o Poder Legislativo, como se viu, cumpriu a imposição normativa da Constituição Federal e criou o *sistema único de saúde, hierarquizado* para distribuição à população dos objetos instituídos para a prestação de saúde, de forma que, se aos olhos do Poder Judiciário *são insuficientes, deverá atuar, não como “ativista”* diante de políticas públicas em andamento, mas como órgão de controle de constitucionalidade (validade) para declarar a ordem jurídica infraconstitucional desconforme à constituição por insuficiência em atender a ordem social de saúde, ou, ainda, declará-la inconstitucional por qualquer violação a dispositivo constitucional impositivo.

Mesmo aqueles que advogam a existência de “*lacunas*” ou “*silêncio eloquente*”, não refutam as limitações impostas à atuação do Poder Judiciário⁸³, mas, de qualquer forma, não divisam o campo da concretização da conteudicização.

⁷⁹ DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella, Direito Administrativo, Atlas, 14ª Ed., São Paulo, 2002, - p. 209/210.

⁸⁰ “Controle judicial de constitucionalidade de atos do poder executivo e legislativo, notadamente no âmbito das políticas públicas e da efetivação de direitos sociais e prestacionais...” (Lênio Streck, citado por INGO WOLFGANG SARLET A Eficácia dos Direitos Fundamentais - Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. Editora Livraria do Advogado, 10ª Ed., 2009, p. 355).

⁸¹ PALU. Oswaldo Luiz, Controle dos Atos de Governo pela Jurisdição. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004, - p. 305.

⁸² PALU. Oswaldo Luiz, Ob. cit., p. 313, citando HANS PETER SCHNEIDER, Democracia y constitución, p. 201, Madrid, 1991.

⁸³ “O Supremo Tribunal... tem poder de emitir diretivas ou ordens destinadas à efetivação dos direitos fundamentais” (JÚNIOR. Dirley da Cunha, Controle Judicial das Omissões do Poder Público. Saraiva. Para Uma Delimitação Conceitual de Omissão Inconstitucional - CAP. III. Artigo publicado no curso de pós-graduação REDE LFG, citando o Tribunal Indiano) o que não corresponde à conteudicizar.

As lacunas somente podem ser aquelas que impedem ou dificultam o acesso aos serviços e ações estabelecidos, jamais como sendo aquelas que ensejam a inserção de um novo *conteúdo* a ser satisfeito na esfera individual e não geral.

Pertinente a lição de INGO WOLFGANG⁸⁴ quando trata das lacunas, preconizando que nem sempre é possível o emprego desta “solução”, e, mesmo quando for utilizá-la não se pode afastar da observância da ordem jurídica, existindo “certas barreiras que impedem se possa acolher de forma absoluta a solução proposta.”:

“Com efeito, especialmente no que concerne aos direitos fundamentais sociais de natureza prestacional, verifica-se que os limites da reserva do possível, da falta de qualificação (e/ou legitimação) dos tribunais para a implementação de determinados programas socioeconômicos, bem como a colisão com outros direitos fundamentais podem, dentre outros aspectos, exercer uma influência decisiva”.

Talvez, esta confusão se deve ao fato de “não havendo especialização – salvo e dentro de certos limites – são os mesmos indivíduos que passam de um plano a outro”⁸⁵, isto é, da *dimensão judicial* para a *dimensão política*.

Ademais, o poder conferido ao Poder Judiciário não é ilimitado, assim como qualquer órgão estatal, deve desempenhar suas funções nos limites jurídicos de sua dimensão judicial; logo, ao órgão executor das leis compete engendrar esforços para sua efetivação no seio social, sendo a própria lei de *contencioso* os limites jurídicos de sua *atuação* e *conformidade* que poderá ser examinada pelo Poder Judiciário.

5.2.1. DA OBRIGAÇÃO À PRESTAÇÃO E SEUS OBJETOS:

Para nós a confusão de posições ora numa ora noutra dimensão do Poder Judiciário, se deve, também, ao fato de confundir não só *conteúdo com concretização*, mas, também, *obrigação e seu objeto, prestação e seu objeto*.

O Poder Judiciário, p. ex., pode dizer a todo instante, em declarações e posições, que o cidadão tem direito fundamental ao salário mínimo na forma do art. 7º, IV, da Constituição Federal, isto é, que lhe proporcione e para sua família, moradia, lazer, educação, transporte, cultura, e, evidentemente, saúde.

Mas, uma coisa é dizer quais os direitos que as pessoas têm frente aos direitos fundamentais, outra bem diferente, é dizer quais os objetos são integrantes deste direito.

Primeiro porque a acepção da palavra “direito” é tão grande, vasta, complexa e tormentosa que até hoje é usado em variadas acepções.

⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos de fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1988. PP. 235-248.

⁸⁵ PALU. Oswaldo Luiz, Controle dos Atos de Governo pela Jurisdição. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004, – p. 322.

Então, devemos substituir direitos por prestações, e: *uma coisa é dizer quais as prestações que as pessoas são titulares frente aos direitos fundamentais, outra bem diferente, é dizer quais os objetos destas prestações.*

Estabelecido um direito fundamental positivo exsurge para o Estado uma *obrigação* cujo **objeto** é uma *prestação de fazer* e para o cidadão o *direito de exigir esta prestação*. Em face da eficácia plena dos direitos fundamentais, porém, carente de completude definidora do *objeto* da prestação de fazer que a Constituição legou aos Poderes Executivo e Legislativo, em princípio o que se poderá exigir imediatamente, *in casu*, é somente esta *prestação de fazer*, cujo objeto está definido: **legislar**.

Mas, prestação à saúde também é uma *cláusula aberta*, logo, não há um objeto pré-determinado no princípio normativo do direito fundamental prestacional, definindo quais seriam as *ações e serviços de saúde*, evidenciando, a carência de complementação e, portanto, o significado de “*normas de integração completáveis*” na lição de CELSO RIBEIRO BASTOS e CARLOS AYRES BRITTO⁸⁶.

Volvendo-nos ao Capítulo Seguridade Social, vemos que a primeira prestação de fazer é de natureza legislativa, qual seja, lei instituindo o sistema único de saúde, esta é o primeiro *objeto* da prestação decorrente da *obrigação* imposta ao Estado, a exigência de que fosse o sistema único instituído nos moldes dos arts. 194 a 198 da Constituição Federal.

Esta primeira prestação imanente ao direito fundamental à saúde já vem estabelecida e conteudicizada (*objeto*) pela norma constitucional, como se infere da redação dos citados arts. 197 e 198, qual seja, uma *obrigação legiferante*, cujo **objeto** é a *prestação* de um *ato*, de *um agir*, de *um fazer*, do *Estado*, que tem por *objeto* a instituição regular do sistema único de saúde (lei).

Tanto que, omitindo o Poder Legislativo no cumprimento de seu mister, duas hipóteses se verificariam: **1-** a inconstitucionalidade por omissão, fato que autorizaria o Poder Judiciário a estabelecer regras próprias em substituição à falta de legislação; ou **2-** a ausência da norma seria regulada, perante o particular, pelo Mandado de Injunção, cuja ordem judicial, igualmente, substituiria a falta de legislação.

Nestas hipóteses verifica-se que o Poder Judiciário desempenharia suas funções em suas duas *dimensões*: política e judicacional.

Porém, no uso de sua competência legiferante o Poder Legislativo instituiu o Sistema Único de Saúde (SUS), de forma hierarquizada e descentralizada (*que não deve ser confundida com desconcentração, pois, nesta importa a transferência de competência de decisão*), logo, ocorreu a **satisfação da obrigação de fazer**, concretizando o objeto da primeira prestação decorrente do direito fundamental à saúde, isto é, a entrega (prestação) da lei (objeto) do sistema único de saúde sobre o qual o interesse do cidadão recaía.

A segunda *obrigação estatal* tem por *objeto*, também, uma *prestação de fazer*, cujo **objeto** é a instituição das “*ações e serviços*” do sistema único de saúde; embora

⁸⁶ LENZA. Pedro, Direito Constitucional Esquematizado. Saraiva, 13ª Ed., São Paulo, 2009, p. 143.

também fixado na ordem constitucional, arts. 197, 194, 196, *in fine*, e 198, estes não vêm definidos, carecendo de conteudicização, posto que, tal deverá ocorrer “*nos termos da lei*” (197), quando da regulamentação do sistema único e *hierarquizado* de saúde (198), que assegure o **acesso** a ações e serviços de saúde de forma *universal* e *igualitária* (196), observando a *irredutibilidade* dos já existentes, a *uniformidade* e *universalidade* da cobertura (194), por isto, necessária uma *política pública* de *seletividade* dos serviços e ações, a fim de assegurar a *distributividade* (194 parágrafo único).

Portanto, a *primeira prestação* com objeto definido é a instituição do sistema único de saúde; e a *segunda* é a regulamentação deste sistema a fim de estabelecer (conteúdo) as ações e os serviços de saúde.

Temos, assim, uma *prestação* com *objeto* a ser positivado, e, por isso dependente de uma *política pública*, de uma ação de competência de Governo como se viu.

A lei 8.080/90 veio instituir o sistema único de saúde e estabelecer as competências hierárquicas de cada ente da federação, mas, também ela deixou para o órgão de saúde do Poder Executivo da União implementar as ações e serviços que serão *objetos* da *prestação* de saúde sobre os quais recaem o interesse da população.

Quais seriam estes serviços? Aqui se verifica a remessa pela própria Constituição Federal à competência dos Poderes Legislativo e Executivo, por isto se diz que ocorreu, atualmente, uma *fusionalidade* de competências.

A segunda *prestação* tem por *objeto*, logo, *um fazer do Estado*, e o seu *objeto* as *ações e serviços* de saúde preconizados pelas tabelas do SUS⁸⁷; estes o *conteúdo* da *prestação de fazer* do direito fundamental à saúde.

Destarte, a *prestação* foi conteudicizada pelos *serviços* fixados em face de **política pública**. Uma vez preenchida a *prestação* de *entregar* com o *objeto* (ou objetos) a ser entregue, passa-se para a *gestão executiva*, que é a concretização, e que, sem dúvida, obedece à *hierarquia* estabelecida na lei 8.080/90 instituidora do próprio sistema único de saúde.

Evidente, que para se chegar às ações e serviços descritos nas mencionadas tabelas entraram em cena os **objetivos** do parágrafo único do art. 194 da Constituição Federal, portanto, questão eminente de *política pública seletiva* (**discricionariedade**), a fim de assegurar as *prioridades* de saúde de cada região com vista à *redução de risco e agravos de doenças*, à *universalidade*, à *uniformidade*, à *irredutibilidade* e à *igualdade de acesso*.

Logo, o objeto da *prestação* é resultado da *exigibilidade* da *obrigação constitucional imposta ao Estado*; ele (objeto) é que possibilita concretizar na realidade esta *prestação de fazer* e, por conseguinte, comprova a satisfação da *obrigação estatal*. O objeto da prestação de fazer é, assim como ela, numa visão holística, conteúdo do direito fundamental, nele se contêm, são imanentes a ele, como um complemento a dar-lhe materialidade (concretude); é através dele (objeto) que a *prestação* se manifesta

⁸⁷ Portarias 2.577 de 27.10.06, 2.203 de 05.11.96, 1.742, de 30.08.96, 106 de 22.01.09, 2.981 e 2.982 de 01.01.10, dentre outras.

densamente, cujo meio é o atendimento; por isso, ele só pode ser exigido – *exigibilidade* – quando instituído pelo Poder Público.

Em outras palavras, a Constituição Federal ao erigir a saúde como *direito fundamental* impôs uma *obrigação* ao Estado, esta obrigação tem por *objeto*: uma *prestação de fazer legiferante*; esta *prestação de fazer* (que é o **agir** do Estado), tendo, também, seu *objeto*: a lei reguladora e instituidora do sistema único de saúde e a política pública definidora das *ações e serviços* de saúde do sistema.

Assim, quando o Estado diz que o cidadão, pelo SUS, terá acesso a um rol de medicamentos, cirurgias, médicos, especialidades, tratamentos, etc. de saúde, *hierarquizados*, ou seja, distribuídos entre as ações e serviços de *gestão executiva* aos Municípios, Estados e União, ele completa (concretiza) o plano de imanência do direito fundamental à saúde, posto que, positiva a *prestação de fazer* (criou o sistema único, as políticas, ações e serviços de saúde) e *conteudicizou-a* fixando seus *objetos* com o rol de *serviços e ações* individuados e especificados, satisfazendo a obrigação constitucional imposta.

Quanto à *obrigação e seu objeto*, a *prestação e seu objeto* vale a pena transcrever de nossa doutrina:

O *objeto* da *obrigação* “é uma prestação, e esta sempre constitui um fato humano, uma atividade do homem, uma atuação do sujeito passivo”⁸⁸, atuações políticas: num primeiro momento a “atuação” legislativa, e num segundo momento de conteudicização das ações e serviços do SUS.

“Os direitos obrigacionais visam à prática de determinada ação ou omissão do sujeito passivo”⁸⁹, *in casu*, a instituição do SUS e a definição seletiva das ações e serviços de saúde a serem *universal e igualitariamente entregues distributiva e permanentemente* à população.

Em suma, o **objeto** das obrigações será sempre *dar, fazer ou não fazer algo*. **Não se confundindo, portanto, objeto da obrigação com objeto da prestação**. Neste sentido: “...não se confunda com o objeto da obrigação.. O objeto imediato da obrigação é a prestação. Objeto mediato, o bem ou serviço a ser prestado, a coisa que se dá...” (ORLANDO GOMES)⁹⁰; “...objeto mediato, que é o bem móvel, imóvel ou semovente sobre o qual recai o direito, devido à permissão que lhe é dada por norma jurídica de ter alguma coisa como sua” (MARIA HELENA DINIZ)⁹¹ “...a atividade que se impôs ao sujeito passivo de efetuar a entrega daquele bem; o credor tem o direito a uma prestação, e esta consiste exatamente na ação de entregar...” (CAIO MÁRIO)⁹² “...uma coisa é o ato, a prestação a que o obrigado se encontra vinculado; outra a coisa material, em si mesma considerada, sobre a qual o ato incide” (ANTUNES VARELA)⁹³.

⁸⁸ PEREIRA. Caio Mário da Silva, Instituições de Direito Civil, Vol. II; Forense, 15ª Ed., Rio de Janeiro, 1997, p. 13.

⁸⁹ GOMES. Orlando, Obrigações. Forense. 11ª Ed., Rio de Janeiro, 1997, p. 15.

⁹⁰ GOMES. Orlando, ob. cit. – p. 14.

⁹¹ DINIZ. Maria Helena, Curso de Direito Civil Brasileiro, Teoria Geral das Obrigações, 2º Volume. Saraiva, 7ª Ed., 1993, p. 35.

⁹² PEREIRA. CAIO MÁRIO DA SILVA, ob. cit. – p. 13.

⁹³ DINIZ. Maria Helena, ob. cit. – p. 34/35.

Quando estabelecem um agir ou diretrizes do agir do Estado, os direitos fundamentais criam uma *obrigação ao Legislador*, cujo *objeto* é uma *prestação de fazer* (objeto da obrigação), que tem por *objeto a regulação e disciplinamento* do direito deles decorrentes (objeto da prestação). Assim, no caso do art. 196 a prestação é de fazer e seu objeto: legislar sobre as *políticas econômicas e sociais e ações e serviços* de saúde.

Dito isto, o *objeto imediato* do interesse do cidadão (credor) é a *prestação de fazer* imposta ao Estado (devedor) em termos *legislativo* pelos direitos fundamentais, qual seja, o disciplinamento e regulação das políticas e ações de saúde; e o *objeto mediato* do interesse do credor (cidadão) decorrente dos direitos fundamentais são os *conteúdos* (bens/objetos) da prestação dos direitos fundamentais, isto é, àqueles serviços concretizados que ao cidadão é conferido em consequência.

Percebe-se que o art. 196 da CF em simetria com os demais de idêntica estrutura, ao estabelecer o direito fundamental à saúde como direito de todos, erigiu, por sua inteireza, um *direito subjetivo de acesso* às ações e serviços (objetos) a serem definidos ou estabelecidos (criados/conteudicizados) pelo Estado com vistas ao preceito do sistema único de saúde, a prevenção e redução de riscos.

Assim, a ordem constitucional é o plano de imanência que será povoado (conteúdo) pelo sistema único de saúde (plano material) e pelas ações e serviços de saúde (plano material)⁹⁴ estabelecidos pelo poder competente com vistas ao acesso universal e igualitário.

5.2.2. LIMITES À JURISDIÇÃO PARA CONTEUDICIZAÇÃO PELA JUDICIALIDADE:

Quando poderia o cidadão fazer-se substituir o Estado, mediante tutela judicacional, a obter uma conteudicização do direito fundamental à saúde que atende somente à sua necessidade, isto é, fora da observância da *universalidade, uniformidade, seletividade e distributividade*?

Entendemos que a judicialização neste aspecto somente poderá ocorrer: **1-** quando houver omissão inconstitucional do Estado; **2-** quando deixar o Estado de promover a paulatina construção do conteúdo das prestações de direitos fundamentais –

⁹⁴ Exemplificamos com as chamadas Caixas Chinesas, utilizadas pela física quântica para demonstrar que o preenchimento do campo de imanência, isto é, uma contida na outra e ao final, todas contidas num *todo* que as abrange. Assim, os direitos fundamentais são **o todo**, nele se inserem a **obrigação** estatal, cujo **objeto** é a **prestação de fazer** o sistema único de saúde e as políticas públicas de saúde; nestas se inserem dois **objetos** um, a lei de criação do SUS; e outro, a fixação das ações e dos serviços de saúde, correspondendo o rol de medicamentos, cirurgias, especialidades médicas, sobre o qual recai o interesse dos cidadãos.

omissão inconstitucional; 3- quando houver recusa de atendimento⁹⁵, como *acesso* aos procedimentos médico-hospitalares, às ações/serviços suplementares ou complexos de saúde já instituídos pelas políticas de saúde pública, de competência, respectivamente, do Estado e da União; e 4- ou quando houver recusa ao atendimento, como *acesso* a procedimentos médico-hospitalares, às ações/serviços da atenção básica de saúde de competência dos Municípios.

Quando a ordem jurídica atua a conteudicizar um direito fundamental, como no caso, o direito fundamental à saúde, e o faz de maneira *sistemática e seletiva*, a fim de alcançar a *universalidade* e, portanto, a *igualdade de acesso*, tem-se que: *qualquer pretensão de vislumbrar um direito subjetivo a objeto certo e determinado em razão de um receituário médico, ainda que em caráter de urgência/emergência, com fundamento no direito fundamental à saúde, estará substituindo a conteudicização dos direitos fundamentais pelo Estado e transferindo-o para o interesse pessoal dos destinatários*.

De todo exposto, denota-se que a concretização de direitos fundamentais pelo Poder Judiciário ocorre somente no âmbito da *gestão executiva*, logo, no espaço de sua dimensão judicial, quando houver negação ou supressão de atendimento/fornecimento. No espaço de sua dimensão política somente quando houver omissão inconstitucional ou desconformidade constitucional.

Na primeira, existe o sistema único de saúde, as ações e serviços foram positivados e *hierarquizados* segundo a competência de cada ente da federação e, portanto, comporta imediato atendimento ao cidadão (direito subjetivo de acesso), sob pena de uma ordem judicial (judicialidade); na segunda, existe o direito fundamental preconizado com força normativa e imperativa e o Estado queda-se omissor, o Poder Judiciário, então, atua, segundo as regras do processo constitucional, para determinar o atendimento daquela necessidade da pessoa (ou grupo de pessoas) e para que o legislador cumpra o seu *facere*.

Fora isso, não pode, a pretexto de concretizar ou efetivar ou maximizar os direitos fundamentais, acabar por conteudicizá-los segundo um interesse individual, mormente em face do comportamento social geral, tendente ao egoísmo⁹⁶ e ao

⁹⁵ Atendimento, neste trabalho, é empregado no sentido constitucional de acesso a serviços e ações de saúde, a procedimentos médico-hospitalares, medicamentos, exames, tratamentos, cirurgias, dentre outros.

⁹⁶ “Uma distorção na forma de se conceber o exame do interesse individual, que destacadamente a partir das obras de Hegel e de Marx **assumiram um caráter ligado exclusivamente ao egoísmo**. Assim, os valores de cunho individual em nossa sociedade são entendidos a priori como ‘pequenos burgueses’ e passíveis de serem descartados diante de interesses sociais maiores. Contudo, os riscos da aceitação desse ponto de vista de forma acrítica nos parece muito perigoso para a democracia. Não precisamos aqui recorrer a argumentos de cunho religioso, nos quais o Talmud poderia ser lembrado — aquele que salva uma vida, salva toda a humanidade. Tampouco lembrar a narrativa de Bertold Brecht, lembrando que no primeiro dia buscaram seus vizinhos judeus e como não era judeu, nada fez; no segundo dia, buscaram os negros, no terceiro dia os comunistas e assim por diante. E termina dizendo que quando foram buscar o narrador não havia mais ninguém que o pudesse defender. Podemos sim, de forma singela lembrar que a defesa de um direito individual canaliza forças para a construção de uma cidadania efetiva e uma democracia participativa, principalmente em uma sociedade, como a brasileira, em que as pessoas buscam cada vez mais se isolar afastando-se de questões comunitárias ou públicas, como se exemplifica com a pouca paciência que temos quando de uma convocação para uma reunião de condomínio ou para exercermos nosso direito de voto”. (CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza e SOUZA, Débora Cardoso de. Obra: Vinte Anos da Constituição Federal de 1988. Os riscos para a democracia de uma Compreensão indevida das inovações no Controle de constitucionalidade. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, SARMENTO, Daniel, BINENBOJM,

individualismo das pretensões, que nada têm com os preceitos e objetivos do Estado Democrático de Direito. Tampouco foi dado à sociedade esta competência na distribuição *quadripartite* da responsabilidade pela Seguridade Social.

É preciso compreender as duas **dimensões** do Poder Judiciário no âmbito Constitucional dirigente, isto é, uma política e uma judicial. É na **dimensão política** que se prende a conteudicização dos direitos fundamentais positivos, momento que o Poder Judiciário poderá atuar, seja por seus conceitos, seja pela experiência jurisprudencial, para a construção/ampliação dos objetos componentes das prestações fundamentais.

Quando, porém, em sua **dimensão judicial** deve se reservar à estrita observância da competência *gestora-executiva* do sistema único de saúde e dos objetos (conteúdo) da prestação nesta inseridos, porque, não só deve respeito à supremacia da Constituição Federal, à hierarquia das leis, ao sistema federativo, à separação de poderes, e aos próprios enunciados constitucionais de estruturação do sistema de saúde pública, eis que exerce uma atividade de adequação *fato-norma-valor* e não um juízo de *controle de constitucionalidade e de conformação* do sistema único de saúde, mas, também, ao limite da jurisdição.

Tanto é assim, que “a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável”⁹⁷.

Significa, portanto, haver **limites formais e materiais normativos** que impedem o Poder Judiciário de judicializar questões de *políticas públicas* à margem dos *controles de constitucionalidade e de conformidade*, mormente quando não declara(ou) a inconstitucionalidade ou invalidade ou insuficiência das *ações e serviços* instituídos como objetos da prestação Estado dentro do sistema único de saúde, instituídos e regulados pela lei 8.080/90, em concretização dos arts. 194, 196, 197 e 198, da Constituição Federal.

Ademais, não podemos nos esquecer de que a conteudicização máxima dos direitos fundamentais, sempre restará insuficiente ao atendimento de todas as necessidades e demandas sociais, o que **não pode caracterizar “desconformidade”** (insuficiência) com a Constituição Federal, revelando-se um limitador à judicialização:

“...nem sua positivação na esfera infraconstitucional têm o condão de, por si só, produzir o padrão desejável de justiça social, já que fórmulas exclusivamente jurídicas não fornecem o suficiente instrumento para a sua concretização, assim como a efetiva implantação dos direitos sociais a prestações não pode ficar na dependência exclusiva dos órgãos judiciais, por mais que estes cumpram destacado papel nesta esfera”. [...] **não há como satisfazer simultaneamente em níveis ótimos todas as necessidades e desejos**”⁹⁸.

Gustavo (coords.). Vinte Anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, pp. 93-115.)

⁹⁷ SARLET. Ingo Wolfgang, A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. Editora Livraria do Advogado, 10ª Ed., 2009, – p. 287.

⁹⁸ SARLET. Ingo Wolfgang, ob. cit. – p. 288 e 353.

Até porque, “é a natureza do objeto que determina as especificidades que impedem uma eficácia plena destes direitos fundamentais”⁹⁹; e, embora todas as normas constitucionais têm eficácia há uma “*gradação*” desta eficácia à medida que deixa maior ou menor possibilidade de atuação *governamental-normativa*:

“Todas têm juridicidade, mas seria uma utopia considerar que têm a mesma eficácia, pois o seu grau eficaz é variável”¹⁰⁰.

Por isso que se diz que “o operador do Direito há que considerar, no momento da concretização as pretensões jurídicas, a natureza de cada bem que integra essa mesma pretensão”¹⁰¹, revelando-nos, igualmente, um limitador ao Poder Judiciário em sua usual “concretização”.

Tomamos, aqui, a expressão *bens* em seu sentido mais amplo¹⁰². E os bens que integram o sistema único de saúde são aquelas ações e serviços definidos (conteudicizados) pelo Estado e constantes das tabelas do SUS – **objetos das prestações de saúde** – que serão distribuídos à sociedade de forma *universal e igualitária*, garantindo-se o *acesso* (direito subjetivo do cidadão).

Destarte, **estabelecer o objeto** (conteúdo) das prestações de saúde **não é função concretizadora é função política**, é função das *políticas públicas*; e, portanto, na concreção o que há de se verificar é o *bem* que integra esta prestação de saúde como seu objeto e se o *acesso* a este objeto foi ou não restringido¹⁰³ ou obstado pelo órgão executor (concretizador) do Poder Executivo.

Manifesta-se, portanto, a LEGITIMIDADE das posições políticas adotadas na conteudicização da prestação de saúde, na medida que se concebe uma limitação para as considerações do que possa ou não vir a integrar as “*ações e serviços*” de saúde já que, não só passa pela *possibilidade econômica* expressa no próprio art. 196 da Constituição Federal, como também, pela *universalidade, uniformidade, distributividade e igualdade*, o que LEGITIMA a *seletividade* em face das prioridades de cada região¹⁰⁴.

Logo, o Poder Judiciário quando determina, aleatoriamente, na cadeia federativa, a satisfação de um atendimento, não está construindo/concretizando – *embora seja parte integrante da construção/conteudicização no nível político* – o direito fundamental à saúde, mas, somente constituindo um “dar” (as decisões têm natureza *constitutiva*)

⁹⁹ SARLET. Ingo Wolfgang, A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. Editora Livraria do Advogado, 10ª Ed., 2009, p. 308.

¹⁰⁰ DINIZ. Maria Helena, Constituição Federal Anotada, p. 335, in, Lenza. Pedro, Direito Constitucional Esquematizado. Saraiva, 13ª Ed., São Paulo, 2009, p. 143.

¹⁰¹ CRUZ. Álvaro Ricardo de Souza, Hermenêutica Jurídica E(M) Debate. Editora Fórum; Minas Gerais, 2007, – p. 366.

¹⁰² Como o fez JOHN RAWLS. Também, Pedro Lenza sobre os direitos fundamentais: “...os direitos são bens e vantagens prescritos na ordem constitucional...” (LENZA, Direito Constitucional Esquematizado. Saraiva, 13ª Ed., 2009, São Paulo, p. 671).

¹⁰³ Adverte-nos o Prof. Álvaro Ricardo, na obra citada que “a proibição de retrocesso social não pode ser entendida como uma postura imobilista e preservadora de privilégios” (p. 375).

¹⁰⁴ Significa dizer que há uma grade básica, porém, frente aos problemas de saúde peculiares de cada região, se estabelece *objetos* diversificados como conteúdos da *prestação de saúde*, a fim de atender a demanda específica; p. ex., numa região a incidência de diabetes é maior que em outra, assim, na atenção básica o *conteúdo* da prestação de saúde (objeto) é diverso que em outra cuja peculiaridade é a hipertensão.

por uma *interpretação-aplicação isolada* ou “*em tiras*” da Constituição Federal, precisamente, do art. 196.

Tanto isso é verdade que a *igualdade* do art. 5º “deve ser interpretada em conjunto com o art. 3º da Constituição”, que preconiza a “promoção do bem de todos”, de modo que “o acesso aos bens e serviços está assentado no princípio de que todos têm direito a ter acesso aos bens”¹⁰⁵.

Reafirma-se, pois, que a pretensão da sociedade ou do indivíduo em ampliar ou introduzir um novo “*bem*” nos “*serviços e ações*” de saúde, deverá ser exercida (e devem, já que os direitos são um construído) na **dimensão política**, não na *dimensão concretizadora*, instrumento de efetivação dos objetos da prestação de saúde a que o Estado se obrigou no nível social.

Sem isto, esvaziaria os direitos fundamentais na medida que levaria à falência todo sistema único de saúde por impor objetos à prestação de saúde totalmente fora da dimensão social, isto é, da perspectiva coletiva.

Não se trata de colocar o Poder Judiciário como mero espectador ou passivo aplicador da lei, mas, de direcionar a atuação de seus órgãos às suas **dimensões política e jurisdicional** e a divisar a atuação judicacional da atuação política; o *campo de atuação judicacional* e o *campo de atuação política*.

Ao fundir as duas numa só, levou à superação da estrutura preconizada pela própria Constituição Federal, para, numa aplicação isolada e fragmentada de seu art. 196, determinar o atendimento de saúde contendo objeto diverso daqueles conteudicizados nas “*ações e serviços*” que só atende o interesse individual, portanto, fora da “*perspectiva do nós*”¹⁰⁶, sob o argumento do direito fundamental.

Este argumento leva-nos, inclusive, a pressupor que o Estado, em face do objetivo profilático do Sistema Único de Saúde contido na Carta Política, não pode permitir ou deixar que qualquer do povo fique doente, contraia uma doença, pois, deve eliminar os “*riscos*” e desenvolver “*ações*” de saúde “*preventivas*”.

Para nós este argumento, embora contido no art. 196, não se *harmoniza* com a inteireza dos direitos fundamentais, com a sua perspectiva *maximizadora* e *evolutiva*, nem com a regra de *concreção*, **ultrapassando os limites da legalidade da jurisdição**¹⁰⁷.

Ademais, é preciso compreender que **inexistem** *direitos fundamentais positivos* absolutos, pode-se vislumbrar o absolutismo dos *direitos fundamentais negativos*, de abstenção Estatal, mas não nos positivos, de prestações. É o que nos revela toda doutrina pátria:

¹⁰⁵ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. A construção da igualdade e o sistema de justiça no Brasil: Alguns caminhos e possibilidades. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, págs. 31 a 42. Artigo apresentado na pós-graduação REDE LFG.

¹⁰⁶ CRUZ. Álvaro Ricardo de Souza, Hermenêutica Jurídica E(M) Debate. Editora Fórum; Minas Gerais, 2007, - p. 373, Nota de Rodapé: HABERMAS, Verdade e justificação, p. 303.

¹⁰⁷ PALU. Oswaldo Luiz, Controle dos Atos de Governo pela Jurisdição. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004, - p. 300: “... a vinculação do Tribunal Constitucional à Constituição, que não deixa ao arbítrio dos juízes se eles querem se restringir ou não”.

“Declarações e convenções de direitos humanos abrem, por vezes, a possibilidade de restrição ou de derrogação de certos direitos em circunstâncias determinadas, em prol do interesse público”¹⁰⁸.

Não se olvida também que os direitos fundamentais sofrem limitações do próprio sistema, condicionados que estão, diretamente, ao **equilíbrio social**, ao **bem comum**, à **igualdade**, e à **possibilidade econômica** do Estado.

Esta doutrina revela, ainda, a *cambialidade* dos direitos fundamentais prestacionais, que se mostram variantes em razão *do local, do tempo, da pessoa, da idade, de situações jurídicas e sociais*, etc.¹⁰⁹

Portanto, o campo da concretização é o da efetiva entrega do objeto da prestação de saúde – gestão-executiva – e não da criação (conteudicização) do objeto desta prestação. Trata-se, pois, de uma limitação ao poder de concreção porque somente pela atuação legislativa se poderá instituir ou criar novos objetos inerentes à prestação de saúde; do contrário aqueles pressupostos de *universalidade, distributividade e igualdade* restarão esvaziados com grave dano ao próprio sistema único de saúde¹¹⁰.

Os excertos abaixo, extraídos do professor ÁLVARO RICARDO¹¹¹, esclarece a questão da *problematização da judicialidade e concretização* dos direitos fundamentais por meio de uma conteudicização da prestação de saúde, nela inserindo “*novos*” objetos a partir do interesse individual e para satisfazer somente uma pretensão individual:

“O juiz deve sempre considerar aspectos da macro-justiça ao examinar demandas sociais. O problema é que há um absoluto despreparo para tanto. Ele aprende, quando aprende, que deve contribuir para a inclusão social. Acostuma-se a ver nossos ‘políticos’ como corruptos e os serviços públicos – como, por exemplo, o INSS – como insensíveis e morosos. E, a partir de então, pretendem tornar a jurisdição em um balcão de assistência social”.

[...]

“... há que se ter sempre a consciência da finitude de recursos...”

¹⁰⁸ PIOVESAN & IKAWA. Flávia & Daniela, Segurança Jurídica e Direitos Humanos: o Direito à Segurança de Direitos, in, Constituição e Segurança Jurídica. Editora Fórum. 2ª Ed., 2009, coordenado por CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, p. 65.

¹⁰⁹ “O que é fundamental para determinado Estado pode não ser para outro, ou não sê-lo da mesma forma” (SARLET. Ingo Wolfgang, A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. Editora Livraria do Advogado, 10ª Ed., 2009, – p. 76), daí a razão de se afirmar que mesmo as chamadas “categorias universais” sofrem valorações condicionadas à realidade socioeconômica, política e cultural de um dado momento da história.

¹¹⁰ Tanto assim, que o art. 4º do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, estabelece: “reconhecem que, no exercício dos direitos assegurados em conformidade com o presente Pacto pelo Estado, este poderá submeter tais direitos unicamente às limitações estabelecidas em lei, somente na medida compatível com a natureza desses direitos e exclusivamente com o objetivo de favorecer o bem-estar geral em uma sociedade democrática”.

¹¹¹ CRUZ. Álvaro Ricardo de Souza, Hermenêutica Jurídica E(M) Debate. Editora Fórum; Minas Gerais, 2007, – p. 379, 385 e 386.

“...a concessão judicial de um benefício implica sempre a negação de direitos sociais igualmente relevantes para outras pessoas – que não estão no processo e que em geral não tem as mínimas condições de nada pleitear.”

“Saber que a concessão de um tratamento de AIDS pode, de outro lado, condenar uma criança a padecer de poliomielite por ausência de vacinação ou por falta de recursos na farmácia básica... É preciso que o magistrado saiba que garantir a entrega gratuita de um Interferon Peguilado para um paciente pode importar na paralisação de obras para saneamento básico.”

“...reconhecer que a universalidade imposta pelos argumentos morais do Discurso determina não somente a consideração dos direitos do pleiteante, mas também os de outras pessoas afetadas pela decisão”.

Com isto, esperamos ocorra uma reflexão maior do Poder Judiciário antes de proferir decisões, liminares ou não, que somente confirmam um desvirtuamento da função judicacional, fundindo-a com sua *função política de controle de conformidade e constitucionalidade* das políticas públicas, pelas quais o Estado conteudiciza, ou seja, define e estabelece por critérios de *seletividade*, os objetos da prestação de saúde (ações e serviços).

5.2.3 LIMITES À JURISDIÇÃO PARA JUDICIALIZAÇÃO DE ATO DE EXECUÇÃO:

A tarefa do legislador é adotar condições legais e materiais para a concretização dos direitos fundamentais de prestação.

É preciso ter em conta que “boa parte dos direitos fundamentais sociais consagrados na nossa Constituição já foram objeto de concretização pelo Legislador, não havendo dúvida de que o particular é – **nos termos da legislação concretizadora** – titular de um direito subjetivo à prestação contemplado na Constituição”¹¹².

A partir do momento que os Poderes Legislativo e Executivo cumpriram o seu mister, a intervenção do Poder Judiciário para definir o *objeto da prestação* só pode ocorrer no **nível político de controle de constitucionalidade e de conformidade dos atos de Governo** conteudicizadores; e *somente se e depois de* declarada a *inconstitucionalidade* ou *desconformidade* destes atos de Governo e reconhecer, em face da declaração, uma *omissão inconstitucional*¹¹³, poder-se-á conceber ao Judiciário intervir.

Está claro, portanto, que não compete ao Poder Judiciário conteudicizar senão quando verificadas as hipóteses de *inconstitucionalidade por omissão ou desconformidade com a Constituição* (insuficiência), porque, ainda na órbita do ato de Governo:

¹¹² SARLET. Ingo Wolfgang, A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. Editora Livraria do Advogado, 10ª Ed., 2009, – p. 300.

¹¹³ Neste sentido já decidiu o c. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL na ADIN 1458-DF, Rel. Min. Celso Mello, j. 23.05.96, DJU 20.09.06, p. 34531.

“não é qualquer desconformidade com o texto constitucional que se qualifica como inconstitucional... o descompasso dos atos do poder público com a Constituição há de ser **direto e imediato**, pois não há falar em ‘inconstitucionalidade indireta ou mediata’”¹¹⁴.

O c. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA decidiu que agindo dentro dos limites concedidos pela lei, a Administração Pública **não pode sofrer a intervenção do Poder Judiciário**:

“Com efeito, a correta interpretação do referido princípio [independência dos poderes], em matéria de políticas públicas, deve ser a de utilizá-lo apenas para limitar a atuação do judiciário quando a administração pública atua dentro dos limites concedidos pela lei.¹¹⁵”

Em análise ao art. 6º da Constituição Federal – *também direito fundamental social* – o prof. INGO WOLFGANG esclarece-nos que não é pelo fato da Constituição Federal positivar um direito fundamental “que se pode simplesmente extrair a consequência de que ao particular cabe o poder de reclamar judicial que lhe seja concedido”¹¹⁶.

Pois, é a lei que estabelece o conteúdo da prestação à saúde; é pela lei que se a concretiza; logo, **somente se e depois de** invalidada a norma conteudicizadora das “ações e serviços” de saúde, *poder-se-á conceber ao Poder Judiciário determinar a realização de uma prestação cujo objeto esteja fora da tabela do SUS*.

E submeter o titular do direito fundamental à lei **não é**, como querem alguns, sobrepor a norma infraconstitucional à norma constitucional, **nem limitar** esta por meio daquela, mas, tão-somente alertar para o fato de que o direito fundamental estabelecido carece de conteúdo que lhe é dado pelo legislador ordinário por determinação constitucional, que não o fazendo em tempo *razoável* incorrerá em *omissão inconstitucional* ou o fazendo em tempo razoável de forma *insuficiente* incorrerá em *desconformidade com Constituição*, a autorizar a intervenção judicial¹¹⁷.

Tudo isto já foi apontado anteriormente, mas será conformado com a doutrina a fim de conceber a impossibilidade de intervenção judicial no âmbito da gestão-executiva do sistema único de saúde, senão somente quando ocorre recusa ou restrição de acesso aos serviços e ações politicamente definidos.

¹¹⁴ JÚNIOR. Dirley da Cunha, Controle Judicial das Omissões do Poder Público. Saraiva. Para Uma Delimitação Conceitual de Omissão Inconstitucional – CAP. III. Artigo publicado no curso de pós-graduação REDE LFG.

¹¹⁵ 2ª TURMA – REL. MIN. HUMBERTO MARTINS – REsp. 1.041.197-MT – Acessado por meio: PDF - Documento: 906897 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJ: 16/09/2009 – julgado em 25.08.09.

¹¹⁶ SARLET. Ingo Wolfgang, *ob. cit.* – p. 300.

¹¹⁷ É neste contexto que concebemos uma Constituição dirigente, cujas normas são impositivas e devem ser observadas pelos Poderes Legislativo e Executivo, mas somente configurando uma omissão inconstitucional, a inação. Agindo o Estado cumpre seu desiderato, e o espaço de judicialização se encerra no controle de constitucionalidade e de conformidade (cf. JÚNIOR. Dirley da Cunha, Controle Judicial das Omissões do Poder Público, Saraiva, Artigo publicado no curso de pós-graduação REDE LFG, citando CLÉMERSON MERLI CLÉVE).

“Atualmente parece mais fácil admitir o controle de constitucionalidade que um controle nos atos do governo-administrador, sendo que este não tem na sua discricionariedade a amplitude de que goza o legislador”¹¹⁸.

Isto é fruto da perspectiva do *princípio da discricionariedade* em face da Administração Pública. Doutrina e jurisprudência, em face dos “*mandos e desmandos*” do Poder Executivo, acabaram por sedimentar que a *discricionariedade* deste é uma *discricionariedade vinculada* e, portanto, seu limite de disposição e atuação dá-se nos estritos termos da lei – **princípio da legalidade** – não podendo inovar a ordem jurídica, nem dispor contrário ao que ela determina.

Percebe-se logo, que como órgão *gestor-executivo* do *sistema único* de saúde a Administração Pública – principalmente a municipal – carece de “poder” para modificar a TABELA DO SUS para nesta *inserir serviços e ações* que não foram preconizados na conteudicização destes.

De modo que, em sendo considerados inadequados ou insuficientes os “serviços e ações” de saúde, o controle judicial será o da *constitucionalidade* e da *conformação*, e, portanto, no nível das *políticas públicas e atos de Governo*, como acima referido e, não na seara da gestão-executiva, o que impõe, antes da substituição da decisão política pela judicial, a precedente declaração de invalidade constitucional da norma infraconstitucional conteudicizadora do objeto da prestação de saúde.

Na medida que “o princípio da divisão de poderes, como sabemos, não permite à Administração (entendida em sentido subjetivo, como aparato administrativo) o desenvolver direto e imediato do poder de império **mediante atos de produção jurídica primários** (que ficam reservados aos órgãos legislativos), permitindo-se unicamente, como já dissemos, o realizar de atos de produção jurídica que denominávamos complementares, no sentido de que são simplesmente a execução concreta de um ato de produção jurídica abstrata contido em uma lei anterior”¹¹⁹, e, por isso mesmo à Administração **não é dado constituir um direito** senão observar a efetivação daquele **construído** por lei.

Pois, “são igualmente critérios de adequação estrutural e processual que determinam o ‘judicial self-restraint’ quanto ao controle dos objetivos políticos do governo... Eis então, magistralmente expostos, os **limites** de um controle de conformidade acerca dos **atos de endereço político**; a absoluta impossibilidade do Poder Judiciário decidir, *ordinariamente*... sobre temas que envolvam matérias de natureza **técnica** [como quais as ações e serviços de saúde constituem o objeto da prestação de saúde]... **de valor ou de prognose, esta última típica da função de governo**... cabe, somente o controle de constitucionalidade, se presentes seus pressupostos – lei”¹²⁰.

Sobreleva-se, portanto, as duas hipóteses em que o Poder Judiciário poderá interferir nas “ações e serviços” de saúde: **1-** declarando a **inconstitucionalidade** da lei que criou o sistema único de saúde – instrumento de controle das políticas públicas; ou **2-** declarando a inconstitucionalidade da lei em face da **não-conformação** (*insuficiência*)

¹¹⁸ PALU. Oswaldo Luiz, Controle dos Atos de Governo pela Jurisdição. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004, p. 318.

¹¹⁹ ALESSI. Renato, Instituciones de derecho administrativo, in, PALU. Oswaldo Luiz, ob. cit. – p. 328. O que valida as Portarias do SUS nacional conteudicizando os atendimentos de saúde.

¹²⁰ PALU. Oswaldo Luiz, Controle dos Atos de Governo pela Jurisdição. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004, – p. 320/321 e 327.

das “ações e serviços” de saúde instituídos por ela, porque no âmbito da concretização dos objetos da prestação se está diante de um ato executivo de cumprimento de uma decisão política e, portanto, de *acesso*, cuja intervenção somente ocorreu quando houver *negativa ou óbice*.

Neste sentido: “À Administração (burocracia) cabe a ***execução das decisões tomadas pelo Governo***”¹²¹, inexistindo espaço e não sendo possível, juridicamente, uma intervenção aditiva ou modificativa – verdadeira constituição (e não construção) do objeto da prestação de saúde.

A quem compete editar as políticas públicas de saúde? Esta competência é constitucional. Logo, se a decisão de governo se encontra *desconforme à Constituição* que visa efetivar por meio das políticas públicas, cabe ao Judiciário como garantidor da concretização dos direitos fundamentais, invalidar a prescrição infraconstitucional para modificá-la (decisão constitutiva) e determinar a prescrição, nunca antes.

Portanto, discussão pertinente ao tema da *formalidade legislativa* e não da *concretização normativa*:

“Com o controle de conformidade constitucional, quer-se limitar parcela importante do poder estatal, o ‘poder’ hoje preeminente que se consubstancia a função governamental-normativa do Estado...”¹²²

Quer dizer que somente quando a Constituição diretamente conteudicizar um direito fundamental este poderá ser objeto de exame judicial no âmbito da concretização, isto é, em sua *dimensão judicial*. Todavia, acaso exige uma **completude pelo legislador ordinário**, este exame é obstado:

“O controle de conformidade pressupõe a existência de uma lei. Somente em casos que a Constituição é explícita ao determinar a validade de suas normas sem lei intermédia [o que não é o caso da saúde] pode haver um controle direto Constituição-ato de governo...”¹²³

Destaca-se, destarte, o âmbito de *atuação estatal* e a *dimensão política* da conteudicização dos direitos fundamentais e a *dimensão executiva* da concretização.

Confirma-se a posição de que a atuação do Poder Judiciário *aditiva ou modificativa* das “ações e serviços” (objetos) da prestação fundamental de saúde **encontra óbice no âmbito da concretização que não pode superar o direito posto**, sob pena de violação constitucional (*princípio da legalidade*) e usurpação de função (*separação dos poderes*), principalmente em face do papel institucional dos Municípios, como já exposto.

Significa dizer que **somente se e quando** houver *omissão legislativa ou administrativa* no atendimento ao **mínimo necessário** na concretização dos direitos fundamentais, poder-se-á admitir a judicialização da Administração Pública e do Poder Legislativo, quer pelo Mandado de Segurança, por ação ordinária, ou mandado de injunção para exercício do direito fundamental não instrumentalizado.

¹²¹ PALU. Oswaldo Luiz, ob. cit. – p. 327.

¹²² PALU. Oswaldo Luiz, Controle dos Atos de Governo pela Jurisdição. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004, p. 330.

¹²³ PALU. Oswaldo Luiz, Controle dos Atos de Governo pela Jurisdição. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004, p. 345.

Isto se dá porque “omissão constitucional somente é aquela que consiste numa abstenção *indevida*, ou seja, em não fazer aquilo que se estava constitucionalmente obrigado a fazer, por imposição de norma ‘certa e determinada’... cuja não exequibilidade frustra o cumprimento da constituição”¹²⁴.

Isto se dá em face de que a adequação (*fato-norma-valor*) impõe a existência de *expressão do Direito* (lei), de contrário estar-se-ia no campo da *inconstitucionalidade por omissão* (ausência da *expressão do Direito*).

Assim, quando o Poder Judiciário determinar a execução de um objeto como integrante da prestação de saúde, mas fora do campo da conteudicização desta, estará, diretamente (lembremo-nos dos “*sinais trocados*” das ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade), negando vigência à lei de conteúdo da prestação fundamental à saúde e, assim, declarando uma omissão constitucional e, conseqüentemente, substituindo a omissão do legislador pela “ação/preensão” contida no processo judicial; ou estará dizendo que a lei de conteúdo da prestação fundamental à saúde não guarda *conformidade* com a Constituição Federal e o *mínimo existencial à dignidade da pessoa humana* e, por isso, nega aplicação da lei mencionada, para determinar o atendimento à pretensão individual.

Sendo assim, o que o Poder Judiciário tem feito é negado vigência à lei de conteudicização das ações e serviços de saúde (lei 8.080/90 e Portarias nºs 2.577 de 27.10.06, 2.203 de 05.11.96, 1.742, de 30.08.96, 106 de 22.01.09, 2.981 e 2.982 de 01.01.10), como se ainda, vivêssemos em uma época de *mora estatal* ao mandamento constitucional, como se o Estado-julgador pudesse dizer o *direito* sem passar pelo *Direito*.

Se nem mesmo o legislador ordinário poderá ultrapassar os limites traçados pela Constituição para o exercício de sua função formadora das *políticas públicas*¹²⁵ conteudicizadoras da prestação dos direitos fundamentais, como conceber possa o Poder Judiciário, no julgamento do caso concreto, ultrapassar estes limites para dizer o que compõe a prestação à saúde?

Comprovando o que se disse, a doutrina reconhece a possibilidade do Poder Judiciário **invadir o âmbito da decisão política** para invalidá-la, desde que contrária ao *interesse público*, cuja contrariedade seja cumpridamente demonstrada na motivação.

Logo, é ínsita à invalidação a observância do DEVIDO PROCESSO LEGAL e, no caso das *políticas públicas* de conteudicização da prestação de direitos fundamentais, por meio do *controle de constitucionalidade e de conformação*, o que inexistia até agora.

É difícil vislumbrar a capacidade técnica (além da capacidade formal) de dizer qual procedimento médico-hospitalar possa integrar a prestação de saúde devida pelo

¹²⁴ JÚNIOR. Dirley da Cunha, Controle Judicial das Omissões do Poder Público. Saraiva. Para Uma Delimitação Conceitual de Omissão Inconstitucional – CAP. III. Artigo publicado no curso de pós-graduação REDE LFG; citando, JORGE MIRANDA.

¹²⁵ SARLET. Ingo Wolfgang, A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. Editora Livraria do Advogado, 10ª Ed., 2009, – p. 295.

Estado, principalmente em face da *cambialidade e variação dos direitos fundamentais*, pois, como poderá auferir a relevância da inserção de um procedimento em lugar de outro, como poderá *selecionar* dentre os inúmeros procedimentos aqueles que comporão as “ações e serviços”, como irá *hierarquizar* estes serviços e, como promoverá a *política econômica e social* de sorte a concretizá-los?

Lembremo-nos de que “qualquer conceituação de direitos fundamentais que almeje abranger de forma definitiva, completa e abstrata o conteúdo material dos direitos fundamentais está fadada, no mínimo, a um certo grau de dissociação da realidade de cada ordem constitucional individualmente considerada”¹²⁶.

6. POSSIBILIDADE ECONÔMICA – POSSIBILIDADE MATERIAL:

Além dos limites constitucionais, formais e materiais, que obstam a judicialização dos direitos fundamentais no nível de *gestão-executiva* (concretização), salvo quando houver negativa ou restrição do atendimento como já frisamos, tem-se que a possibilidade econômica não pode ser afastada. Ou “será que os direitos nascem em árvores ou caem do céu? Será que a caneta do juiz se transformou em ‘vara de condão?’” questiona o professor ÁLVARO RICARDO em HERMENÊUTICA JURÍDICA E(M) DEBATE.

É o próprio art. 196 da Constituição Federal – fundamento das decisões judiciais que negam o exame à teoria da “*reserva do possível*” – que expressa:

“...garantido mediante políticas sociais e econômicas...”

Esta garantia é de *segurança jurídica e econômica* à estabilidade do próprio sistema único de saúde, que confirma a competência exclusiva – *princípio da separação dos poderes* – dos Poderes Legislativo e Executivo para formulação.

Significa que os direitos fundamentais filiam-se à *capacidade econômica* do Estado (sentido genérico) e à *auto-organização política e social*, exigindo a construção daquele chamado *mínimo necessário à existência digna* (CF, arts. 1º, 170).

Com a invocação da *maximização* dos direitos fundamentais ocorreu a superação da adequação dos meios e dos fins. E com isso suplantou a *possibilidade jurídica e econômica* do Estado e negou a obra construtora dos direitos fundamentais para instituí-los como verdadeiro *direito subjetivo* à prestação de saúde com *objeto indeterminado a ser fixado segundo o interesse individual de cada usuário* do sistema único, principalmente nos casos de urgência/emergência.

A urgência/emergência se tornou uma forma de “*greem card*” para *passar de uma dimensão a outra* do Judiciário, por meio do qual o trânsito livre e ilimitado do político ao judicial sem observância do devido processo legal, leva à constituição de um *direito subjetivo “a”*, da só invocação de uma norma constitucional “*carente de conteúdo*”, **incompleta**. Assim, a urgência superou a própria Constituição, o próprio

¹²⁶ SARLET. Ingo Wolfgang, ob. cit. – p. 76.

sistema único por ela determinado, dando ao juiz um “*cheque em branco*” para conteudicizar o *direito de acesso* conforme a pretensão exercida.

Poderia a judicialização, mesmo para atender uma prescrição de urgência/emergência, determinar um procedimento além daqueles contidos na previsão legal de conteudicização das “ações e serviços” de saúde?

Se a resposta for afirmativa positiva, qual o limite orçamentário para tanto, eis que, já vimos que a cada ordem judicial satisfeita em atendimento a uma pretensão individual significa redução de receita para atender outras demandas, desta feita, sociais e gerais.

Sabe-se que todos os modelos e formulações foram importados em prol do Estado capitalista. O fator econômico não pode ser, portanto, afastado. E pressupor que o Brasil – um país subdesenvolvido – goza de *capacidade econômica* de prover a todos os seus 180 milhões de habitantes um atendimento de saúde universal e igualitário, com todas as invocações e manifestações individuais dos interesses, é, sem dúvida, absurdo e inadmissível.

Observe-se que somente no final de 2009 os Estados Unidos reformularam sua previdência social de sorte “socializar” a previdência com a presença do Estado, que é uma característica dos direitos fundamentais (a presença do Estado), ampliando serviços e **facilitando o acesso**¹²⁷.

É preciso verificar que a questão traz à tona **não** uma *mora estatal* no atendimento de um *direito subjetivo* decorrente do direito fundamental ou como encontramos na doutrina: *do direito fundamental como direito subjetivo*, mas, a problemática de adequação entre o interesse público e o interesse particular.

Poderia o particular, então, sobrepor seu interesse em nome do direito à saúde, para exigir que o Estado, por obra do Poder Judiciário, custear, v.g., um tratamento nos Estados Unidos?

Não incorreria em *excesso*, então, a decisão que acolhesse tal pretensão e, por isso, inconstitucional?

Iniciamos com a observação de OSWALDO PALU: “Nos tempos mais recentes gerou-se um movimento de retração quanto aos excessos de constitucionalização da ordem econômica e social”¹²⁸, justamente porque o Estado capitalista não dispõe de capital suficiente para atendimento *pleno e inesgotável* dos direitos fundamentais, principalmente quando jungidos a critérios *subjetivos*, que são, via de regra, as sentenças proferidas neste campo.

Ressalte-se que “todos os direitos fundamentais importam em custos, como tais custos pode ser compreendidos em sentido amplo, abrangendo custos ligados à própria existência e sobrevivência do Estado... como em sentido estrito, quando se referem – conforme aliás,

¹²⁷ Notícia veiculada no sítio oficial do IG, da BBC Brasil: <http://ultimosegundo.ig.com.br/bbc/2009/12/24/entenda+as+reformas+do+sistema+de+saude+pu+blica+nos+eua+9255502.html>. Acessado em 28.12.09.

¹²⁸ PALU. Oswaldo Luiz, Controle dos Atos de Governo pela Jurisdição. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004, – p. 271/272.

a perspectiva aqui privilegiada, os assim chamados custos financeiros públicos de todos os direitos¹²⁹.

Ao exame da questão o professor INGO, abordando os aspectos *econômicos do direito* e a *razoabilidade* de sua exigência, reconhece a necessidade de um equacionamento de forma a consagrar a perspectiva da *máxima eficácia* dos direitos fundamentais.

O professor, aceita a teoria da “*reserva do possível*”, não como “*barreira intransponível*”, mas como instrumento de garantia de efetivação dos demais direitos sociais.

Citando ANA CAROLINA LOPES OLSEN, assevera:

“...de acordo com a lição da autora, a *reserva do possível* há de ser compreendida como sendo uma espécie de *condição da realidade*, a exigir um *mínimo de coerência entre a realidade e a ordenação normativa* objeto da regulação jurídica”¹³⁰.

Para nós a possibilidade econômica em algumas circunstâncias se torna intransponível, salvo se se apontar qual o direito fundamental restará restringido e limitado para atender a uma pretensão e qual o tempo razoável para se retomar a normalidade do atendimento prejudicado para atender a uma pretensão que se verifica *excepcional e especialíssima* em face de uma questão pessoal.

Qual coerência com a realidade nacional guarda uma ordem judicial para tratamento em outro país, p.ex., enquanto pessoas carentes aguardam em intermináveis filas por um atendimento para simples *cirurgia de hérnia* ou uma *mamografia*?

“A crise de efetividade vivenciada com cada vez maior agudeza pelos direitos fundamentais de todas as dimensões está diretamente conectada com a maior ou menor carência de recursos disponíveis para o atendimento das demandas em termos de políticas sociais”¹³¹.

É visível a impossibilidade de fecharmos os olhos para a *possibilidade econômica* na concretização dos objetos da prestação de saúde, como advogam alguns, pois, isto representaria dizer que o país é extremamente rico e não há outros direitos fundamentais prestacionais a serem concretizados, senão somente o da saúde.

A questão da *possibilidade econômica* é insuperável, eis que se terá de ter em vista e em conta a realidade, o “*custo do direito*”¹³² e a existência de outras necessidades carecedoras de satisfação porque pressupostos da *dignidade da pessoa humana*.

¹²⁹ SARLET. Ingo Wolfgang, A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. Editora Livraria do Advogado, 10ª Ed., 2009, – p. 285.

¹³⁰ SARLET. Ingo Wolfgang, ob. cit. – p. 288.

¹³¹ SARLET. Ingo Wolfgang, A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. Editora Livraria do Advogado, 10ª Ed., 2009, – p. 354.

¹³² A análise econômica do direito nos chama a uma reflexão dos efeitos econômicos das decisões judiciais proferidas em sede de interesse individual que põem em risco a disciplina e manutenção da estrutura geral de atendimento social do próprio sistema único (constitucional) de saúde, principalmente em Municípios nos quais R\$ 50.000,00 faz diferença, p. ex., para manutenção da farmácia básica de competência e dever dos Municípios.

Pois, “na moderna dogmática jurídica, os fatos, a natureza dos problemas e as consequências práticas das soluções preconizadas desempenham papel de crescente importância na interpretação constitucional.” (LUIZ BARROSO)¹³³.

Tanto é assim que a doutrina fala em buscarmos mecanismos de *gestão democrática* a fim de aprimorarmos as *políticas públicas*, nossas escolhas, envolvendo, cada vez mais – como deve ser – o *cidadão* na responsabilização pelas *decisões políticas*, principalmente aquelas de conteudicização dos direitos fundamentais¹³⁴.

É neste campo que se manifesta a responsabilidade quadripartite da seguridade social estabelecida pela Constituição. É neste momento, que se define os objetos das prestações dos direitos fundamentais. É neste momento, que se estabelece diretrizes para um orçamento capaz – *possibilidade econômica* – de satisfazer (concretização) aquelas prestações por meio da *entrega* (fazer) de seus *objetos* (conteúdo).

Possibilidade econômica – *Reserva do possível* – não nos moldes de sua origem germânica, mas, *autóctone* da realidade nacional, cujos componentes básicos de saúde, *mínimo a uma existência digna* para possibilitar ao cidadão aqui residente desenvolver suas capacidades, o Estado consubstanciou – *pode-se reconhecer falhas e que há um longo caminho a ser percorrido tanto quantitativo quanto qualitativo* – mas, a verdade é que o direito fundamental à saúde foi conteudicizado com as *ações e serviços hierarquizados, universalizados e igualitários* de saúde, cumprindo percentual de receita estabelecido no art. 77 do ADCT, c/c o 198, § 2º, da Constituição Federal.

Seria muito simplista se resolvêssemos a cláusula da *possibilidade econômica*, na redução do instituir segundo a disposição de caixa. De modo que, se os municípios utilizam os repasses vinculados à saúde, bem como os percentuais obrigatoriamente a ela destinados (15%), entregando à população os serviços ditados pela direção nacional do SUS¹³⁵, cumprem seu dever legal de prestação positiva de *ações e serviços* de saúde no âmbito de sua competência – atenção básica de saúde – donde, qualquer procedimento fora desta atenção básica, *dependerá de disponibilidade financeira e competência*.

A *possibilidade econômica* no caso brasileiro está ligada, também, à *competência* para a matéria, posto que, um *serviço suplementar e complexo* de saúde por estar fora da competência dos Municípios não pode ser por estes custeados, nem mesmo por ordem judicial, em face da competência legalmente estabelecida.

De contrário, comprometerá a disponibilidade financeira, porque, a *reserva do possível*, indiscutivelmente, impede seja utilizado recurso **fora** da competência municipal em face do princípio da legalidade e da vinculação de todas as verbas da saúde.

Acrescente-se que a *possibilidade* não é só *econômica*, mas também, *jurídica*¹³⁶. Não é só financeiro-material, em face da realidade nacional, só se *legitimando* uma prestação

¹³³ BARROSO. Luiz Roberto, O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. 4. Processo e Julgamento – 4.1 Procedimento. 4ª edição - Editora Saraiva. – Artigo publicado no curso de pós-graduação REDE LFG.

¹³⁴ SARLET. Ingo Wolfgang, ob. cit. – p. 354 e 363.

¹³⁵ Portarias 2.577 de 27.10.06, 2.203 de 05.11.96, 1.742, de 30.08.96, 106 de 22.01.09, 2.981 e 2.982 de 01.01.10, dentre outras.

¹³⁶ Ver item 4.1.1 deste trabalho.

com objeto certo e determinado de “ações e serviços” quando *juridicamente instituídos e orçados* no âmbito da *competência* de cada ente federativo, ditada pela lei 8.080/90.

E, assim, por se tratar de verba vinculada, a cláusula da *reserva do possível* impede que seja utilizada em procedimento **fora** do âmbito da competência municipal (legalidade).

Neste sentido são os PARÂMETROS CONSENSUAIS DO MINISTÉRIO DA SAÚDE, quando da conteudicização da *prestação de saúde*, por meio da “definição” das *ações e serviços universais e igualitários*:

“Já existe **consenso** de que as seguintes ações e serviços devam ser relacionadas entre as ações e serviços públicos de saúde beneficiadas pela vinculação de receitas:

[...]

f) assistência terapêutica e farmacêutica;

h) ao nível de ações complementares e específicas para grupos de risco nutricional, ações de alimentação e nutrição” [o que não é o caso da pretendente].

“Os principais critérios para a definição do conceito são o de **equidade e universalidade de acesso aos serviços** de saúde **em todos os níveis de atenção à saúde**, tal como determinado pelo art. 194, parágrafo único, I, da CF, e reafirmado pelo art. 7º da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.

“Por outro lado, há **consenso** de que as seguintes **ações e serviços não devam figurar entre as atividades beneficiadas**: [portanto, **fora** da tabela do SUS]

a) Gastos com pessoal inativo;

b) **serviços suplementares** ao Sistema Único de Saúde, dedicados, total ou parcialmente, ao atendimento de clientela fechada, excluídos em função da incompatibilidade com o critério de universalidade de acesso (por exemplo, os institutos de previdência e assistência à saúde de servidores públicos civis e militares);

c) serviço da dívida (juros e amortização);

d) ações de preservação e correção do meio ambiente, realizadas pelos órgãos de meio ambiente dos entes federativos e por entidades não governamentais;

e) ações de saneamento básico de redes públicas e tratamento de água e esgotos, realizadas por companhias, autarquias e empresas de saneamento com recursos provenientes de taxas e tarifas, ainda que venham a ser vinculadas administrativamente às Secretarias de Saúde; e

f) ações de limpeza urbana e remoção de resíduos sólidos (lixo) realizadas por órgãos municipais específicos ou empresas terceirizadas”.

Consubstancia-se a natureza eminentemente *política e econômica* da conteudicização das prestações dos direitos fundamentais.

“Desse modo, entendemos que deve haver um limite para considerações sistêmicas tanto nos discursos de aplicação quanto nos discursos de fundamentação. E é em torno desse

limite que podemos destacar a figura do mínimo necessário”¹³⁷, que sobressalta como limites à judicialidade, limites à conteudicização fora da *dimensão política*, limites à inserção aleatória de *objetos* na prestação fundamental.

7. DO DIREITO FUNDAMENTAL E O DIREITO SUBJETIVO A OBJETO CERTO E DETERMINADO:

Não podemos perder de vista que estamos cogitando de direito fundamental positivo e não negativo, isto é, que exige uma prestação e não uma abstenção estatal.

É de se perquirir se há, em face do direito fundamental à saúde, um direito subjetivo a objeto certo e determinado.

Assim fosse a *cláusula aberta dos direitos fundamentais* tornar-se-ia, um campo de imanência a ser preenchido segundo o interesse e conveniência de cada um e, não segundo os **parâmetros mínimos** (diretrizes) traçados pela fundação histórica dos próprios direitos fundamentais, por ato de Governo: *políticas públicas econômicas e sociais*.

Logo, os direitos fundamentais perderiam sua “não-tipicidade” e sua natureza de processo aberto carente de “conteúdo” para se tornar um *direito subjetivo vago*, cujo *conteúdo* será preenchido na medida do interesse de cada um com ônus sobre toda *sociedade* e com prejuízo à *universalidade*, à *uniformidade*, à *distributividade* e à *igualdade de acesso*.

O direito fundamental de prestação não pode constituir direito subjetivo a objeto certo e determinado, mas fonte de *direitos subjetivos* a serem positivados como *conteúdos* daquele; donde ressalta a *omissão inconstitucional* e a *negativa de acesso*, justificadoras de intervenção judicial.

É preciso, *data venia*, ter muitíssimo cuidado com a auferição de *direito subjetivo “a”* objeto certo e determinado decorrente de uma prestação fundamental, posto que, **só justificaria** a judicialidade se ao direito fundamental nenhum instrumento de concreção houvesse sido instituído pelo Estado (sentido genérico), ou seja, **se aquele mínimo** rumo ao ideal de justiça social e preservação da possibilidade de pleno desenvolvimento da personalidade não houvesse sido garantido.

De contrário, toda Administração deverá ser judicializada, porque é inegável a ausência de concretude plena dos direitos fundamentais em relação ao ideário sociopolítico de qualquer regime do Estado Democrático, v. g., o salário mínimo em valor capaz de proporcionar o que dispõe o inciso IV do art. 7º, da Constituição Federal.

Dito isto, se o Estado (sentido genérico) **não se omitiu** no atendimento ao direito fundamental à saúde, criando, em obediência a prescrição constitucional –

¹³⁷ CRUZ. Álvaro Ricardo de Souza, *Hermenêutica Jurídica E(M) Debate*. Editora Fórum; Minas Gerais, 2007, – p. 386.

*hierarquização, seletividade, distributividade, universalidade e igualdade (CF, art. 194 e 198) – o SUS para atender o cidadão com ações e serviços básicos, suplementares e complexos de saúde, dentro da competência estatuída a cada ente da federação, *impensável extrair do direito fundamental à saúde (CF, 196) um direito subjetivo a objeto certo e determinado a procedimentos específicos advindos de receituários médicos e não do próprio organismo nacional de direção do SUS.**

Quando se fala em *dignidade humana*, pressuposto e fim do Estado Brasileiro, não se está falando em *acesso* ilimitado e inesgotável a toda sorte de atendimentos que poderemos, por criatividade, inserir no conceito de dignidade humana – *preceito vago e indeterminado* – mas de acesso àquele *mínimo necessário*, instituído por políticas públicas em correlação com a possibilidade econômica do Estado e seletividade das prioridades, sem o qual a pessoa humana em si mesma perece, como esclareceu o prof. IVES GRANDRA¹³⁸.

Nem poderia ser de outra forma, pois, como afirma o professor LEONARDO MARTINS¹³⁹ quanto mais se insere direitos (conteúdos) ao campo dos direitos fundamentais ao *“invés de fortalecer enfraquece”* e mais, banaliza o direito fundamental por saturação infactível materialmente.

Porquanto, os direitos fundamentais são diretrizes das *políticas públicas*, das *ações políticas* e dos *atos de Governo*, **não** constituindo *direito subjetivo* a prestação com objeto certo e determinado pelo cidadão:

“A posição jurídico-subjetiva mais frágil é a que se baseia em princípios objetivos, que impõem ao Estado determinadas tarefas, gerando para este tão-somente um dever *prima facie* no sentido de sua concretização, sem que a isto corresponda um direito subjetivo individual à prestação que constitui o objeto precípua do direito fundamental”¹⁴⁰.

De contrário, teria o cidadão direito de exigir do Estado um emprego, em face do direito fundamental ao trabalho “pleno emprego”?

Porque “os direitos fundamentais são um elemento básico para a realização do princípio democrático”,¹⁴¹ e, portanto, não constituem *direito subjetivo* a prestação com objeto certo e determinado; tanto assim que *“não é um dado senão um construído”*¹⁴².

O direito subjetivo decorrente imediatamente do direito fundamental à saúde é um *direito subjetivo de acesso*, valendo, portanto, a advertência do professor INGO SARLET quando, afirmando que os órgãos do Poder Judiciário podem e devem zelar pela *efetivação dos direitos fundamentais sociais*, adverte:

¹³⁸ MARTINS, Ives Grandra da Silva. Conheça a Constituição. Manole. 1ª Ed. – 2005 – vol. 1 – p. 20.

¹³⁹ MARTINS, Leonardo. Liberdade religiosa e liberdade de consciência no sistema da Constituição Federal. In Revista Brasileira de Direitos Constitucionais – RBEC, nº 05, jan./mar. 2008, Editora Fórum, págs. 27 a 48.

¹⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang, A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. Editora Livraria do Advogado, 10ª Ed., 2009, citando Gomes Canotilho, p. 298.

¹⁴¹ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 5ª Ed. – Max Limond – 2002 – p. 49 a 65.

¹⁴² ____, Flávia. Em aula sobre Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.

“...mas ao fazê-lo haverão de obrar com a máxima cautela e responsabilidade, seja ao concederem, ou não, um direito subjetivo a determinada prestação social, seja quando declararem a inconstitucionalidade de alguma medida restritiva e/ou retrocessiva de algum direito social, sem que tal postura, como já esperamos ter logrado fundamentar, venha a implicar necessariamente uma violação do princípio democrático e do princípio da separação dos Poderes”¹⁴³.

De contrário, sob a invocação da *cláusula aberta* dos *direitos fundamentais*, estaria toda *ordem jurídica e social* à mercê do interesse individual de cada cidadão, judicializado num dado momento de sua própria história, porque tudo que pudermos conceber, em face da *incompletude conceitual e abstração* dos direitos fundamentais na Constituição de 1988, compreender-se-á, em maior ou menor grau, como *conteúdo* de um *direito fundamental* político, civil, social, jurídico, econômico ou cultural, porque, no pensamento de JOHN RAWLS¹⁴⁴, sempre se constituirá *num bem*.

E, não é assim que se desenvolve, porque o Estado só pode considerar como *bens essenciais* aqueles, politicamente, definidos como *necessários* à atenção da diversidade de pessoas; e procedimento extratabela do SUS **não comporta no campo da atenção universal básica da saúde pública, mas do interesse individual e particularizado do cidadão**.

Até que determinado procedimento médico-hospitalar seja inserido no atendimento da tabela da atenção básica do SUS os Municípios jamais terão competência e legitimidade para entregá-lo (prestação de fazer); depois sim, terá o cidadão um direito construído (pós) em face do direito fundamental à saúde.

A partir deste instante pode-se inferir possuir o cidadão um *direito subjetivo “a” um objeto certo e determinado* e, assim, exercer seu ***direito subjetivo de acesso*** a ser assegurado imediatamente, inclusive, por mandado de segurança, porque passará a habitar (*conteúdo*) o plano de imanência do direito fundamental à saúde, como ***direito*** (*direito subjetivo*).

É o plano da *exigibilidade*, pois, direito à saúde é inerente aos direitos humanos e já posto constitucionalmente, mas, o que dele se pode exigir, é a própria Constituição que impõe ser obra de construção política do Estado.

Dito isto, **até que** um *procedimento médico-hospitalar* seja inserido no *campo de imanência do direito fundamental à saúde*, integrando a TABELA do SUS como *ação ou serviço* complexo, suplementar ou básico de saúde, *data venia*, **não há de se cogitar de acesso a este procedimento**, e, por isso, não há de se falar em *direito subjetivo “a”*.

“Assim, se estamos de acordo em que todas as pessoas possuem o mesmo valor e que têm direito a bens e direitos considerados essenciais para o pleno

¹⁴³ SARLET. Ingo Wolfgang, A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. Editora Livraria do Advogado, 10ª Ed., 2009, – p. 355.

¹⁴⁴ “...supõe-se que há várias coisas das quais ele preferia ter mais a ter menos. Tendo uma maior quantidade desses bens, os homens podem geralmente estar seguros de obter um maior sucesso na realização de suas intenções e na promoção de seus objetivos, quaisquer que sejam eles”. (Uma Teoria da Justiça – p. 97/98 – citado por Mizukami, Pedro Nicoletti. in “O conceito de Constituição no pensamento de John Rawls” – Estudos de Direito Constitucional – Thomson/IOB – 1ª Ed. – 2006 – p. 60).

desenvolvimento de suas capacidades, no âmbito jurídico isso terá que ser traduzido em **normas adequadas que estabeleçam seu regramento e aplicação**” (LUÍZA CRISTINA)¹⁴⁵.

E a lei 8.080/90 veio justamente estabelecer, em *uniformidade, distributividade, igualdade e universalidade*, o **regramento e aplicação adequada dos serviços e procedimentos de saúde** para que todos possam ser atendidos com o *mínimo necessário à existência digna*. Este *regramento* se deu em *hierarquia* das competências e legitimidade para concretizar os direitos *conteudicizados*, componentes da prestação fundamental à saúde, de forma que todos possam gozar deste direito e dos meios de sua concreção, inserindo as *ações e serviços básicos, complexos e suplementares de saúde no contexto social*.

O direito subjetivo a prestação com objeto certo e determinado é ao **acesso** aos **serviços e ações universais** definidos (conteudicizados) pelas políticas públicas e não a este ou àquele procedimento médico-hospitalar à escolha individual como fruto imediato do direito fundamental à saúde, pelo *subjetivismo “ativista”* de judicialidade.

Pois, “mesmo entre os autores mais liberais, admite-se a existência de hipóteses nas quais não é possível investir o particular de um direito subjetivo a determinada prestação estatal... a posição jurídica dos particulares será menos consistente, não lhes conferindo a fruição e nem a possibilidade de exigir a fruição de algo, quando a norma constitucional ‘expressar em sua dicção apenas uma finalidade a ser cumprida obrigatoriamente pelo Poder Público...’¹⁴⁶, como ocorre, de regra, com os direitos fundamentais positivos.

Por conta disso, o **acesso não se dá aleatoriamente** ou segundo o querer individual de cada um, mas, segundo aquilo que em grau de generalidade, seletividade e igualdade *foi positivado pela lei ordinária conteudicizadora da prestação fundamental*, como o mínimo a ser atendido:

“O **acesso** aos bens e serviços em patamares mínimos por todos importa no reconhecimento de direitos sociais, como a saúde, a educação, o acesso à justiça, pois estes devem ser direitos de todos...”¹⁴⁷

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO¹⁴⁸ enfatiza que a *prioridade absoluta é quanto ao atendimento*, logicamente, quanto aos *serviços disponibilizados* e não a serviços e ações idealizados a serem definidos/estabelecidos pela vontade do paciente, do médico ou até mesmo do Ministério Público, ou impostos por idiosincrasias e subjetividades.

Se colocarmos a questão à mercê do interesse individual e do subjetivismo da jurisdição, **retiraremos a positivação igualitária e universal** feita pelo Estado,

¹⁴⁵ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. A construção da igualdade e o sistema de justiça no Brasil: Alguns caminhos e possibilidades. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, págs. 31 a 42. Artigo apresentado na pós-graduação REDE LFG.

¹⁴⁶ SARLET. Ingo Wolfgang, A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. Editora Livraria do Advogado, 10ª Ed., 2009, – p. 307.

¹⁴⁷ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. A construção da igualdade e o sistema de justiça no Brasil: Alguns caminhos e possibilidades. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, págs. 31 a 42. Artigo apresentado na pós-graduação REDE LFG.

¹⁴⁸ COMENTÁRIOS À CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 – VOL. 2 – SARAIVA – 2ª ED – 1999 – p. 217/290.

instituindo o caos que as ordenações dos *direitos fundamentais* visam alcançar: *o equilíbrio social em igualdade, oportunidade e bem-estar a todos*.

E quando é açado um serviço ou atendimento que deva ser igualitário e universal, é certo que não se está falando de direitos fundamentais, posto que, *a natureza dos direitos fundamentais é justamente o homem sem distinção, do só fato de ser homem*.

Poderíamos pensar em *acesso ilimitado* a qualquer serviço de saúde, inclusive por meio do Poder Judiciário, se o Estado tivesse omitido na formulação dos conteúdos componentes da prestação do campo de imanência do direito fundamental à saúde, ou o Capítulo II – Da Seguridade Social – do Título VIII – Da Ordem Social, da Constituição Federal, fosse desprovido dos arts. 194, 195, 197 e 198.

Neste sentido é a lição de PAULO DE BARROS CARVALHO:

“Na falta de norma geral de direito tributário que estabeleça a forma a ser adotada para desfrute da imunidade, devemos entender PLENA E IMEDIATA A EFICÁCIA E APLICABILIDADE DO COMANDO CONSTITUCIONAL, DESPREZANDO-SE QUAISQUER LIMITES, REQUISITOS OU PRESSUPOSTOS QUE O LEGISLADOR ORDINÁRIO VENHA A ESTIPULAR NESSE SENTIDO”.

Infere-se, pois, que a ordem infraconstitucional não é um limitador dos direitos fundamentais, mas, verdadeira expressão de conteúdo destes direitos, de sorte que, ao ser estabelecido este conteúdo planifica e liquida a questão definindo o objeto que cada um pode esperar e exigir do Estado. Assim, somente na ausência de uma lei de conteúdo poder-se-á conceber ao Poder Judiciário preencher a “lacuna” e dizer, v. g., quais são os atendimentos das “ações e serviços” de saúde. Depois, na concretização, cabe-lhe somente determinar ou a observância da lei de conteúdo ou determinar a sua invalidação diante da Constituição pelos controles de constitucionalidade ou de conformidade.

O que não pode é conteudicizar a prestação fundamental, quando já conteudicizada, sem invalidá-la pelo juízo político de constitucionalidade e conformação.

E o c. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, em diversos julgados, expressou que enquanto inexistir lei delimitando o pressuposto constitucional, será ele regulado racional e equilibradamente, mas jamais negado em face de sua *aplicabilidade imediata*:

“Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral - artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91.”

(MI 721 / DF - DISTRITO FEDERAL - MANDADO DE INJUNÇÃO Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO – Julgamento: 30/08/2007 – Órgão Julgador: Tribunal Pleno – PUB. 30-11-2007)

“...Evidentemente, não se outorgaria ao legislador qualquer poder discricionário quanto à edição, ou não, da lei disciplinadora do direito de greve. O legislador poderia adotar um modelo mais ou menos rígido, mais ou menos restritivo do direito de greve no âmbito do serviço público, mas não poderia deixar de reconhecer direito previamente definido pelo texto da Constituição.

Considerada a evolução jurisprudencial do tema perante o STF, em sede do mandado de injunção, não se pode atribuir amplamente ao legislador a última palavra acerca da concessão, ou não, do direito de greve dos servidores públicos civis, sob pena de se esvaziar direito fundamental positivado. Tal premissa, contudo, não impede que, futuramente, o legislador infraconstitucional confira novos contornos acerca da adequada configuração da disciplina desse direito constitucional...”

(MI 670 / ES - ESPÍRITO SANTO - PLENO - REL. MIN. MAURÍCIO CORRÊA - DJ 31/10/2008).

Também, sobre o direito de greve – *direito social* – já proclamou:

“...O Poder Judiciário está vinculado pelo dever-poder de, no mandado de injunção, formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o ordenamento jurídico. No mandado de injunção o Poder Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia o texto normativo que faltava para, no caso, tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos...”

(MI 712 / PA - PARÁ MANDADO DE INJUNÇÃO Relator(a): Min. EROS GRAU - Julgamento: 25/10/2007 DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008).

No mesmo sentido MI 708 / DF - DISTRITO FEDERAL - MANDADO DE INJUNÇÃO Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgamento: 25/10/2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno; “O Tribunal, por maioria, conheceu dos mandados de injunção e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação, no que couber, da Lei 7.783/1989, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada”. (MI 670/ES, rel. orig. Min. Maurício Corrêa, rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, 25.10.2007; MI 708/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, 25.10.2007; MI 712/PA, rel. Min. Eros Grau, 25.10.2007); e MI 788/DF, MI 795/DF, MI 796/DF, MI 797/DF, MI 808/DF, MI 809/DF, MI 815/DF, MI 825/DF, MI 828/DF, MI 841/DF, MI 850/DF, MI 857/DF, MI 879/DF, MI 905/DF, MI 927/DF, MI 938/DF, MI 962/DF, e MI 998/DF – Plenário 15.04.2009: “... Dessa forma, reafirmou-se o entendimento do Tribunal no sentido de que, ante a prolongada mora legislativa, no tocante à edição de lei complementar reclamada pela parte final do § 4º do artigo 40 da Constituição Federal, impõe-se a aplicação das normas correlatas previstas no artigo 57 da Lei nº 8.213/91, em sede de processo administrativo.”

Agora, como a lei 8.080/90 expressamente trouxe para a vida social os componentes (objetos) das *ações e serviços* de saúde, possibilitando a fruição geral do *direito subjetivo de acesso a*, concretizando o direito fundamental à saúde, **não há como alargar, mormente judicialmente, este direito subjetivo de acesso** por falta de *conteúdo* e por incompetência do Poder Judiciário, na judicialização, meramente concretizadora, ampliar o conteúdo de prestação fundamental.

Havendo, pois, o objeto concretizador da prestação do direito fundamental, **não se cogita** de omissão e, a integração de outros objetos dentro daquela prestação proclamada como o “*mínimo existencial*”, deverá ser produto de *ações e políticas econômicas e sociais*, o que, *data venia*, escapa à competência do Poder Judiciário.

E deste modo, **inexiste** direito subjetivo a objeto certo e determinado decorrente de direito fundamental prestacional; dizemos isto porque há *direito subjetivo imediato do direito fundamental de abstenção*.

O direito subjetivo que o direito fundamental positivo enseja é aquele de acesso “a” ou “ao” atendimento pelos objetos concretizadores da prestação fundamental, instituídos pelo Estado, por isto, *direito de acesso*.

Só depois de instituídos os objetos poder-se-á falar em um *direito subjetivo a objeto certo e determinado* a ser exigido, isto é, somente quando definido pelo órgão competente o objeto mediato da prestação de saúde, poder-se-á afirmar que A tem o direito de exigir do Estado a prestação X cujo objeto corresponde a um bem determinado¹⁴⁹.

Dito isto, **somente a negativa** de acesso a este *sistema único* de saúde ou **a recusa** de entregar as *ações e serviços preestabelecidos* por este *sistema hierarquizado*, como “*norma de referência*”¹⁵⁰, configuraria ilegalidade ou abuso de autoridade, ou abuso de direito porque se estaria violando um direito subjetivo precedentemente reconhecido e habitado na imanência do direito fundamental à saúde, e, portanto, autorizaria, até mesmo o mandado de segurança.

Por isso, frisamos, o direito subjetivo a prestação com objeto certo e determinado que atenda direito à saúde, deve vir ao processo judicial já construído (pré), formalizado, instrumentalizado, individuado, identificado de plano. Só assim, poder-se-á cogitar da *existência de direito subjetivo a objeto certo e determinado* politicamente. E não de determinação judicial com fundamento no direito fundamental carente de conteúdo, quando este só se é povoado (objeto) pela *lei ordinária*¹⁵¹, na medida que não preencheu o quadro das *ações e serviços*, das *competências*, das *políticas sociais e econômicas*, deixando em *aberto* para o legislador.

Dissemos isto, porque **não há** como valorar uma conduta se na estruturação da atividade da Administração se *preestabeleceu as ações e serviços básicos que competem aos Municípios realizarem*, deixando – *competência residual* – para os Estados e a União aquel’outros (suplementares e complexos), mas, também, **positivados**.

Logo, se inexiste lei ordinária a povoar o plano de imanência do direito fundamental à saúde construindo um *direito subjetivo de acesso* a medicamento “x, y ou z”, procedimentos “a, b ou c”, exames “d a z”, ou a cirurgia tal, determinados, *não se verifica a existência de um direito subjetivo a uma prestação de saúde certa e determinada*, senão omissão inconstitucional a ser resolvida pela intervenção do Poder Judiciário nos controles de constitucionalidade e de conformidade.

¹⁴⁹ SARLET. Ingo Wolfgang, abordando a questão da eficácia e da exigibilidade dos direitos fundamentais ponderou: “...Constituem... direitos relativos por desencadearem sua plena eficácia e se tornarem exigíveis tão-somente após concretizados pelo legislador...” A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. Editora Livraria do Advogado, 10ª Ed., 2009, - p. 290.

¹⁵⁰ JÚNIOR. Goffredo Telles, Direito Quântico. 7ª Ed., Juarez de Oliveira, São Paulo, 2003, - p. 207 a 224.

¹⁵¹ MARTINS, Leonardo. Liberdade religiosa e liberdade de consciência no sistema da Constituição Federal. In Revista Brasileira de Direitos Constitucionais – RBEC, nº 05, jan./mar. 2008, Editora Forum, págs. 27 a 48.

8. CONCLUSÃO:

Nossa preocupação ao escrever este artigo se deveu tão-somente ao fato do risco de esvaziamento dos direitos fundamentais pela hipertrofia dos objetos das prestações por meio da judicialização.

Pois, mesmo a doutrina moderna ou neoconstitucionalista ao reconhecer de um lado a normatividade e imperatividade da Constituição e, portanto, o seu dirigismo estatal, com intervenção judicial para efetivação dos direitos nela postos, de outro, reconhece que esta intervenção além de dar-se segundo as *regras do processo constitucional*, é autorizada somente quando ocorrer *inconstitucionalidade por omissão* (total ou parcial – STF ADIN 1458-DF) ou *insuficiência da atuação estatal* (um juízo de conformação), exigindo a prévia declaração de inconformidade.

“Os atos políticos podem, sim, estar sujeitos à aferição de constitucionalidade pelos Tribunais, quando firam a Constituição, lesando ou negando um direito nela consagrado. [...] todo e qualquer ato político que contravir a Constituição... infastável do controle de legitimidade...”¹⁵²

Só assim, poderá o Poder Judiciário imiscuir no campo das políticas públicas para conteudicizar direito fundamental positivo à margem da lei de conteudicização.

“...deve ser necessariamente motivado, sob pena de grave ofensa às formalidades do processo legislativo, que se identificam, indubitavelmente, com os preceitos fundamentais”¹⁵³.

O direito fundamental à saúde não enseja ao usuário do sistema de saúde pública escolher nem o médico, nem o medicamento, nem o tratamento, nem o exame, etc. **quando atendido na atenção básica, *permissa venia***, devendo ambos se sujeitarem em primeiro plano à ação *básica* de saúde e, num segundo plano, em caso excepcional e especialíssimo, às ações e serviços *suplementares e complexos* disponíveis. O primeiro outorgado pelos Municípios e os segundos, respectivamente, pelos Estados e União.

Neste sentido, temos de festejar a recente decisão do colendo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, acórdão da lavra do culto desembargador DÍDIMO INOCÊNCIO DE PAULA, cujo voto foi acompanhando pelos íntegros componentes da 3ª Câmara Cível, Des. ALBERGARIA COSTA e ELIAS CAMILO, reformando sentença de primeira instância que havia outorgado, em Mandado de Segurança, direito à cirurgia denominada “*litotripsia percutânea*” em substituição à “*convencional*” conferida pela SUS:

“Para a concretização do direito à saúde o Poder Público deve agir seletiva e distributivamente, não sendo possível ao magistrado determinar que o ente estatal suporte os custos de tratamentos médicos que não foram previamente selecionados mediante critérios técnicos que indicam as

¹⁵² JÚNIOR. Dirley da Cunha, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – Editora Juspodovim – Atos ou Omissões Controláveis. Artigo publicado no curso de pós-graduação REDE LFG.

¹⁵³ JÚNIOR. Dirley da Cunha, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – Editora Juspodovim – Atos ou Omissões Controláveis. Artigo publicado no curso de pós-graduação REDE LFG.

necessidades prementes da população, sob pena de o Judiciário imiscuir-se na esfera de competência do Legislativo e do Executivo, interferindo no orçamento dos entes estatais e até mesmo na política de distribuição de saúde a todos os cidadãos, priorizando o direito de uns em detrimento do de muitos”¹⁵⁴.

O Poder Judiciário a par de ter-se transformado num “*balcão de assistência social*”, transformou o Poder Executivo em sua *grande dispensa*, cuja chave se lhe foi entregue para dela retirar, o quê, quando e segundo seu entender.

E nestes termos, derruiu a estrutura do sistema de saúde pública preconizado pela própria Constituição Federal e concretizado pela lei 8.080/90, pelo que se espera seja entendido o aqui exposto como um *retrocesso*, mas, como adequação dos Poderes, da Sociedade e do cidadão, de sorte a concretizarem a “*função social das atividades humanas*” como instrumento transformador do Estado para que suas decisões sejam, efetivamente, democráticas.

Portanto, da própria Constituição Federal decorrem limites para a judicialização da saúde em nível Municipal.

TELMO ARISTIDES DOS SANTOS-ADVOGADO
MINAS GERAIS

publicado em
https://secure.jurid.com.br/new/jengine.exe/cpag?p=jornaldetalhedoutrina&id=76431&id_cliente=18162&c=3
acessado em 24.02.10.

¹⁵⁴ Processo nº 1635439-75.2009.8.13.0479 (1.0479.09.163543-9/001) – julgamento 15.10.09 – DJ 19.01.2010.