



UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM POLÍTICAS PÚBLICAS
MESTRADO

JADE CARNEIRO TRINDADE

**CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS COMO UMA ALTERNATIVA
PARA EFETIVAR DIREITOS SOCIAIS:** as decisões do Tribunal de Justiça do
Maranhão acerca do direito à saúde

São Luís
2010

JADE CARNEIRO TRINDADE

**CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS COMO UMA ALTERNATIVA
PARA EFETIVAR DIREITOS SOCIAIS:** as decisões do Tribunal de Justiça do
Maranhão acerca do direito à saúde

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas da Universidade Federal do Maranhão como uma das etapas necessárias à obtenção do título de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos.

São Luís
2010

Trindade , Jade Carneiro

Controle judicial de políticas públicas como uma alternativa para efetivar direitos sociais / Jade Carneiro Trindade . – São Luís, 2010.

155f.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos

Dissertação (Mestrado em Políticas Públicas) – Universidade Federal do Maranhão, 2010.

1. Políticas públicas – Controle jurisdicional 2. Políticas publicas – Direitos Sociais 3. Políticas publicas – Tribunal de Justiça – MA I. Título

CDU 32 : 347.9 (812.1)

JADE CARNEIRO TRINDADE

**CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS COMO UMA ALTERNATIVA
PARA EFETIVAR DIREITOS SOCIAIS: as decisões do Tribunal de Justiça do
Maranhão acerca do direito à saúde**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas da Universidade Federal do Maranhão como requisito para obtenção do título de Mestre em Políticas Públicas.

Aprovada em: ____/____/2010.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos (Orientador)
Doutor em Direito
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Prof. Dr. Cláudio Alberto Gabriel Guimarães
Doutor em Direito
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof^a. Dr^a. Márcia Haydée Porto de Carvalho
Doutora em Direito
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

*Em memória dos meus avós maternos,
Maria Lisboa Carneiro e Getúlio Dias
Carneiro.*

AGRADECIMENTOS

À minha família, em especial ao meu marido Frederico Carneiro da Cruz Barbosa, que dividiu comigo, em todos os momentos, as agruras e alegrias do período.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos, pelas orientações e atenção despendidas durante toda a produção do presente estudo.

Ao Programa de Pós-graduação em Políticas Públicas da Universidade Federal do Maranhão, cujos gestores, professores e funcionários possibilitaram a ampliação dos meus horizontes profissional e pessoalmente, oferecendo-me os meios para o desenvolvimento e reflexão da presente pesquisa, bem como o exercício da tolerância e respeito às diversidades ideológicas, dentre outras.

Às professoras, Dra. Salviana de Maria Pastor Santos Sousa e Dra. Maria Ozanira da Silva e Silva, a quem tenho admiração e respeito.

À banca examinadora, pelas críticas construtivas e contribuições pertinentes, proferidas na ocasião das qualificações.

Por fim, agradeço aos colegas do referido Programa, em especial às que me incentivaram, de uma maneira ou outra, a continuar na realização do curso de mestrado, em especial às que seguem: Albiane Gomes; Caroline Maranhão; Jacira do Nascimento Serra; Luzinea de Maria Pastor Frias; Mônica Damous Duailibe; Núbia Maria Dias da Cunha; Marlene Corrêa Torreão; Rosanna Conceição Gonçalves; Sara Santos Sousa; e Tatiana Maria Náufel Cavalcante.

RESUMO

O judiciário estadual e o controle das políticas públicas. Estudo sobre a atuação da justiça estadual e a relação de suas decisões com a efetivação dos direitos fundamentais sociais, tomando-se, como base, o direito à saúde. A presente pesquisa utiliza a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão no tocante à interferência nas questões de ordem política, em que o Judiciário é provocado a se pronunciar, fazendo o controle de políticas públicas, cujas decisões analisadas destacaram os temas separação dos poderes; interferência judicial nas fases de formulação e implementação das políticas; reserva do possível e mínimo existencial, bem como o argumento do efeito multiplicador das decisões judiciais, utilizado por alguns desembargadores daquela corte judiciária. Concluiu-se que, a postura jurídica, adotada pela Justiça Estadual Maranhense oscila entre a proteção aos bens jurídicos vida e dignidade humana, em outros momentos busca resguardar o erário público, evocando a reserva do possível, alegando que, ao deferir os pleitos individuais relacionados ao custeio por tratamentos de saúde isso pode servir de mau exemplo e inchar o judiciário com demandas similares. No entanto, percebe-se que, na maioria das vezes, as decisões do Tribunal de Justiça, exaradas em sentenças ou acórdãos, têm uma postura comprometida com as questões sociais, deixando claro que o direito à saúde está ligado à dignidade humana, sendo um direito fundamental subjetivo, cuja exigência decorre diretamente da Constituição Federal e que deve prevalecer diante de questões políticas ou orçamentárias.

Palavras-Chave: Políticas públicas. Controle jurisdicional. Efetivar direitos. Dignidade humana.

RÉSUMÉ

Le pouvoir judiciaire et du contrôle étatique des politiques publiques. Etude sur le rôle des juridictions étatiques et la relation de leurs décisions avec la réalisation des droits sociaux fondamentaux, en prenant comme base, le droit à la santé. Cette étude utilise la Cour européenne de Justice de l'Etat de Maranhão à l'égard de l'ingérence dans les questions de politique, dans laquelle le pouvoir judiciaire est contraint de répondre, rendant le contrôle des politiques publiques, dont les décisions ont mis en évidence les sujets discutés la séparation des pouvoirs; l'intervention juridique dans les premiers stades de formulation et de mise en œuvre des politiques, sous réserve du minimum possible et existentielle, et l'argument de l'effet multiplicateur des décisions judiciaires, utilisé par certains juges de cette procédure judiciaire. Nous concluons que l'approche juridique adoptée par les chaînes d'État du Maranhão de la Cour de la protection des droits et la dignité de la vie humaine, d'autres fois, vise à sauver les finances publiques, évoquant la réserve que possible, en faisant valoir que d'accorder des revendications de l'individu liées le coût des soins de santé qui peuvent servir de mauvais exemple et de la houle du pouvoir judiciaire à des exigences analogues. Toutefois, il est observé que dans la plupart des cas, les décisions de la Cour, est entré en phrases ou des jugements, avoir une posture commis aux questions sociales, en précisant que le droit à la santé est liée à la dignité humaine, et une droit fondamental subjectif, l'exigence découle directement de la Constitution et doit compter sur des questions de politique ou de budget.

Mots-clés: Ordre public. Le contrôle juridictionnel. Effet aux droits. Dignité.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
-------------------------	-----------

CAPÍTULO I

1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	14
1.1 CONSIDERAÇÕES TERMINOLÓGICAS.....	14
1.2 DAS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	17
1.3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA TEORIA DE JOHN RAWLS	21
1.4 A CONCEPÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CF/88	25
1.5 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: as especificidades dos direitos sociais na CF/88.....	27
1.5.1 A aplicabilidade das normas definidoras de direitos Fundamentais: comentários ao art. 5º, § 1º da CF/88	33
1.5.2 O regime dos direitos fundamentais sociais prestacionais e sua efetivação enquanto direitos subjetivos.....	36
1.6 POLÍTICAS PÚBLICAS E DIREITO: aproximações irrefutáveis	37

CAPÍTULO II

2 CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: possibilidades e limites	40
2.1 PRIMEIRAS LUZES: o pensamento de Dworkin e sua contribuição para a análise de políticas públicas.....	40
2.1.1 A judicialização da política na perspectiva de Dworkin: elementos conceituais, prática judicial e decisões políticas	47
2.2 CICLOS DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E CONTROLE JUDICIAL: algumas particularidades	52
2.2.1 A intervenção judicial na fase de formulação das políticas públicas: possibilidades	56
2.2.2 O controle jurisdicional na fase de implementação das políticas públicas.....	62

2.3 O JUDICIÁRIO E A SEPARAÇÃO DOS PODERES: aspectos políticos.....	67
2.4 LIMITES NORTEADORES QUANDO DO CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS	73

CAPÍTULO III

3 A MATERIALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO MARANHÃO ATRAVÉS DO CONTROLE JURISDICIONAL: decisões do TJ/MA	80
3.1 A IMPORTÂNCIA DAS DECISÕES JUDICIAIS	80
3.2 O CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO: estudos de casos	82
3.2.1 O controle jurisdicional das políticas públicas	84
3.2.2 efeito multiplicador, reserva do possível, separação dos poderes e mínimo existencial: o que privilegiar?	106
CONSIDERAÇÕES FINAIS	112
REFERÊNCIAS	115
ANEXOS.....	121

INTRODUÇÃO

Pelo prisma de um constitucionalismo contemporâneo, pode-se afirmar que o reconhecimento dos direitos fundamentais se expandiu e tem como substancial pretensão adequar as relações sociais ao ordenamento jurídico, e nesse sentido, as políticas públicas se destacam, servindo como mecanismos de efetivação desses direitos, que nada adiantariam se ficassem apenas no plano do reconhecimento formal.

Em virtude do *status* constitucional desses direitos, pode-se afirmar que as políticas públicas devem se ajustar aos princípios constitucionais, os quais possuem força vinculante, para que não sejam juridicamente inválidas¹. Da mesma forma, é de se notar que as políticas públicas estão intimamente relacionadas à atuação estatal e devem cobrir, na medida do possível, todas as formas de intervenção do poder público na vida social.

O controle jurisdicional de políticas públicas, como uma via alternativa para a efetivação de direitos sociais, é um tema que está em voga, devido mesmo a sua importância como mecanismo conformador das normas constitucionais definidoras desses direitos, dando ou buscando dar aos seus titulares uma condição humana mais digna, embora de forma ainda precária.

A apreciação das políticas públicas pelo Judiciário Maranhense pode ser desdobrada em, pelo menos, quatro indagações, quais sejam: a) esse Poder estatal dispõe de aparato técnico para verificar as prioridades sociais que devam entrar na agenda pública e garanti-los? b) cabe ao Judiciário determinar a implantação de um programa social com base em um direito genericamente previsto na Constituição Federal? c) ao realizar o referido controle não se estaria diante de uma afronta ao princípio constitucional da separação dos poderes, em face de uma suposta invasão política e funcional do Judiciário? d) pode-se afirmar que o Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão tem priorizado o direito a vida e à dignidade da pessoa humana

¹ Segundo Pontes filho (2003, p.244) “quaisquer que sejam os programas e projetos governamentais, ou eles se ajustam aos princípios e diretrizes constitucionais ou, inexoravelmente, haverão de ser tidos como inválidos, juridicamente insubsistentes e, portanto, sujeitos ao mesmo controle jurisdicional de constitucionalidade a que se submetem as leis. Como igualmente ponderado é observar que a abstinência do governo em tornar concretos, reais, os fins e objetivos inscritos em tais princípios e diretrizes constituirá, inelutavelmente, uma forma clara de ofensa à Constituição e, conseqüentemente, de violação de direitos subjetivos dos cidadãos”.

através da materialização e proteção do direito à saúde, quando devidamente acionado?

O estudo do controle judicial das políticas públicas, como mecanismo de efetivação de direitos sociais, revela-se de grande importância não somente para o meio ambiente acadêmico, como também para a sociedade em geral.

Saber se o Judiciário está respondendo, e em que medida, às demandas da sociedade, é de crucial importância para que se possa aferir o grau de legitimidade de um dos poderes da República, que não tem seu corpo funcional formado por meio de participação popular direta, quer dizer, através do voto.

Assim, revela-se pertinente o estudo da efetivação de políticas públicas, desde que submetidas à análise do Poder Judiciário, a fim de que se possa averiguar o comprometimento dos desembargadores com a Constituição Federal de 1988, bem como verificar se possuem uma postura conservadora, no sentido de que o Poder Judiciário não possa adentrar em questões que versem sobre políticas públicas, já que são específicas da atuação dos outros dois poderes.

Desta forma, parte-se do pressuposto de que as políticas públicas contribuem para a promoção de direitos sociais – notadamente, no tocante ao direito à saúde, que já foi e é bastante regulamentado, e objeto de várias políticas estatais - e o seu controle judicial tem sido um meio essencial para corrigir distorções quando da implementação ou mesmo viabilização efetiva desses programas sociais.

Buscou-se através da investigação jurisprudencial, verificar como o referido Judiciário tem visto os direitos fundamentais sociais, se os considera como autênticos direitos subjetivos capazes de gerar uma obrigação de fazer por parte do Estado.

Da mesma forma, presume-se que o Poder Judiciário do Estado do Maranhão não dispõe de aparato técnico para verificar e identificar as prioridades sociais que devam entrar na agenda pública e garanti-los, especialmente, em virtude da formação dos magistrados, que não lhes proporcionou uma visão interdisciplinar do Direito.

Por fim, imagina-se que, ao realizar o controle das políticas públicas trazidas à sua apreciação, o Poder Judiciário do Estado do Maranhão não estará invadindo a esfera política e funcional dos demais Poderes, mas tão-somente cumprindo sua missão constitucional de efetivação dos direitos que possuem status de fundamentais, fazendo uma interpretação ampla ao disposto no art. 5º, § 1º da

CF/88, que preleciona serem imediatamente aplicáveis os direitos fundamentais, abarcando os direitos sociais como direitos subjetivos respaldados também por este dispositivo.

Ressalte-se que Dworkin (2007, p. 36) concebe as políticas como padrões e melhorias a serem atingidos no campo social, econômico e/ou político da sociedade, tal conceito estrutura-se pela existência de uma comunidade política, com legitimidade para instituir os referidos padrões, e pela necessidade de se apontar e eleger objetivos, bem como estabelecer os respectivos meios de concretizá-los.

Naturalmente que, diante de um Estado Democrático de Direito², cabe ao Estado as mencionadas funções, porém, não é qualquer entidade ou órgão que as detém, o que tem levado alguns autores a defender a tese de que só os Poderes Legislativo e Executivo possuem autoridade para formular e executar políticas públicas, uma vez que são representantes diretos dos cidadãos, os quais os elegeram para tal, nesse contexto, o Poder Judiciário, *a priori*, não poderia intervir.

Porém, isso não significa dizer que o Judiciário não possa fazer um controle dessas políticas, pois, quando ocorrer violação aos direitos das pessoas, seja em decorrência de uma política já formulada e em fase de implementação, seja pela omissão do ente estatal que tenha o dever legal de editá-la, caberá ao Poder Judiciário efetuar o controle dessas políticas com o fim de que tais direitos sejam preservados, porque questões atinentes a direitos fundamentais integram o campo de atuação desse ente.

Portanto, diante de um conflito entre direitos fundamentais e políticas públicas, pode haver um controle judicial destas para que seja solucionado o problema, sem que isso implique em exacerbação de função ou choque de atribuições entre Poderes.

Logo, as políticas públicas são matérias passíveis de apreciação pelo Judiciário, restando saber em qual fase caberá essa intervenção, quais os limites e justificativas legitimadoras dessa ingerência jurisdicional.

Eis, portanto, o objeto de estudo do presente trabalho, que buscou analisar a atuação do Judiciário enquanto sujeito que exerce controle das políticas públicas na

² Advirta-se com Silva (2002, p. 120) que “a Constituição de 1988 não promete a transição para o socialismo com o Estado Democrático de Direito, apenas abre as perspectivas de realização social profunda pela prática dos direitos sociais, que ela inscreve, e pelo exercício dos instrumentos que oferece à cidadania e que possibilita concretizar as exigências de um Estado de justiça social, fundado na dignidade da pessoa humana”.

busca da promoção dos direitos fundamentais, diante das omissões do Estado frente aos preceitos constitucionais.

Para isso, serão abordados aspectos ligados ao presente tema e indispensáveis à sua compreensão, como a teoria da Separação dos Poderes, tão invocada pelos que pregam a não intervenção judicial na formulação e execução das políticas públicas; a legitimidade do Judiciário para realizar tal controle; os limites da atuação, dentre outros.

O presente estudo atear-se-á apenas na análise dos direitos sociais de cunho prestacional, tomando-se como exemplo o direito à saúde, com o fim de se verificar se é possível tê-lo como direito subjetivo a prestações fáticas a serem exigidas do Estado, a partir da análise jurisprudencial da Corte Judiciária Estadual maranhense, lembrando-se que, em face da interdisciplinaridade do presente programa de pós-graduação, tentou-se não enfatizar questões de ordem processual.

Para alcançar os objetivos traçados, realizou-se uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial a partir de uma abordagem quanti-qualitativa.

Sendo assim, na abordagem qualitativa deu-se maior enfoque na efetivação dos direitos sociais, tomando como amostra o direito à saúde, elencando qualitativamente os limites legais, principiológicos e financeiros impostos à atuação do Poder Judiciário, destacando a postura do TJ/MA e os argumentos suscitados pelos desembargadores quando da análise dessas questões.

Por outro lado, na abordagem quantitativa, o único objetivo foi verificar se o TJ/MA mais concede ou indefere pleitos concernentes à matéria objeto da presente dissertação, principalmente quando o bem jurídico ao qual se pretende resguardar através de um pronunciamento jurisdicional é a vida, a saúde e a dignidade humana³.

Partiu-se ainda das ideias de Ronald Dworkin como referencial teórico para analisar o papel do Judiciário diante de questões políticas, bem como quando da ocorrência de choque entre princípios e regras durante a apreciação de casos concretos trazidos à sua apreciação.

Ademais, no presente trabalho buscou-se evidenciar o papel do Judiciário quanto aos direitos fundamentais, explicitando os elementos legitimadores de sua

³ O que implica dizer que um único método é insuficiente para interpretar a realidade social, não privilegiando uma abordagem em detrimento da outra, mas buscando-se proporcionar uma articulação entre estas, pois segundo Silva (2001, p. 75) “a realidade social também se expressa por quantidades, devendo seus significados serem interpretados numa perspectiva qualitativa”.

função, a qual não é adulterada quando indiretamente interfere em questões políticas, quando baseia suas decisões em questões morais, de ordem principiológicas e que não estejam necessariamente positivadas no ordenamento jurídico para que tenham validade.

Da mesma forma, ao realizar o controle, não implica dizer que o Judiciário esteja afrontando a norma que prevê a separação dos poderes e suas respectivas funções, pois estará se fundamentando em princípios que o legitimam a tomar uma decisão que dê materialidade à Constituição e aos preceitos morais ligados mesmo à condição humana.

Assim, no primeiro capítulo, se fez uma breve análise dos direitos fundamentais sociais, explicitando suas concepções e destacando alguns pontos que contribuem para sua materialização, à luz da Constituição Federal de 1988 e do direito comparado, notadamente o alemão e o português, embora se tenha aberto um link para a aplicação de elementos da Teoria da Justiça do autor norte-americano John Rawls à seara dos direitos fundamentais.

Já no capítulo II, foi realizado um estudo doutrinário acerca do controle jurisdicional das políticas públicas, evidenciando os argumentos que autorizam o Poder Judiciário a interferir em assuntos que, em tese, são de ordem política, principalmente, no tocante à fase de elaboração das políticas, ocasião em que são escolhidos os assuntos que entrarão na agenda pública, bem como referente à fase de implementação das mesmas, apontando quais os “limites” que os magistrados devem observar quando da apreciação de casos concretos, limites esses que servem de argumento para a justificação de suas decisões.

Ao passo que no terceiro capítulo, foi feita exposição dos resultados encontrados na pesquisa realizada, analisando os dados empíricos encontrados a partir da pesquisa jurisprudencial, através da qual se evidenciou qual posição teórica tem adotado o Poder Judiciário do Estado do Maranhão, se essa corte considera os direitos sociais fundamentais como subjetivos e se a mesma lhes tem dado efetividade - especificamente no tocante ao direito à saúde, que foi tomado como exemplo no presente trabalho – através do controle judicial das políticas públicas de saúde trazidas para sua apreciação, sem o fim de minudenciar esse direito.

CAPÍTULO I

1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

1.1 CONSIDERAÇÕES TERMINOLÓGICAS

São utilizadas na doutrina expressões como direitos humanos, direitos do homem, direitos subjetivos públicos, liberdades públicas, direitos individuais, liberdades fundamentais e direitos humanos fundamentais, para designar os mesmos direitos. Dentre elas, as mais utilizadas são “direitos fundamentais” e “direitos humanos”, importante salientar que essas últimas expressam praticamente o mesmo conteúdo, embora não sejam sinônimas.

Os direitos fundamentais diferem dos direitos humanos, para delimitá-los conceitualmente, a doutrina brasileira utiliza-se de três vertentes, através da análise do critério formal, consideram-se fundamentais os direitos reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado⁴, no caso pátrio, os que estão elencados na Constituição Federal de 1988.

Ao passo que os direitos humanos, tomando-se aqui o referido critério, revelam um caráter internacional, uma vez que reconhecem posições jurídicas aos seres humanos independentemente de sua vinculação com dada ordem constitucional, aspiram, pois, validade universal, estão positivados nos tratados internacionais.

Desta forma, o termo direitos humanos tem acepção mais ampla e imprecisa que a noção de direitos fundamentais, haja vista que estes consignam direitos delimitados no tempo e no espaço, constituindo, portanto, o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado.

Entretanto, cumpre ressaltar que reconhecer essa diferenciação terminológica não deve implicar na desconsideração da íntima relação entre direitos humanos e os

⁴ Segundo Canotilho (2003, p. 376) “a positivação de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados ‘naturais’ e ‘inalienáveis’ do indivíduo”.

direitos fundamentais. Advirta-se que o critério que difere esses direitos a partir do plano formal de sua positivação, demonstra uma visão simplista, por isso não é o mais aplicado atualmente.

Outro critério utilizado para colocar esses direitos nas categorias de fundamentais ou humanos reside na análise de sua essência. Para quem assim os diferenciam, baseiam-se no jusnaturalismo, para o qual os direitos humanos, por serem inerentes à condição humana independem de positivação, ao contrário dos direitos fundamentais, que necessitam está positivados para que passem a ter validade e existência no ordenamento jurídico.

Porém, o critério mais aceitável atualmente, é o que parte da visão sistemática desses direitos, pela qual os que estão no texto constitucional são os direitos fundamentais formais, independente de como e onde estejam dispostos. Aqui não se pode confundir texto constitucional (mais restrito, é a forma) com Constituição (mais ampla, é a substância), esta é vista como um todo sistematizado, estruturado.

Por essa vertente, os direitos inscritos em tratados também são fundamentais, até mesmo em lei ordinária pode conter direitos fundamentais, como é o caso do Estatuto da Criança e do Adolescente, que dispõe os direitos fundamentais das crianças e adolescentes, a exemplo tem-se o art. 7º, XXIII da CF/88 que prevê o adicional de remuneração das atividades perigosas, penosas e insalubres, da mesma forma que proíbe o exercício de trabalho noturno, perigoso e noturno por menores de 18 anos, não se referindo ao exercício de trabalho penoso, dando uma aparente brecha, porém, o ECA proíbe o exercício de atividade penosa por adolescente, por isso, essa lei ordinária trata de direitos fundamentais também.

Por esse último critério de análise, os direitos fundamentais são tão amplos que até pessoa jurídica pode ser titular, diferentemente do que ocorre com os direitos humanos, em que uma pessoa jurídica nunca poderá evocá-los, nunca terá abrigo nesses direitos, porque os mesmos só recaem e deles só podem ser titulares as pessoas físicas, ligam-se, pois, a própria condição humana.

Ademais, fazer tal distinção é salutar para se verificar o alcance e efetividade das normas que os positivam, como pondera Sarlet (2009, p. 33), *in verbis*:

Além disso, importa considerar a relevante distinção quanto ao grau de efetiva aplicação e proteção das normas consagradoras dos direitos fundamentais (direito interno) e dos direitos humanos (direito internacional),

sendo desnecessário aprofundar, aqui, a ideia de que são os primeiros que – ao menos em regra – atingem (ou, pelo menos, estão em melhores condições para isto) o maior grau de efetivação, particularmente em face da existência de instâncias (especialmente as judiciárias) dotadas do poder de fazer respeitar e realizar estes direitos.

Conforme Dias (2007, p.109) o Estado, cada vez mais, tem se visto obrigado a reconhecer proteção aos direitos dessa natureza – em sentido amplo – fazendo emergir concepções modernas de direito não mais atrelada estritamente à patrimonialidade e vida individual das pessoas, mas a um conjunto de valores transcendentais que sublimam a localidade cultural e pretendem uma formulação teórica extranacional de valores jurídicos.

Nessa linha é a lição de Oliveira (2000, p. 3):

Em toda sociedade, há direitos, que não se podem recusar a ninguém e cujo respeito se impõe a todos em geral e a cada um em particular. São direitos essenciais, porque estão nos fundamentos da própria ordem social e lhe abrangem todas as manifestações.

Note-se, ainda, que a Constituição Federal de 1988 é caracterizada por sua diversidade semântica, utilizando termos diversos ao se referir aos direitos fundamentais, encontrando em seu interior expressões diversas, tais como “direitos humanos” (art. 47, inc. II), “direitos e garantias fundamentais” (epígrafe do Título II e art. 5º, § 1º), “direitos e liberdades constitucionais” (art. 5º, inc. LXXI), dentre outras.

Por fim, cumpre ressaltar que a concepção de direitos fundamentais ora adotada é a especificada por Sarlet (2009, p. 77):

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significados, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal.

O caráter de fundamentalidade dos direitos ora mencionados aponta especialmente para sua dignidade de proteção formal e material. Partindo-se dessa noção, Canotilho sintetiza o que seria a fundamentalidade formal e material.

Para esse autor português, a fundamentalidade formal está associada à noção de constitucionalização⁵ e assinala quatro dimensões normativas. Assim, as normas consagradoras de direitos fundamentais possuem um grau superiormente hierárquico na ordem jurídica; da mesma forma, como normas constitucionais que são, são passíveis de revisão.

Por outro lado, as normas que incorporam direitos fundamentais, passam a constituir limites materiais da referida revisão; e por fim, essas normas são dotadas de força vinculante, ou seja, os poderes públicos estão imediatamente atrelados a elas, para Canotilho (2003, p. 379) elas “constituem parâmetros materiais de escolhas, decisões e controlo dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais”. Assim, o referido autor assinala que a fundamentalidade material refere-se ao conteúdo dos direitos fundamentais, o qual é decisivo na construção das estruturas básicas do Estado e da sociedade.

1.2 DAS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A evolução na seara da positivação dos direitos fundamentais, a partir da concepção liberal-burguesa, culminou com a afirmação do Estado de Direito.

No âmbito do pensamento da segunda metade do século XVIII, as ideias de Constituição e direitos fundamentais eram compreendidos como limites normativos ao poder estatal.

Assim, na medida em que se pressupõe uma atuação juridicamente programada e controlada dos órgãos estatais, a Constituição configura condição de existência das liberdades fundamentais, de tal sorte que os direitos fundamentais somente poderão aspirar à eficácia no âmbito de um autêntico Estado constitucional.

A positivação de alguns princípios e direitos fundamentais - enquanto expressões de valores e necessidades, reconhecidos de forma consensual pela comunidade histórica - faz com que a Constituição se transforme em verdadeira

⁵ Para Canotilho (2003, p. 378) constitucionalização significa “a incorporação de direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário [...]. A constitucionalização tem, como consequência mais notória, a proteção dos direitos fundamentais mediante o controle jurisdicional da constitucionalidade dos atos normativos reguladores destes direitos. Por isso e para isso, os direitos fundamentais devem ser compreendidos, interpretados e aplicados como normas jurídicas vinculativas e não como trechos ostentatórios ao jeito das grandes ‘declarações de direitos’”.

“reserva de justiça”, chancelando a legitimidade formal e material da ordem jurídica estatal.

As constituições modernas, não só organizam o exercício do poder político, mas também é unânime o entendimento de que elas consignam e definem os direitos fundamentais dos indivíduos submetidos à soberania estatal.

Nesse diapasão, esses direitos são ordenados em categorias, ressaltando-se que também nesta seara há dissensões terminológicas, alguns os agrupam em categorias, dimensões ou gerações.

Marmelstein (2005, p. 58) sintetizou a teoria das gerações desenvolvida pelo professor Karel Vasak - em suas aulas ministradas no ano de 1979, nos cursos do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo⁶ - da seguinte forma:

A primeira geração dos direitos humanos seria a dos direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade (*liberté*), que tiveram origem com a Revolução Francesa e as demais revoluções burguesas. A segunda geração, por sua vez, seria a dos direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na igualdade (*égalité*), ocasionada pela Revolução Industrial e com os problemas sociais por ela causados. Por fim, a última geração seria a dos direitos de solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, coroando a tríade com a fraternidade (*fraternité*), que ganhou força após a Segunda Guerra Mundial, especialmente após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.

No entanto, não se adotará, no presente estudo, a terminologia “gerações”, uma vez que esse termo pode levar ao equívoco da falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, quando, na verdade, não há como negar que o reconhecimento dos direitos fundamentais revela um caráter de cumulatividade e complementaridade, jamais de alternância.

Da mesma forma que não deve prosperar a falsa ideia trazida por este termo de que essas “gerações” seriam independentes entre si, bem como o entendimento de que os direitos de primeira geração são necessariamente negativos e os de segunda geração positivos, prestacionais e onerosos⁷ ao Estado, como se verá oportunamente.

⁶ Na aula inaugural do referido curso, Vasak utilizou pela primeira vez a expressão “gerações de direitos do homem”, buscando metaforicamente, demonstrar a evolução dos direitos humanos com base no lema da revolução francesa (liberdade, igualdade e fraternidade).

⁷ É um equívoco pensar que os direitos de liberdade são, em todos os casos, direitos negativos, e que os direitos sociais e econômicos sempre exigem gastos públicos. Na verdade, todos os direitos fundamentais possuem uma enorme afinidade estrutural. Para Sarlet (2009, p.77) concretizar qualquer direito fundamental somente é possível mediante a adoção de um espectro amplo de

Por este prisma, didaticamente, os direitos fundamentais serão agrupados no presente trabalho em três dimensões, haja vista que essa perspectiva dá a tais direitos uma visão de expansão de sua aplicabilidade, bem como denotam a ideia de se transmudarem no tempo com novos valores surgidos na sociedade e não como direitos substituíveis.

Na **primeira dimensão**, estão os direitos individuais, no que pese ao seu âmbito de reconhecimento, sua primeira manifestação legislativa foi a Declaração de Direitos Inglesa de 1689, no entanto, sua consolidação material é contemporânea ao pensamento francês do século XVIII (pensamento liberal-burguês) de marcado cunho individualista, caracterizando-se ainda por contribuir para a afirmação jurídica da personalidade humana, configurando direitos de defesa frente ao Estado, demarcando uma área de não-intervenção estatal, impondo, pois, deveres de abstenção aos órgãos públicos, com o fim de preservar a iniciativa e a autonomia dos particulares.

São apresentados como direitos de cunho “negativo”, por denotarem abstenção estatal, servindo também como meio de opor-se perante o Estado, mas tal ideia não deve ser vista de forma absoluta.

Pela sua origem jusnaturalista, ganharam relevo no rol desses direitos, valores relativos à vida, à liberdade, à segurança, à propriedade e à igualdade perante a lei, são ainda complementados por outros direitos, tais como liberdade coletiva e direitos políticos, revelando a íntima correlação entre direitos fundamentais e a democracia.

Já no rol dos **direitos de segunda dimensão** estão os direitos econômicos, sociais e culturais. Tais direitos, identificados abreviadamente como direitos sociais, são fruto das reivindicações decorrentes dos graves impactos sociais e econômicos gerados pela industrialização.

Com as doutrinas socialistas, e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não detinha garantias efetivas de gozo, passou-se a atribuir ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social.

A consolidação desses direitos é relativamente recente, remonta à Constituição mexicana de 1917 e à de Weimar, de 1919, superando a perspectiva estritamente individual, surgindo para o Estado o dever de propiciar a participação e

obrigações públicas e privadas, que se interagem e se complementam, e não apenas com um mero agir ou não agir por parte do Estado.

promoção do bem-estar social, visando à melhoria das condições de vida e à promoção da igualdade material através do Estado.

Essa intervenção estatal visou amenizar e neutralizar as distorções econômicas geradas na sociedade, abrangendo nessa categoria de direitos, obrigações prestacionais, que densificam o princípio da justiça social, operando como obstáculos defensivos do indivíduo face à dominação econômica de terceiros.

Enfim, outorgam direitos comprometidos com uma ação estatal positiva, voltada para a dignidade da pessoa humana, consignando direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, moradia, dentre outros afetos à segurança social.

E, por fim, tem os direitos difusos, que são os que integram a **terceira dimensão**. Esses direitos ganharam maior evidência nas últimas décadas, passando a merecer maior proteção jurídica, esta dimensão contempla os direitos afetos à solidariedade, configurando direitos sobre o Estado.

Sua natureza difusa refere-se à sua titularidade e fruição, que é coletiva, caracterizando-se por pertencerem a um número indeterminado de pessoas.

Seu objeto é indivisível, pois segundo Barroso (2009, p. 98) “a satisfação de um de seus titulares implica na satisfação de todos, do mesmo passo que a lesão de um só constitui, *ipso facto*, lesão da inteira coletividade”.

Ligam-se à reivindicação de novas liberdades fundamentais e em face de sua essência e estrutura jurídica, atuam preponderantemente de forma defensiva.

Dentre os direitos abarcados nessa categoria e consensualmente citados pela doutrina pátria, têm-se a preservação do meio ambiente; a defesa da qualidade dos produtos e serviços, bem como a garantia contra manipulações de mercado (proteção ao consumidor); a salvaguarda do patrimônio histórico, artístico e cultural; direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento e à qualidade de vida.

Outros autores mais contemporâneos têm elencado ainda como difusos, as garantias que seguem: direito de morrer com dignidade, direito à mudança de sexo e garantias contra manipulações genéticas. Garantias estas que, para Sarlet (2009, p. 50) correspondem

[...] a facetas novas deduzidas do princípio da dignidade da pessoa humana, encontrando-se intimamente vinculados (à exceção dos direitos de titularidade, notadamente coletiva e difusa) à ideia da liberdade – autonomia

e da proteção da vida e outros bens fundamentais contra ingerências por parte do Estado e dos particulares.

Fala-se ainda na construção de uma quarta dimensão de direitos fundamentais, a qual visaria proteger as futuras gerações, exigindo-se das atuais, a observância de um conjunto de medidas que tenha por fim assegurar a continuidade dos meios necessários à sobrevivência dos indivíduos que ainda irão nascer.

Cumprido salientar ainda, que essa divisão dos direitos fundamentais em dimensões tem cunho didático, não quer dizer necessariamente que eles sejam divisíveis, pois não o são, tais direitos não são passíveis de fragmentação.

Desta forma, quando da análise na prática de qualquer deles, aquela deverá ser realizada de forma que se possa associar uma dimensão à outra e não o contrário, dessa forma, essas classificações e agrupamentos em categorias dimensionais devem ser feitas para fins didáticos e não de forma absoluta⁸.

1.3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA TEORIA DE JOHN RAWLS

Os direitos fundamentais são tratados com destaque por Rawls (2008), que seguindo a tradição americana, os consideram como sendo “as liberdades básicas” e para explicá-las e lhes dar evidência, partiu de críticas às doutrinas tradicionais, em especial o utilitarismo⁹, que para ele não são capazes de assegurar os direitos fundamentais aos cidadãos (vistos como pessoas livres e iguais).

Para o autor, os direitos fundamentais são vistos como bens necessários para o desenvolvimento das duas capacidades morais da pessoa humana, quais sejam: a de ter uma concepção de bem e a de ter um senso de justiça, razão pela qual devem ser garantidos a todos os cidadãos indistintamente.

⁸ O ideal é considerar que os direitos fundamentais podem ser analisados e compreendidos em múltiplas dimensões, ou seja, na dimensão individual-liberal (primeira dimensão), na dimensão social (segunda dimensão), na dimensão de solidariedade (terceira dimensão) e na dimensão democrática (quarta dimensão). Não há qualquer hierarquia entre essas dimensões. Na verdade, elas fazem parte de uma mesma realidade dinâmica. Essa é uma das formas de salvar a teoria das dimensões dos direitos fundamentais.

⁹ Para Höffe (2001, p. 28 e ss) a tentativa de superar o relativismo ético-jurídico também somente tem sentido se for aceita a idéia de que a relação dos homens entre si é determinada pela justiça. Mas esta hipótese não está por cima de qualquer dúvida; e a dúvida não vem apenas do lado do positivismo jurídico radical. Ele afirma ainda, que o utilitarismo também não reconhece a justiça como conceito normativo-fundamental e lhe concede, quando muito, um significado derivado.

Após revisar sua teoria, Rawls (2008) passou a defender explicitamente a necessidade de garantir aos indivíduos as condições materiais básicas necessárias para o efetivo exercício dos direitos fundamentais. Para isso, formulou uma concepção de justiça política e social afim às convicções e tradições mais profundamente arraigadas das democracias liberais modernas, reconhecendo inicialmente que a justiça é a virtude primeira das instituições sociais.

Sua teoria parte de ideias vinculadas ao senso comum da vida cotidiana. E já na primeira seção de Teoria da Justiça, Rawls (2008, p.4) estabelece o conteúdo da justiça bem como o seu primado sobre o bem, nos seguintes termos:

Cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem mesmo o bem-estar de toda a sociedade pode desconsiderar. Por isso, a justiça nega que a perda da liberdade de alguns se justifique por um bem maior desfrutado por outros. Não permite que os sacrifícios impostos a poucos sejam contrabalançados pelo número maior de vantagens que desfrutam muitos. Por conseguinte, na sociedade justa as liberdades da cidadania igual são consideradas irrevogáveis; os direitos garantidos pela justiça não estão sujeitos à negociações políticas nem ao cálculo de interesses sociais[...]. A injustiça só é tolerável quando necessária para evitar uma injustiça ainda maior.

Essa proposição expressa a convicção intuitiva do autor acerca da primazia da justiça, bem como a ideia de partida para sua investigação e que contempla os principais elementos da sua concepção de justiça.

A partir das ideias que considera implícitas às sociedades democráticas, formulou diversas concepções, dentre as quais a de pessoa, a de sociedade como sistema equitativo de cooperação social e a de sociedade bem ordenada, procurando dispô-las num todo coerente.

Sua proposta é oferecer uma concepção de justiça voltada à questão da justiça social como um modelo contrário ao utilitarismo¹⁰. No entanto, ele procurou delimitar, tanto em Teoria da Justiça quanto em Liberalismo Político, o âmbito de aplicação do conceito de justiça e o distinguiu de concepção de justiça, como se observa na seguinte passagem extraída da primeira obra, *in verbis*:

Nestas observações preliminares, tenho vindo a distinguir o **conceito de justiça**, definido como um equilíbrio adequado entre pretensões concorrentes e **concepções da justiça**, conjunto de princípios inter-

¹⁰ Rawls (2008, p. 33) pensa que o utilitarismo comete o erro de não atribuir valor intrínseco à igualdade, mas apenas valor instrumental. Isto quer dizer que a igualdade não é boa em si — é boa apenas porque produz a maior felicidade total, nas palavras do autor “o utilitarismo não leva a sério a distinção entre as pessoas”.

relacionados que permitem a identificação dos aspectos relevantes para a determinação daquele equilíbrio (RAWLS, 2008, p. 37).

A distinção realizada por Rawls (2008) entre conceito e concepção de justiça tem o objetivo de destacar o fato de que os cidadãos podem estar de acordo sobre o conceito de justiça, mas ter diversas concepções de justiça.

A partir desta distinção, pode-se identificar o papel dos princípios de justiça social. Segundo o autor, o conceito de justiça¹¹ é definido pelo papel que os conjuntos de princípios e as concepções de justiça desempenham em comum.

Uma das suas preocupações mais significativas é com a questão da justiça social, ele parte da consideração de que o objeto primário da justiça deve ser a estrutura básica¹² da sociedade, precisamente a maneira como as principais instituições¹³ distribuem os direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão dos benefícios da cooperação social.

Isso faz gerar desigualdades profundas, e são essas desigualdades que, segundo o autor, são inevitáveis e as quais os princípios de justiça devem cuidar. Para ele, a justiça de um modelo de sociedade depende essencialmente da forma como são atribuídos os direitos e deveres fundamentais, bem como oportunidades econômicas e condições sociais nos diferentes setores da sociedade.

Ressalte-se ainda que, a teoria da justiça, como equidade, foi buscar no contratualismo a sua fonte de justificação. Desta forma, os termos equitativos da cooperação, conteúdo dos princípios de justiça são alcançados a partir de um acordo cujas partes contratantes encontram-se numa situação de igualdade e sob o véu de ignorância¹⁴ elegem os princípios imparcialmente.

¹¹ Neste sentido, ele adota um conceito formal de justiça a ser satisfeito por alguns critérios formais. Segundo Rawls (2008, p.13-26), as pessoas podem concordar que as instituições são justas quando não existem discriminações arbitrárias e as regras estabelecerem um equilíbrio adequado entre as pretensões dos cidadãos, por exemplo. Essa concordância, no entanto, só é possível em razão das noções de discriminação arbitrária e equilíbrio adequado, critérios formais do conceito de justiça, serem deixadas em aberto e, portando, serem interpretadas por qualquer cidadão de acordo com os princípios por ele adotados.

¹² A estrutura básica da sociedade favorece certas posições sociais relativamente a outras e, portanto, afeta diretamente a vida e as expectativas dos indivíduos que dela fazem parte, Rawls (2008, p. 67) afirma que “a instituição e, portanto, a estrutura básica da sociedade, é um sistema público de normas”.

¹³ Rawls (2008, p.66-72) destacou como as mais importantes instituições a constituição e as principais estruturas econômicas e sociais e deu como exemplos a proteção jurídica da liberdade de pensamento e de consciência, da concorrência de mercado, da propriedade privada dos meios de produção e da família monogâmica.

¹⁴ O véu de ignorância significa o desconhecimento das partes de sua posição na sociedade, sua situação de classe, seu status social, bem como sua sorte na distribuição dos recursos e das habilidades naturais, tais como sua inteligência, força e outras qualidades. Também desconhecem

Nesta posição, as partes são concebidas como detentoras dos mesmos direitos e das capacidades necessárias à escolha. Em suma, implica dizer que a situação inicial deve estar cingida das condições que garantam que o procedimento de escolha seja equitativo e, portanto, que o objeto do acordo (princípios de justiça) também o seja. Assim, para a justiça como equidade, se o procedimento empregado para se chegar aos princípios for justo (equitativo) os princípios também o serão.

A teoria de Rawls engloba um conjunto de liberdades, visando à promoção das faculdades morais das pessoas livres e iguais, bem como os princípios de justiça. Tais liberdades são postas de forma analítica, buscando identificar as que são fundamentais para o adequado desenvolvimento e pleno exercício das mesmas.

As liberdades estão estabelecidas em três grupos. No primeiro estão os direitos políticos iguais para todos, como as liberdades de pensamento e expressão, bem como direitos necessários à interação no âmbito da razão pública.

No segundo grupo inserem-se os direitos à liberdade de consciência e de associação, posto que expressam a concepção de bem e de sua promoção; ao passo que, no terceiro conjunto de liberdades encontram-se os direitos e liberdades garantidos pelo Estado de Direito, bem como a liberdade propriamente dita e a integridade física e moral dos cidadãos.

O último conjunto de direitos e garantias será considerado básico sempre que efetivamente propiciar o exercício das duas primeiras categorias de liberdades, com isso, o referido filósofo reconhece a existência de uma relação de interdependência dessas liberdades.

Portanto, vê-se que o rol das liberdades é amplo e compatível com a ideia de dimensão dos direitos fundamentais anteriormente mencionadas, levando alguns autores brasileiros a afirmar que “Rawls assume os direitos fundamentais tal como reconhecido pelo direito”, afirmando ainda que a lista das liberdades básicas retratadas por Rawls (2008) possibilita a abertura para que outros direitos sejam considerados como fundamentais, “sempre que o exercício das faculdades morais deles depender” (DIAS, 2007, p. 120-121).

suas concepções de bem e as suas próprias tendências psicológicas. O véu de ignorância garante que os princípios de justiça sejam escolhidos sem que quaisquer das partes contratantes sejam favorecidas ou prejudicadas em razão das contingências históricas, pelas circunstâncias sociais, pelo status real que ocupa na sociedade ou pelo acaso natural. Assim, os princípios resultam de um acordo equitativo na medida em que todos se encontram numa posição semelhante e o procedimento adotado para escolha inibe a qualquer dos contratantes a escolha de princípios que favoreçam sua própria situação particular, pois os princípios de justiça resultam de um pacto justo (RAWLS, 2008, p.15, 165-173).

Logo, pode-se inferir que as liberdades básicas que integram a estrutura básica e as políticas públicas ajustam-se à noção atual de direitos fundamentais.

Sendo, portanto, a teoria de Rawls perfeitamente conciliável com a realidade concreta quando da análise do controle das políticas públicas, principalmente quando se estiver em questão a efetivação dos direitos fundamentais a partir da análise das funções do Judiciário, bem como quando se observa, por exemplo, os programas de transferência de renda ou outras políticas públicas assistencialistas¹⁵.

1.4 A CONCEPÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CF/88

No tocante aos direitos fundamentais, a CF/88 inovou significativamente; pela primeira vez na história do constitucionalismo brasileiro eles ganharam a relevância e status jurídico substanciais.

Durante o processo de elaboração da Carta Magna de 1988, se tem conhecimento de não ter sido elaborado um anteprojeto devidamente sistematizado, que pudesse contribuir decisivamente para uma elaboração técnica e dogmática dos direitos fundamentais.

No entanto, à CF/88 podem ser atribuídas três características que se estendem ao título dos direitos fundamentais, que são nomeadamente:

a) seu caráter analítico e regulamentista, face ao grande número de dispositivos legais, revelando a intenção do constituinte originário em “salvaguardar uma série de reivindicações e conquistas contra eventual erosão ou supressão pelos Poderes constituídos”;

b) pluralismo, no tocante ao acolhimento de posições diversas em seu texto final, característica esta que também se estende aos direitos fundamentais, em que foi reconhecida uma série de direitos sociais, ao lado dos clássicos e de vários novos direitos de liberdades, direitos políticos, dentre outros;

c) seu forte cunho programático e dirigente, resultante da gama de disposições constitucionais dependentes de regulamentação legislativa

¹⁵ De acordo com o posicionamento de Rawls (2008, p. 17-18), considerados todos os elementos hipotéticos de sua teoria, “as pessoas presentes na situação inicial escolheriam dois princípios bem diferentes: o primeiro requer igualdade na atribuição dos direitos e dos deveres fundamentais, ao passo que o segundo afirma que as desigualdades sociais e econômicas, por exemplo, as desigualdades de riqueza e autoridade, só serão justas se resultarem em vantagens recompensadoras para todos e, em especial, para os membros menos favorecidos da sociedade.

infraconstitucional, “estabelecendo programas, fins, imposições legiferantes e diretrizes a serem perseguidos, implementados e assegurados pelos poderes públicos” (SARLET, 2009, p. 65).

Muito se tem questionado na doutrina pátria quanto à existência de um autêntico sistema formado pelos direitos fundamentais a partir da CF/88, bem como se ele está inserido no contexto geral desta Carta Magna.

Essa discussão doutrinária partiu da crença pela qual os direitos fundamentais são concretizações do princípio da dignidade da pessoa humana, fazendo gerar debates, principalmente entre os constitucionalistas germânicos. Porém, tomando-se por base a atual Constituição e o direito positivo infraconstitucional brasileiro, verifica-se, de plano, que não há como sustentar a concepção segundo a qual os direitos fundamentais formam um sistema fechado e separado do contexto global da Constituição.

Nesse sentido, vale ressaltar a tese de Hesse, que reconhece a existência da relação de especialidade, generalidade e similitudes materiais entre alguns direitos fundamentais, porém entende ser insustentável a afirmação de que haja um sistema autônomo e fechado integrado por tais direitos.

Para Hesse (1998), os direitos fundamentais, embora estejam reunidos frequentemente em um catálogo, consistem em garantias pontuais, que se limitam à proteção de certos bens e posições jurídicas que sejam relevantes ou estejam ameaçados.

Por outro lado, a presença de direitos fundamentais dispersos no texto constitucional, a ausência de uma fundamentação direta de todos esses direitos no princípio da dignidade da pessoa humana, bem como o estreito entrelaçamento entre os direitos fundamentais e o restante das normas constitucionais impedem, segundo a perspectiva de Hesse (1991), a existência de um sistema autônomo, fechado (no sentido de isento de lacunas), tal como sustentado por parte da doutrina e, ao menos de forma majoritária, pelo próprio Tribunal Federal Constitucional da Alemanha.

Porém, caso se reconheça a existência de um sistema de direitos fundamentais, este será indubitavelmente um sistema aberto e flexível, agregador de novos conteúdos e integrados ao restante da ordem constitucional.

Ademais, é inerente a essa noção de sistema a questão da sua unidade e coerência interna, justificada pelo direito constitucional positivo, ganhando relevo,

nesse diapasão, a norma contida no art. 5º, § 1º da CF/88, segundo a qual todos os direitos e garantias fundamentais foram elevados à condição de normas jurídicas de aplicabilidade imediata.

Essa unidade relativa de conteúdo, o princípio da aplicabilidade imediata e a proteção reforçada contra a ação erosiva do legislador constituem elementos identificadores da existência de um sistema de direitos fundamentais também no direito constitucional brasileiro.

1.5 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: as especificidades dos direitos sociais na CF/88

A eficácia dos direitos fundamentais desafia um estudo sistemático e aprofundado, que o presente trabalho não pretenderá exaurir, no entanto, centrar-se-á na problemática da eficácia dos direitos sociais fundamentais prestacionais, a partir da Constituição Federal de 1988, evidenciando as principais implicações suscitadas pela temática, sem cair, contudo, em excessivo superficialismo.

A temática em apreço vem se destacando no cenário doutrinário brasileiro desde a Constituição de 1891, predominando até a década de sessenta do século passado a doutrina de Ruy Barbosa, cuja base teórica remonta às obras dos grandes clássicos do direito constitucional norte-americano, bem como das decisões proferidas pela Suprema Corte e demais Tribunais dos EUA.

Sua concepção de eficácia das normas constitucionais é tida como clássica e, em suma, acolhe a distinção entre **normas auto-aplicáveis** - que estariam aptas a gerar efeitos, independente da atuação do legislador, sendo executáveis por si mesmas; e **normas não-auto-aplicáveis** - as quais dependeriam da ação do legislador para tornar efetivos seus preceitos.

No âmbito de sua teoria, Barbosa (1933) reconheceu que, tomando por base a expressão literal do enunciado e conteúdo da norma, se perceberia a destinação do preceito constitucional, ou seja, se o mesmo era dirigido ao legislador ou se poderia ser objeto de aplicação direta pelo Judiciário, sem necessidade de concretização a nível legislativo.

A concepção clássica foi utilizada no Brasil por várias décadas, dentre seus acolhedores destacou-se Pontes de Miranda, que agregou à referida teoria aspectos

inovadores, utilizando uma terminologia que destaca com maior precisão o critério ao qual se baseia para fazer a distinção entre normas, no tocante à sua eficácia e aplicabilidade.

Desta forma, Pontes de Miranda sustenta a existência de dois grupos de normas, as que são **bastantes em si mesmas** – que independem de materialização legislativa para que atinjam sua plena eficácia; e **normas incompletas** – que reclamam a atuação do legislador infraconstitucional.

Seu diferencial em relação a Ruy Barbosa refere-se ao reconhecimento da existência de normas constitucionais programáticas, em consequência do declínio do modelo liberal de Estado, normas estas que possuem um caráter cogente, uma vez que limitam a atividade do legislador, que está proibido de contrariar alguns preceitos programados pela Constituição.

Essa teoria clássica passou a ser alvo de duras críticas no âmbito do direito pátrio a partir da Constituição de 1934, ocasião em que se evidenciou sua incompatibilidade com o direito constitucional positivo, de cunho notadamente social e programático, aspectos que caracterizam o ordenamento jurídico brasileiro até os dias de hoje.

Assim, tornou-se latente a necessidade de uma reformulação, a qual se baseou principalmente no pensamento de alguns publicistas italianos do segundo pós-guerra, bem como de juristas alemães contemporâneos de Weimar. Ao contrário da concepção clássica, a doutrina atual parte da comprovação de que a maioria das normas constitucionais forma direito auto-aplicável e dentre as várias críticas suscitadas na doutrina, destacam-se as seguintes:

a) como adverte Teixeira (1991, p. 313-314), a classificação das normas constitucionais em auto-aplicáveis e não-auto-aplicáveis são expressões equivocadas, uma vez que as primeiras passam a falsa ideia de que tais normas não podem sofrer qualquer interferência legislativa, ao passo que as últimas, não produzem efeito, já que são destituídas de aplicabilidade direta, ideia igualmente equivocada, pois uma norma não-aplicável, embora tenha um caráter programático, contém princípios gerais de direito que servem de parâmetros para o legislador, no exercício de sua competência;

b) outra crítica à teoria clássica concerne ao critério da completude de conteúdo, utilizada como parâmetro para classificar as normas constitucionais em auto-aplicáveis e não-auto-aplicáveis. Pois, a doutrina defende a ideia de que cada

norma constitucional é, em certa medida, incompleta e quando de sua aplicação aos casos concretos, necessita da atividade exegética do aplicador do direito;

c) por fim, tem os que alegam que as concepções clássicas possuem natureza anacrônica e não contribuem substancialmente para resolução de problemas relacionados à eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, por destoarem da realidade contemporânea, sendo aplicável satisfatoriamente apenas às Constituições de base liberal, pois são inconciliáveis com o constitucionalismo social predominante atualmente, o qual estabelece algumas normas programáticas que deixam margem à atuação positiva dos poderes públicos no tocante à esfera socioeconômica.

A partir das referidas críticas, doutrinadores brasileiros reformularam a doutrina clássica, apresentando algumas inovações, sugerindo nova classificação das normas constitucionais quanto à eficácia e aplicabilidade.

A classificação sugerida por eles está sumariamente descrita conforme tabelas que seguem:

Tabela 1: Classificação anterior à Constituição Federal de 1988

DOCTRINADORES	CLASSIFICAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS		
JOSÉ HORÁRIO MEIRELLES TEIXEIRA	• Normas de Eficácia Plena		• Normas de Eficácia limitada
CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO	• Normas concessivas de poderes jurídicos	• Normas concessivas de direitos	• Normas indicadoras de finalidades
JOSÉ AFONSO DA SILVA	• Norma de Eficácia Plena	• Norma de eficácia Contida	• Norma de eficácia limitada
CELSO RIBEIRO BASTOS E CARLOS AYRES BRITO	• Norma de eficácia parcial (normas de integração)		• Norma de eficácia plena (correspondem às normas de integração e as inintegráveis)

Tabela 2: Classificação a partir da Constituição Federal de 1988

DOCTRINADORES	CLASSIFICAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS			
MARIA HELENA DINIZ	• Norma com eficácia absoluta	• Norma com eficácia plena	• Norma com eficácia relativa restringível	• Norma com eficácia relativa complementar
LUÍS ROBERTO BARROSO	• Normas constitucionais de organização		• Normas constitucionais definidoras de direitos	

Embora didaticamente seja feita essa sistematização, é de se ressaltar que todas elas guardam algumas semelhanças. Assim, todos esses autores assentam-se na ideia de que inexistem normas constitucionais sem eficácia, reconhecendo que há entre elas níveis de graduação de sua carga eficaz.

A semelhança reside ainda em reconhecerem que algumas normas dependem da atuação concretizadora do legislador ordinário, por carecerem de condições que lhes dêem eficácia jurídica de imediato, dentre elas se incluem as normas de eficácia limitada ou reduzida.

À exceção da sistematização proposta por Celso Antonio Bandeira de Mello e Luís Roberto Barroso, percebe-se que, em todas as classificações são destacados dois grupos de normas, as que geram efeitos desde que são publicadas, por apresentarem suficiente grau de normatividade; e as que só produzirão efeitos após intervenção do legislador ordinário. Isso ocorre mesmo nas classificações de Maria Helena Diniz e José Afonso da Silva, que reconhecem respectivamente, quatro e três grupos.

Porém, embora se aponte as classificações supramencionadas, ater-se-á no presente trabalho à sistematização proposta por Luis Roberto Barroso, haja vista que seus estudos foram desenvolvidos na vigência da atual Constituição, sendo um dos poucos autores¹⁶ a dispensar maior atenção à eficácia das normas constitucionais que versam sobre direitos fundamentais.

¹⁶ Advirta-se que Diniz (1989) incluiu os direitos fundamentais na categoria de normas constitucionais de eficácia absoluta, o que implica dizer que são insuscetíveis de alteração, até mesmo através de Emendas Constitucionais. Para ela, as normas de eficácia absoluta são intangíveis e independem de

Barroso (2009, p.87-118) formulou sua classificação a partir da função que a norma constitucional exerce no âmbito da Constituição Federal de 1988, sugerindo, a partir de então, a divisão dessas normas em: a) normas constitucionais de organização ou de competência, “que contém o arcabouço da organização política do Estado”, instituem os órgãos da soberania, suas respectivas funções e os processos de exercício do poder político; b) normas constitucionais definidoras de direitos, cujo objetivo maior é estabelecer os direitos fundamentais das pessoas; e c) normas constitucionais programáticas, que traçam os fins públicos a serem atingidos pelo Estado.

Em face disto, elas geram para os particulares, três situações jurídicas, quais sejam: as que de plano são desfrutáveis e dependentes apenas de uma abstenção; situações que ensejam a exigibilidade de prestações estatais positivas; e a ocorrência de normas que contemplam anseios realizáveis apenas através da edição de normas infraconstitucionais.

Com efeito, as normas constitucionais definidoras de direitos remetem à ideia de direito subjetivo, haja vista que se destinam à satisfação de certos interesses, propiciado pelo poder de ação, assente no direito objetivo, para Andrade (2001, p. 114) a categoria **direito subjetivo** implica, pois, “um *poder* ou uma *faculdade* para a realização *efectiva* de interesses que são reconhecidos por uma *norma* jurídica como *próprios* do respectivo titular”.

Dessa noção de direitos subjetivos, Andrade extrai dois aspectos, um estrutural - proteção intencional e efetiva da disponibilidade de um bem passível de produzir efeitos jurídicos, e outro funcional - pressuposição de existência de interesses pessoais reconhecidos pelo ordenamento jurídico constitucional. Aspectos estes que ressaltam a soberania jurídica do indivíduo, visando efetivar seu poder de querer o que lhe é garantido pela Constituição.

Esses direitos subjetivos podem ser caracterizados por alguns elementos que estão intrínsecos à sua definição, assim, a individualidade é um traço marcante, implicando na possibilidade de seus titulares consistirem em pessoas individuais, ligando-se assim à ideia de dignidade da pessoa humana (que os fundamentam),

atuação do legislador infraconstitucional para gerarem efeitos, pois incidem diretamente sobre a matéria que lhe constitui objeto.

ressalvadas as limitações resultantes da existência de direitos coletivos, que não se aterá no presente estudo.

Os direitos subjetivos fundamentais caracterizam-se também, por consignar posições jurídicas universais e permanentes, englobando, como tais, os direitos de igualdade, atribuídos a todas as pessoas em face da sua condição humana, não possuindo, por conseguinte, limitações temporais nem dependem de outra causa final para que tenham existência, como é o caso no Brasil do direito à saúde, que é um direito universal, garantido inclusive aos estrangeiros.

Tais direitos são marcados ainda pela sua fundamentalidade substancial, que “corresponde à sua importância para salvaguarda da dignidade da pessoa humana num certo tempo e lugar, definida, por isso, de acordo com a consciência jurídica geral da comunidade” (ANDRADE, 2001, p. 136).

Sarlet (2009, p. 100) elenca outras características que ilustram a singularidade dos direitos subjetivos, que estando presentes cumuladamente os diferem dos demais direitos, a saber:

- a) A ele corresponde sempre um dever jurídico; b) ele é violável, ou seja, existe a possibilidade de que a parte contrária deixe de cumprir o seu dever; c) a ordem jurídica coloca à disposição de seu titular um meio jurídico – que é a ação – para exigir-lhe o cumprimento, deflagrando os mecanismos coercitivos e sancionatórios do Estado.

Retomando a classificação de Barroso, ressalte-se que essas normas jurídicas caracterizam-se também, por apresentarem um caráter de bilateralidade, à medida que são destinadas a dois pólos, ou seja, a relação jurídica que elas respaldam consigna de um lado um direito subjetivo e de outro um dever jurídico.

Por outro lado, é de se destacar que, se o dever jurídico revelar uma obrigação do Estado, ou melhor, quando se exigir dele uma conduta em favor do particular, diz-se haver um direito subjetivo público.

Logo, as normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais enquadram-se nesse trinômio conceitual, ou seja, *dever jurídico*, *violabilidade* e *pretensão*, resultando para seus titulares “situações jurídicas imediatamente desfrutáveis, a serem materializadas em prestações positivas ou negativas” exigíveis do destinatário da norma, que no caso em tela, é o Estado, e havendo violação do direito, gera a possibilidade de cumprimento da aspiração jurídica através de uma ação judicial.

No tocante às normas consagradoras de direitos fundamentais sociais e sua conformação, advirta-se que a produção de seus efeitos possui natureza variada, investindo os jurisdicionados em posições jurídicas distribuídas em três categorias: a) motivam situações imediatamente usufruíveis e que dependem apenas de uma abstenção; b) ensejam a exigibilidade de prestações positivas do Estado; e c) contemplam interesses, cuja realização depende da edição de norma infraconstitucional integradora.

Feitas tais premissas, verifica-se, que todo preceito de ordem constitucional, até mesmo os programáticos, revelam certo grau de eficácia jurídica e aplicabilidade, pois seguindo as idéias de Hart (2001, 92-96), “a Constituição é o critério último de validade”, ela é a regra de reconhecimento, ou seja, todo ato administrativo ou lei (em sentido lato) devem ser compatíveis com ela, de igual forma, é de se destacar com Hesse (1991) que toda Constituição tem que estar à frente de seu tempo, pois ela possui força normativa e através desta há uma potencialidade de se amoldar a realidade à Constituição.

1.5.1 A aplicabilidade das normas definidoras de direitos fundamentais: comentários ao art. 5º, § 1º da CF/88

Tal como se verifica na Constituição portuguesa de 1976 (art.18/1)¹⁷, a atual Constituição Federal brasileira dispõe em seu art. 5º, § 1º, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, no entanto, é salutar examinar o alcance dessa norma, com o fim de se verificar quais direitos fundamentais estão por ela abrangidos.

No entanto, não se discutirá aqui se esse dispositivo se aplica ou não aos direitos fundamentais sociais, pois a partir da formulação genérica do legislador constituinte – ao adotar “direitos e garantias fundamentais”- acredita-se que não há como excluir os direitos fundamentais sociais elencados no art. 6º ou quaisquer outros dispostos na CF/88 do âmbito de incidência da disposição do art. 5º, § 1º.

¹⁷ A Constituição Portuguesa de 1976 em seu art. 18/1 elenca que “os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”. No entanto, refere-se apenas aos direitos de defesa, excluindo desse regime os direitos econômicos, sociais e culturais dispostos no Título III da referida Carta Política.

No tocante ao significado e alcance desse dispositivo constitucional, há diferentes concepções na literatura jurídico-constitucional, que oscilam entre os que advogam que os direitos fundamentais atingem sua eficácia somente e na medida da lei; e os que acreditam que até mesmo as normas de cunho programático podem ensejar aplicabilidade imediata, independentemente da intervenção do legislador para concretizá-la.

Dentre os que sustentam a eficácia e aplicabilidade imediata das normas programáticas que versam sobre direitos fundamentais, cite-se Celso Bastos. Para ele, em regra, essas normas se aplicam diretamente, exceto quando a própria Constituição expressamente estabelece que o direito só seja exercido na forma prescrita na lei, deixando claramente sua concretização ao legislador ordinário; da mesma forma ocorrerá, quando a norma de direito fundamental de cunho programático carecer dos elementos mínimos, sem os quais lhe faltará efetividade, inexistindo, nesse caso, uma normatividade capaz de gerar seus principais efeitos, necessitará da intervenção do Judiciário para que isso ocorra.

A existência de medidas processuais utilizados para combater a inércia do legislador e para dar efetividade às normas programáticas, tais como o mandado de injunção (art. 5º, inc. LXXI, da CF/88) e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º, da CF/88) demonstram que tais alternativas estão a serviço da aplicabilidade imediata e da efetividade das normas constitucionais.

Levando-se a crer que a norma consignada no art. 5º, § 1º da CF/88, ao consagrar a aplicabilidade imediata de todos os direitos fundamentais, estaria dispensando os institutos jurídico-processuais supra mencionados, e que, diante de uma omissão legislativa, no tocante a um direito fundamental, caberia ao Judiciário ou a outro órgão da Administração aplicar diretamente a norma em apreço, utilizando os referidos instrumentos para dar efetividade às demais normas constitucionais programáticas, ou melhor, as que inscrevem direitos não fundamentais¹⁸.

Para Piovesan (1995, p. 92) a norma insculpida no art. 5º, § 1º da CF/88, é tida como regente e vinculante, “implicando dizer que esse dispositivo visa garantir a

¹⁸ Voto do Ministro Sepúlveda Pertence no Mandado de Injunção nº 438, ocasião em que o referido ministro entendeu ser o direito de greve dos servidores públicos um direito fundamental a cuja norma estampada no art. 5º, § 1º, da CF/88 lhes é aplicada, logo, acredita ele que o Mandado de Injunção não é a via adequada para dar efetividade aos direitos fundamentais, uma vez que tais direitos são diretamente aplicáveis.

força vinculante dos direitos e garantias fundamentais, objetivando torná-los prerrogativas diretamente aplicáveis pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, constitucionalmente lhes atribuindo o papel de efetivadores desses direitos”.

Aos que chancelam esse posicionamento, o dispositivo ora analisado vincula todos os órgãos públicos - os quais estão obrigados a aplicar a referida norma – como também os particulares - que têm o dever de cumprir e respeitar os direitos fundamentais, independente de qualquer ato legislativo.

Neste ponto, frise-se que o Poder Judiciário está investido constitucionalmente do poder-dever de impor plenamente as normas que definem direitos fundamentais buscando materializá-los, da mesma forma que este Poder está autorizado a corrigir e remover lacunas decorrentes da falta de concretização por omissão legislativa, valendo-se do que dispõe a Lei de Introdução ao Código Civil, que indica em seus artigos 4º e 5º como deve agir o magistrado nesses casos, *in verbis*:

Decreto-Lei nº 4657, de 04 de setembro de 1942 (LICC):

Art.4º- Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Art. 5º - Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

No entanto, isso não implica dizer que esse dispositivo sempre deverá ser aplicado sem intervenção legislativa, na verdade acredita-se que o comando constitucional ora analisado tem um cunho otimizador, é uma espécie de mandado de maximização, em que os órgãos estatais têm o dever de reconhecer a maior eficácia possível aos direitos fundamentais.

Advirta-se que o alcance dessa norma dependerá do exame do caso concreto, porém, o dispositivo em exame significa que aos poderes públicos incumbe a obrigação de retirar das normas definidoras de direitos fundamentais a maior eficácia possível.

Portanto, o art. 5º, § 1º da CF/88 constitui um *plus* que se liga às referidas normas, objetivando enaltecer sua aplicabilidade imediata, independente de qualquer intervenção legislativa concretizadora, e é nesse ponto que se tem reforçada a fundamentalidade desses direitos.

1.5.2 O regime dos direitos fundamentais sociais prestacionais e sua efetivação enquanto direitos subjetivos

O conteúdo nuclear dos direitos fundamentais sociais está associado à noção de dignidade da pessoa humana, fundamento este que lhe garante uma especial força jurídica.

O principal conteúdo desses direitos consiste ainda em prestações que o Estado tem o dever de conformar através de sua atividade político-legislativa, razão pela qual muitos desses direitos apresentam intensa determinação de conteúdo que lhes inserem num regime de aplicabilidade direta, constitucionalmente respaldado.

No entanto, fatidicamente, o que se observa, é que o conteúdo dos direitos prestacionais¹⁹ depende substancialmente dessa intermediação estatal, sem a qual não lhes é possível ter efetividade, conforme estabelecido constitucionalmente, devendo-se atentar ainda para as adversidades e pluralismo ideológico ou de limitações jurídicas impostas ao legislador ordinário e que inviabilizam, por vezes, a efetivação desses direitos. E para que se tornem direitos subjetivos certos e possam ganhar efetividade material, é necessário que seja definido seu conteúdo concretamente, a partir da atuação do legislador.

Embora, alguns autores entendam os direitos fundamentais sociais como sendo direitos subjetivos, sabe-se que essa categoria de direitos tem uma proteção jurídica mais branda, uma vez que o Judiciário em regra, não deve intervir na atividade do Legislativo, no tocante à apreciação das opções que este Poder faz quanto ao conteúdo das normas infraconstitucionais que darão efetividade e que buscarão viabilizar as normas consagradoras de direitos prestacionais, não conferindo, em tese, aos titulares desses direitos, o poder de exigir determinado comportamento por parte dos poderes públicos.

No entanto, a partir do entendimento de que se pode considerar que o direito subjetivo tanto pode significar um poder de exigir como o de pretender, Andrade (2001, p. 376) entende os direitos prestacionais como

¹⁹ Como adverte Andrade (2001, p. 373) na Constituição portuguesa de 1976, as normas que estabelecem os direitos sociais prestacionais “contêm *diretivas* para o legislador ou, talvez melhor, são *normas impositivas de legislação*, não conferindo aos seus titulares verdadeiros poderes de exigir, porque visam, em primeira linha, indicar ou impor ao Estado que tome medidas para uma maior satisfação ou realização concreta dos bens protegidos”.

pretensões jurídicas, querendo deste modo apenas significar que são mais que interesses juridicamente protegidos, porque visam em primeira linha a satisfação de bem ou interesses do particular, ainda que não constituam direitos subjectivos perfeitos, por não ser determinável a *priori* o seu conteúdo normal.

E seguindo as ponderações do referido autor, adota-se o entendimento de que os preceitos normativos, referentes aos direitos sociais de cunho prestacional, inserem-se na categoria de normas jurídicas preceptivas, ou seja, concedem aos titulares pretensões e estabelecem garantias institucionais, implicando dizer que impõem ao legislador a obrigação de proporcionar-lhes efetivo cumprimento.

Deduzindo, então, que a força jurídica desses direitos é manifestada a partir dos seguintes aspectos: a) imposição legislativa concreta das medidas necessárias para torná-los exequíveis; b) padrão jurídico de controle judicial de normas, com o fim de conformar e efetivar tais direitos, quando da análise fática; c) fundamento constitucional de restrição de outros direitos fundamentais, quando a Constituição se referir a deveres especiais de proteção; e d) força irradiante, conferindo capacidade de resistência diante de mudanças normativas que impliquem diminuição de realização desses direitos.

Em se tratando de Brasil e da eficácia decorrente diretamente da Constituição, pode-se deduzir que a partir do art. 5º, § 1º, da CF/88, os direitos prestacionais ou direitos sociais são autênticos direitos fundamentais, razão pela qual possuem aplicabilidade imediata.

Por menor que seja sua densidade normativa, sempre estarão aptos a gerar efeitos jurídicos, pois se acredita inexistir norma constitucional que seja totalmente destituída de eficácia, dependendo, entretanto, da análise do objeto de cada direito social para se verificar a medida de sua aplicabilidade.

1.6 POLÍTICAS PÚBLICAS E DIREITO: aproximações irrefutáveis

Não há mais que prosperar a retrógrada tese de que as políticas públicas não deviam estar na alçada e preocupação do Judiciário, pois a Constituição Federal de 1988 não deixa margem para isso, incorporando valores e limitações ao poder político, com o fim de resguardar direitos fundamentais para que estes não sejam vilipendiados ou apenas formalmente reconhecidos.

Assim, as políticas públicas estão incluídas e respaldadas na Carta Magna, servindo de meios indispensáveis à consecução e efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os de natureza prestacional ora analisados, os quais buscam proporcionar maior segurança social a seus titulares enquanto pessoas humanas, situação em que o Estado tem o dever de lhes proporcionar uma vida digna.

Viu-se que o objeto principal dos direitos sociais prestacionais consiste numa prestação positiva do Estado, reclamando atuação estatal principalmente na seara econômica e social, visando a proteger uma igualdade material entre seus titulares, que geralmente consiste na repartição pública de bens aos mais necessitados, configurando verdadeiro direito de preferências, uma vez que respalda escolhas discriminatórias com propósitos compensatórios.

Ressalte-se, ainda, que aos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional tende a ser negado feição de direito subjetivo, o que dificulta a possibilidade de se exigir do Estado prestações fáticas, e isso ocorre diante da indeterminabilidade do seu objeto ao plano constitucional, embaraçando inclusive a análise de violação direta da norma constitucional.

Fato este que reflete no controle da legitimidade constitucional da atuação do Estado com base nas normas definidoras de direitos sociais e que não pode servir de argumento para se tentar impedir uma atuação interventiva do Judiciário para que sejam reconhecidos enquanto direitos subjetivos.

Logo, o constitucionalismo contemporâneo²⁰ pede a articulação do ordenamento jurídico com a implementação de políticas, traçando diretrizes que devam norteá-las, afastando, assim, a impossibilidade de intervenção do Poder Judiciário neste campo específico, mesmo diante de princípios constitucionais delimitativos, como o da separação de poderes, tão evocado pelos que pregam a não ingerência judicial nas políticas públicas, como se verá adiante.

Neste sentido, Mello apud Barros (2008, p. 75), pondera que

o problema das questões políticas é delicado e decisivo para os limites de justiciabilidade da constituição. Conforme a fórmula clássica de Canotilho, a constituição é o *estatuto jurídico do político*, o que significa que, em última análise, se trata de uma ordem normativa dos valores, interesses e

²⁰ Visa dar maior efetividade à Constituição, inclusive propagando o constitucionalismo por todo o Direito, bem como buscando impor limites à atividade política, com o fim de resguardar direitos e garantias fundamentais, abrindo, como corolário, maior espaço ao Judiciário, que passa a ter um campo próprio para atuar e intervir na seara das políticas públicas.

instituições da vida política de uma comunidade. Portanto, se as normas constitucionais por definição tratam de questão de natureza política, os conflitos jurídicos envolvendo normas constitucionais serão freqüentemente também conflitos de natureza política. (...) Noutras vezes, entretanto, por trás da natureza política está violado um direito fundamental ou um princípio constitucional essencial para a proteção dos indivíduos ou para as próprias bases institucionais do sistema constitucional. Nesses casos, a natureza política do caso constitucional não deve inibir juízes e tribunais de examinar a questão constitucional, *ainda que a decisão exija a revisão de escolhas e decisões adotadas pelo legislador e pelo administrador no uso de suas competências privativas* (grifo nosso).

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 6º, consagrou cinco direitos fundamentais sociais, e na base dessa categoria buscou preservar a vida humana, tanto no aspecto da sobrevivência física do indivíduo como também de sua realização com dignidade. A título de exemplo, é de se notar que o direito fundamental à saúde deve ser protegido e promovido a todas as pessoas humanas como uma tarefa do Estado. E as normas que tratam desse direito configuram verdadeiras normas impositivas de políticas públicas.

Constata-se, entretanto, que o direito à saúde²¹ já foi objeto de regulamentação infraconstitucional por parte do legislador ordinário, tendo sido regulado através da implementação de inúmeras políticas públicas, que servem de meio de promoção dos direitos fundamentais sociais.

Portanto, as políticas públicas contribuem sobremaneira, para que direitos sejam concretizados, logo, não teria qualquer impropriedade ou equívoco a afirmação de Barros (2008, p. 78) de que tais políticas pertencem também ao Direito, “diante da vinculação jurídica proporcionada pelos parâmetros constitucionais e legais estabelecidos aos programas sociais”.

Porém, mesmo que seja adotada esta perspectiva, a vinculação jurídica a qual estão submetidas as políticas públicas não autoriza uma ingerência irrestrita do Poder Judiciário na seara das políticas públicas, existem alguns limites ao controle jurisdicional, os quais serão analisados oportunamente.

²¹ Entende-se no presente trabalho, que é na categoria direito à saúde que se encontram permanentes conflitos, uma vez que se impõe ao Estado o desafio de efetivá-lo mediante o escasso recurso que lhe é destinado, em face de uma demanda que cresce cada vez mais.

CAPÍTULO II

2 CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: possibilidades e limites

2.1 PRIMEIRAS LUZES: o pensamento de Dworkin e sua contribuição para a análise de políticas públicas

Como visto no capítulo anterior, muitos direitos fundamentais consagrados na CF/88 necessitam de ações positivas do Estado para que passem a ter materialidade, isso ocorre principalmente em relação aos direitos sociais, econômicos e culturais, que necessitam de uma maior participação estatal, mediante a promoção de políticas públicas.

A referida Constituição assumiu compromisso com essas questões e vinculou os poderes políticos, estabelecendo metas e diretrizes programáticas as quais estariam vinculados, uma vez que as normas consagradoras desses direitos, tal como colocada na CF/88, possuem um elevado grau de abstração, sendo necessária sua conformação, a qual é propiciada pela elaboração de políticas públicas, sendo que durante a implementação das mesmas, o orçamento público deve ser observado, tarefas essas dispensadas ao Legislativo e Executivo.

À luz do neoconstitucionalismo²², pode-se inferir que as políticas públicas servem para dar vida concreta aos direitos fundamentais abstratamente inseridos na Carta Política de 1988, o que significa compromisso com o núcleo basilar traçado pelo legislador constituinte, mesmo que na prática isso implique em desenvolvimento de programas sociais que irão de encontro ao orçamento, pois em alguma medida irá onerar os gastos públicos, como se verá adiante.

A temática “políticas públicas” requer um amplo debate constitucional e para compreendê-las é salutar que elas estejam inseridas nos princípios que norteiam a Constituição, para que os cidadãos possam exigir sua efetivação e passem a

²² Acerca do neoconstitucionalismo ressalte-se com Barcellos (2005, p. 8) que “um dos traços fundamentais do constitucionalismo atual é a normatividade das disposições constitucionais, sua superioridade hierárquica e centralidade no sistema e, do ponto de vista material, a incorporação de valores e opções políticas, dentre as quais se destacam, em primeiro plano, aquelas relacionadas com os direitos fundamentais”.

fiscalizar se o Estado tem cumprido seu papel, no tocante à formulação e implementação das mesmas²³.

No entanto, frise-se que, mesmo com essa relação direta com a Constituição, as políticas públicas, enquanto programas de ação, passaram à categoria jurídica muito recentemente, cuja colaboração para que isso ocorresse no campo teórico veio do filósofo norte-americano Ronald Dworkin (2007), que a partir de críticas ao positivismo jurídico fez as primeiras referências a essa relação.

Ressalte-se que Dworkin é atualmente um dos principais representantes da filosofia jurídica anglo-saxônica, baseou-se na filosofia de Rawls e nos princípios do liberalismo individualista para construir uma teoria geral do direito que não excluísse nem o argumento moral nem o argumento filosófico.

Crítico do positivismo, Dworkin (2007) considerou que uma teoria geral do direito não deveria separar a ciência descritiva do direito da política jurídica, propôs, por isso, uma teoria baseada nos direitos individuais e fundamentada na filosofia política liberal.

O “ataque ao positivismo” se baseia em uma distinção entre normas, diretrizes e princípios. Assim, junto às normas existem princípios e diretrizes políticas que não podem ser identificadas apenas por sua origem, mas por seus conteúdos e força argumentativa, ao contrário do positivismo que tem o direito como um conjunto de normas.

As diretrizes fazem referência a objetivos sociais que devam ser alcançados e são considerados socialmente benéficos. Ao passo que os princípios fazem referência à justiça e à equidade, e informam as normas jurídicas concretas, de tal forma que a literalidade da norma pode ser desatendida pelo juiz quando violar um princípio considerado mais relevante, o que tem feito muitos magistrados quando o Judiciário é provocado a materializar direitos como a saúde, em face de limitações orçamentárias, também previstas em lei.

O autor norte-americano tenta construir uma terceira via entre o jusnaturalismo²⁴ e o positivismo, fundamentando-se no *modelo reconstutivo de*

²³ No tocante ao ciclo da política, ou melhor, das etapas porque passam as políticas públicas, vale lembrar a classificação de Cornejo (2002, p. 262): “A partir de la introducción de un tema en la agenda, se desarrolla un proceso mediante el cual se elabora la política pública tendente a la solución del problema. Este procedimiento tiene diversas fases: identificación del problema (entrada en la agenda), formulación de alternativa, decisión, implementación y evaluación”.

Rawls. Parte do pressuposto de que a argumentação moral se caracteriza pela construção de um conjunto consistente de princípios que justificam e dão sentido às intuições de nossos juízos, são os dados básicos e que devam acomodar-se ao conjunto de princípios.

Dworkin descreveu o sistema e o funcionamento Constitucional dos Estados Unidos (sua teoria não é conceitual e sim descritiva), e pôs, claramente, a fusão entre princípios morais e jurídicos. Em resumo, a crítica ao pressuposto da separação absoluta entre o direito e a moral, o conduz à construção de uma teoria do direito, na qual a moral e a política ocupam lugar relevante.

Dworkin sustenta ainda que, junto aos direitos legais existem direitos morais. Os direitos jurídicos e os direitos morais não pertencem a ordenamentos conceituais distintos.

Com base em Calsamiglia (1987, p. 07-09), verifica-se o plano utilizado por Dworkin para elucidar a tese dos direitos, a qual está centrada na análise das controvérsias judiciais, que em síntese dispõe: a) em todo processo judicial há um juiz que tem a função de decidir o conflito; b) existe um direito em disputa, cabendo ao magistrado dizer quem deve vencer; c) este direito a vencer sempre estará em questão, ainda que não exista norma exatamente aplicável; d) nos casos difíceis e que não haja previsão normativa que o ampare, o juiz deverá fundamentar-se em princípios; e) os objetivos sociais estão subordinados aos direitos e aos princípios que o fundamentam; f) o juiz - ao fundamentar sua decisão em um princípio preexistente - não inventa um direito nem aplica legislação retroativa: se limita a garanti-lo.

Dworkin reconhece que os conflitos entre princípios podem acontecer. Entretanto, sustenta que quando existe um conflito não se pode deixar o tema nas mãos da discricionariedade do juiz. Este deve dar vitória ao princípio que tenha maior força de convicção. A tarefa do juiz será a justificação racional do princípio eleito.

²⁴ Ressalte-se que Dworkin não é um autor jusnaturalista porque não crê na existência de um direito natural que está constituído por um conjunto de princípios unitários, universais e imutáveis. Ele recusa o modelo de argumentação típico do naturalismo - que se baseia na existência de uma moral objetiva que o homem pode e deve descobrir.

Esse teórico propõe um novo modelo da função judicial que contrasta com os modelos tradicionais jusnaturalismo²⁵. Na história do pensamento jurídico se encontram várias concepções. Entre elas, destacam-se as que seguem:

a) O **modelo silogístico** defendido pelo formalismo jurídico, em que o juiz exerce tarefa lógico-mecânica, aplicando a norma ao caso concreto. Quando da ausência de uma norma aplicável, o juiz deve recusar a demanda. A partir dessa concepção, não existem casos difíceis no direito, porque tudo o que não está proibido está permitido. O direito sempre oferece resposta aos problemas que são propostos. A função do juiz está subordinada à lei.

b) O **modelo realista**, segundo o qual as decisões dos juízes são fruto de suas preferências pessoais e de sua consciência subjetiva. O magistrado primeiro decide, e só depois justifica sua decisão conforme as normas. Nesse modelo, o juiz sempre soluciona os casos que lhe são apresentados, ele detém poder político, e na prática não está subordinado à lei. Este modelo concede ao Poder Judiciário um autêntico poder político, incompatível, pois, com o sistema de legitimação do Estado Democrático de Direito e com o postulado do princípio da separação dos poderes.

c) O **modelo positivista da discricionariedade judicial**, defendido por Hart e Bobbio, reconhece a existência de casos difíceis nos quais não existe norma aplicável. Situação em que o magistrado terá discricionariedade e poder político para aplicar inclusive normas retroativas. Para os que assim entendem, o direito não oferece respostas corretas, mas uma variedade de possíveis respostas, cabendo ao seu aplicador decidir discricionariamente entre elas.

d) O **modelo da resposta correta defendido por Dworkin**, segundo o qual, o juiz sempre encontra resposta correta no direito preestabelecido, porém carece de

²⁵ Ressalte-se que através de suas obras, Dworkin procura travar um debate paralelo entre o convencionalismo positivista e o pragmatismo dos realistas. Quanto ao tema, Pedron (2005, 79) esclarece que “para o **convencionalismo**, as decisões políticas do passado constituem os critérios que deverão fundamentar as decisões do presente e, na falta delas, ou seja, no caso de lacunas, há abertura para que o próprio magistrado crie normas por meio de um poder discricionário e as aplique retroativamente. Nessa concepção, a prática jurídica se resume a obedecer às convenções anteriormente estabelecidas e, portanto, ignora-se que, com o tempo, decorram graduais modificações na forma como os operadores do Direito se apropriam dessas convenções. Diferentemente, para o **pragmatismo**, os juízes não devem ficar presos às convenções do passado, mas sim preocupar-se com a justiça da decisão, de modo a vincular esse ideal a uma questão de bem-estar geral. Essa tradição, então, volta-se para uma perspectiva utilitarista do Direito, que tem como motivação a busca por maiores níveis de satisfação do bem-estar para um maior número de pessoas da sociedade. Nega-se, com isso, que as pessoas possuam qualquer direito subjetivo garantido, pois o Direito só é compreendido pelos juízes como bens a serem maximizados a partir de metas coletivas. Logo, agem como se as pessoas tivessem esses direitos se (e apenas sob essa condição), em longo prazo, isso servir melhor para a sociedade”.

discricionariedade e de poder político. A verdadeira resposta corresponde à teoria que é capaz de justificar do melhor modo os materiais jurídicos vigentes.

Embora possua alguns pontos lacunosos e passíveis de críticas, o modelo de Dworkin evita vários problemas, como o de o juiz se constituir em legislador. Para ele, o Poder Judiciário não tem nem pode ter poder político, sua função é garantir os direitos individuais e não assinalar objetivos sociais. A função judicial é distinta da legislativa ou da executiva, logo, sua teoria é compatível com os postulados da separação dos poderes, no sentido clássico.

Por outra parte, a análise de Dworkin não supõe uma quebra de legitimação do Estado Democrático nem a criação de normas retroativas. Sua linha de análise sugere a negação do poder político do juiz sem reduzir sua atividade a uma mera operação mecânica. Em seu modelo, o juiz é garantidor de direito e não criador deles.

Por fim, o modelo de Dworkin concorda com a idéia de que o Poder Judiciário não tem o poder político supremo nos casos difíceis. Para ele, até mesmo o homem mediando sabe que o poder supremo não se encontra nos juízes e sustentar “em estado bruto” a teoria da discricionariedade judicial supõe reconhecer - em última instância - que os juízes quando do exercício de sua atividade exegética, podem desvirtuar não apenas as leis como a própria Constituição.

É de se destacar ainda, que para esse autor, o positivismo jurídico era insuficiente para a compreensão da realidade, porque seu objeto centra-se apenas nas regras, não contemplando as diretrizes e os princípios em sua análise. Sua crítica centrou-se em demonstrar que os positivistas consideram as regras de direito de forma extrema, não levando em conta outros padrões.

Logo, para ele, o fenômeno jurídico está ligado não só às regras, pois o Direito é constituído de outros padrões normativos, que podem assumir a feição de regras, políticas e princípios.

Assim, a ideia de política está associada às diretrizes da Administração Pública, ou melhor, ligam-se aos fins sociais a serem atingidos, através da implementação de programas de ação a serem desenvolvidos pelo Estado.

No tocante aos princípios, o autor adverte que, ao contrário das diretrizes, estes têm a função de instituir exigências de justiça, equidade ou qualquer outra

dimensão de moralidade²⁶, vê-se a preocupação do autor com o conteúdo desses princípios, constituindo outro aspecto relevante de sua teoria, pois reinsere discussões de ordem moral no campo da normatividade, enfatizando o modelo estrutural de construção de padrões comportamentais a serem adotados pela comunidade, bem como evidencia a necessidade de discutir o conteúdo das normas, não se restringindo aos procedimentos e à autoridade que as originou, tal como se dá com o positivismo.

A partir da teoria de Dworkin, oportuniza-se, teoricamente, a possibilidade da produção das normas comportamentais também pelos cidadãos através de suas interações cotidianas, e por este prisma, Dias (2007, p. 33) adverte que

tal leitura do direito é muito mais próxima de um sistema de liberdades equilibrado que uma outra concepção de monopólio normativo, pela razão, de que o recurso a uma construção moral de produção social tende a agregar direitos de modo mais evolutivo e consentâneo com as interações sociais que um sistema em que a oferta de normas depende unicamente de um procedimento legitimador. Não há qualquer garantia de que a autoridade investida, ainda mais no atual modelo de exercício democrático, venha a expressar os valores e as crenças da sociedade.

Com base nas críticas ao positivismo jurídico²⁷, Dworkin propõe a abertura para a discussão dos conteúdos das normas jurídicas, reconhecendo que os princípios refletem as exigências de comportamento convenientes a uma dimensão da moralidade, o que, em outras palavras, implica dizer que os valores ínsitos à sociedade contribuem para a formação e estabelecimento de padrões capazes de validar as ações dos membros da sociedade.

Ao apontar as categorias equidade e justiça, o autor evidencia a necessidade das mesmas guiarem as normas jurídicas. Assim, para Dworkin, os princípios estão abertos a uma série de avaliações, o que não ocorre com as regras.

²⁶ Ao comentar este aspecto moral, Dias (2007, p. 34) pondera que “uma tal concepção de Direito tende a ampliar a atuação do julgador, possibilitando a transcendência do texto para a investigação dos fundamentos morais de determinadas normas, por isso mesmo possibilitando o emprego de um sistema interpretativo mais amplo que o centrado no direito posto sugere”.

²⁷ Ressalte-se que a versão do positivismo de onde parte Dworkin é a defendida por Hart, inclusive o autor se utiliza de proposições identificadas por Hart, para o qual, a definição de regra liga-se a sua origem; as normas jurídicas determinam a conduta dos seus destinatários, porque “as regras são concebidas e referidas, impondo obrigações quando a procura geral de conformidade com elas é insistente e é grande a pressão social exercida sobre os que delas se desviam ou ameaçam desviar-se”, para ele, “onde há direito, aí a conduta humana torna-se em certo sentido não-facultativa ou obrigatória” (HART, 2001, p. 92 e 96).

Por outro lado, há que se considerar ainda a relação que há entre os princípios, e as categorias regras e políticas, na perspectiva construída por Dworkin a partir de suas críticas dispensadas ao positivismo.

Para ele, princípios e regras diferem quanto à forma de sua produção e aplicação, embora se constituam em padrões de conduta. Com base na sua teoria, as regras configuram a manifestação formal dos poderes instituídos servindo de meio para se exteriorizar a vontade coletiva identificada e interpretada pelo sistema de organização política, advertindo, ainda, que nem sempre a produção normativa dependerá dos mesmos poderes institucionalizados para que sejam produzidas as regras.

Outro fator que distingue princípios e regras reside no que cada uma dessas categorias orienta, quando evocada na apreciação de determinada demanda.

Por este prisma, as regras possuem natureza excludente, que afastam a parcialidade, ou seja, são comandos de “tudo ou nada”, elas oferecem soluções que só podem ser inteiramente acatada ou rejeitada, não há meio termo. E na ocorrência de conflito entre regras, na visão positivista, ter-se-á que excluir uma delas.

Ao passo que os princípios são orientações mais flexíveis, uma vez que se associam a outros princípios, a fim de que sejam aplicados coerentemente. E, havendo conflitos entre eles, será utilizado o critério da relevância para que seja aplicado ao caso concreto.

No que pese às políticas, Dworkin (2007, p. 36) adverte que na prática forense, nem sempre as regras serão suficientes para a solução do caso, podendo o jurista recorrer a “padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros padrões”.

Suas idéias têm relevância e auxiliam quando da análise do controle jurisdicional das políticas públicas em seu ciclo inicial, ou seja, quando da apreciação das políticas que entrarão na agenda pública, na fase de formulação das políticas públicas, como se verá.

Feitas essas premissas referentes às categorias trabalhadas por Dworkin, na próxima sessão se buscará analisar as decisões políticas tomadas pelos magistrados, com base na explicitação dos elementos contidos na definição de política, seguindo o pensamento teórico do autor.

2.1.1 A judicialização da política na perspectiva de Dworkin: elementos conceituais, prática judicial e decisões políticas

As políticas públicas enquanto categorias ligadas ao mundo jurídico foram inicialmente referenciadas por Dworkin (2007, p. 36), que as concebem como

aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade, ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas.

Existem, pois, dois núcleos estruturais que definem a política, que é a necessidade de uma comunidade e a seleção dos objetivos a serem atingidos. Verifica-se que a autoridade que elege as metas, também deverá estabelecer quais os meios necessários para materializá-las. E, por se tratar de uma política pública, para que seja assim reconhecida, a autoridade gestora dos interesses da comunidade é o Estado, é ele quem elabora as políticas públicas.

No entanto, levando-se em conta a legitimidade e autoridade decorrentes do regime democrático, pode-se inferir que os Poderes Legislativo e Executivo estão aptos a identificar os objetivos públicos que devam entrar na agenda, deliberar e articular as políticas públicas necessárias.

Ressalte-se, que o modelo conceitual de Dworkin não é claro quanto aos legitimados, embora haja entendimento geral por parte dos autores norte-americanos²⁸ de que o Poder Judiciário está fora dessa possibilidade de identificação de metas sociais, ou seja, ele não detém a função de *policy-maker*. Os defensores dessa tese afirmam, inclusive, que não cabe ao Judiciário realizar o controle de questões de ordem política, mesmo diante de violação aos direitos fundamentais reconhecidos pela comunidade.

Parece, no entanto, que é um equívoco tal afirmação, inclusive pela perspectiva conceitual de Dworkin, pois diante da configuração de casos difíceis, o autor exige a intervenção do Judiciário para solucionar o conflito jurídico. E é óbvio que o mesmo ocorrerá quando da violação de direitos fundamentais promovida por uma política mal articulada, o que resultará na composição de um conflito jurídico.

²⁸ Assim é o entendimento de COLEBATCH (1988, p. 16), que afirma haver esvaziamento da função legislativa se o Judiciário formular políticas públicas.

À luz do presente estudo pode-se afirmar que, diante de um conflito entre políticas e direitos fundamentais, por exemplo, sem dúvida tem-se configurado um caso difícil, cabendo ao Judiciário solucioná-lo, o que de fato resultará em controle judicial da política pública objeto da lide.

No entanto, frise-se que a tese dworkiana acerca da solução dos casos difíceis, também é refutada pelo autor alemão Robert Alexy, para este não há como sustentar a existência de apenas uma resposta correta, a partir dos caminhos propostos do Dworkin, utilizando-se das metáforas do juiz Hércules e do romance em cadeia²⁹.

Para Alexy (1999, p. 67-79), através da análise de um caso concreto o juiz pode vislumbrar a possibilidade de estabelecer em sua decisão, relações de prioridade para outros casos concretos, através da formulação de uma lei de colisão. Ao proferir essa decisão, levando-se em conta essa repercussão, Pedron (2005, p. 74) afirma que a lei de colisão estabelecida levará em conta “as condições, sob as

²⁹ Conforme Pedron (2005, p. 74), o juiz Hércules tal como idealizado por Dworkin pode ser assim explicado: “imagina um magistrado com capacidades e paciência sobre-humanas, competente para, de maneira criteriosa e metódica, selecionar as hipóteses de interpretação dos casos concretos a partir do filtro da integridade. Assim, em diálogo com as partes daqueles processos, ele deverá interpretar a história institucional como um movimento constante e partindo de uma análise completa e criteriosa da Constituição, da legislação e dos precedentes, para identificar nestes a leitura feita pela própria sociedade dos princípios jurídicos aplicáveis aos casos. Como consequência, supera-se a chamada ‘vontade do legislador’ (ou dos pais fundadores) como requisito assegurador da objetividade na interpretação do Direito, como bem esboçado pela tradição do positivismo. O fundamento da tese dworkiana para tal postura está na compreensão da interpretação jurídica como uma forma de interpretação construtiva, capaz de tomar as práticas sociais da melhor forma possível. [...] Já no romance em cadeia, o que se propõe consiste no seguinte exercício literário: Suponha-se que um grupo de romancistas seja contratado para um determinado projeto e que jogue dados para definir a ordem do jogo. O número mais baixo escreve o capítulo de abertura de um romance, que ele depois manda para o número seguinte, o qual acrescenta um capítulo, com a compreensão de que está acrescentando um capítulo a esse romance, não começando outro, e manda os dois capítulos para o seguinte, e assim por diante. Cada romancista, a não ser o primeiro, tem a dupla responsabilidade de interpretar e criar, pois precisa ler tudo o que foi feito antes para estabelecer, no sentido interpretativista, o que é o romance criado até então. Nessa perspectiva, cada juiz será como um romancista na corrente, de modo que deverá interpretar tudo o que foi escrito no passado por outros juízes e partes nos respectivos processos, buscando descobrir o que disseram, bem como o seu estado de espírito quando o disseram, objetivando chegar a uma opinião do que eles fizeram coletivamente. A cada caso, o juiz incumbido de decidir deverá se considerar como parte de um complexo empreendimento em cadeia no qual as inúmeras decisões, convenções e práticas representam a história, que será o seu limite. O trabalho consistirá, portanto, na continuação dessa história, mas com olhos para o futuro, levando em consideração o que foi feito, por ele e pelos demais, no presente (que também contém o passado). Ele deverá interpretar o que aconteceu no passado e não partir em uma nova direção. Isso porque o dever do juiz consiste, para Dworkin, em interpretar a história jurídica que encontra e não inventar uma história melhor, como é proposto pelos adeptos do pragmatismo. Dessa forma, não pode o magistrado romper com o passado, porque a escolha entre os vários sentidos que o texto legal apresenta não pode ser remetida à intenção de ninguém in concreto, mas sim deve ser feita à luz de uma teoria política e com base no melhor princípio ou política que possa justificar tal prática”.

quais um princípio prevalece sobre outro”, daí se formará o pressuposto fático de uma regra que determina as conseqüências jurídicas do princípio prevalente.

Outra opção que pode se valer o magistrado, a partir das refutações feitas por Alexy às idéias de Dworkin, está na lei de ponderação, que implica dizer que “quanto mais alto seja o grau de descumprimento ou de desprestígio de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro” (PEDRON, 2005, p. 73).

Por fim, há um terceiro elemento estabelecido por Alexy (1999, p. 67-79), que pode orientar o juiz argumentativamente quando proferir decisão em relação a um caso concreto, refere-se o autor às prioridades *prima facie*, através das quais é criada uma ordem hierárquica no tocante às prioridades vislumbradas pelos princípios em choque.

Outro ponto da teoria de Dworkin que merece destaque reside no aspecto estrutural contido no conceito de política traçado por ele refere-se à fixação dos fins que serão objeto das políticas públicas, tais metas podem ser eleitas através de uma multiplicidade de modelos³⁰, em virtude das diversidades existentes na sociedade, que resultarão em políticas que nem sempre consignam um interesse comum da sociedade, nesse sentido Dias (2007, p. 47), pondera que:

as interações político-sociais podem levar à conformação de políticas cujo objetivo eleito, de modo algum, represente um sentido pleno de realização do interesse comum, podendo derivar para a proteção de elites, de minorias organizadas, de interesses econômicos de grupos influentes, sem qualquer ganho social e com agressão aos direitos fundamentais dos cidadãos

Com base na vertente teórica adotada no presente estudo, pode-se concluir que, quando ocorrer violação aos direitos fundamentais, as políticas públicas podem e devem ser revisadas e corrigidas, de maneira a conformar os objetivos escolhidos

³⁰ Dye (2001) analisa nove modelos usados para estabelecimento desses objetivos, elucidando as principais características de cada um, que em síntese são: o primeiro refere-se à resposta institucional, que não analisa a substância das políticas e os objetivos eleitos são fruto da estruturação das instituições do Estado; o segundo estrutura-se no processo político; o terceiro concentra-se na relação entre grupos e como as políticas refletem seus interesses; o quarto evidencia que as políticas retratam as preferências da elite que detém o poder sobre os aparelhos estatais; o quinto faz uma análise econômica dos resultados e investimentos, buscando o máximo de ganho social em que o resultado supere os investimentos necessários; o sexto busca prosseguir no processo de desenvolvimento das bases já alcançadas no passado; o sétimo consubstancia a teoria da escolha, buscando praticar comportamentos estratégicos; o oitavo reflete a escolha racional, partindo-se do pressuposto que os grupos envolvidos são necessariamente auto-interessados no objetivo da política; e por fim o nono modelo, que é o da resposta sistêmica, pelo qual as políticas refletem os anseios de um articulado sistema de influências políticas.

e consignados nas políticas públicas com os direitos fundamentais a que fazem jus os jurisdicionados, como se verá mais detalhadamente adiante.

A prática judicial é outro campo temático de que se ocupa o autor, desta forma, ele faz uma abordagem jurídico-política da atividade judicial norte-americana na atualidade, contextualizando sua análise a partir da democracia representativa, acreditando ele que esta é a melhor forma de exercício do poder.

Ressalte-se que a preocupação central de sua análise é como os operadores do direito entendem o Direito. Centra-se na atividade dos juízes³¹, porque estes são obrigados a fundamentar suas decisões e é partir do estudo dessa fundamentação que se pode verificar tal indagação. Outra relevância dessa atividade judicial reside na repercussão que as decisões tomadas pelos magistrados terão no destino de determinada comunidade.

A partir, então, da análise do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, o autor evidencia os primeiros princípios que fundamentam e pautam a atividade de cada um desses poderes. Assim, a atividade desenvolvida pelos legisladores é pautada por princípios de política, ao passo que a dos juízes é guiada por princípios jurídicos. O que implica dizer, como bem afirma Cheiri (1990):

os **argumentos de política** justificam, segundo Dworkin, uma decisão mostrando que esta avança ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo, enquanto que os **argumentos de princípio** o fazem mostrando que a decisão respeita ou assegura algum direito individual ou de grupo. As decisões judiciais devem ser geradas por princípios e não por políticas (grifo nosso).

Para Dworkin (1999), pode haver discordância entre os posicionamentos dos juízes ao analisarem casos semelhantes, no entanto, ele adverte que sempre haverá uma resposta correta a ser obtida a partir da prática interpretativa dos juízes, compreendendo, ainda, que a democracia será materializada quando os magistrados, ao interpretarem o cenário jurídico de uma determinada comunidade, resguardar os princípios mais relevantes que a regem, como por exemplo, o da liberdade.

³¹ Como bem delimita o autor, “estudaremos o argumento jurídico formal a partir do ponto de vista do juiz, não porque apenas os juízes são importantes ou porque podemos compreendê-los totalmente se prestamos atenção ao que dizem, mas porque o argumento jurídico nos processos judiciais é um bom paradigma para a exploração do aspecto central, proposicional da prática jurídica” (DWORKIN, 1999, p. 19).

No tocante à prática judicial, tem sido constante ainda a discussão acerca das decisões judiciais que se referem às questões de ordem política, pois não só nos EUA isso tem sido constante, como também podem ser trazidas para a realidade brasileira as idéias de Dworkin, para o qual o discurso judicial é racional e não pode estar amparado em argumentações que visam encobrir opções políticas dos juízes.

A partir da Constituição Federal de 1988, foi possível constatar que várias questões de índole política passaram a ser levadas ao Judiciário, devido à transformação social porque passou o país face aos ditames dessa Carta Política, comprometida com questões sociais, de maneira a proporcionar a judicialização de questões políticas relevantes.

Verifica-se que é através do Judiciário que a sociedade e os cidadãos desprovidos de voz política passam a exercer influência decisória na definição de políticas públicas pelo Executivo e Legislativo, uma vez que o Judiciário tem revisado questões de ordem política visando corrigir distorções e garantir os direitos fundamentais consignados na referida Carta, oportunizando, ainda, o exercício da cidadania.

No que pertine, ainda, ao controle das políticas públicas pelo Judiciário, adverte Dworkin (2001, p. 101) que ao ser provocado a decidir acerca de questões políticas, “o Tribunal deve tomar decisões de princípios, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral”.

Logo, as ideias traçadas por Dworkin são perfeitamente aplicáveis e amoldáveis à realidade brasileira, inclusive o autor considerou o controle judicial das políticas públicas o instrumento eficiente para dar materialidade à democracia, reduzir as injustiças políticas e diminuir a ingerência dos grupos estatais nas definições de políticas públicas.

Assim, embora sua teoria tenha sido construída com base na prática judicial norte-americana, ela pode servir como instrumento de resistência à globalização numa sociedade jurídica como a brasileira, conforme assinala Appio (2007, p. 14).

2.2 CICLOS DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E CONTROLE JUDICIAL: algumas particularidades

As políticas públicas compreendem três momentos ou estágios, a formulação, a implementação e a avaliação. No presente estudo, centralizar-se-á na análise das duas primeiras, que implicam no momento da escolha das prioridades governamentais, diretrizes e metas que entrarão na agenda pública, bem como o momento da execução dos programas sociais eleitos, a fim de que seja dada materialidade aos direitos fundamentais sociais, abstratamente dispostos na CF/88.

Ressalte-se que é na primeira fase, ou seja, no momento da formulação das políticas e programas que surgem maiores problemas de ordem política, posto que os governos eleitos gozam de discricionariedade, o que implica dizer que detém certa margem de liberdade quando da definição do conteúdo, bem como do momento em que se iniciará o processo de implementação das políticas.

Note-se que, embora as políticas públicas não se restrinjam às de cunho social³², aqui se tratará da fiscalização e controle ligados à promoção de direitos fundamentais, portanto, as políticas relacionadas à seara social, fazendo um estudo das possibilidades de intervenção do Judiciário, através da realização do controle nos dois primeiros ciclos das políticas.

Como dito, muito se tem discutido acerca da participação do Poder Judiciário no processo de formulação e implementação dessas políticas, haja vista que isto significa que a vontade dos representantes dos cidadãos (escolhidos através do voto) vem sendo substituída por ato de juízes, que, por sua vez não foram diretamente eleitos para governar.

Alguns argumentam que esta intervenção jurisdicional não tem legitimidade, e acaba interferindo no processo de decisão política, outros já defendem a compatibilidade do controle judicial das políticas públicas com a democracia³³, pois a

³² As políticas públicas não são de cunho apenas social, aqui vale ressaltar a classificação de José Reinaldo de Lima Lopes, para ele as políticas se classificam em políticas sociais, de prestação de serviços públicos essenciais, como saúde e educação; políticas sociais compensatórias, tais como o seguro-desemprego; políticas de fomento à economia; reformas de base e políticas de estabilização monetária (APPIO, 2007, p. 134).

³³ O tipo de democracia adotado no presente trabalho é a constitucional, na acepção fundamentalista defendida por Rawls (2000, p. 205) a partir da idéia de que "leis e estatutos têm de ser coerentes com certos direitos e liberdades fundamentais" em que decisões políticas que violem direitos fundamentais serão terminantemente antidemocráticas, mesmo que sejam tomadas sob o manto da soberania popular.

intervenção do magistrado visa garantir o direito de participação da comunidade e a proteção das minorias.

De fato, não há como negar que o Judiciário exerce papel muito importante na sociedade, na medida em que sua função precípua é assegurar que iniciativas legislativas e atos governamentais dos demais Poderes não comprometam a garantia dos direitos fundamentais.

Por isso, o controle judicial de políticas públicas é uma realidade atualmente, não pode ser visto como ilegítimo e antidemocrático, os tribunais têm o dever de proporcionar - através de suas decisões – a manutenção de um sistema de direitos fundamentais equilibrado, em atenção às diretrizes traçadas pelo legislador constituinte, porém, não deve fazê-lo de forma apenas defensiva, como adverte Rawls (2000, p. 286):

O papel do tribunal não é meramente defensivo, mas também o de dar uma existência apropriada e contínua à razão pública, ao servir de exemplo institucional. Isso significa, em primeiro lugar, que a razão pública é a única razão que o tribunal exerce. Ele é o único ramo do Estado que é direta e visivelmente a criação dessa razão e dela somente. Os cidadãos e os legisladores podem votar de acordo com suas visões mais abrangentes quando os elementos constitucionais essenciais e a justiça básica não estiverem em jogo; não precisam justificar, por meio da razão pública, porque votaram dessa ou daquela maneira, ou dar consistência a suas razões e articulá-las numa visão constitucional coerente.

Vale frisar que para Rawls, os elementos constitucionais são os direitos civis e políticos fundamentais, bem como as instituições e os procedimentos que norteiam o acesso ao poder político. Ao passo que da idéia de justiça básica aglutinam-se as questões atinentes “às normas e instituições regulamentadoras da distribuição de oportunidades sociais, de renda e de riqueza na sociedade” (VITA, 2004, p. 88).

No tocante à razão pública, é mister lembrar que, na teoria de Rawls, ela articula a **cooperação social** e a **deliberação pública**, servindo de base para a concepção de democracia por ele apontada, suscitando ainda a ideia de contestabilidade, o que propiciará a partir de sua teoria, o ambiente discursivo capaz de produzir a legitimidade que se pode esperar de decisões políticas. Ele esclarece que, “numa sociedade democrática, a razão pública é a razão de cidadãos iguais que, enquanto corpo coletivo, exercem um poder político final e coercitivo uns sobre os outros ao promulgar leis e emendar sua constituição”.

Com base nos aportes teóricos de Rawls, Dias (2007, p. 85) adverte que

do ponto de vista da validação dos princípios e políticas adotadas por uma sociedade, a razão pública é manifestada pelo sistema de deliberação social. Isto significa admitir que, sendo o poder estatal coercitivo, deve refletir a possibilidade de endosso por parte dos cidadãos, das decisões que veiculam propostas para atuação no âmbito das questões essenciais.

No que pese à contestabilidade - ínsita à noção de deliberação pública - pode-se afirmar que a mesma se refere ao questionamento do que torna um indivíduo capaz de aprovar uma decisão pública, bem como o que faz dessa decisão um ato não arbitrário. É a resposta a tal indagação que viabilizará o acesso à legitimidade para o exercício do poder, que segundo Rawls (2000, p. 266)

a essa pergunta o liberalismo político responde dizendo que nosso exercício do poder político é próprio e, por isso, justificável somente quando é exercido de acordo com uma constituição cujos elementos essenciais se pode razoavelmente esperar que todos os cidadãos endossem, à luz de princípios e ideias aceitáveis para eles, enquanto razoáveis e racionais. Esse é o princípio liberal da legitimidade.

As opiniões lançadas por Rawls, a partir de sua teoria da justiça, oferecem através da categoria razão pública, o ambiente discursivo capaz de produzir a legitimidade para a tomada de decisões políticas, validando-as através do debate.

No tocante à legitimidade, inevitável é que se façam algumas colocações acerca da democracia, do seu conceito e do modelo explicitado por Rawls. Inicialmente ele expôs dois modelos de democracia, a procedimental e a constitucional.

Entendendo por procedimental a que “não há limite constitucional à legislação e aquilo que uma maioria (ou pluralidade) decidir é lei, sempre que forem respeitados os procedimentos apropriados, o conjunto de regras que identificam a lei” (RAWLS, 2000, p. 205).

Nessa versão de democracia, o que importa é a forma e o modo como se dá a produção da lei, que deve seguir ao trâmite pré-estabelecido, não importando muito o conteúdo abordado pela norma.

A democracia constitucional está relacionada aos direitos e liberdades fundamentais, e atuam como limites à atuação legislativa e executiva, limites esses que são utilizados pelo Judiciário quando da análise dos casos concretos, servindo como justificção para o controle de políticas públicas.

O conceito desse tipo de democracia advém da noção traçada pelo Rawls (2000, p. 205), segundo a qual “leis e estatutos têm de ser coerentes com certos direitos e liberdades fundamentais”.

Por outro lado, a democracia constitucional pode ser analisada a partir de três versões: monista, fundamentalista e dualista.

Na visão **monista**, o foco central é a representatividade, está ligada ao reconhecimento e proteção da soberania popular. A democracia constitucional **fundamentalista** considera um atentado à democracia qualquer ato ou decisão que vise violar direitos fundamentais.

Ao passo que, na visão **dualista**, o foco central são as decisões políticas, cuja dualidade está na existência no sistema democrático de dois tipos de decisões, as tomadas pelos cidadãos e as tomadas pelo governo, decisões estas que devem ser igualmente protegidas.

Rawls aduz que a garantia e a proteção dos direitos fundamentais proporcionam o estabelecimento de um fórum público de princípios que pode ser importante para a construção da cultura pública de uma sociedade, por isso, a razão pública se apóia nas visões de democracia constitucional fundamentalista e dualista.

Desta forma, a partir de situações envolvendo direitos elevados ao status constitucional e de caráter elementar, acredita-se que o Judiciário pode controlar, por exemplo, a implementação de uma política pública, anulando atos já praticados, alterando inclusive seu conteúdo para que tais direitos sejam promovidos, essa intervenção judicial, segundo Appio (2007, p. 138) “deixa de ter uma natureza exclusivamente invalidatória, passando a assumir uma função substitutiva”.

Essa substituição estará autorizada, não só diante de uma política já em fase de execução, mas também diante da omissão do poder público, nesse sentido, frise as lições de Cunha Júnior (2004, p. 353):

[...] quando os Poderes Legislativo e Executivo mostram-se incapazes ou totalmente omissos em garantir o cumprimento adequado dos direitos fundamentais sociais, em violação evidente de seus deveres constitucionais, cabe inevitavelmente a intervenção do Judiciário, como o terceiro gigante no controle do Poder Público.

Por este prisma e diante de um Estado de Direito³⁴, sempre que um ato governamental violar o pleno desenvolvimento da democracia será justificável o controle jurisdicional do mesmo.

Outras situações ensejam a provocação do Judiciário, para que atue na seara das políticas públicas, seja para alterar algum ponto ainda no momento em que estão sendo discutidos os termos dos programas sociais que ainda entrarão na agenda pública, seja no momento da efetivação da política, o fato é que não há como negar essa interferência judicial, principalmente diante de um sistema constitucional como o brasileiro, comprometido com questões sociais, com a dignidade da pessoa humana e com a promoção dos direitos fundamentais, como se verá mais adiante.

2.2.1 A intervenção judicial na fase de formulação das políticas públicas: possibilidades

Conforme assinala Critsineles (2002, p. 43), o ciclo inicial de uma política pode ser sintetizado da seguinte forma:

As políticas públicas são decorrentes de demandas do ambiente político e social, caracterizadas por um estado de coisas qualificado, com passaporte para a agenda governamental, na medida em que mobilize uma ação política, constitua uma situação de crise e de oportunidade para o seu enfrentamento, deflagrando o seu primeiro estágio de formulação de alternativas, que sofrerá os influxos dos atores, digladiando-se nas arenas políticas distributivas, regulatórias e redistributivas calcadas nos modelos incremental e racional compreensivo, com decisões implementadoras de nenhum ou de grande impacto, respectivamente.

Porém, a fiscalização ou controle jurisdicional na fase de definição das *policies* é algo tormentoso³⁵, uma vez que neste momento chocam-se interesses e funções resultantes do princípio da separação de poderes e da discricionariedade

³⁴ Para Campilongo (2002, p. 42), “Estado de Direito não significa exclusivamente observância dos princípios da legalidade e da publicidade dos atos administrativos, legislativos e judiciais. Significa, igualmente – e, para efeitos aqui buscados, esse é o aspecto fundamental -, controle jurisdicional da atuação do Legislativo e do Executivo”.

³⁵ Prelecionada Appio (2007, p. 161) que “o controle judicial das políticas públicas envolve a sua formulação, execução e avaliação, sendo certo que os problemas políticos surgem no tocante à primeira fase, para a qual os governos eleitos geralmente gozam de elevada margem de discricionariedade política que lhes permite definir o conteúdo e o momento de execução de uma política pública”.

política que gozam os poderes Executivo e Legislativo, no tocante à escolha das mesmas.

Mais preocupante ainda é a possibilidade de se controlar a formulação dessas políticas através da ingerência dos magistrados, o que tem dividido a opinião de vários estudiosos do tema, alguns sequer cogitam esta possibilidade, pois do contrário, incorrer-se-ia no risco de se implantar uma *aristocracia judiciária*, o que iria de encontro ao sistema representativo já consolidado e firmado constitucionalmente.

Outro fator relevante, para acentuar a tese da não intervenção do Judiciário nesta fase reside no fato de que não seria politicamente legítima essa substituição, porque tal Poder não dispõe de aparato técnico para verificar e identificar as prioridades sociais que devam entrar na agenda pública e ensejar a formulação de políticas, cabendo aos demais Poderes esta atribuição, posto que foram eles os escolhidos democraticamente pelos cidadãos através do sufrágio universal, para o exercício de tais funções.

Neste prisma, aduz-se o entendimento de Rocha (2005, p. 24), *in verbis*:

Com efeito, não cabe ao Judiciário formular políticas públicas, que constituem encargo de outro poder. Na realização de direitos sociais, por meio do processo judicial, muitas vezes não é levado em conta todos os elementos materiais e financeiros, necessários para que a sociedade tenha ao seu alcance os bens e serviços que possibilitem a realização de tais direitos.

Acerca da temática, Appio (2007, p. 159), afirma que “o Poder Judiciário não pode determinar a implantação de um programa social com base em um direito genericamente previsto na Constituição Federal, porque esta questão é de natureza política”.

Porém, pensam diferente outros autores, que seguem uma linha mais assentada na teoria dos direitos fundamentais, como Cornejo (2007) e Barros (2008), os quais defendem maior extensão da atuação jurisdicional, até mesmo podendo as decisões refletirem diretamente na formulação de políticas e programas sociais, desde que visem atribuir maior efetividade aos direitos fundamentais da pessoa humana consagrados na Constituição Federal de 1988 e, por conseguinte, defendem uma maior atuação e participação do Judiciário também nesse processo.

É salutar colacionar o posicionamento de Barros (2008, p. 176), para o qual

existe, portanto, um dever de planejar o futuro, estabelecendo metas a serem alcançadas, estas acordes com a Constituição e com outros parâmetros estabelecidos na ordem jurídica. Tais metas, portanto, não são livres, possuindo, em alguma medida, vinculação jurídica. Todas as vezes que, por ação ou omissão, for verificado abuso governamental na formulação de *policies*, se afigura pertinente o controle jurisdicional.

De fato, cabe ao Estado a elaboração dos programas sociais, no entanto, o controle nesse momento, embora interfira na atividade planejadora da Administração, visa proporcionar máxima efetividade às normas constitucionais, tentando conciliá-las com os limitados recursos orçamentários.

Ademais, o planejamento tem por obrigação ser claro, transparente, para evitar desvios de finalidades ou alguma situação congênere, o que afasta de plano a impossibilidade de interferência do Judiciário nessa etapa de formação porque passa a política.

A doutrina elenca, porém, algumas situações que podem dar ensejo à interferência do Judiciário na fase ainda de elaboração da política. A primeira delas é para **verificar a compatibilização da política pública com as questões de ordem orçamentárias**, ou melhor, verificar se a Lei Orçamentária Anual (LOA) está compatível com as diretrizes traçadas pelo Plano Plurianual (PPA) e pela Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO).

Desta forma, sempre que o projeto de lei ou mesmo a lei orçamentária não contemplar os fins previamente estipulados pelas demais disposições orçamentárias, o Poder Judiciário, quando devidamente acionado, poderá exigir a adequação da peça orçamentária aos referidos parâmetros.

Outro aspecto através do qual se pode verificar o controle judicial na fase de elaboração da política e que se coaduna ao controle preventivo do orçamento, reside na fiscalização das normas constitucionais que, explicitamente destinam recursos públicos a determinadas áreas de interesse social, como as referendadas nas disposições do art. 198, §§ 2º e 3º, art. 212 da CF/88 e art. 77 do ADCT concernentes ao montante dos recursos mínimos a ser aplicados em serviços públicos de saúde e educação. Trata-se aqui da **fiscalização da aplicação das verbas vinculadas**.

Havendo desvio dessas disposições, quando da formulação do programa, ou seja, se por ação ilícita o administrador público ao elaborar, por exemplo, dada política de saúde, sendo que para sua efetivação ele estipule valor inferior ao

mínimo estabelecido na CF/88, afigura-se possível o controle judicial da formulação dessa política, para que o Judiciário retifique os referidos valores, ou mande a Administração tomar alguma outra providência pertinente aos ditames constitucionais.

Outra situação ensejadora do controle na fase de formulação refere-se à **impossibilidade orçamentária de efetivação da política no exercício em que fora prevista**, então, para sanar tal ilícito se poderá recorrer ao Judiciário, com o fim de que seja incluída a referida despesa no orçamento do ano subsequente, como uma alternativa para dar viabilidade material para a política, neste caso, seu prazo de implementação será alterado, haverá um atraso na efetivação do direito consignado na política, porém, existirá a possibilidade de viabilizá-la, embora tardiamente.

Autoriza-se, ainda, a intervenção jurisdicional na fase de formulação quando não houver políticas públicas (**omissão total do Poder Público**), ou quando o Judiciário intervier para complementar alguma política já implementada, em face de uma **omissão parcial** do governo³⁶ e desde que essa omissão não seja justificável, ou seja, a inércia do Executivo poderá ser legítima quando justificada dentro de um contexto de escolha do que é prioridade, em que existam políticas mais prioritárias que outras.

Por se tratar de um tipo de intervenção do Judiciário numa atividade exclusivamente atribuída à Administração Pública, essa hipótese de controle judicial da política só poderá ocorrer excepcionalmente, sendo necessário que a referida omissão seja ilícita e que não haja qualquer respaldo orçamentário³⁷ para a consecução da política social que se pretenda formular.

Nesse caso, o controle será realizado de acordo com as situações apresentadas concretamente pelo caso colocado à apreciação do Judiciário,

³⁶ Segundo Freire Júnior (2005, p. 68), quando um direito fundamental não está expresso em uma norma constitucional, o seu descumprimento gera apenas uma omissão simples; todavia, quando existe a norma constitucional, mesmo que na linguagem tradicional seja meramente programática e não preceptiva, a sua não-efetivação passa a configurar uma omissão qualificada que implica possibilidade de existir controle dessa omissão.

³⁷ Barros (2008, p. 189) exemplifica tal controle dizendo que “poderia se pensar o caso de o Poder Judiciário determinar, diante da omissão total ou parcial, que fossem definidas políticas ligadas ao ensino fundamental (ex: construção de escolas) quando o planejamento orçamentário somente definia metas para o ensino médio. Se restar comprovada a necessidade desta política, poderia ser exigida diretamente da Constituição, diante das opções constitucionais em tema de educação, que sobrepõem a importância do ensino fundamental”

levando-se em conta, por exemplo, a **relevância** e a **urgência** da política, nesse sentido Barros (2008, p. 188) afirma que

o controle nessa seara é realizado à luz dos valores e metas prioritárias e de problemas concretos. Mesmo excepcional, possibilita, mediante sério e rigoroso juízo de ponderação, que o Poder Judiciário determine a definição de políticas públicas que não tinham qualquer respaldo orçamentário. Isso decorre, logicamente, da urgência da política, bem como da relevância emprestada às opções políticas aceitas na ordem jurídica.

Nesse tipo de controle, o Judiciário será provocado a se manifestar em virtude de uma omissão do Executivo que se afigure inconstitucional ou ilícita, por isso, a decisão judicial a ser tomada certamente irá interferir no orçamento público, pois determinará a implantação de certa política pública que não estava prevista no orçamento, mas mesmo assim a autorizará em face de sua exigência decorrer diretamente da Constituição, validando as opções políticas consagradas pela CF/88.

Até mesmo para os que defendem a não intervenção do Judiciário nas questões políticas, afirmam que diante de omissões totais do Estado, o Judiciário deve intervir para saná-las, para que não seja afetada a força normativa da Constituição.

Nesse sentido, Loewenstein (1964, p. 325) afirma que, diante de um Estado de Direito, todas as ações políticas dos detentores do poder, devem ser pautadas pelas disposições constitucionais, afigurando-se legítima a tarefa do Judiciário (no caso se refere ao Tribunal Constitucional, que no Brasil é o STF) para tomar decisões políticas através da interpretação do conteúdo das normas constitucionais de forma extensiva extraindo da essência da CF o motivo para se impor, mesmo diante de omissões governamentais³⁸.

Cumprе enfatizar, que a omissão capaz de gerar a intervenção do Judiciário em assuntos políticos deve ser ilícita ou inconstitucional, sendo imprescindível que seja feita prova dessa ilicitude, pois, do contrário, o Judiciário estará imiscuindo-se indevidamente na função que não lhe compete, que neste caso, trata-se do exercício de uma atividade política e em certa medida discricionária.

³⁸ Loewenstein (1964, p. 325) afirma ainda que “los defensores del arbitrio judicial entre los diferentes detentadores del poder hacen patente que, en un Estado de derecho, todas las acciones políticas de cualquier detentador del poder tienen que estar de acuerdo com las disposiciones constitucionales y que es una tarea legítima del Tribunal Constitucional Supremo determinar la extensión de las normas constitucionales e interpretar su contenido. Esta tesis es irrefutable”.

Sendo certo, ainda, que sua intervenção como formulador de políticas públicas deve ser apenas **subsidiária**, ou seja, a efetivação da Constituição através das políticas e programas sociais cabe, precipuamente, ao Legislativo e Executivo. Esse também é o entendimento de Palu (2004, p. 82), quando afirma que:

no Estado Democrático de Direito, a questão da escolha de prioridades cabe a um legislador democraticamente eleito e, em nosso sistema presidencialista, há um governo democraticamente eleito, que, como sabemos, trata-se do Executivo e sua base de apoio parlamentar. E somente em casos de desvios erráticos ou de uma passividade arbitrária ante casos evidentes de situações precárias cabe uma correção, constitucionalmente fundada aos atos de governo.

No entanto, não há qualquer dúvida acerca das funções e atribuições do Legislativo e Executivo, dentre elas a de proporcionar que a Constituição seja efetivada, mas como enfatiza Freire Junior (2005, p. 71), “quando tal tarefa não foi cumprida, não pode o juiz ser co-autor da omissão e relegar à Constituição a um nada jurídico”.

Pois, em se tratando de omissão do cumprimento da CF/88, não há que imperar o poder de discricionariedade, pois se está diante de uma arbitrariedade que precisa ser sanada e retificada, principalmente se tal omissão repercute diretamente na promoção dos direitos fundamentais, pois segundo Barros (2008, p. 140)

[...] nesse amplo contexto, o Judiciário poderá se imiscuir, inclusive, nas escolhas ou opções do legislador, quando observar desacordo com metas, finalidades, enfim com parâmetros de juridicidade previstos no ordenamento jurídico. Isto permite que se abram veredas para o controle de políticas públicas, admitindo-se, inclusive, o que, para alguns (ainda em descompasso com os novos tempos), pode ser considerada uma verdadeira heresia jurídica.

No Brasil, adota-se a teoria relativa no que tange à efetivação dos direitos fundamentais, que segundo Mendes (2000, p. 244) significa dizer que o núcleo essencial desses direitos “há de ser definido para cada caso, tendo em vista o objetivo perseguido pela norma de caráter restritivo”, dessa forma “o núcleo essencial seria aferido mediante a utilização de um processo de ponderação entre meios e fins (*Zweck-Mittel-Prufung*) com base no princípio da proporcionalidade” (Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais).

Portanto, mesmo que seja adotada a teoria relativa, em que os direitos fundamentais não estão a salvo de eventual decisão legislativa e de igual forma, não

são tidos como autoaplicáveis, diante de uma omissão total dos Poderes constitucionalmente investidos na função de efetivá-los, não há que se afastar a possibilidade de controle dessa omissão pelo Poder Judiciário, pois a CF/88, em seu art. 5º, inc. XXXV estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, que nas palavras de Freire Junior (2005, p. 71) implica dizer que:

uma interpretação adequada do dispositivo leva à conclusão de que não somente lei, mas também atos, inclusive omissivos do Poder legislativo e Executivo não podem ficar sem controle. Disso se constata que a omissão total pode (deve) ser apreciada pelo Poder Judiciário.

Logo, o Judiciário, ao analisar as situações concretas, trazidas à sua apreciação, verificará os elementos necessários para a efetivação dos direitos fundamentais, construindo os argumentos favoráveis ao controle das políticas públicas, mesmo na fase de elaboração das mesmas, não gerando qualquer conflito político com os demais Poderes diante da sua intervenção, como se verificará adiante.

2.2.2 O controle jurisdicional na fase de implementação das políticas públicas

No tocante à fase de implementação das políticas públicas e partindo-se de uma visão clássica da ação do Estado, Melo e Silva (2000, p. 04) a concebem como uma das fases do *policy cycle* (ciclo da política) correspondente à “execução de atividades que permitem que ações sejam implementadas com vistas à obtenção de metas definidas no processo de formulação das políticas”.

Ao falar da implementação, certamente torna-se necessário estudá-la simultaneamente com a fase da formulação, pois ambas estão interligadas, não sendo interessante isolá-las, já que os insucessos ocorridos no momento da execução da política certamente influenciarão na elaboração de futuras, além do fato de que a execução se respalda nas diretrizes traçadas durante a formulação.

A execução de políticas e programas depende do exercício de alguns atos administrativos e financeiros, cabendo à Administração Pública decidir, gerir, aplicar recursos e escolher os meios necessários à sua consecução.

A Constituição Federal atribui estas funções relacionadas à execução das políticas ao Poder Executivo, razão pela qual tem sido defendido, por parte da doutrina pátria, que o Judiciário não deve intervir ativamente neste processo, cabendo aos magistrados atuar positivamente apenas em situações excepcionais, haja vista que a Carta Magna lhe incumbiu da função de fiscalizar a atividade administrativa do Estado e não a de exercê-la.

O controle judicial nessa fase não é complexo, afigurando-se mais simples e aceitável, haja vista que a intervenção do Judiciário nesse momento deverá atender a critérios objetivos, técnicos e orçamentários, o que não resultará em maiores riscos à política.

Note-se que, o controle judicial, durante o processo de implementação da política pública repercutirá na lei Orçamentária Anual que estiver sendo executada, assim, o Judiciário poderá verificar a regularidade dos atos praticados durante a execução orçamentária, buscando averiguar como estão sendo efetuadas as despesas públicas³⁹, se há irregularidades ou desvios, dentre outros aspectos passíveis de apreciação, desde que devidamente acionado⁴⁰.

No entanto, algumas situações ensejam o controle judicial na fase da execução das políticas públicas, como por exemplo, diante da existência de políticas insuficientes para atender certos objetivos traçados pela Constituição Federal, pela Administração pública ou por outros sujeitos fomentadores dessas políticas (conselhos deliberativos); quando os critérios usados para escolher os sujeitos beneficiários das políticas implicarem em ofensa a princípios constitucionais, como o princípio da igualdade, dentre outras situações que serão abordadas ainda neste item.

Desta forma, quando o Executivo priorizar intencionalmente a implementação de alguns programas sociais em detrimento de outros reivindicados pela sociedade; quando a Constituição já tiver formulado e atribuído direitos fundamentais, mas o

³⁹ Assinala Soares (2005, p. 482) que “a vigência da execução orçamentária é anual, pois esse é o período temporal estabelecido para a vigência da lei orçamentária no Brasil, com período fixo de 1º de janeiro a 31 de dezembro. A execução orçamentária compõe-se de procedimentos de execução da despesa e da receita públicas, porém, a análise nesse trabalho será da execução da despesa, pela estreita relação que guarda com o controle orçamentário. É com a despesa que se realiza a efetivação do gasto dos recursos disponíveis autorizados na lei orçamentária”.

⁴⁰ Explicita Comparato (2003, p. 258) que a ação civil pública é a via mais apta ao controle da execução orçamentária, “é sempre a ação civil pública, quer se trate de não-inclusão ou inadequada previsão, nos orçamentos, das verbas correspondentes às políticas de atendimento dos direitos fundamentais, quer se esteja diante de um desvio de despesas, ou da não-liberação de verbas no curso do exercício financeiro”.

Poder Público não os tiver efetivado; enfim, são vários os casos que autorizam uma maior interferência do Judiciário, para que este corrija eventuais distorções e efetive direitos através da autorização da execução de políticas.

Porém, a atividade dos juízes deve se respaldar em pressupostos objetivos. A doutrina aponta as seguintes situações que poderão nortear o magistrado e autorizar o Judiciário a intervir na seara das políticas públicas, quando devidamente acionado:

a) Só é concebível a intervenção judicial positiva quando não houver prerrogativa constitucional que favoreça e justifique a omissão⁴¹ do Poder Executivo, e desde que a omissão intencional seja decorrente de um ato de vontade política que resulte, por exemplo, na escolha pela implementação de dado programa social ao invés de outros. Nessa situação, a Administração irá preferir um programa, a partir da relevância do bem jurídico tutelado pela política a qual se optará.

Nesta hipótese, é de se destacar, que a política social decorre diretamente da lei, o que implica dizer que a CF/88, de modo genérico, elencou os direitos sociais que deveriam ser implementados pelo Executivo, em observância à lei orçamentária e demais disposições legais.

Logo, havendo descumprimento da determinação constitucional, a Administração Pública estará sendo omissa, podendo o Judiciário determinar – em sede de ação civil pública – o cumprimento do programa social decorrente da Constituição, situação esta que não implicará na prática de ato político e administrativo pelo Judiciário, tratando-se, pois, do controle judicial de um ato administrativo vinculado ao princípio da legalidade insculpido no *caput* do art. 37, da CF/88.

Poderá haver controle jurisdicional, quando a política social corresponder à outorga de direitos coletivos e já estiver formulada abstratamente no diploma legal, seja na Carta Magna ou em leis infraconstitucionais, faltando o Executivo apenas implementá-la.

Nessa situação, é de se lembrar que o Judiciário se guiará pelas determinações traçadas pelo legislador constituinte, implicando dizer que na sua decisão, não poderá praticar um ato privativo do Executivo, devendo apenas apontar

⁴¹ Segundo Cunha Júnior (2004, p. 122), quando a política estiver sendo executada e neste momento ocorrer problemas que dificultem sua promoção por causa da omissão do Poder Público, estar-se-á diante de uma omissão parcial, que se dar “quando o censurável silêncio transgressor do poder público ocorre somente em parte, ou seja, o Poder Público atua, mas de forma incompleta ou deficiente, sem atender fielmente aos termos exigidos pela Constituição”.

a obrigação a ser respeitada e materializada, bem como determinar um prazo para sua efetivação, fundamentando-se, ainda, na lei orçamentária anual, vez que deverá o Judiciário apontar quais os recursos disponíveis e necessários para a realização do programa.

Frise-se que, geralmente, quando a política decorre diretamente da Constituição Federal, nesta há também a indicação da fonte que custeará a implementação da política através de repasses obrigatórios.

b) Quando o princípio da isonomia tiver sido vilipendiado pelo Executivo quando da implementação da política, deixando de conceder seu benefício aos sujeitos que se encontrarem no mesmo nível de necessidade e igualdade.

O referido princípio tem sido constantemente afetado pelo Estado quando da implementação das políticas sociais, embora ele se constitua como um dos principais informadores do constitucionalismo contemporâneo, Bonavides (2000, p. 301) esclarece que ele é o centro medular do Estado Social e do ordenamento jurídico, princípio este que materializa a liberdade, servindo de eixo “ao redor do qual gira toda a concepção estrutural do Estado Contemporâneo”.

Assim, no que se refere às políticas públicas, o princípio da isonomia se evidencia à medida em que os cidadãos possuem o direito de concorrer às prestações dos programas sociais em igualdade de condições, logo, o Estado não deve restringir a abrangência e alcance dos programas sociais de forma a excluir pessoas que estejam no mesmo patamar de igualdade, como o faz ao escolher os sujeitos, muitas vezes afastando pessoas que se encontram na mesma situação de necessidade.

E isto tem ocorrido, frequentemente, nos países que adotaram medidas neoliberais, como vem acontecendo nas últimas décadas em vários países da América Latina, inclusive no Brasil, em que a adesão ao receituário neoliberal iniciada na década de 1990 tem imposto a formulação cada vez maior de políticas focalizadas, as quais, cujos benefícios têm sido destinados a um grupo cada vez mais restrito, mesmo que pessoas não incluídas e assistidas se encontrem em igualdade de condições aos agraciados pelo programa.

Diante de políticas dessa natureza, ou melhor, que afrontam, de certa forma o princípio da igualdade, dentre outros associados ao bem jurídico que se pretenda perquirir com a inclusão em dado programa (como por exemplo, em programas que visem efetivar os direitos à moradia, à saúde ou à educação), tem-se autorizado e

legitimado seu controle judicial, buscando a efetivação dos direitos ou eliminação de possível afronta causada por critérios diferenciados e seletivos;

c) Da mesma forma, quem acionar o Judiciário com o fim tutelar determinado bem jurídico afetado por uma política pública, que durante seu processo de execução tenha causado algum problema ou o tenha excluído do alcance do programa, deverá indicar a fonte do custeio necessário para sua implementação, da mesma forma que terá que seguir as especificidades e limites impostos na lei orçamentária anual, como se verá adiante, quando da apreciação dos limites deparados pelo Judiciário quando da análise de questões dessa natureza;

d) Somente quando as instâncias de democracia participativa já tiverem deliberado acerca de uma determinada política econômica ou social é que caberá o acionamento do Judiciário para que este tome alguma decisão que vincule o Poder Executivo e o faça implementar e efetivar o direito consignado na política, nestes casos, a provocação do Judiciário se dará por uma ação coletiva ajuizada por qualquer dos legitimados previstos na Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública);

e) O Judiciário poderá atuar ainda, quando houver comprovado desvio de despesas públicas, na ocorrência de destinação de verbas em assuntos não prioritários, situação em que poderá determinar o remanejamento da referida verba para área prioritária, para garantir direitos de cunho prestacional, como a saúde;

f) Nessa perspectiva, poderá haver controle jurisdicional durante a execução de políticas públicas, quando o governo não liberar verbas suficientes para áreas prioritárias, de forma a prejudicar a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais, em desacordo com as previsões orçamentárias;

g) Cabendo, ainda, o controle da eficiência e cumprimento da política, ou seja, após a definição dos programas prioritários e seus respectivos recursos, poderá o Judiciário ser provocado a acompanhar seus resultados, para verificar inclusive se as finalidades constitucionais relativas aos direitos fundamentais estão sendo cumpridas⁴².

Entrementes, várias são as situações que ensejam o controle judicial na fase da execução das políticas públicas, como por exemplo, quando os critérios usados

⁴² Aduz Barcellos (2005, p. 20) que “[...] após a definição das metas e prioridades governamentais que devam ser atingidas pelo Estado, o controle judicial se fará oportuno, trata-se de verificar se o resultado final da atividade do Estado, em cada uma das áreas, está efetivamente se produzindo. Se a resposta a essa indagação for negativa, os recursos disponíveis deverão ser obrigatoriamente aplicados em políticas públicas vinculadas a essa finalidade constitucional, de modo que os gastos, não prioritários, devem esperar”.

para escolher os sujeitos beneficiários das políticas implicarem em ofensa a princípios constitucionais, como o princípio da igualdade, ou mesmo quando a política tutelar bem jurídico universal e essencial, como a saúde, devendo ser o mais eficaz e amplo possível.

Assim, sempre que ocorrer alguma dessas situações supramencionadas, ou diante de casos que visem efetivar direitos fundamentais constitucionalmente instituídos, o Judiciário estará autorizado a fazer um controle de políticas públicas, concretizando o direito sempre que acionado e de acordo com as peculiaridades da realidade trazida a seu crivo⁴³, ingerência essa que resultará certamente na materialização da Constituição e das próprias políticas.

2.3 O JUDICIÁRIO E A SEPARAÇÃO DOS PODERES: aspectos políticos

Deseja-se, neste item, tecer alguns aspectos do princípio da Separação dos Poderes, por sê-lo muito evocado por quem defende a impossibilidade e ilegitimidade do Judiciário intervir na fase de elaboração das políticas públicas, por se tratar de questões estritamente políticas, que envolvem ainda aspectos orçamentários e técnicos que não são da alçada desse poder estatal.

No presente tópico, se dará ênfase ao Poder Judiciário, porém, sem a pretensão de aprofundar historicamente o princípio em tela, abordando apenas o que, de fato, interessa para a análise do objeto da presente dissertação, buscando apresentar alguns pontos políticos que esse princípio constitucional representa, no tocante mesmo à separação das funções exercidas pelos Poderes e o papel do Judiciário nos dias de hoje.

Muitos autores discutem acerca da originalidade da separação dos Poderes, dentre eles Blanco Valdés e Carl Ernst Jarcke, atribuindo ora a Montesquieu, ora a Locke, porém, filiando-se às ponderações de Silva (2002, p. 109)

⁴³ Nesse sentido, vale ressaltar o entendimento de Jorge Neto (2008, p. 147) para quem “[...] o Judiciário, uma vez provocado por quem tenha legitimidade para a ação, poderá estabelecer objetivos mínimos a serem alcançados; em prazo razoável de tempo, para que a ofensa aos direitos fundamentais se faça cessar. É nesse contexto que entram em cena as decisões judiciais que determinam o acréscimo de leitos em hospitais ou UTI’s, o acréscimo de vagas em creches, escolas ou universidades, a modificação do regime de visitas aos presídios, a construção de novos hospitais, escolas, presídios, etc”.

o princípio da separação de poderes já se encontra sugerido em Aristóteles, John Locke e Rousseau, que também conceberam uma doutrina da separação de poderes, que, afinal, em termos diversos, veio a ser definida e divulgada por Montesquieu. Teve objetivação positivada nas Constituições das ex-colônias inglesas da América, concretizando-se em definitivo na Constituição dos Estados Unidos de 17.9.1787. Tornou-se, com a Revolução Francesa, um dogma constitucional, a ponto de o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 declarar que não teria constituição a sociedade que não assegurasse a separação de poderes, tal a compreensão de que ela constitui técnica de extrema relevância para a garantia dos Direitos do Homem, como ainda o é.

Desde o princípio, a doutrina da separação dos poderes fora influenciada por dois importantes contributos do liberalismo, e que foram referendados nas constituições americana e francesa e elevados ao status de princípio, que são a supremacia da lei e a necessidade de proteção aos direitos individuais.

No tocante ao segundo contributo, esclarece Piçarra (1987, p. 150) que

pode, pois, afirmar-se que num contexto político-liberal o princípio da separação dos poderes é fundamentalmente colocado ao serviço da garantia dos direitos individuais perante o Estado, da liberdade-autonomia perante o Estado e da limitação interna do poder político deste mediante a sua estruturação plural.

No ocidente, a separação dos poderes é associada a Montesquieu e à história da França. No entanto, muitos autores se furtam da elucidação das diferenças que existem entre as versões francesa e americana desse postulado, principalmente no que se refere ao Poder Judiciário, pois na visão montesquiana, esse poder era nulo, diferentemente da ideia desenvolvida nos EUA, que privilegiou a dimensão política do Judiciário⁴⁴.

Notadamente, a doutrina da separação dos poderes desenvolvida à luz do liberalismo americano se coaduna mais às exigências de um Estado Democrático de Direito, bem como ao constitucionalismo contemporâneo, pois não há que prevalecer o entendimento clássico e conservador que relega ao Judiciário o papel

⁴⁴ Capelletti (2003, p. 136) afirma que a versão francesa reduziu a função judicial à aplicação das leis a casos individuais. Para ele, “o modelo montesquiano (e russoniano), tal como introduzido pela legislação revolucionária francesa – enquanto tentativa de proteção contra a tirania – deixou as portas abertas às tiranias do legislativo e do executivo” (Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da justiça constitucional).

de mero aplicador das leis⁴⁵, entendimento seguido também por Barros (2008, p. 136)

hoje, com o modelo atual de Estado (Neo)Constitucional e os novos e importantes movimentos sociais, indiscutivelmente, a visão francesa clássica está superada. É preciso atualizar o postulado da separação de poderes, de molde a retirar-lhe o caráter sagrado e intocável, admitindo-se uma expansão da fiscalização judicial da atividade e das omissões dos demais poderes públicos.

Anote-se que este princípio, de origem estrangeira e de múltiplas facetas, ao ser aplicado no ordenamento jurídico brasileiro deve ser observado da forma como o fora concebido e desenvolvido na Constituição vigente⁴⁶.

Pois, em se tratando de Brasil, até a nomenclatura “separação de poderes” não é a mais adequada e usual, haja vista que o Estado é detentor de um poder político que busca coordenar e impor regras e limites em virtude dos fins colimados por ele. Esse poder político estatal detém certa superioridade em detrimento dos demais poderes não estatais existentes na sociedade, o que justifica e caracteriza sua soberania diante das demais organizações existentes na sociedade.

Assim, esse poder político se caracteriza pela sua unidade, indivisibilidade e indelegabilidade, daí porque se defende a impropriedade da expressão, como dito acima, haja vista que o poder estatal é uno, sendo mais coerente dizer que no Brasil há uma separação de funções e não de poderes.

Mas independentemente da terminologia, é sabido que o princípio em voga inscreve-se como um dos fundamentais adotados pela Constituição Federal de 1988, que em seu artigo 2º preceitua que “são Poderes da União, *independentes e harmônicos entre si*, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (grifo nosso). E essa harmonia deve existir sempre, através do respeito às prerrogativas e faculdades a que todos os Poderes têm direito mutuamente.

À luz do constitucionalismo contemporâneo, o núcleo deste princípio consiste na sua função de moderar e limitar o poder político estatal, sempre buscando viabilizar a efetivação dos direitos fundamentais, servindo, pois, de meio para

⁴⁵ Capelletti (2003, p. 139) afirma ainda que na França, a absoluta supremacia da lei e a fórmula de separação dos poderes preconizada por Montesquieu, já estão superadas.

⁴⁶ Acerca desta passagem temática, conferir o voto de Sepúlveda Pertence na ADI 183/MT, DJ 31.10.1997.

resguardar esses direitos e colocá-los no epicentro do sistema jurídico (FREIRE JÚNIOR, 2005, p. 38-39).

Este princípio se justifica ainda pelo seu fim⁴⁷, ou seja, impedir a concentração de poder e conter o seu arbítrio, que em outras palavras significa assegurar que o poder estatal esteja sempre a serviço da igualdade e da proteção dos direitos fundamentais e do bem comum dos cidadãos.

Por isso, sempre que possível, é salutar fazer uma releitura desse princípio, para que haja convergência dos objetivos realizáveis por meio das funções legislativas e executivas, através das quais são autorizadas, formuladas e implementadas políticas públicas, cabendo ao Judiciário, no exercício de suas funções, a garantia e promoção efetiva dos direitos tratados no primeiro capítulo e que são materializados, na medida do possível, por meio dessas políticas.

Logo, a legitimidade constitucional da atuação do Judiciário em matéria de políticas públicas é fato consumado na atualidade, decorrente ainda da crise de representação política que tem ampliada a dimensão de atuação desse poder estatal.

Assim, a separação dos poderes não pode mais servir de obstáculo ao controle jurisdicional das políticas públicas, principalmente diante das ações e omissões inconstitucionais praticadas por deveras pelo Poder Público.

Pondera Krell (2002, p. 91), que o princípio da separação de poderes tem corroborado à produção de um “efeito paralisante” às reivindicações sociais, por isso, ele defende que seja feita sua releitura para que os direitos fundamentais não sofram com as omissões estatais, para ele

torna-se evidente que o apego exagerado de grande parte dos juízes brasileiros à teoria da Separação dos Poderes é resultado de uma atitude conservadora da doutrina constitucional tradicional, que ainda não adaptou as suas lições às condições diferenciadas do moderno Estado Social e está devendo a necessária atualização e reinterpretação de velhos dogmas do constitucionalismo clássico.

Logo, não é salutar que o Judiciário seja orientado pela perspectiva tradicional da separação dos poderes, em que suas funções eram restritas ao setor privado e o espaço público e as políticas ficavam a cargo exclusivamente de responsabilidade

⁴⁷ Segundo Rawls (2003, p. 202), os objetivos da separação dos poderes consistem em salvaguardar a democracia, a profissionalização dos agentes públicos e, por fim, a garantia dos direitos fundamentais.

do Legislativo e Executivo, pela premissa de que seus membros são eleitos diretamente pelo povo.

Da mesma forma, há de convir que, com o advento do Estado de Bem-Estar Social, não cabe mais falar em Judiciário apenas com as funções originárias, atualmente, ele não deve se restringir à aplicação da lei para dirimir conflitos ou ditar o que é certo ou errado.

Até porque dentre as atuais funções atribuídas ao Poder Judiciário, à luz de um Estado Social de Direito⁴⁸, está a de efetivar direitos fundamentais para que os mesmos não figurem no plano apenas do reconhecimento formal, e para que isto ocorra, ele deve verificar se o exercício discricionário das funções legislativas e executivas, exercidas pelos demais poderes estatais, estão possibilitando a concretização desses direitos.

Daí o porquê da ocorrência do controle judicial das políticas públicas, que na prática é uma realidade, e se tantas ações têm sido ajuizadas é porque o Estado não tem sido eficiente, quando do exercício de suas funções administrativas, omitindo-se diante dos ditames sociais estabelecidos pelo legislador constituinte.

E foi por causa das alterações causadas pelo Estado de Bem-Estar Social que Karl Loewenstein apud Comparato (1997, p. 351) propôs que as funções estatais fossem reclassificadas, tomando-se, por base, as políticas públicas e não a lei, ocasião em que o autor elenca a *policy determination*, *policy execution* e *policy control* como as funções do Estado.

Nesta esteira, e a partir da CF/88, pode-se vislumbrar uma vertente mais atual das atribuições funcionais do Judiciário, que consiste na garantia da promoção dos direitos ora referendados, mesmo que pra isso tenha que controlar as atividades dos demais Poderes estatais, porém, não de forma defensiva.

Ressalte-se ainda a classificação da separação das funções do Estado sugerida por Jorge Neto (2008, p. 65), pela perspectiva das políticas públicas:

as funções se dividem entre os órgãos que estabelecem as políticas públicas, os que as executam e os que lhes garantem ou lhes controlam a execução, enquanto a clássica divisão se opera entre os órgãos estatais que editam a lei, que a cumprem e que lhe asseguram o cumprimento.

⁴⁸ Segundo Diaz apud Silva (2002, p. 115), o Estado Social de Direito “caracteriza-se no propósito de compatibilizar, em um mesmo sistema, dois elementos: o capitalismo, como forma de produção, e a consecução de bem-estar social geral, servindo de base ao neocapitalismo típico do Welfare State”.

Por esta ótica, o fundamento de validade do Direito passa a ser a eficácia funcional do sistema através do cumprimento das prestações conquistadas pelos cidadãos diante do Estado Social, desta forma, afirma Comparato (1997, p. 351) que “a legitimidade do Estado passa a fundar-se, não na expressão legislativa da soberania popular, mas na realização de finalidades coletivas, a serem realizadas programadamente”.

É certo ainda que a escolha de determinadas políticas já está previamente estabelecida na CF/88, e tanto o sistema político quanto o jurídico devem observá-las, assim, o Judiciário tem a função de garantir que as políticas eleitas pelo poder constituinte originário sejam implementadas, pois a sociedade tem o direito de exigir a execução das escolhas elencadas na Carta Magna, para que seus direitos sejam de fato promovidos. O que justifica a possibilidade do controle jurisdicional na fase de elaboração das políticas.

No tocante ao princípio em comento, sob os enfoques ora abordados, vale colacionar os seguintes ensinamentos de Bonavides (2000, p. 586):

Tocante ao princípio da separação dos Poderes, enquanto inspirado pela doutrina da limitação do poder do Estado, é uma coisa; já inspirado pela teoria dos direitos fundamentais, torna-se outra, ou seja, algo distinto, ali exhibe rigidez e protege abstratamente o conceito de liberdade desenvolvido pela relação direta indivíduo-Estado (...). Na equação dos poderes que repartem como órgãos da soberania do Estado nas condições impostas pelas variações conceituais derivadas da nova teoria axiológica dos direitos fundamentais, resta apontar esse fenômeno da transferência e transformação política: a tendência do Poder Judiciário para subir de autoridade e prestígio, enquanto o Poder Legislativo se apresenta em declínio de força e competência.

No entanto, os Poderes Legislativo e Executivo possuem discricionariedade de meios⁴⁹, ou seja, liberdade de escolha no que pertine às políticas públicas que serão formuladas e implementadas para realizar a promoção de direitos, porém, ao Judiciário é cabível verificar se tais políticas são eficazes e capazes de chegar ao fim colimado.

Entrementes, pondera Appio (2006, p. 149) que:

é da própria natureza do Poder Judiciário interferir sobre o exercício das atividades dos demais Poderes, na medida em que é o Poder

⁴⁹ Isso implica dizer que esses Poderes detêm total liberdade de escolha, planejamento e execução das políticas públicas que visem efetivar direitos constitucionalmente assegurados.

constitucionalmente responsável pela função de verificar a compatibilidade destas atividades com a Constituição Federal.

Logo, havendo compatibilidade com a atividade-fim exercida por cada Poder do Estado, o princípio da separação dos poderes assenta-se na especialização das funções estatais e nada impede o exercício de alguma delas por outro órgão não-especializado, desde que ocasionalmente, o que não pode é o referido princípio ser um óbice à legitimidade constitucional do controle jurisdicional de políticas públicas.

2.4 LIMITES NORTEADORES QUANDO DO CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Note-se que, embora as políticas públicas não se restrinjam às de cunho social, o estudo em tela focaliza a fiscalização e controle ligados à promoção de direitos fundamentais, portanto, as políticas relacionadas à seara social, fazendo um estudo das possibilidades de intervenção do Judiciário através da realização do controle de políticas, tomando como exemplo o direito à saúde.

Como visto, não há entendimento unânime acerca da participação do Poder Judiciário no processo de formulação e implementação dessas políticas, haja vista que isto significa que a vontade dos representantes dos cidadãos (escolhidos através do voto) vem sendo substituída por ato de juízes, que, por sua vez, não foram diretamente eleitos para governar. As celeumas doutrinárias são mais evidentes, principalmente, quando a decisão judicial incide no processo de formulação de programas e políticas sociais.

Alguns argumentam que esta intervenção jurisdicional não tem legitimidade e acaba interferindo no processo de decisão política, outros já entendem ser perfeitamente compatível o controle judicial das políticas públicas com a democracia, pois a intervenção do magistrado visa garantir o direito de participação da comunidade e a proteção das minorias.

Conforme explicitado anteriormente, o tipo de democracia adotado no presente trabalho é a constitucional fundamentalista, logo, partindo-se desta concepção de democracia, o Judiciário exerce papel muito importante na sociedade, na medida em que sua função precípua é assegurar que iniciativas legislativas e

atos governamentais dos demais Poderes não comprometam a garantia dos direitos fundamentais, pois, quando Legislativo e Executivo flagrantemente se omitirem no tocante ao processo de garantia do cumprimento adequado dos direitos fundamentais sociais, em violação evidente de seus deveres constitucionais, inevitavelmente será legítima a intervenção do Judiciário para elidir eventuais problemas oriundos da referida supressão estatal.

Por este prisma e diante de um Estado de Direito, sempre que um ato governamental violar o pleno desenvolvimento da democracia será justificável o controle jurisdicional do mesmo.

Porém, a atuação interventiva do Judiciário não é ilimitada ou irrestrita, existem limites que devem ser respeitados pelos juízes ao controlarem as políticas públicas, como por exemplo, as possibilidades materiais do Estado.

Ademais, o Judiciário não tem legitimidade para determinar e eleger respectivamente objetivos e meios de alcançá-los, da mesma forma que não deve alterar os fins já consolidados nas políticas, exceto para corrigir e cessar flagrantes ilegalidades.

Desta forma, doutrina e jurisprudência brasileiras apontam os seguintes fatores determinantes da limitação do controle jurisdicional das políticas públicas que devem guiar o magistrado quando da apreciação de matérias políticas envolvendo a concretização de direitos fundamentais, principalmente quanto aos sociais prestacionais:

a) Reserva de Consistência: em que o Judiciário só poderá intervir nas políticas públicas diante da existência real de ofensa e violação a direitos fundamentais⁵⁰, isso tanto nas já implementadas quanto nas que ainda não o foram (caso de omissão estatal).

Ressalte-se que, nem sempre é possível constatar violações a tais direitos, consistindo ainda essa reserva de consistência na verificação da eficiência da política, bem como na concretização das necessidades e bem-estar geral, formulados e assegurados constitucionalmente.

⁵⁰ Corroborando à elucidação do tema, frise a afirmação de Jorge Neto (2008, p. 147): “nesses casos, é necessária a verificação de uma ofensa específica aos direitos fundamentais, no âmbito das políticas públicas, para que o Judiciário possa controlá-las, modificando os objetivos traçados ou impondo novos objetivos aos agentes públicos responsáveis pela implementação e elaboração das políticas”.

Por outro lado, a reserva de consistência serve, ainda, como um requisito a ser observado pelos magistrados, implicando na obrigatoriedade de fundamentar suas decisões, explicando as razões que os levaram a interferir nas políticas públicas, pois é essa argumentação racional que legitimará sua atuação nessas questões que são essencialmente políticas.

Geralmente, a reserva de consistência refere-se ao controle de constitucionalidade dos atos normativos, está direcionado ao magistrado, que verificará a compatibilidade das políticas públicas formulada pelos demais Poderes com os objetivos traçados pela Constituição;

b) Mínimo Existencial: refere-se à proibição de ofensa à dignidade da pessoa humana, assinala Krell (1999, p. 247) que essa teoria tem como função “atribuir ao indivíduo um direito subjetivo contra o Poder Público em casos de diminuição das prestações dos serviços sociais básicos que garantem a sua existência digna”, portanto, não é exagero afirmar que a dignidade humana é inegociável, servindo, pois, de argumento para que o Judiciário possa intervir (quando acionado), com vistas à efetivação de direitos fundamentais.

Pode-se afirmar que o mínimo existencial está diretamente relacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana, o qual serve de argumento para que o cidadão possa exigir do Estado prestações de ordem sociais fundamentais, sempre que este comando supra legal estiver sendo vilipendiado, servindo ainda para conter o arbítrio e a omissão do Estado, pois, como assinala Barcellos (2002, p. 231) “a consagração constitucional da dignidade, e da mesma forma das condições materiais que compõem o seu conteúdo, teve e tem, sobretudo, o propósito de formar um limite à atuação, ou à omissão, dos poderes constituídos, em garantia das minorias e de todo e qualquer indivíduo”.

c) Reserva do Possível: é o argumento mais utilizado para os que são contrários à intervenção do Judiciário nas políticas públicas, Barcellos (2002, p. 236) a sintetiza da seguinte forma:

A expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas. No que importa ao estudo aqui empreendido, a reserva do possível significa que, para além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado – e em última análise da sociedade, já que é esta que o sustenta -, é importante lembrar que há um limite de possibilidade materiais para esses direitos.

Esse limite (ou argumento) da reserva do possível é analisado quando o magistrado estiver diante de um conflito entre direito fundamental individual e políticas estatais mantidas por recursos da coletividade.

Nesse caso, será verificado a partir de um caso concreto trazido à apreciação do Judiciário, o que é razoável exigir do Estado e se as políticas por ele implementadas são adequadas e capazes de implicar na consecução dos objetivos almejados pela sociedade.

Assim, a intervenção judicial deverá ser adequada, necessária e proporcional, bem como levar em consideração a dotação orçamentária necessária à materialização da política.

Pode-se inferir, que a reserva do possível significa conformar os direitos fundamentais ao orçamento público, pois o magistrado ao intervir nas políticas públicas terá que verificar a possibilidade material do Estado para cumprir sua decisão.

No que pese à comprovação dessa possibilidade material para a implementação do pedido formulado na exordial, que provocará o Judiciário a realizar o controle da política pública, caberá ao réu, ou seja, ao Estado o ônus de sua produção, conforme ponderações de Jorge Neto (2008, p. 150), o qual aduz que

[...] o ônus da prova acerca das possibilidades materiais de implementação do pedido constante da inicial ficará a cargo do réu, ou seja, da pessoa jurídica de direito público responsável pela implementação das políticas públicas. De modo mais preciso, é o réu quem deverá demonstrar a medida de suas possibilidades para a implementação de uma determinada política pública ou, até mesmo, sua absoluta impossibilidade material para tanto. O autor não tem condições de fazê-lo, até porque não conhece a fundo as limitações materiais, estruturais ou de qualquer outra ordem a que está sujeita o poder público.

Ademais, a temática reserva do possível possui acentuada complexidade, principalmente quando o Judiciário se depara com um caso de efetivação de um direito social.

Pois, como visto no capítulo anterior do presente trabalho, os direitos sociais prestacionais se inserem como categoria de direito subjetivo, logo, prontamente exigíveis e acionáveis, provocando por parte do Estado, a implementação de um conjunto de medidas positivas em favor dos cidadãos.

Porém, a execução dessas medidas decorrentes da exigibilidade desses direitos, implicará em despesas públicas orçamentárias, situação esta que não deve

passar despercebido pelo magistrado, quando provocado a decidir em demandas que exijam prestações dessa ordem por parte do Estado, devendo ainda ater-se ao critério da proporcionalidade, sua decisão deve ser sensata, para evitar danos ao erário e aos interesses gerais da coletividade⁵¹.

No entanto, é de se atentar para o fato de que a reserva do possível surgiu na Alemanha, país em que as questões de ordem social são bem diferentes das vivenciadas pela realidade brasileira, naquele país, os níveis de bem-estar social chegaram a um patamar que não dá pra comparar às experiências de países que tiveram uma regulação social tardia⁵², como é caso do Brasil.

Por isso, essa observação orçamentária suscitada pela reserva do possível deve ser mitigada quando aplicada à realidade daqui, cabendo ao magistrado utilizar-se de outros critérios e princípios constitucionais, para que não tome uma decisão injusta e que não cesse uma violação aos direitos humanos, os quais estão acima de qualquer positivação burocratizante.

A reserva do possível não deve ser utilizada de forma indiscriminada, para que a efetivação dos direitos fundamentais prestacionais não se transforme numa realidade cada vez mais distante.

d) Discricionariedade de Meios: limita a atuação do Poder Judiciário no que pertine à escolha dos meios adequados para a implementação das políticas públicas, ou seja, embora ele possa alterar ou adequar objetivos consignados nas políticas – com o fim de que os direitos fundamentais se efetivem e sejam respeitados – somente aos demais Poderes, principalmente ao Executivo, é cabível usufruir do poder discricionário de eleger e dizer os meios necessários à realização dos objetivos supracitados.

⁵¹ Sarlet (2009, p. 301) adverte que a reserva do possível tem uma tríplice dimensão que “abrange a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentária, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade”.

⁵² SPOSATI (2002, p. 02) caracteriza como de **regulação social tardia** “os países nos quais os direitos sociais foram legalmente reconhecidos no último quartel do século XX e cujo reconhecimento legal não significa que estejam sendo efetivados, isto é, podem continuar a ser direitos de papel que não passam nem pelas institucionalidades, nem pelos orçamentos públicos. Portanto, não cessa a luta dos movimentos pela inclusão de necessidades de maioria e de minorias na agenda pública. Embora estejam inscritos em lei, seu caráter difuso não os torna autoaplicáveis ou reclamáveis nos tribunais”.

Assim, quando o Judiciário for provocado com vistas a fazer cessar ofensa a algum direito de status fundamental, por exemplo, não deverá apontar quais os meios que o Executivo terá que utilizar para dar garantia ao direito ora perseguido, pois isso é atribuição que não lhe compete⁵³.

Advirta-se com Jorge Neto (2008, p. 155) que o Judiciário não tem uma “visão global sobre as políticas públicas e sobre os objetivos do governo, sobre o direcionamento do Estado, sobre a disponibilidade de recursos orçamentários, etc.”, sua ingerência nessa seara pode vir a causar transtornos até maiores, caso não seja observada a referida margem de discricionariedade.

Dentre as limitações acima aduzidas, ressalte-se que a reserva do possível tem sido constantemente suscitada para obstaculizar a efetivação de políticas públicas através da intervenção judicial, estando em constante tensão com o bem jurídico imbuído na ideia de mínimo existencial, cabendo ao magistrado ponderar e verificar qual desses argumentos deve prevalecer.

Entrementes, ao utilizar o argumento da reserva do possível, é salutar que o faça com fins a viabilizar a materialização da Constituição Federal de forma a garantir a incolumidade da dignidade humana e a promoção dos direitos fundamentais.

Ressalte-se que a efetivação dos direitos fundamentais é o objeto principal do estudo em tela e o que justifica a intervenção do Judiciário na seara das políticas públicas, porém, nem sempre a violação desses direitos autorizará o controle jurisdicional, sendo necessário que se faça prova dessa violação e que o magistrado verifique se há possibilidade de intervir, se sua decisão fará cessar o problema, devendo ainda ponderar o alcance de sua intervenção, ou seja, se não haverá reflexos negativos, que prejudiquem os interesses de toda a sociedade, ponderando se haverá mais ganhos ou perdas a partir de sua intervenção, haja vista que sua decisão terá repercussão financeira, que afetará diretamente no orçamento público, podendo prejudicar a execução de outros programas políticos.

Os argumentos ou limites ora apontados servem como parâmetros para auxiliar os juízes quando decidirem em sede de controle de políticas públicas.

⁵³ Segundo Jorge Neto (2008, p. 156) “constatada que uma determinada política pública ou a inexistência dela ofende os direitos fundamentais, o julgador não poderá impor a solução ao administrador público responsável pela implementação das medidas; deverá, ao contrário, impor a ele que apresente um plano de ação para sanar a ofensa e negociar com ele a solução mais adequada e a que menos prejuízos cause às demais políticas e programas em curso”.

São, portanto, balizas, padrões e não limites absolutos ao Judiciário, porém, o que interessa mesmo saber é o que tem ocorrido na prática, como o Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão tem decidido acerca dessas questões e verificar se a reserva do possível tem prevalecido até mesmo no tocante à efetivação do direito à saúde, à vida, bem como explicitar outros argumentos utilizados por essa corte judiciária.

CAPÍTULO III

3 A MATERIALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO MARANHÃO ATRAVÉS DO CONTROLE JURISDICIONAL: decisões do TJ/MA

3.1 A IMPORTÂNCIA DAS DECISÕES JUDICIAIS

As decisões do Poder Judiciário Estadual pouco têm sido objeto de pesquisas científicas ou mesmo analisadas com vistas a verificar seu comprometimento com a sociedade e com os ditames sociais da Constituição Federal de 1988, principalmente no tocante às ações judiciais movidas contra a Fazenda Pública Municipal e Estadual que visam dar materialidade aos direitos fundamentais sociais.

A falta de estudo nessa área tem sido motivada pela prevalente visão que exclui o Poder Judiciário de uma participação mais ativa, reduzindo-o ao órgão aplicador da lei, visão esta que ignora a função exegética, conformadora e integradora do Direito quando da aplicação das normas jurídicas, ignorando igualmente o fato de que um dos méritos atribuíveis às decisões consiste em seu poder de transformação e evolução dos direitos fundamentais, na medida em que esse Poder vem servindo frequentemente de arena de conflitos sociais.

No enfoque da participação do Judiciário nas políticas públicas, costuma-se enfrentar divergências e limites de ordem econômica, social e política, à medida que a decisão judicial referente a essa temática irá se sobrepor a uma decisão do Executivo ou do Legislativo, podendo ter reflexos no orçamento público, ou mesmo deflagrar um aparente conflito político, face à ofensa aos ditames da teoria da separação dos poderes, podendo ainda tais decisões revelarem o compromisso ou a omissão dos Poderes com o mínimo existencial e com a valorização do indivíduo enquanto ser humano, todos esses aspectos estão claramente expostos nas decisões judiciais, não sendo relegado apenas ao campo teórico e doutrinário.

A solução para esses impasses que surgem quando o Judiciário vai apreciar decisões dessa natureza poderia vir da adoção de critérios objetivos, seguindo a trilha traçada por Dworkin no tocante aos princípios e diretrizes que podem guiar os magistrados, quando da análise de um caso concreto, ou seja, ao proferir uma

decisão, espera-se que o juiz se oriente, não pelas suas convicções pessoais, posto que não goza de discricionariedade, da mesma forma que se espera que ele não se atenha apenas à literalidade da norma positivada, mas também que se valha dos princípios e diretrizes de ordem moral para dar solução ao caso concreto. Assim procedendo, não estará o juiz agindo como legislador, pois sua decisão não criará a política pública, apenas exprimirá a vontade da lei perante o Estado⁵⁴.

Não custa lembrar que os direitos sociais, e mais ainda, o direito à saúde, são direitos que se efetivam mediante atuação estatal. E quando o Estado, através dos Poderes Executivo e Legislativo, não contribui para a promoção desses direitos, o Judiciário não pode ter uma postura defensiva, deixando de apreciar o mérito ou indeferindo o pleito diante de questões como o princípio da separação dos poderes ou a reserva do possível, que, quando evocados, acabam chancelando a inércia e a falta de comprometimento com a Constituição.

Portanto, a atuação do Judiciário na seara das políticas públicas, diante da adoção de uma postura mais ativa na efetivação dos direitos fundamentais sociais, principalmente no que pese ao direito à saúde, afigura-se legítima, porque muito embora seus membros não tenham sido diretamente escolhidos pela população, possuem legitimação constitucional para proferir decisões, amparados pela adoção do devido processo legal, inafastabilidade da jurisdição e aplicação do interesse social, seguindo as deliberações legais emanadas dos cidadãos.

O papel do Judiciário é fundamental para a retração de interpretações legislativas prejudiciais aos direitos sociais. São exatamente as decisões judiciais que farão a conformação entre as normas, analisando-as no âmbito dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, enaltecendo o direito à vida em face dos obstáculos materiais, orçamentários e políticos, daí a importância das jurisprudências.

Vale lembrar que o que enseja a interpretação dos textos normativos não são apenas suas ambigüidades ou lacunas, haja vista que, nesse momento da aplicação do direito, cabe ao intérprete desnudá-las, pois o papel da jurisprudência não seria apenas o de declarar o conteúdo da norma, mas o de buscar sua essência.

⁵⁴ Registre-se com Arruda (2008, p. 77 e ss) que o termo **vontade da lei perante o Estado**, pode suscitar diversas posturas adotadas por ele, dentre as quais a forma como se posiciona no tocante à materialização dos direitos sociais, direitos estes que exigem uma atuação positiva e coercitiva por parte do Estado buscando evitar que esses direitos não sejam cumpridos, bem como uma conduta ativa, que repercute em melhorias para a qualidade de vida das pessoas, através da tutela desses direitos.

Logo, o ato de interpretação inicia-se pela compreensão dos textos e dos fatos, passando pela ponderação das normas para a solução da demanda e conclui-se em uma decisão, a qual solucionará a demanda trazida ao Judiciário, e conseqüentemente resultará na materialização do direito.

3.2 O CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO: estudos de casos

Na presente pesquisa, decidiu-se por selecionar as decisões, tendo como amostra o direito à saúde, pois a demanda nessa seara é significativamente maior e pelo fato de que tal direito, dentre os de cunho prestacional elencados pela Constituição Federal de 1988, está intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, dessa forma, ao buscar evidenciar as decisões dessa corte judiciária verificar-se-á seu comprometimento com a própria natureza humana, sendo, pois, de grande relevância.

Dentro dessa temática, busca-se evidenciar os argumentos utilizados pelos desembargadores, ao analisar os casos concretos, no tocante ao efeito multiplicador das decisões judiciais, reserva do possível, teoria da separação dos poderes e dignidade da pessoa humana, verificando qual destes argumentos têm prevalecido e se a Corte Judiciária maranhense demonstra comprometimento com a Constituição Federal de 1988, se tem interpretado o direito à saúde como um direito subjetivo ou se suas decisões revelam que o mesmo tem se figurado como um Tribunal defensivo, conforme se passará a aduzir.

Ressalte-se, que o enfoque nas decisões do Tribunal e não dos juízos de primeiro grau de jurisdição, justifica-se à medida que existem alcances diferentes em cada uma delas. A decisão do 1º grau, dada por um juiz substituto ou titular, tem caráter específico para aquele caso concreto, não sendo capaz de formar uma uniformização de julgamentos, além de estar sujeita a reforma, através do consagrado duplo grau de jurisdição.

Há que se notar que, o direito de recorrer para instância superior no Judiciário é uma resposta jurídica à característica humana da falibilidade, amenizando possíveis insatisfações da parte sucumbente, exigindo um novo pronunciamento jurisdicional que possa manter ou alterar a decisão inicial, além do mais, as políticas

públicas são formuladas e implementadas pelo Estado, o que implica dizer que as jurisprudências ora analisadas advieram de ações contra a Fazenda Pública, geralmente a municipal e a estadual, face à descentralização na execução dessas políticas.

No tocante às políticas de saúde, ressalte-se o que preceitua a Constituição Federal de 1988:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

- I – descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
- II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- III – participação da comunidade.

Por sua vez, a Lei nº 8.080/90, estabelece no seu

Art. 7º. As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

(...)

IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo:

- a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios;
- b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde;

Vale lembrar que os três entes federativos – União, Estados e Municípios – possuem competência comum para regulamentar acerca do direito fundamental à saúde, cabendo a cada um deles, de forma descentralizada, estabelecer diretrizes e metas para que a população possa usufruir de um serviço que satisfaçam suas necessidades.

Logo, as ações são ajuizadas geralmente contra Estados e Municípios, porque, em se tratando de investimento em saúde, a União repassa as verbas para os referidos entes, os quais efetivam a aplicação desses recursos segundo as necessidades e as previsões orçamentárias. Daí o porquê do ajuizamento de ações contra os mesmos e não contra a União, pois raramente se discute o processo de repasse das verbas federais nas ações judiciais, mas sim, sua concreta aplicação na saúde da população, sendo competente a Justiça Estadual para processar e julgar os feitos dessa ordem.

No entanto, embora as jurisprudências predominantes tenham sido as relacionadas diretamente à efetivação do direito à saúde, preconizado no art. 6º da CF/88, como visto no capítulo primeiro desta dissertação, por vezes se fez necessária a utilização de jurisprudências relacionadas ao controle jurisdicional na fase de formulação de políticas, bem como as referentes às questões políticas, em que o princípio da separação dos poderes, a omissão do Estado diante de questões de competência do Legislativo e Executivo, bem como a discricionariedade desses entes são retratados em algumas decisões, mas não trazem o direito à saúde como pedido principal, porém, não poderiam ser relegadas na presente exposição, pois contribuem para a realização dos objetivos anteriormente traçados.

Foram encontradas 79 (setenta e nove) jurisprudências do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, das quais o direito à saúde e a dignidade humana estava presentes direta ou indiretamente.

Dessas decisões de segundo grau, 65 (sessenta e cinco) foram favoráveis aos referidos bens jurídicos, em que a dignidade humana, o direito à vida, à saúde foram predominantemente tutelados pela corte judiciária maranhense, sendo que as demais jurisprudências, no total de 14 (quatorze), de alguma forma não os tutelaram, tendo prevalecido, nesses casos, argumentos orçamentários e políticos, ou seja, prevaleceu a reserva do possível e a não ingerência do judiciário nas políticas públicas por afronta ao princípio da separação dos poderes.

Notou-se que a maioria das decisões são repetitivas, porém, vale destacar algumas, pelo conteúdo, direito tutelado e argumentos pelos quais se fundamentaram os desembargadores e que trazem relação direta com a matéria objeto dessa dissertação, servindo para publicizar os fundamentos racionais utilizados pelo TJ/MA, dentre as quais se passa a analisar.

3.2.1 O controle jurisdicional das políticas públicas

Das jurisprudências encontradas em relação ao controle de políticas públicas, em que o Judiciário é provocado com vistas a materializar direitos fundamentais de cunho prestacional consagrados na CF/88 ou mesmo diante de omissões que agridam esses direitos, diante de políticas mal implementadas, analisar-se-ão

algumas decisões de segundo grau, que, direta ou indiretamente tem relação com o direito à saúde e a dignidade humana.

Antes de adentrarmos nas decisões do Tribunal de Justiça do Maranhão, torna-se salutar colacionar algumas jurisprudências emanadas do Supremo Tribunal Federal, bem como do Superior Tribunal de Justiça, posto que suas decisões influenciam nos fundamentos e justificativas racionais dos tribunais estaduais.

A primeira decisão a ser analisada, é a ADPF nº 45, julgada pelo STF, a qual se passa a analisar.

EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). (STF. ADPF Nº 045/DF, Rel. Ministro Celso de Mello. DJ 04/05/2004, P- 00012, Julgamento em 29/04/2004).

A Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45⁵⁵, apesar de não julgar pedido de um medicamento ou tratamento médico, como ocorre na maioria das jurisprudências objeto da presente pesquisa, revela-se de suma importância para se analisar a efetivação do direito à saúde, abordando questões atinentes ao controle de políticas públicas, como a reserva do possível e o mínimo existencial, explicitando como o Supremo Tribunal Federal enfrentou a temática, os

⁵⁵ Conforme resumiu Wang (2006, 11) “a ADPF 45, com pedido de liminar, foi impetrada pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) contra veto do presidente da República ao parágrafo 2º do artigo nº 55 da Lei de Diretrizes Orçamentárias (Lei 10.707/03). Este dispositivo considera como ações e serviços públicos de saúde ‘a totalidade das dotações do ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do ministério financiado com recursos do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza’. O partido alega que o veto presidencial diminuiu a quantidade de recursos que serão efetivamente aplicados em ‘ações e serviços públicos de saúde’, contrariando a Emenda Constitucional nº 29, que estabelece no artigo 198 da Constituição Federal, §2º, que os entes da federação devem vincular determinado percentual, a ser estabelecido em lei complementar para aplicar em ações e serviços públicos de saúde”.

fundamentos dessa decisão forma renovados em outros julgamentos não só realizados pelo STF como em vários Tribunais de Justiça.

Celso Mello, já inicia afirmando que as fases de formulação e implementação de políticas públicas não estão, ordinariamente, no âmbito da “função institucional do Poder Judiciário”, porém, quando se estiver diante de uma omissão por parte dos órgãos políticos competentes e esta conseqüentemente comprometer a eficácia e a integralidade dos direitos fundamentais⁵⁶, excepcionalmente o Judiciário será chamado a intervir, como se ver adiante:

Não obstante a formulação e execução de políticas públicas dependem de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais [...], justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado (STF. ADPF nº 45 MC/DF, Rel. Min. Celso Mello, DJU de 4.5.2004).

No tocante aos direitos fundamentais de segunda dimensão, o relator afirma que eles são caracterizados pela gradualidade de seu processo de concretização, dependendo tais direitos “de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado”. Afirma, ainda, que “a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar”, afirmando ainda que se o Estado comprovar objetivamente sua incapacidade econômico-financeira, dele não se poderá razoavelmente exigir a imediata efetivação do comando fundado na CF/88, face à referida limitação material.

No entanto, ainda acerca da reserva do possível, Mello explicita que

[...] a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada pelo Estado, com a

⁵⁶ “[...] Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão — por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário — mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à ‘reserva do possível’”. (STF. RE 436.996-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 22-11-05, DJ de 3-2-06).

finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. [...] não se mostrará lícito ao Poder Público, mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa, criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência (STF. ADPF nº 45 MC/DF, Rel. Min. Celso Mello, DJU de 4.5.2004).

No tocante ainda ao argumento da reserva do possível o relator aduz que o mesmo comina limitações à concretização dos direitos sociais, por sê-los onerosos quando de sua implementação, por isso afirma que tais direitos podem ser explanados no binômio: “(1) razoabilidade da pretensão em face do poder público e (2) existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetiva as prestações positivas dele reclamadas”. Binômios estes que devem estar juntos para que um direito possa ser exigido do Estado.

No entanto, pelo fato da ADPF nº 45 ser um controle abstrato de preceito fundamental, ela não conseguiu traçar critérios mais claros para servir de parâmetros à administração, aos juízes e aos próprios cidadãos. Ainda é preciso que a jurisprudência do STF defina o que é um pedido razoável e o que se entende por disponibilidade financeira.

Nessa decisão, fora analisada ainda outra vertente argumentativa dos direitos sociais, que deve também ser levada a sério, pois, conforme se manifestou o relator a “reserva do possível” não pode servir de justificativa para a inércia estatal irrazoável que comprometa “as condições mínimas necessárias a uma existência digna e essencial à própria sobrevivência do indivíduo”. Quando isto ocorrer, será, então, o caso de intervenção do Poder Judiciário, trata-se, pois do “mínimo existencial” que deve ser observado.

A respeito dessa teoria, o ministro do STF Celso de Mello afirmou que

a meta central das Constituições modernas, e a Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir (STF. ADPF Nº 045/DF, DJ 04/05/2004, P- 00012, Julgamento em 29/04/2004).

A ADPF 45/DF traz algumas considerações importantes e inovadoras em relação às outras decisões do STF, pois considera a questão da limitação de recursos e traz entendimento de que o direito à saúde não é absoluto. No entanto, como lembra Wang (2006, 13)

[...] apenas quando mais decisões forem julgadas levando em consideração a limitação de recursos e os custos dos direitos é que se poderá dizer que há uma mudança na concepção do STF a respeito do tema. Afinal, falar em reserva do possível, limitação de recursos e custos do direito à saúde, ao se julgar um veto presidencial (ADPF 45) não tem o mesmo grau de dificuldade de um julgamento que envolve imediatamente a vida e a saúde de seres humanos.

Cumprе ressaltar ainda que os fundamentos utilizados na ADPF nº 45 foram renovados em outras decisões proferidas pelo STF, como ocorreu no julgamento do Recurso Extraordinário Nº 410.715/SP, também de relatoria do Ministro Celso de Mello, que traz a seguinte ementa

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases

excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível". (STF. RE 410715 AgR / SP - são paulo. Ag.reg.no recurso extraordinário. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 22/11/2005).

Embora se tenha colacionado poucas decisões do STF, pode-se afirmar que elas até hoje servem de fundamento para decisões em sede de controle judicial de políticas públicas, ademais, nessa mesma linha tem seguido também o Superior Tribunal de Justiça, como se observa das jurisprudências que seguem, *in verbis*:

ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS – POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS – DIREITO À SAÚDE – FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTOS A HOSPITAL UNIVERSITÁRIO – MANIFESTA NECESSIDADE – OBRIGAÇÃO DO ESTADO – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – NÃO-OPONIBILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL. 1. Não comporta conhecimento a discussão a respeito da legitimidade do Ministério Público para figurar no pólo ativo da presente ação civil pública, em vista de que o Tribunal de origem decidiu a questão unicamente sob o prisma constitucional. 2. Não há como conhecer de recurso especial fundado em dissídio jurisprudencial ante a não-realização do devido cotejo analítico. 3. A partir da consolidação constitucional dos direitos sociais, a função estatal foi profundamente modificada, deixando de ser eminentemente legisladora em pró das liberdades públicas, para se tornar mais ativa com a missão de transformar a realidade social. Em decorrência, não só a administração pública recebeu a incumbência de criar e implementar políticas públicas necessárias à satisfação dos fins constitucionalmente delineados, como também, o Poder Judiciário teve sua margem de atuação ampliada, como forma de fiscalizar e velar pelo fiel cumprimento dos objetivos constitucionais. 4. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. Com efeito, a correta interpretação do referido princípio, 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. 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 encontra o Poder Judiciário a corrigir tal distorção restaurando a ordem jurídica violada. 5. O indivíduo não pode exigir do estado prestações supérfluas, pois isto escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica. Por outro lado, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem motivos, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado Democrático de Direito. Por este motivo, o princípio da reserva do possível não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial. 6. 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 dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário. Recurso especial parcialmente conhecido e improvido. (STJ. REsp 1041197/ MS. 2008/ Rel. Ministro Humberto Martins. Órgão Julgador: 2ª Turma. Julgamento em 25/08/2009. Publicado no DJE em 16/09/09).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC –INEXISTÊNCIA. – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – ART. 461, § 5º, DO CPC – BLOQUEIO DE VALORES PARA ASSEGURAR O CUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL – POSSIBILIDADE. 1. Inexiste omissão capaz de ensejar a ofensa ao art. 535 do CPC se o Tribunal de origem examina, ainda que implicitamente, a questão dita omissa. 2. É vedada a esta Corte, em sede de recurso especial, analisar suposta violação a dispositivos constitucionais. 3. Inexistência de similitude fática entre os arestos confrontados no recurso especial, sendo inviável o conhecimento do recurso pela alínea "c" do permissivo constitucional. 4. Tem prevalecido no STJ o entendimento de que é possível, com amparo no art. 461, § 5º, do CPC, o bloqueio de verbas públicas para garantir o fornecimento de medicamentos pelo Estado. 5. Embora venha o STF adotando a "Teoria da Reserva do Possível" em algumas hipóteses, em matéria de preservação dos direitos à vida e à saúde, aquela Corte não aplica tal entendimento, por considerar que ambos são bens máximos e impossíveis de ter sua proteção postergada. 6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido. (STJ. REsp 784241 / RS. 2005/0160324-8. Rel.Ministra Eliana Calmon. Órgão Julgador: 2ª Turma. Julgamento em 08/04/2008. Publicado no DJE em 23/04/2008).

A primeira decisão do TJ/MA a ser explicitada fora prolatada em 2005, traz a seguinte ementa:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PRELIMINAR DE NULIDADE DE SENTENÇA – REJEITADA - MATADOURO PÚBLICO – PERIGO À SAÚDE DA POPULAÇÃO - REFORMA – APELO IMPROVIDO. I - O matadouro não é um prédio que demanda maiores dispêndios para sua construção e manutenção, pode se dizer que é facilmente construído e administrado, tendo o apelado apenas a obrigação de efetivar reforma adequando ao seu orçamento. II - Restaram devidamente comprovadas as irregularidades, oriundas de manifesta omissão da autoridade administrativa municipal, não havendo, portanto, como negar que a saúde pública e o meio ambiente da Municipalidade estão agressivamente expostos, notadamente quanto a possibilidade de disseminar e favorecer doenças, o que releva a necessidade de realização de reforma III – Apelo improvido. Sessão do dia 05 de Julho de 2005, APELAÇÃO CÍVEL N.º 009801/2005 (TJ/MA. ACÓRDÃO N.º : 55.609/2005 Relatora: Desa. Nelma Celeste Souza Silva Sarney Costa; Revisor: Des. Raimundo Freire Cutrim)

Trata-se de Apelação Cível interposta pelo Município de Vitorino Freire - MA em face de decisão prolatada pelo juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Vitorino Freire que, na Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual, julgou

procedente o pedido do autor, condenando a municipalidade a proceder a reforma/ampliação do matadouro público da cidade.

O apelante alegou nulidade da sentença, dizendo que a mesma não atentou para as exigências contidas na Lei de Responsabilidade Fiscal, ao determinar o início de uma obra sem previsão orçamentária.

Em contra-razões, o apelado também se mostrou inconformado, ressaltando que a decisão monocrática não fixou o valor para a reforma do matadouro público, também não fixou multa em caso de descumprimento, destacou ainda que a apelação tinha caráter eminentemente protelatório, e que buscava afastar o efetivo cumprimento da decisão atacada, concluindo que a sentença não cogitou descumprir as determinações da Lei de Responsabilidade Fiscal, mas simplesmente de adequar o orçamento público a uma reforma urgente e indispensável à população.

Instada a se manifestar, a Procuradoria Geral de Justiça, em parecer opinou pelo improvimento do apelo por entender que a Lei de Responsabilidade Fiscal não pode servir de fundamento para que o Chefe do Executivo se furte de cumprir com obrigação imposta.

Ao analisar os fatos suscitados, a relatora rejeitou a preliminar levantada e concluiu que não houve vício na sentença capaz de gerar sua nulidade, “posto que, conforme ressaltou o apelado, a sentença não fixou o valor da reforma do matadouro, nem estabeleceu multa em razão de seu descumprimento”. Da mesma forma, afirmou que, “o matadouro não é um prédio que demanda maiores dispêndios para sua construção e manutenção”, que não há dificuldades para ser construído e administrado, “tendo o apelado apenas a obrigação de efetivar reforma adequando ao seu orçamento”.

Manteve a decisão de mérito conforme assinalado pelo juízo de primeiro grau, entendendo que “compete ao Município zelar pela saúde pública dos cidadãos, inclusive velar pelo manuseio adequado e higiênico de carnes e vísceras e, por consequência inibir a agressão ao meio ambiente”. Fundamentando-se ainda no direito constitucional à saúde, “exatamente quanto a essa preocupação que a Carta Magna atribuiu ao município zelar pela saúde *ex vi* do art. 23, II, determinando sê-la direito de todos com a garantia assegurada de riscos e de outros agravos (art. 196)”.

Nessa decisão de segundo grau, observa-se que o TJ/MA, diante de uma omissão da autoridade administrativa municipal, interferiu em assunto que cabe ao

Executivo implementar, porém, não houve choque entre os poderes nem foi uma decisão política, pois não disse como o ente municipal teria que cumprir a determinação judicial, porém, os meios para implementar a obra e sanar as irregularidades que estavam afrontando a saúde pública e o meio ambiente da Municipalidade caberia ao referido ente.

Outras decisões que se mostram importante para a verificação da postura do TJ/MA, também proferida em 2005 em sede de agravo de instrumento e em 2007 no julgamento da apelação cível, referem-se a um caso típico de controle judicial da formulação da política, em que o Judiciário, após ajuizamento de ação civil pública, analisa vários dos temas tratados no capítulo anterior desta dissertação, tais como, omissão do poder público, discricionariedade administrativa, interesse público e direito à saúde. Veja-se:

EMENTA: Administrativo e processual civil. Agravo de instrumento. Ação civil pública. Danos à saúde dos usuários do Sistema Único de Saúde (SUS). Antecipação dos efeitos da tutela. Fazenda Pública. Cabimento. Aplicação de multa. Vedações. Intervenção do Poder Judiciário no controle da legalidade na esfera da discricionariedade da Administração. Usurpação de poder ou de função pública. Cabível é a antecipação dos efeitos da tutela pretendida contra a Fazenda Pública, desde que presentes os pressupostos da plausibilidade do direito afirmado e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, notadamente em situações especiais e relevantes como a dos presentes autos, que não se enquadram em nenhuma das hipóteses de vedação legal prescritas como reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou concessão de aumento ou extensão de vantagens, mas visam a efetivação de política pública de atendimento mínimo aos usuários do Serviço Único de Saúde - SUS. A aplicação de multa contra a Fazenda Pública se mostra não só possível, mas, sobretudo necessária, para o caso de descumprimento de decisão judicial, como forma de concretização dos provimentos judiciais, devendo os agentes públicos responsáveis que, sem justo motivo, deixarem de cumprir ditas ordens, responder perante os órgãos de controle da administração. A atuação do Poder Judiciário no controle da legalidade na esfera da discricionariedade administrativa encontra amparo no princípio da inafastabilidade da jurisdição, não configurando, portanto, hipótese de usurpação de poder ou das funções do administrador. Agravo de instrumento conhecido e parcialmente provido. (TJ/MA. AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 031330/2004. ACÓRDÃO N.º 56.933/2005; Relator: Desembargador Jamil de Miranda Gedeon Neto).

Trata-se de mais um caso de controle judicial da formulação de política pública de saúde, em que o Município de São Luís foi sucumbente no primeiro grau de jurisdição e interpôs recurso de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo, da decisão interlocutória do Juiz de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, proferida nos autos da ação civil pública nº.

002504/04, promovida pelo Ministério Público Estadual ora agravado, pela qual foi deferida a antecipação dos efeitos da tutela pleiteada.

A Fazenda Pública Municipal fora condenada ainda, na primeira instância, a comprar vagas em leitos de Unidade de Terapia Intensiva (UTI), em unidades destinadas à rede privada, até que fossem ampliadas vagas em leitos com a cobertura pelo Sistema Único de Saúde, garantindo, assim, os serviços de ações relativas ao SUS nesta Capital. Para isso, o juízo assinalou o prazo de 20 dias e fixou multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a serem depositados em favor do fundo de Defesa dos Direitos Difusos (art. 12 da Lei 7.347/85).

Da mesma forma, o Município teria que informar ao Judiciário, no prazo de 30 dias, o déficit existente de leitos de Unidade de Terapia Intensiva (UTI) em seus hospitais e nos credenciados junto ao SUS; devendo ainda dar início às ações tendentes à instalação e funcionamento de novos leitos de Unidade de Terapia Intensiva, atendendo aos parâmetros do Ministério de Saúde, no prazo de 06 (seis) meses, tendo sido arbitrada multa em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a ser contado quando decorrido aquele prazo.

O agravante na minuta do agravo de instrumento, dentre outros argumentos, alegou que a liminar concedida pelo Juiz *a quo* esgotou o objeto da demanda, e que poderia produzir grave lesão à **ordem** e à **economia públicas**. Sustentando, ainda, a inexistência do requisito da probabilidade do direito afirmado na ação, segundo ele, facilmente constatável por um simples cálculo aritmético, baseado na metodologia aplicada pelo próprio agravado para indicar o déficit de leitos de UTI.

Argumentou que as leis nº 9.494/97, em seu art. 1º, e 8.437/92, em seu art. 1º, § 3º, vedam a antecipação dos efeitos da tutela contra a Fazenda Pública que esgote no todo ou em parte o objeto da demanda, bem como que a decisão agravada invadiu o campo da **discricionariedade administrativa**, ao determinar **como, onde e quando** os recursos financeiros deveriam ser aplicados, incorrendo, pois, em **usurpação de poder**, citando precedente jurisprudencial do STJ sobre a matéria.

Questionou ainda acerca da imposição de multas à Fazenda Pública, afirmando que o ônus seria suportado por toda a sociedade e que as mesmas não atuariam como instrumento de pressão psicológica, sendo, por isso, inaptas a atuar como mecanismo de coerção tendente a levar ao cumprimento da obrigação determinada.

Ao proferir seu voto, o relator afirmou que a vedação de antecipação dos efeitos da tutela contida na Lei 9.494/97 não se aplica à decisão agravada, visto não se enquadrar, o caso dos autos, em nenhuma das hipóteses prescritas na norma em alusão, como reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou concessão de aumento ou extensão de vantagens.

Da mesma forma, ele argumentou que embora o § 3º, do artigo 1º da Lei 8.437/92 diz que “não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação”, entende que é possível que a decisão agravada tenha, eventualmente, esgotado o objeto da ação, no entanto, não prevalece a vedação do § 3º, do artigo 1º da Lei 8.437/92, “diante da relevância do direito posto em Juízo, como é o caso do **direito à saúde**, assegurado constitucionalmente a toda a população, e que, **ao lado do direito à vida, se sobrepõe a qualquer outro**” (GEDEON NETO, 2004, p. 07, grifo nosso).

No tocante às multas impostas ao ente público, com a finalidade de compeli-lo ao cumprimento da determinação judicial, afirmou que nada impede que sejam cominadas contra pessoas jurídicas de direito público⁵⁷. Assim, deu-se por convencido de que a aplicação de multa contra a Fazenda Pública se mostrou possível e necessária para o caso de descumprimento de decisão judicial, como forma de concretização dos provimentos judiciais, devendo os agentes públicos responsáveis que, sem justo motivo, deixarem de cumprir ditas ordens, responder perante os órgãos de controle da administração.

⁵⁷ Para justificar seu posicionamento, o relator valeu-se da doutrina, afirmando que “a separação dos poderes não serve de argumento em sentido contrário. [...] Tampouco os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público justificam subtrair os entes públicos de regime mais eficiente de concretização dos provimentos jurisdicionais. Aliás, a ideal observância dos princípios norteadores da função pública tornaria a multa até desnecessária. Como afirma ALESSI, o interesse de que o agente público deve buscar a satisfação não é simplesmente o interesse da Administração como sujeito jurídico em si mesmo (‘interesse secundário’), mas, sim, o ‘interesse coletivo primário’, formado pelo complexo de interesses prevalecentes na coletividade. Nesse passo, cumprir os provimentos judiciais é atender ao interesse público. Esgotadas as possibilidades processuais de supressão ou suspensão do comando judicial, a Fazenda Pública deveria (deve!) sempre cumpri-lo, por assim estar atendendo o ‘interesse público primário’ (o único interesse público) - e não por se sentir pressionada por medidas jurisdicionais de coerção. Como, no entanto, a realidade administrativa está longe daquele parâmetro ideal, os meios processuais de coerção, inclusive a multa, revelam-se de extrema utilidade. [...] Não se descarta a possibilidade de o agente público, insistindo no descumprimento da ordem, por negligência ou má-fé, acarretar pesados encargos aos cofres públicos, derivados da incidência da multa. Entretanto, esse aspecto patológico não serve de argumento para eximir os entes estatais do regime da coerção processual patrimonial. Condutas daquela ordem devem ser combatidas através dos instrumentos de controle da Administração Pública (auditoria interna; tribunal de contas; medidas judiciais, como a ação popular e a ação civil pública, etc.). Verificada a atuação dolosa ou culposa do agente, cumpre responsabilizá-lo civil, penal e administrativamente - cabendo-lhe ressarcir o erário” (TALAMINI apud GEDEON NETO, 2004, p 8).

Ao final, afirmou que a legalidade da discricionariedade do administrador não está imune à apreciação do Poder Judiciário, logo, a decisão agravada não afetou o campo de discricionariedade da Administração, como também não houve usurpação de poder por parte do juízo, face ao princípio da inafastabilidade da jurisdição. Desta forma, votou pelo conhecimento e provimento parcial do vertente recurso de agravo de instrumento, reformando a decisão agravada, tão-somente para reduzir as multas diárias a serem aplicadas de forma solidária aos entes públicos demandados, fixando-as, em valor equivalente a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), mantendo-se os seus demais termos.

Ainda no tocante ao mesmo processo, Município e Estado foram condenados através da sentença de mérito, os quais impetraram o recurso de apelação, que fora julgado pelo TJ/MA em 2007, decisão que se passa a descrever, com o fim de explicitar os argumentos justificadores da decisão judicial:

CONSTITUCIONAL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DISPONIBILIZAÇÃO E AMPLIAÇÃO DO NÚMERO DE LEITOS DE UTI AOS USUÁRIOS DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). ESTADO E MUNICÍPIO. INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO. DIREITO FUNDAMENTAL. MATERIALIZAÇÃO. PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA E COMPETÊNCIA. Não foge à esfera de competência da Justiça Estadual ação proposta para adequar o número de leitos de Unidade de Terapia Intensiva às orientações do Ministério da Saúde, vez que o Sistema Único de Saúde possui atuação descentralizada em cada esfera de governo, sendo de incumbência do Estado e do Município a concretização das metas estabelecidas para a saúde de sua população, não havendo que se falar em necessidade ou legitimidade da União Federal para intervir no feito, mormente quando não se discute no processo o repasse de verbas federais do SUS, mas sim, a sua correta e concreta aplicação na saúde da população. A atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas voltadas à implementação do direito à saúde de forma satisfatória à população não configura hipótese de usurpação de poder ou função pública, tendo em vista que a materialização de um direito fundamental não se encontra no âmbito de discricionariedade administrativa, mas sim de obediência à força vinculante de que é dotada a Constituição. Aplicação do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CF). Recursos conhecidos e parcialmente providos. (TJ/MA. ACÓRDÃO Nº. 66.090/2007. APELAÇÃO CÍVEL Nº 041362/2005 – SÃO LUÍS. Sessão do dia 03 de maio de 2007. Relator: Desembargador Jamil de Miranda Gedeon Neto).

Vistos, relatados e discutidos os autos, acordaram os Desembargadores integrantes da Primeira Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, por unanimidade e de acordo em parte com o parecer da Procuradoria de Justiça, em conhecer dos recursos de apelação, dando-lhes parcial provimento,

apenas no tocante à multa diária, reduzindo-a para R\$ 1.000,00 (mil reais), dividido entre Estado e Município, nos termos do voto do Relator, que se passa a expor.

Não se pretende aqui, fazer um resumo de tudo o que fora alegado pelas partes, pois ficaria demasiadamente repetitivo, dispensa-se, nesse momento, o relatório⁵⁸, deixando para apreciação apenas um fator que se configura como diferencial em comparação aos demais argumentos levantados no recurso de agravo de instrumento, refere-se à questão técnica utilizada pelo Judiciário para verificar a necessidade de leitos no Município de São Luis - questão suscitada pelos sucumbentes (Estado do Maranhão e Município de São Luis).

Viu-se no capítulo precedente que um dos argumentos utilizados pela doutrina e por profissionais da área jurídica, visando impedir o controle judicial das políticas públicas na fase de formulação, reside no fato de que o Judiciário não dispõe de aparato técnico para verificar e avaliar as necessidades da população que devam entrar na agenda pública e em seguida serem implementadas. Nessa decisão, verifica-se como o Judiciário se porta diante de questões de ordem técnica.

Desta feita, os apelantes (Fazenda Pública Municipal e Estadual) alegaram que a sentença invadiu seara que pertence, exclusivamente, ao Poder Executivo, causando uma verdadeira ferida ao princípio da harmonia entre os Poderes da República. E que a aplicação de verbas públicas para aumento de leitos de unidade de terapia intensiva, providência que, nos termos do *art. 198, III, CF, c/c art. 77, III do ADCT*, se insere no poder discricionário dos entes políticos e *deve alcançar, no*

⁵⁸ Ressalte-se que a decisão de mérito exarada pelo juízo de primeiro grau nos autos da **ação civil pública cominatória de obrigação de fazer por danos causados à saúde dos usuários do sistema único de saúde (SUS)**, condenou o Estado do Maranhão e o Município de São Luis, ao seguinte: I – A comprarem, sempre que necessário vagas em leitos da Unidade de Terapia Intensiva (UTI) destinadas para atendimento privado, ainda que tais vagas estejam ofertadas em hospitais particulares não conveniados ou contratados, até que haja vagas em leitos com coberturas pelo Sistema Único de Saúde, garantindo assim, os serviços e ações relativas ao SUS nesta Capital; II – Cominou ainda aos apelantes multa diária equivalente a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), para o caso de descumprimento da obrigação no prazo fixado, revertendo esses valores cobrados, sob esse título, ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (art. 13 da Lei nº 7.347/85); III – Que apontem no prazo de 30 (trinta dias), com base em parâmetro técnico, o déficit atualmente existente de leitos de Unidade de Terapia Intensiva (UTI) em seus hospitais e nos credenciados perante o SUS para o atendimento, com margem de razoável segurança à demanda de usuários em iminente risco de morte na cidade de São Luis - MA; IV - Que através de seus Órgãos de Gestão e execução, no âmbito de suas competências, o Estado do Maranhão e o Município de São Luis iniciem, no prazo de 90 (noventa) dias, as ações tendentes à instalação e ao funcionamento de novos leitos de Unidade de Terapia Intensiva (UTI), suficientes para suprir a demanda, na proporção já assinalada no item 30 da exordial, com variação de 4% a 10% do total de leitos hospitalares, mínimo de 144 (cento e quarenta e quatro) leitos de UTI e ideal de 360 (trezentos e sessenta) leitos de UTI; V – Acolheu o pedido do Parquet, aduzindo que após o trânsito em julgado e sem o cumprimento desta decisão, fixou a multa diária em R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) mensalmente, divididos entre Município e o Estado de onde os valores deverão ser depositados em favor do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos.

mínimo, 15% porém, sob a forma e o local que o Poder Executivo entender **conveniente e oportuno**.

Argumentaram ainda que, para cada leito de unidade de terapia contratado, o Município de São Luis teria que desembolsar, nos termos da tabela do SUS, o valor diário de R\$ 185,24 (cento e oitenta e cinco reais e vinte e quatro centavos), o que totalizaria o montante de R\$ 67.612, 60 (sessenta e sete mil seiscentos e doze reais e sessenta centavos) por ano. E que, em virtude dos valores praticados pela rede particular, essa soma alcançaria a cifra de R\$ 328.500,00 (trezentos e vinte e oito mil e quinhentos reais) ao ano, já que o custo de um leito de UTI é de R\$ 900,00 (novecentos reais) por dia, em média. Nessa possibilidade, de igual modo, alegaram que o Município não dispõe de previsão orçamentária a autorizar a contratação, junto à rede privada de saúde, de Unidade de Terapia Intensiva, fato que inviabiliza a pretensão do apelado.

Alegaram ainda que o cálculo que deu suporte ao apelado fora levado a efeito com variantes indevidas, pois o contingente populacional de São Luis da época, segundo dados estatísticos oficiais fornecidos pelo IBGE, era de 870.028 (oitocentos e setenta mil e vinte e oito) habitantes, fora elevado a 1.145,712 (um milhão cento e quarenta e cinco mil setecentos e doze) habitantes, ocasionando uma diferença de 275.684 (duzentos e setenta e cinco mil seiscentos e oitenta e quatro) habitantes, o que elevou o cômputo do número mínimo de leitos em 27 unidades.

De igual forma, se adotando o percentual mínimo exigido, e também se adotando o verdadeiro número de habitantes de São Luis, chega-se à ilação de que os números de leitos de UTI exigível seria 87 e não 344, como pretendido na exordial. E mais, se considerando que na capital existem 130 leitos de UTI, conclui-se por simples operação aritmética que há, em verdade, um saldo positivo de 43 leitos, de sorte que não há que falar em inércia do Poder Público.

No tocante aos argumentos aduzidos pelos apelantes para atacar o mérito da decisão de primeiro grau, o relator entendeu que aos mesmos não assistem razão, como passou a demonstrar, *in verbis*:

De fato, não vejo como, pelos argumentos expendidos nos recursos ora analisados, reformar a sentença que compeliu os entes federativos demandados a suprir o atendimento hospitalar público, mediante a compra provisória de vagas em leito de Unidades de Terapia Intensiva destinadas ao atendimento privado, até que surgissem vagas em leitos com cobertura

pelo Sistema Único de Saúde, bem como a iniciar, no prazo de seis meses, ações tendentes à instalação e funcionamento de novos leitos de UTI.

Isto porque tal medida visa ao atendimento dos parâmetros do Ministério da Saúde, assegurando, dessa forma, o mínimo de normalidade desse serviço essencial, que é o direito fundamental à saúde, constitucionalmente tutelado e a todos estendido.

O direito à saúde, consagrado no ordenamento jurídico pátrio, é direito de todos e dever do Estado, assegurado mediante políticas públicas que visem à redução do risco de doença e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, cabendo ao Poder Público estabelecer a regulamentação e o controle da sua execução, que poderá ser feita diretamente ou por meio de terceiros, e, ainda, por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado.

Sendo assim, diante de violação ou ameaça ao direito à saúde, tal como direito de todos, a ação civil pública surge como instrumento judicial adequado à sua proteção, dado o interesse coletivo que o envolve.

[...]

O direito à saúde, portanto, como direito fundamental, é direito de aplicação imediata, razão pela qual se deve tentar alcançá-lo por todos os meios disponíveis (art. 5º, § 1º, CF).

Na situação em apreço, as provas dos autos apontam que a quantidade existente de leitos de UTI nos hospitais do Município de São Luís não é suficiente para atender às necessidades da população, encontrando-se aquém do que é preciso, estando a população, dessa maneira, a sofrer restrições em seu direito constitucionalmente assegurado, ao mesmo tempo em que o Estado do Maranhão e o Município de São Luís estão a desprezar as normas estabelecidas pelo Ministério da Saúde nessa área específica de atendimento hospitalar.

Com efeito, o Ministério da Saúde, por meio da Portaria nº 1.101, estima a necessidade de 2,5 a 3 leitos hospitalares para cada 1.000 habitantes e 4% a 10% desse total para leitos de UTI (fls. 542). O Município de São Luís, conforme parecer técnico do Ministério da Saúde (fls. 559/560), deveria possuir 3.437 leitos hospitalares, dos quais cerca de 344 (10%) seriam destinados a UTI; todavia, informa que o Município possui cadastro junto ao SUS de 4.796 leitos, sendo apenas 130 destinados a UTI.

Demais disso, a Secretaria de Estado da Saúde do Maranhão reconhece, no expediente de fls. 676, o déficit de leitos de UTI no Município de São Luís.

Com essas informações, constata-se a necessidade de criação de leitos de UTI para suprir as necessidades da população do Município de São Luís no que diz respeito a seu direito à saúde (GEDEON NETO, 2007, p. 8-10).

No concernente à falta de dotação orçamentária suscitada pelo Município de São Luís, o relator afirmou que:

Diante disso, insubsistente, por outro lado, é o argumento dos apelantes de que a providência contida na sentença recorrida impõe a geração de despesas sem prévia dotação orçamentária, cabendo ao Poder Público adequar seu orçamento para a adoção de medidas de urgência, como é o caso da insuficiência de leitos de UTI no Município de São Luís.

Ademais, não se pode falar em ausência de recursos para investimento na saúde da população quando existem, no mesmo orçamento, verbas destinadas a outros investimentos que não possuem a mesma relevância do direito à saúde. Em outros termos, o que se pretende dizer com tais colocações é que alegações genéricas de falta de recursos não podem ser utilizadas como óbice à implementação de políticas públicas que visem a

assegurar o mínimo de garantia dos direitos fundamentais elencados na Constituição Federal (GEDEON NETO, 2007, p. 12).

Complementando ao final o que segue:

Logo, a sentença recorrida viabiliza, sem dúvida, Estado e Município a, se tornar necessário, até mesmo incluir em seus orçamentos destinação de verbas para essa finalidade, pois o que exige a sentença é que, no prazo de 90 dias, essas entidades estatais dêem início a atividades tendentes a satisfazer os princípios constitucionais, e não que nesse prazo construam e ampliem leitos de UTI.

E, se a vida humana é o bem maior existente sob a face da terra, vejo que não confirmar a sentença apelada, assim modelada, é o mesmo que legitimar o Estado e o Município a não cumprir a Constituição (GEDEON NETO, 2007, p. 16).

A partir dessas decisões analisadas, e com base nas jurisprudências anexadas ao final, percebe-se que o Judiciário Estadual Maranhense pode realizar o controle na fase de formulação das políticas públicas, quando se está diante da busca por melhorias na qualidade da saúde pública, embora tenha sido analisado um caso específico, percebeu-se que a maioria das decisões acerca dessa matéria tem sido nessa mesma linha, nesse sentido colacionam-se as que seguem:

CONSTITUCIONAL - MANDADO DE SEGURANÇA - GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS À PRESTAÇÃO MATERIAL - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PARA DOENÇA CRÔNICA - HEPATITE C, GENÓTIPO 3 A - IMPOSSIBILIDADE DE ATO NORMATIVO DO MINISTÉRIO DA SAÚDE CRIAR DISTINÇÃO DESARRAZOADA ENTRE DOENTES PARA EFEITO DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - PREPONDERÂNCIA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA - SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO. - ORDEM CONCEDIDA À UNANIMIDADE. I -. O Estado é obrigado a efetivar políticas públicas que visem garantir a saúde de seus jurisdicionados, possibilitando o pleno desenvolvimento da capacidade humana, ex vi do art. 196 da Carta Magna. II - É certo que a Constituição Federal, por encontrar-se no ápice do ordenamento jurídico nacional, deve prevalecer ante normas de hierarquia inferior. Desta feita, não se pode conceber como escoreito e válido, ato normativo do Ministério da Saúde que obste a entrega de medicamento necessário para o tratamento de portador da doença crônica Hepatite C, com base em critérios que ferem o princípio da isonomia. III- Se o tratamento de saúde é necessário e o doente não possui condições sócio-econômicas de arcar com seus custos, deve o Estado proporcionar, dentro do possível, a efetivação da mencionada norma Constitucional prevista no art. 196. IV - Ordem concedida à unanimidade de votos (TJ/MA. MS 230712004. Acórdão 534952005. Rel. Desa. Nelma Sarney Costa)

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL N.º 098/1997. POLÍTICA MUNICIPAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. FUNDO PARA A INFÂNCIA E ADOLESCÊNCIA. ARTS. 11, "a" E 31. VINCULAÇÃO DIRETA DE PERCENTUAL AO FPM. ABERTURA DE CRÉDITO ESPECIAL. AFRONTA

AO ART. 138, IV, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO. AUTONOMIA DO ENTE MUNICIPAL PRA IMPLEMENTAÇÃO DO ORÇAMENTO NO DESENVOLVIMENTO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS. NÃO PROCEDÊNCIA. I - O FPM, apesar de ter origem do repasse dos impostos, é de natureza orçamentária e não tributária, pois a partir do momento que integram o Fundo, transmutam-se em receita orçamentária do ente municipal; II - a vinculação vedada pelo legislador constitucional, no art. 138, IV, da Constituição Estadual, baliza as pessoas públicas que têm competência para instituir impostos, e não afeta o Município que se beneficia do repasse de impostos da União e do Estado; III - o município, como ente federativo que é, fica responsável pela destinação de sua verba orçamentária, no intuito de assegurar a implementação das políticas públicas sociais, sob pena de, não o fazendo, engessar essa autonomia assegurada constitucionalmente; IV - independentemente de qualquer lei municipal, o Município é obrigado a disponibilizar tanto ao Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente, quanto ao Conselho Tutelar, verbas para a instalação e desempenho de atividades, implementando o desenvolvimento de políticas que visem à proteção e a defesa das crianças e dos adolescentes, nos termos do preconizado na CF/88, na Constituição Estadual do Maranhão e, especificamente, no ECA; V - não procedência (TJ/MA. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Acórdão 533052005. Rel. Des. Cleones Carvalho Cunha).

PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO COMINATÓRIA COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. IMPOSIÇÃO AO ESTADO DO CUSTEIO DE TRATAMENTO FORA DO DOMICÍLIO. PACIENTE RECÉM-TRANSPLANTADA DE MEDULA ÓSSEA. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER DE GARANTIR A SAÚDE - INTELIGÊNCIA DO ART. 196 DA CF/88. IMPROVIMENTO. I - A vida e a saúde resultam da consagração da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil; II - o art. 196 não encerra faculdade, mas sim dever, obrigação, de garantir o direito à saúde de todos, de sorte que, não o fazendo voluntariamente, deve o Judiciário, em atenção ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, impor a ente federativo o cumprimento da missão de assegurar a saúde de paciente recém-transplantada de medula óssea, inclusive com fornecimento de transporte e ajuda de custo, para quem tratamento somente possa ser realizado em centros dotados de maiores recursos técnicos (TFD); III - o Poder Público não pode escapar do cumprimento da aludida tarefa constitucional por meio de mera evocação da reserva do economicamente possível, sem demonstrar a efetiva carência de recursos financeiros; IV - agravo de instrumento não provido. (TJ/MA. Agravo de Instrumento. Acórdão 789252009. Rel. Des. Cleones Carvalho Cunha).

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - PRELIMINARES - IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA CONTRA O estado - INOCORRENTE - PERÍCULUM IN MORA REVERSO - INOBSERVADO - MÉRITO - DEVER DO Estado FORNECER MEDICAMENTO EXCEPCIONAL DE ELEVADO CUSTO. I. As disposições do art. 2º-B, da Lei nº 9.494/1997, não têm aplicação no vertente caso, haja vista que no confronto entre o Princípio da Supremacia do estado e o Princípio da dignidade da Pessoa Humana, é indene de dúvidas que este deve sobrepujar aquele. II. As ações estatais atinentes à saúde englobam tanto ações gerais, a exemplo das campanhas de vacinação, como as individualizadas, como a Farmácia Estadual de Medicamentos Excepcionais - FEME, vinculada à Secretaria Estadual de Saúde, pelo que, entendo que não pode o agravante se esquivar do dever de fornecer o medicamento em questão. Inexiste, pois, periculum in mora reverso. III. Tendo sido provada a

imprescindibilidade do tratamento medicamentoso à base de CELLCEP (MICOFENOLATO MOFETIL), resta configurado o direito da agravada à omissão abusiva da autoridade coatora contra o direito líquido e certo da impetrante ao tratamento de saúde, pelo que há que se conceder a ordem pleiteada. III - Recurso parcialmente provido. Unânime (TJ/MA. Agravo de Instrumento. Acórdão 850052009. Rel. Des. Anildes de Jesus Bernardes Chaves Cruz).

PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCESSÃO DE LIMINAR. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. I - A Constituição da República ao proclamar o direito a saúde, consagra o direito máximo do direito fundamental à vida, assegurando-o como direito de todos e impondo ao Estado o respectivo dever de garantir sua preservação, nos moldes dos arts. 5º, caput e 196, atribuiu grande relevância a esse bem jurídico, a ponto de não deixar dúvida acerca do dever do Estado de prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. II - Constatado o risco de dano à saúde do paciente deve ser deferida a liminar para determinar o fornecimento de medicamento. II - Recurso improvido (TJ/MA. Agravo Regimental. Acórdão nº0800642009. Rel. Des. Jorge Rachid Mubárack Maluf).

CONSTITUCIONAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO A PESSOA CARENTE. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER DO ESTADO DE PROVER AS CONDIÇÕES INDISPENSÁVEIS AO SEU PLENO EXERCÍCIO. MULTA IMPOSTA PELO DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO. VALOR EXCESSIVO. REDUÇÃO. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO. I - A Constituição da República ao proclamar o direito a saúde, consagra o direito máximo do direito fundamental à vida, assegurando-o como direito de todos e impondo ao Estado o respectivo dever de garantir sua preservação, nos moldes dos arts. 5º, caput e 196, imprimiu significação tal a esse bem jurídico, a ponto de não deixar dúvida acerca do dever do Estado de prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. II - As astreintes possuem caráter coercitivo, que deve agir de modo a estimular positivamente o obrigado ao cumprimento do comando judicial, não podendo, para que surta tal efeito, ser irrisória nem elevada, devendo ser reduzida quando aplicada em patamares que fogem à razoabilidade, sem prejuízo de sua majoração, a posteriori, em caso de resistência ao atendimento do comando decisório, conforme se depreende dos §§ 5º e 6º, do art. 461, do Código de Processo Civil. III - Agravo de Instrumento conhecido e parcialmente provido PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCESSÃO DE LIMINAR. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. I - A Constituição da República ao proclamar o direito a saúde, consagra o direito máximo do direito fundamental à vida, assegurando-o como direito de todos e impondo ao Estado o respectivo dever de garantir sua preservação, nos moldes dos arts. 5º, caput e 196, atribuiu grande relevância a esse bem jurídico, a ponto de não deixar dúvida acerca do dever do Estado de prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. II - Constatado o risco de dano à saúde do paciente deve ser deferida a liminar para determinar o fornecimento de medicamento. II - Recurso improvido (TJ/MA. Agravo Regimental. Acórdão nº0813602009. Rel. Des. Maria das Graças de Castro Duarte Mendes).

No entanto, alguns desembargadores que compõem a corte judiciária maranhense têm uma visão diferenciada, os que não concordam com a interferência do Judiciário nas demandas políticas, a serem tomadas pelos demais poderes e que afetam diretamente o orçamento público, praticamente utilizam-se dos mesmos argumentos utilizados pelos desembargadores Paulo Sérgio Velten Pereira e Marcelo Carvalho Silva, ao proferirem seus respectivos votos cujas ementas e razões de mérito recursal serão analisadas:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ESPECÍFICA. INTERNAÇÃO HOSPITALAR. BLOQUEIO DE VERBA PÚBLICA. DESNECESSIDADE. DIREITO À SAÚDE. POLÍTICAS PÚBLICAS UNIVERSAIS. 1. O bloqueio de verba pública não constitui resultado prático equivalente à tutela específica de internação hospitalar, transmudando-se em indevido meio coercitivo de cumprimento de dever estatal. 2. O direito de acesso à saúde assegurado no art. 196 da Constituição Federal deve ser efetivado por meio de políticas públicas universais e igualitárias e não mediante a contemplação de situações individualizadas. 3. Agravo conhecido e provido. (TJ/MA. AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 24.019/2008 – Imperatriz. Acórdão 77.986/2008. Relator: Des. Paulo Sérgio Velten Pereira).

Trata-se de Agravo interposto contra a parte da decisão liminar que determinou o bloqueio de verba destinada ao Município de Imperatriz, no importe de R\$ 30 mil, para garantia dos custos da internação de recém-nascida em UTI neonatal. A ordem de internação *per se*, também contida na decisão impugnada, não foi objeto do presente Agravo.

Em seu voto, o relator, Des. Paulo Sérgio Velten Pereira conheceu do recurso em favor da Fazenda Pública, justificando-se a partir das seguintes alegações:

a) Para ele, o bloqueio de verba pública não corresponde ao exato resultado pretendido, qual seja a internação da criança. Logo, não constitui meio sub-rogatório idôneo para garantir a tutela específica.

b) Desconectado da obrigação específica, o bloqueio em questão transmuda-se em indevido meio coercitivo de cumprimento de dever estatal, que, além de satisfativo e impregnado pelo perigo de irreversibilidade, o que é vedado pelo § 3º do art. 1º da Lei 8.437/92 constitui medida excessivamente interventiva nos assuntos do Município, na medida em que coloca em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública e desorganiza a atividade administrativa, impedindo a alocação racional dos recursos públicos.

c) O cumprimento do art. 196 da CF, que assegura o direito à saúde, refere-se à efetivação de políticas públicas que alcancem à população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas, como sucedeu na espécie.

d) **Não obstante a necessidade de internação da criança**, a providência deferida, qual seja, o bloqueio de verba, não se coaduna com a efetividade reclamada pela norma, pois compromete a generalidade da cidadania, que continua dependente das políticas universalistas implementadas pelo Poder Público.

EMENTA AGRADO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE. DEVER DO MUNICÍPIO. RESERVA DO POSSÍVEL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. I - O cidadão, é certo, faz jus à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, enfim, a todas as prerrogativas previstas no artigo 6º da Constituição Federal, que devem ser proporcionadas pelo Estado a toda a sociedade. II - Ocorre, contudo, que tal obrigação tem caráter genérico, devendo ser implantada através de políticas públicas. O Poder Público não pode destinar seus recursos a cada integrante da sociedade individualmente considerado. Imaginar o contrário ensejaria a falência da máquina estatal, o que, como consectário lógico, deixaria a coletividade a mercê de sua própria sorte. III - Com efeito, a Administração Pública não pode ser obrigada a proporcionar gratuitamente, a cada indivíduo, a totalidade dos direitos sociais. Por tal motivo, o legislador de 1988 idealizou o Sistema Previdenciário, norteado, como é sabido, pelo Princípio da Contributividade. (TJ/MA. AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 21212/2007 – ARAIOSES. ACÓRDÃO Nº 73.353/2008. Relator Des. Marcelo Carvalho Silva).

O caso em tela refere-se ao Agravo de Instrumento interposto pelo Município de Araioses- MA, pretendendo reformar a decisão liminar que lhe impôs a obrigação de arcar com o tratamento de saúde a que precisava se submeter o agravado, sustentando sua ilegitimidade para figurar no pólo passivo da demanda, pois seria do Estado o dever de custear o tratamento acima aludido; asseverando ainda ser vedada a total antecipação dos efeitos da tutela em face da Fazenda Pública, o que teria ocorrido no caso dos autos; que a decisão interlocutória proferida pelo juízo de primeiro grau implicará em desequilíbrios de grandes proporções às contas do Município, podendo, inclusive, comprometer o serviço de saúde ordinariamente prestado à população em geral.

A liminar foi cancelada e na análise do mérito recursal, o relator, em síntese, aduziu as seguintes razões de seu convencimento:

a) o ente federado agravante foi obrigado a arcar com o tratamento médico ao qual está sendo submetido o agravado. Tal decisão determina a liberação de

recursos públicos de forma sumária, sem a prévia e necessária aferição das possibilidades orçamentárias do agravante. A quantia a ser paga será arcada pelo Erário, comprometendo o orçamento público.

b) Se a pretensão do agravado prevalecesse, instalar-se-ia verdadeiro caos no seio da Administração Pública, que teria que custear o tratamento de saúde de cada membro da sociedade. Precedente que daria azo ao ajuizamento de inúmeras outras ações judiciais, passando o Estado a perdurar o entendimento firmado em 1º grau, a atuar na qualidade de segurador universal, podendo, desta forma, ir à bancarrota.

c) Afirmou que ao consagrar os direitos sociais, o legislador constituinte não pretendia causar prejuízos ao erário público, e que embora sejam direitos dos cidadãos educação, saúde, trabalho, moradia, lazer e segurança, os mesmos devem ser proporcionados pelo Estado a toda a sociedade, ou seja, a determinação constitucional insculpida no art. 6º da CF/88 se constitui em obrigação de caráter genérico, devendo ser implementada através de políticas públicas, não podendo o Poder Público destinar seus recursos a cada integrante da sociedade **individualmente** considerado, pois “imaginar o contrário ensejaria a **falência da máquina estatal**, o que, como consectário lógico, deixaria a coletividade à mercê de sua própria sorte” (SILVA, 2008, p. 3).

O ponto nefrágico da decisão se revela quanto aos argumentos do relator de que

A Administração Pública não pode ser obrigada a proporcionar **gratuitamente**, a cada indivíduo, a totalidade dos direitos sociais. Por tal motivo, o legislador de 1988 idealizou o Sistema Previdenciário, norteado, como é sabido, pelo Princípio da Contributividade. A restrição de recursos públicos é um verdadeiro limite à efetivação, por parte do Estado, dos direitos sociais. O ente público deve ponderar os interesses envolvidos, deixando a cargo do particular, sempre que houver insuficiência de recursos, determinadas prestações que, a princípio, caberiam ao Estado. [...] A efetividade, a aplicabilidade e a concretização dos direitos sociais, é certo, exigem conduta estatal. Entretanto, na implementação de tais direitos, não há como escapar da sua adequação e harmonização à realidade e às possibilidades orçamentárias do Estado. Com efeito, quando da concretização dos direitos sociais, há que se atentar para situações de limitação e carência de recursos. Em verdade, diante das restrições econômicas que surgem no momento da efetivação dos direitos sociais, não se pode simplesmente impor ao poder público a solução em prol de determinado indivíduo, devendo-se, sim, ser levado em consideração aquilo que o cidadão razoavelmente pode exigir do Estado. O direito subjetivo de cada membro da sociedade frente ao Estado surge como consequência lógica do estabelecimento de políticas públicas. Estas, por seu turno, enquanto programa de ação governamental financiado com recursos

públicos, devem concretizar-se nos moldes do orçamento previsto no artigo 165 da Constituição, devendo sempre ser observado o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais. As verbas vinculadas à realização dos programas de ação devem ser minuciosamente discriminadas, para que se possibilite o controle desse dever constitucional. Assim, necessário se faz a racionalização de despesas, para que se evite o benefício de único indivíduo, com dispêndio de vultosa quantia de valores. O interesse da coletividade deve sobrepor-se ao de cada cidadão. O interesse público deve prevalecer em relação ao particular. O patrimônio público destina-se à comunidade como um todo, e não a cada um de seus membros, individualmente considerados. A decisão antecipatória não pode privilegiar o particular, comprometendo o orçamento destinado às demais políticas públicas voltadas à saúde da população como um todo (SILVA, 2008, p 4-7).

Esses argumentos são basicamente os mesmos evocados pelos desembargadores do TJ/MA quando indeferem algum pleito referente ao controle de políticas públicas, prevalecendo, pois, a reserva do possível, ou seja, a previsão orçamentária e a preocupação com as finanças públicas, decisões estas em que os direitos sociais elencados na CF/88 não se configuram em pretensões subjetivas, dependendo de ações governamentais, a partir da formulação e implementação de programas sociais e políticas públicas que lhes dêem efetividade, para que possam gerar uma obrigação por parte do Estado e, conseqüentemente, o controle jurisdicional, em que o Judiciário será provocado a dar cobertura ao cidadão que se sentir lesionado ou excluído quando da execução das políticas.

Ressalte-se que o desembargador que proferiu a última decisão anteriormente citada, ou seja, Des. Marcelo Carvalho Silva, na maioria de suas decisões ele é favorável à Fazenda Pública, visando resguardar o erário público, mas ao verificar decisões mais recentes, do corrente ano, percebeu-se um avanço ou paradoxo, se comparado a pronunciamentos anteriores, a saber:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. FAZENDA PÚBLICA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. PRESCRIÇÃO MÉDICA. PORTADORA DE DOENÇA GRAVE. IMPRESCINDIBILIDADE. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. BENS JURÍDICOS TUTELADOS EM PRIMEIRO PLANO. APLICAÇÃO DE MULTA DIÁRIA. RAZOABILIDADE. OBSERVÂNCIA. MANUTENÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 461, §§ 5º E 6º, DO CPC. AGRAVO DESPROVIDO. I - A negativa de fornecimento de medicamento, de uso imprescindível, cuja ausência gera risco à vida ou grave risco à saúde, é ato que, por si só, viola a Constituição Federal, pois vida e a saúde são bens jurídicos constitucionalmente tutelados em primeiro plano. II - Precedente do STJ (AgRg no REsp 935.083/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02.08.2007, DJ 15.08.2007, p. 268). III - Precedente desta Câmara (AI nº 18.026/2007 - SÃO LUÍS. ACÓRDÃO nº 70.068/2007. Rel. Des. MARCELO CARVALHO SILVA, Julgado em 11.12.2007, DJ 07.01.2008). IV - A multa diária pelo descumprimento de decisão judicial possui caráter coercitivo, que deve agir de modo a estimular

positivamente o obrigado ao cumprimento da ordem judicial. Não poderá ser irrisória nem elevada, sob pena de não cumprir o seu escopo, devendo ser reduzida somente quando aplicada em patamares que fogem à razoabilidade, sem prejuízo de sua majoração, a *posteriori*, em caso de recalcitrância ao atendimento do comando da decisão agravada. Inteligência do art. 461, §§ 5º e 6º, do CPC. V - Agravo desprovido (TJ/MA. Agravo de instrumento. Acórdão 816652009. Rel. Des. Marcelo Carvalho Silva).

Essa evolução do entendimento do referido julgador se coaduna aos ditames constitucionais, dá materialidade ao direito fundamental à saúde e diferente do que ocorria nas decisões pretéritas, ele até arbitrou multa com o fim de compelir à Fazenda Pública ao cumprimento da decisão judicial, o que mostra que um pleito individual foi atendido e que o TJ/MA está cumprindo com sua função enquanto Tribunal de segundo grau, que é dar condições para que os direitos fundamentais sejam efetivados.

3.2.2 Efeito multiplicador, reserva do possível, separação dos poderes e mínimo existencial: o que privilegiar?

Conforme exposto no capítulo anterior, alguns argumentos são sempre utilizados nas decisões judiciais que analisam questões atinentes às políticas públicas, cujo pleito se requer a efetivação de direitos sociais consagrados na CF/88, dentre eles destacam-se a reserva do possível e o mínimo existencial evocados para justificar o indeferimento ou concessão do pleito, respectivamente.

Ao se realizar a pesquisa jurisprudencial, outro argumento levantado por alguns magistrados da corte judiciária maranhense se evidenciou, valendo-se ressaltar que a doutrina pátria concernente à temática ora abordada não o menciona, fato que o torna uma peculiaridade em desfavor da materialização dos direitos sociais, aqui está a se falar do efeito multiplicador das decisões judiciais, que visa desestimular os cidadãos a procurar o judiciário com demandas individuais em detrimento da Fazenda Pública, nesse sentido, os pleitos requerendo a materialização de direitos sociais consagrados na CF/88, através de ações individuais, são negados para não dar “mau exemplo”, inchar o judiciário com ações idênticas, bem como para evitar que o erário público seja afetado e que o interesse privado prevaleça.

Foram poucas as jurisprudências encontradas que citam esse argumento, nas ações em que o direito à saúde é pleiteado, o que demonstra que é uma minoria de juízes que assim entendem, dentre as encontradas, citem-se as seguintes:

AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE LIMINAR EM AÇÃO CAUTELAR INOMINADA. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS PARA O CUMPRIMENTO DE DÍVIDA DECORRENTE DE TRATAMENTO DE SAÚDE EM HOSPITAL DA REDE PARTICULAR. FALTA DE VAGA NO SISTEMA DE SAÚDE PÚBLICO DO MUNICÍPIO. REQUISITOS NÃO CARACTERIZADOS PARA CONFERIR LEGITIMIDADE AO QUE SE PROPÕE NOS TERMOS DA VIA ELEITA. OCORRÊNCIA DO EFEITO MULTIPLICADOR. IMPROVIMENTO. (TJ/MA. Tribunal pleno. Agravo regimental nº 27.394/2008. Relator: Des. Raimundo Freire Cutrim).

AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. MUNICÍPIO. TRATAMENTO À SAÚDE. INTERNAÇÃO EM HOSPITAL PARTICULAR. CUSTEIO DE DESPESAS POR PARTE DO ESTADO. LESÃO À ECONOMIA PÚBLICA. EFEITO MULTIPLICADOR. I - Muito embora o efeito multiplicador não se inclua no rol das lesões tuteladas pelo artigo 4º da Lei n.º 8.437/92, a manutenção da decisão de origem possibilita a proliferação de ações idênticas em desfavor do Estado do Maranhão no sentido de que qualquer pessoa, em situação de delicada saúde, ingressasse no Judiciário e, escolhendo o hospital particular, forçasse o Estado do Maranhão a proceder a sua devida internação, arcando com todos os custos dela provenientes III - Agravo regimental a que se nega provimento. (TJ/MA. Tribunal pleno. Agravo regimental. Acórdão nº 0773572008 Relator: Des. Raimundo Freire Cutrim).

No tocante à reserva do possível e à dignidade humana (ou mínimo existencial), pode-se afirmar que ambos os argumentos são bastante utilizados, interessando saber qual tem se sobressaído, o que o TJ/MA tem privilegiado, se a preservação e tutela do erário municipal e estadual ou a dignidade da pessoa humana, nas ações individuais ou coletivas que visam dar efetividade ao direito à saúde ou mesmo que visam melhorar a qualidade de vida, amenizando sofrimento e fornecendo condições materiais para que a vida de pessoas seja preservada através de alguma ação estatal.

Para verificar quais desses limites ou argumentos têm prevalecido, colacionam-se as seguintes jurisprudências, pelas quais se consegue vislumbrar o posicionamento da corte judiciária maranhense, a saber:

MANDADO DE SEGURANÇA. AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO QUE DEFERIU A LIMINAR PARA CONCESSÃO DE MEDICAMENTO. DEVER DO ESTADO. MÍNIMO EXISTENCIAL DEVE PREVALECER SOBRE A RESERVA DO POSSÍVEL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. IMPROVIMENTO DO RECURSO À UNANIMIDADE DE VOTOS. I - O presente Agravo Regimental tem por escopo desconstituir decisão que

CONCEDEU liminar no bojo do Mandado de Segurança nº 006006-2009. II- Quando da análise da liminar pleiteada, houve a demonstração cabal da presença dos requisitos autorizadores para concessão da medida pleiteada. III- Direito a saúde é dever do Estado estabelecido na Carta Magna. IV- Mínimo existencial e dignidade da pessoa humana que devem prevalecer sobre o Princípio da Reserva do Possível. IV- Improvimento do recurso à unanimidade de votos (TJ/MA. Agravo de instrumento. Acórdão 817212009. Rel. Des. Nelma Sarney Costa).

DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA. FAZENDA PÚBLICA. PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES. POSSIBILIDADE. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. BENS MÁXIMOS E DE PROTEÇÃO IMPOSTERGÁVEL. TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL. INAPLICABILIDADE. RECURSO DESPROVIDO. I. É possível a aplicação de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, desde que cumpridos os seus requisitos, conforme jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça. II. A Teoria da Reserva do Possível não é aplicável, em se tratando de direito à vida e saúde, vez que são bens máximos e de proteção imposterável. III. Agravo de instrumento desprovido (TJ/MA. Agravo de instrumento. Acórdão 816282009. Rel. Des. Antonio Guerreiro Júnior).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO QUE DEFERIU REQUERIMENTO LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA. PRESENÇA SIMULTÂNEA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA MEDIDA. CABIMENTO. AGRAVO DESPROVIDO. I - Uma vez satisfeitos os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, perfeitamente cabível a concessão da medida liminar em sede de mandado de segurança. II - O direito à saúde deve ser garantido pelo Estado de forma irrestrita, inclusive com o fornecimento de medicamentos prescritos por médico particular como necessários ao tratamento da moléstia de que padece a parte, constituindo violação da ordem constitucional a afetar os artigos 6º e 196, a negativa do Estado para o tratamento de pacientes necessitados, sob a justificativa de que não consta da sua lista básica ou que está em falta no estoque (TJ/MA, 3ª CC, Agravo de Instrumento n.º 1.485/2008, Rel. Des.ª Cleonice Silva Freire, Julgado em 15/05/2008). III - Agravo regimental desprovido. (TJ/MA. Agravo regimental. Acórdão 784672008. Rel. Des. Antonio Guerreiro Júnior).

PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO COMINATÓRIA COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. IMPOSIÇÃO AO ESTADO DO CUSTEIO DE TRATAMENTO FORA DO DOMICÍLIO. PACIENTE RECÉM-TRANSPLANTADA DE MEDULA ÓSSEA. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER DE GARANTIR A SAÚDE - INTELIGÊNCIA DO ART. 196 DA CF/88. IMPROVIMENTO. I - A vida e a saúde resultam da consagração da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil; II - o art. 196 não encerra faculdade, mas sim dever, obrigação, de garantir o direito à saúde de todos, de sorte que, não o fazendo voluntariamente, deve o Judiciário, em atenção ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, impor a ente federativo o cumprimento da missão de assegurar a saúde de paciente recém-transplantada de medula óssea, inclusive com fornecimento de transporte e ajuda de custo, para quem tratamento somente possa ser realizado em centros dotados de maiores recursos técnicos (TFD); III - o Poder Público não pode escapar do cumprimento da aludida tarefa constitucional por meio de mera evocação da reserva do economicamente possível, sem demonstrar a efetiva carência de recursos financeiros; IV - agravo de instrumento não provido (TJ/MA.

Agravo de instrumento. Acórdão 789252009. Rel. Des. Cleones Carvalho Silva).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORNECIMENTO DE COMPOSTO ALIMENTAR. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. SAÚDE. TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL. DESCABIMENTO. RECURSO DESPROVIDO. I. Os direitos constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) e da saúde (art. 6º da CF) devem prevalecer frente à teoria da reserva do possível ou mesmo das interpretações extensivas ao demasido das vedações infraconstitucionais insertas no art. 1º, § 3º, da Lei 8.437/92 c/c art. 1º da Lei 9.494/97. II. Recurso desprovido (TJ/MA. Agravo regimental. Acórdão 768732008. Rel. Des. Antonio Guerreiro Júnior).

MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE LEITE ESPECIAL PELO estado. NEGATIVA. DIREITO À SAÚDE. PRINCÍPIO DA dignidade DA PESSOA HUMANA. I - A Constituição Federal em seu art. 196 garante o direito à saúde, sendo dever do estado promovê-la, sob pena de ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana. II - Comprovado que a menor possui rejeição alimentar deve-lhe ser garantido o fornecimento de leite especial, de forma a assegurar o bem maior que é a vida, conforme determina o art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente. III - Segurança concedida (TJ/MA. Mandado de segurança. Acórdão 760642008. Rel. Des. Jorge Rachid Mubárack Maluf).

Já em relação ao argumento de que o controle das políticas públicas pelo Judiciário implicaria em ofensa à teoria da separação dos poderes, podendo gerar uma desarmonia entre os entes, também foram encontrados alguns posicionamentos, que oscilam entre preservar e proporcionar a dignidade humana, em ações que buscam, direta ou indiretamente, tutelar a saúde; e decisões que pretendem preservar a harmonia entre o Judiciário e a Administração Pública, no tocante às demandas em que a saúde ou a dignidade humana não estão presentes, para ilustrar, pode-se ressaltar as seguintes jurisprudências:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - PRELIMINAR INTRÍNSECA AO MÉRITO RECURSAL - PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - NÃO OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES - DIREITOS COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS - DELEGACIA DE POLÍCIA - SUPERLOTAÇÃO E CONDIÇÕES INSALUBRES - OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - NÚCLEO DO ORDENAMENTO BRASILEIRO. I - Somente ocorrerá impossibilidade jurídica do pedido, quando o ordenamento vigente vedar o direito que é postulado na causa. Dito isso, tem-se que a Ação Civil Pública foi introduzida na normatização nacional através da Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985, sendo recepcionada pela Carta Constitucional de 1988 como garantia processual constitucional, legitimando o Ministério Público a promovê-la para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, a teor do art. 129, III da CF. Portanto, "ACP", apresenta-se como meio adequado para a proteção de quaisquer direitos coletivos, tal como, os dos custodiados em cadeias públicas, perpassando em muito os direitos

difusos como únicos a serem por ela protegidos, não havendo que se cogitar de impossibilidade jurídica do pedido, a que se refere o art. 267, VI, do CPC, pois, no direito positivo atual, não existe vedação explícita ao que fora pleiteado na demanda de origem. II - Por certo, os princípios norteadores do regime jurídico administrativo estabelecem limites à atividade da Administração Pública, a qual detém o poder-dever de se utilizar de prerrogativas discricionárias na edição de determinados atos de sua competência estabelecida por lei. De sua vez, a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5º, tem como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana como instrumento realizador de seu ideário de construção de uma sociedade justa e solidária, de onde ao preso, será assegurado o respeito à integridade física e moral (art. 5º, inc. XLIX). III - A par disso que, não há ofensa ao princípio da separação dos poderes o fato do magistrado a *quo* ter determinado (condenado) a interdição das celas do 1º "DP" da cidade de Bacabal-MA, até a realização das obras de reforma, ante ao seu total estado de calamidade, sem condições de abrigar, com um mínimo de dignidade, qualquer pessoa, fato esse não questionado pelo apelante, diante mister constitucional de respeito à integridade física e moral dos enclausurados naquele Distrito Policial. Torna-se imperioso não esquecer de que, quando preso, o indivíduo resta impedido de suprir suas necessidades sozinho, estando este à necessitar do estado, que possui a obrigação legal e moral de satisfazer suas necessidades mínimas, isto é, saúde, alimentação, higiene, segurança, etc. IV - Apelação conhecida e improvida por maioria (TJ/MA. Apelação Cível. Acórdão 801852009. Rel. Des. Anildes de Jesus Bernardes Chaves Cruz).

CONSTITUCIONAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DIREITOS FUNDAMENTAIS DO ENCARCERADO - RELATÓRIOS DA VIGILÂNCIA SANITÁRIA SOBRE AUSÊNCIA DE CONDIÇÕES MÍNIMAS DE HIGIENE E SAÚDE AO PRESO NOS ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS DO MUNICÍPIO - POSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO DO ESTADO EM OBRIGAÇÃO DE FAZER QUE NÃO AFRONTA O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES, LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL E LEI DE LICITAÇÕES - ATO ADMINISTRATIVO VINCULADO FRENTE AS DETERMINAÇÕES DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL - NORMAS DE CONDUTA COGENTE E NÃO MERAMENTE PROGRAMÁTICAS - RESPONSABILIDADE DO ESTADO - APELAÇÃO IMPROVIDA. 1. A concretização dos direitos dos condenados elencados na Convenção de Viena em 1993, na Carta das Nações Unidas, na Declaração Universal dos Direitos Humanos e no art. 5º, LXIV da Carta Magna Brasileira foi estabelecido no corpo e espírito da Lei de Execução Penal, a Lei 7.210/84. Mencionado corpo normativo visa impedir o excesso ou a omissão da execução destes direitos. 2. A determinação judicial de uma obrigação de fazer não encerra suposta invasão do Judiciário na esfera da administração, isto porque as medidas impostas são atividades vinculadas a lei infraconstitucional. A Constituição Federal consagrou o direito a integridade física e moral dos presos no art. 5º, inciso LXIV, regulamentada pela Lei de Execução Penal, o que permite ao Poder Judiciário imposição de obrigação de fazer com o fim de tornar realidade os preceitos constitucionais, mesmo que a decisão atinja a esfera orçamentária pública. (TJ/MA. Apelação Cível. Acórdão 547872005. Rel. Des. Militão Vasconcelos Gomes).

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DANO MORAL E MATERIAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. REVISÃO GERAL E ANUAL DE VENCIMENTOS. ART. 37, INCISO X, DA CF/88, COM REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 19/98. OMISSÃO DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. SANEAMENTO PELO JUDICIÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. CONTRATO IRREGULAR. I. Não é possível ao Poder Judiciário, a pretexto de sanar omissão do Chefe do Poder Executivo

competente, conceder, desde logo, reajuste geral e anual aos servidores públicos; entendendo de modo diverso, estar-se-ia maculando o princípio constitucional da Separação dos poderes. Cabe tão-somente declarar a mora da aludida Autoridade governamental, não cogitando sequer em fixar prazo para elaboração e envio de projeto de lei visando à correção reclamada, pois, incabível de acordo com o art. 103, § 2º, da CF, tal como decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 2.061-7/DF, dentre outras. (Precedente do STJ, 5ªT, RMS 18.361/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, j 26/10/2004, DJ 29/11/2004). II. O pedido de indenização por danos materiais causados pela omissão legislativa do Estado também não é devido diante da natureza irregular do vínculo, já que realizado sem concurso público após a promulgação da Constituição Federal de 1988, e por não se tratar de cargo em comissão, bem assim em razão da falta de responsabilidade civil extracontratual. III. Recurso não provido. (TJ/MA. Apelação Cível. Acórdão 842722009. Rel. Des. Antonio Guerreiro Júnior).

A partir da leitura das jurisprudências anexadas ao final e dos argumentos utilizados em alguns acórdãos, dá para se ter uma ideia do que o TJ/MA prioriza assim, quando a dignidade humana e o direito à saúde estão sendo lesionados ou ameaçados, na maioria das vezes, eles são tutelados pelo judiciário, mesmo diante de limitações orçamentárias.

Porém, mesmo nesses casos, quando o judiciário arbitra multa nas decisões de primeiro grau, o TJ/MA a diminui, ou mesmo a exclui, com o argumento de que poderia causar danos ao erário e inviabilizar a implementação de outras políticas públicas.

Nos demais casos, em que o Judiciário é acionado para implementar algum outro direito, de caráter econômico e que interfira diretamente nos assuntos da Administração Pública, como nos pleitos de servidores públicos desejosos pela implantação de alguma gratificação, por exemplo, o princípio da separação dos poderes é bastante utilizado pelos desembargadores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em linhas gerais, não se pretende repetir em síntese o que fora exposto acima, porém, é salutar que se dê destaque a algumas ponderações, seguindo os ditames e parâmetros à luz de um Estado de direito comprometido com sua Constituição Federal e que tenha noção e respeito pelos seus dispositivos essenciais, no que toca aos direitos fundamentais sociais.

A partir do estudo bibliográfico e jurisprudencial realizados, evidenciam-se algumas constatações, a saber:

a) Partindo-se da premissa da supremacia dos direitos fundamentais e sua efetivação, o cenário das políticas públicas se renova e não mais se deve expurgar esta temática da seara do Direito (enquanto ciência), uma vez que a promoção daqueles direitos requer a gradativa implementação de programas sociais por parte do Estado (no sentido lato).

b) A proteção e a efetivação de direitos fundamentais, muito exaltadas neste trabalho, implicam necessariamente na reformulação da clássica teoria da separação dos poderes, devendo-se fazer uma releitura desse princípio para que o Poder Judiciário possa exercer o controle das políticas públicas com vistas a oxigenar a democracia e materializar a Constituição Federal, fazendo com que direitos formalmente prescritos ganhem efetividade e concretude, já que os governantes eleitos pelos cidadãos nem sempre estão direcionados pela vontade geral, da mesma forma que não demonstram qualquer compromisso com os interesses de quem os elegeram, escusando-se, muitas vezes, de suas responsabilidades sociais.

c) O controle jurisdicional supramencionado não é irrestrito e ilimitado, pois se o fosse, incorrer-se-ia no equívoco de uma institucionalização do “governo dos juízes”. Como dito, há limitações a essa atuação judicial, diante das possibilidades materiais que delimitam e norteiam essa intervenção. Quando da realização do controle das políticas públicas, não cabe ao Judiciário a prática de um ato político, suas decisões devem buscar respeitar a discricionariedade dos meios a qual faz jus a Administração Pública, o que implica dizer que cabe ao Município ou Estado,

escolher qual a maneira que lhe aprouver para cumprir a decisão judicial que manda executar determinada política já implantada.

d) Quanto à premissa de que ao Judiciário não cabe realizar o controle na fase de formulação das políticas, por não dispor de aparato técnico para verificar quais as prioridades que devam entrar na agenda pública, viu-se que na prática isso é possível, que munido das informações prestadas pelos órgãos competentes, nada obsta o referido controle, porém, de forma balanceada, sem praticar atos de competência exclusiva dos demais poderes, sem praticar atos políticos, nem impor os meios para se chegar ao objetivo pretendido nas decisões judiciais, estas devem buscar garantir os direitos constitucionalmente previstos, o que tem feito o TJ/MA.

e) O Judiciário estadual maranhense tem contribuído para dar efetividade aos direitos sociais, no que pese ao direito à saúde, direito este considerado pela maioria dos desembargadores, como direito subjetivo, logo, autoaplicável, exigível de imediato, cuja exigência decorre diretamente da Constituição Federal de 1988.

f) Alguns desembargadores ainda têm uma postura defensiva, escusando-se de discutir o direito constitucional, a relevância dos valores vida e dignidade humana. Alegando apenas a reserva do possível, o efeito multiplicador das decisões judiciais e a ofensa à harmonia entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, sem tecer maiores discussões acerca dessas temáticas.

g) No tocante às decisões que negam o pleito referente à materialização do direito a saúde, alegando a reserva do possível, a teoria da separação dos poderes e notadamente no que pertine ao efeito multiplicador, observa-se uma insuficiência de argumentação para fundamentá-las. Esperava-se uma abordagem mais aprofundada teoricamente acerca daquelas temáticas, pois as diversas afirmações e opções feitas nas decisões precisariam percorrer um caminho argumentativo maior, mais denso, que as justificassem racionalmente.

h) A partir dos dados empíricos encontrados, verificou-se que a maioria dos pleitos submetidos ao Judiciário visava garantir o fornecimento de medicamentos ou custeio de tratamentos médicos, no entanto, percebeu-se, através do levantamento jurisprudencial e da análise de alguns acórdãos, que as questões atinentes à escassez de recursos e ao custo dos direitos raramente são abordadas nas decisões e quando aparecem visa mais resguardar o erário público do que propriamente a execução de outras políticas de saúde.

i) No concernente ao efeito multiplicador, vê-se quão frágil é para justificar a negativa do pleito, a ponto de nem o desembargador relator se aprofundar teoricamente. É um argumento que não pode servir de justificativa, pois quando se evoca tal efeito para que outros jurisdicionados não procurem o Judiciário com demandas semelhantes, demonstra a falta de compromisso desse órgão com os direitos fundamentais, inclusive não se acha coerente tal argumentação do Judiciário, que acaba por desestimular a busca por justiça e para que seja dada materialidade e que sejam respeitados os direitos de cunho prestacional elencados na CF/88 e que na prática ficam ao arbítrio do Executivo, ou seja, contrário ao que se justifica, o efeito multiplicador desestimula os cidadãos a recorrer ao Judiciário em decorrência da falta de credibilidade que este demonstra em resolver conflitos dessa natureza, numa postura claramente defensiva.

j) Por outro lado, não se defende no presente trabalho que os custos dos direitos prestacionais não sejam levados em consideração e que não sejam relevantes, sabe-se que o direito à saúde para ser materializado necessita de recursos, não há qualquer dúvida a esse respeito, por isso, acredita-se que as decisões que cominam multas exorbitantes à Fazenda Pública Municipal ou Estadual não são as mais acertadas, podendo sim prejudicar seu cumprimento como também a implementação e continuação de outras políticas públicas.

Portanto, não há que se falar em ilegitimidade ou impossibilidade do Judiciário controlar as políticas públicas, seja na fase inicial (formulação) ou mesmo na fase de execução, pois estas se vinculam juridicamente ao Direito e sempre que houver desvios, ilegalidades e ofensa à dignidade humana e aos direitos sociais dos cidadãos, o Judiciário estará autorizado a intervir, quando provocado, sendo sua função proteger esses direitos, porém, sem asfixiar o espaço político atribuído aos demais Poderes da União, conforme vem fazendo constantemente a corte Judiciária Maranhense, que tem demonstrado compromisso com os direitos de segunda dimensão, conformando-os, sempre que possível à realidade orçamentária do Estado, com vistas a proteger ou fazer cessar danos à dignidade humana dos seus jurisdicionados.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático**. Revista de Direito Administrativo, n. 217, Rio de Janeiro, 1999.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Livraria do Advogado, 2001.

ANDRADE, Manuel Antônio Domingues de. **Teoria Geral da Relação Jurídica**. Coimbra: Almedina: 1997.

APPIO, Eduardo. **Controle judicial de políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2007.

_____. **Discrecionalidade política do poder judiciário**. Curitiba: Juruá, 2006.

ARRUDA, Kátia Magalhães. **A atuação do Judiciário trabalhista e a precarização do trabalho**: as decisões do TST e TRT do Maranhão e sua repercussão na terceirização e flexibilização do trabalho. 2008. 136f. Tese (Doutorado em Políticas Públicas) – Universidade Federal do Maranhão, São Luis, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARBOSA, Ruy. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. Vol. II, São Paulo: Saraiva, 1933.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas**. 2005. Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto853.pdf>. Acesso em 10/08/09.

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. **Controle jurisdicional de políticas públicas**: parâmetros objetivos e tutela coletiva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro; BRITTO, Carlos Ayres. **Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1982.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**, vol. II. São Paulo: Saraiva, 1989.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva (CLT Acadêmica e Constituição Federal), 2007.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas – Reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Políticas Públicas e Direito Administrativo**. Ano 34, n. 133, jan./mar. Brasília: Revista de Informação Legislativa, 1997.

CALSAMIGLIA, Albert. **Ensaio sobre Dworkin**. Traduzido por Patrícia Sampaio. Retirado da apresentação à edição espanhola da obra *Derechos em Serio* de Ronald Dworkin. Barcelona: Ariel, 1984. Disponível em: http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet_jur/patdworkin.html. Acesso em: 22 set 2009.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CHEIRI, Vera Karam de. **Considerações em torno da coerência narrativa de Ronald Dworkin**. 1990. Disponível em: www.buscalegis.ufsc.br, acesso em: 23 nov 2008.

COELHO, Inocêncio Mártires. **A criação judicial do direito em face do cânone hermenêutico da autonomia do objeto e do princípio constitucional da separação dos poderes.** Brasília: Revista de Informação Legislativa, ano 34, n. 134. jul./set. 1997.

COMPARATO, FÁBIO KONDER. **Ensaio Sobre o Juízo de Constitucionalidade de Políticas Públicas.** Brasília: Revista de Informação Legislativa, ano 35, n. 138, abr./jun. 1998.

CORNEJO, Valentin Thury. **Juez y division de Poderes hoy.** Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2002.

CRITSINELIS, Marco Falcão. **Políticas públicas e normas jurídicas.** Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do Poder Público.** São Paulo: Saraiva, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes.** São Paulo: Saraiva, 2007.

DIAS, Jean Carlos. **O controle judicial de políticas públicas.** São Paulo: Método, 2007.

DIAS, Maria Tereza Fonseca; ESTEVES, Júlio César dos Santos; FORTINI, Cristiana. **Políticas Públicas: possibilidades e limites.** Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **O império do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DYE, Thomas. **Understanding public policy.** New Jersey: Prentice Hall, 2001.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2000.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, v. 1 e 2. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HART, Herbert. **O conceito de direito**. São Paulo: Revista de Direito do Trabalho, ano 27, 2001.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

_____. **Elementos do Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

HÖFFE, Otfried. **Immanuel Kant**. [Tradução Christian Viktor Hamm e Valério Rohden]. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Justiça Política**: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado. Tradução de Enildo Stein. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O controle jurisdicional das políticas públicas**: concretizando a democracia e os direitos fundamentais. Salvador: Podivm, 2008.

KRELL, Andreas J. **Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa)** Brasília: Revista de Informação Legislativa, ano 36, n. 144, out./dez. 1999.

MARMELSTEIN, George. **Ordem jurídica constitucional**. Efetivação judicial de direitos econômicos, sociais e culturais. 2005. 239 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Ceará, Fortaleza, 2005.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de La Constitución**. Trad. Alfredo Gallego Anabiterte. Barcelona: Ariel, 1964.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social**. São Paulo: Revista de Direito Público, n. 57/58, 1981.

MELLO, Cláudio Ari. **Democracia constitucional e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

PEDRON, Flávio Quinaud. Comentários sobre as interpretações de Alexy e Dworkin. Brasília: R. CEJ, n. 20, jul./set. 2005. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ajs2/index.php/cej/article/viewArticle/680>>. Acesso em: 03 mar. 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**. São Paulo: RT, 1995.

PONDÉ, Lafayette. **Controle dos Atos da Administração Pública**. Brasília: Revista de Informação Legislativa, ano 35, n. 139, jul./set., 1998.

PONTES FILHO, Valmir. **O controle das políticas públicas**: cadernos de soluções constitucionais. São Paulo: Malheiros, 2003.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Coimbra: Almedina, 2006.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. São Paulo: Ática, 2000.

_____. **Justiça como equidade**: uma reformulação. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

RIBEIRO, Antônio de Pádua. **O Judiciário como poder político no século XXI**. Brasília: Revista de Informação Legislativa, ano 36, n. 144, out./dez. 1999.

ROCHA, Rosália Carolina Kappel. **A eficácia dos direitos sociais e a reserva do possível**. Brasília: Revista da AGU, ano IV, nº 8, dez, 2005.

SANTOS, Marília Lourido do. **Interpretação Constitucional no Controle Judicial das Políticas Públicas**. Porto Alegre: SAFE, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCHÄFER, Jairo Gilberto. **As garantias dos direitos fundamentais, inclusive as judiciais, nos países do MERCOSUL**. Brasília: Revista de Informação Legislativa, ano 36, n. 142, abr./jun., 1999.

SILVA, Hudson Marcelo. **Os direitos fundamentais na doutrina de John Rawls**. Campinas/SP: UNICAMP, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Luiz Barros; MELO, Marcus André Barreto de. **O processo de implementação de políticas públicas no Brasil**: características e determinações na avaliação de programas e projetos. Campinas/SP: NEPP/UICAMP, n. 48, 2000.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. **Teoria da Justiça de John Rawls**. Brasília: Revista de Informação Legislativa, ano 35, n. 138, abr./jun. 1998.

TEXEIRA, João Horário Meirelles. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

VIEIRA, Lacyr de Aguiar. **A essência da Constituição no pensamento de Lassalle e de Konrad Hesse**. Brasília: Revista de Informação Legislativa, ano 35, n. 139, jul./set. 1997.

VITA, Álvaro de. **Teoria e filosofia política**. São Paulo: Edusp, 2004.

WANG, Daniel Wei Liang. (2007). **Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. UC Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics. Retrieved from: <http://escholarship.org/uc/item/26q0r0ns>. Acesso 10 mar. 2010.

ANEXOS

JURISPRUDENCIAS DO TJ/MA

OBJETO DA PESQUISA

Nº Processo 83222009
Acórdão 0817212009
Relator NELMA SARNEY COSTA
Data 26/05/2009 00:00:00
Órgão SÃO LUÍS
Processo AGRAVO REGIMENTAL
Ementa MANDADO DE SEGURANÇA. AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO QUE DEFERIU A LIMINAR PARA CONCESSÃO DE MEDICAMENTO. DEVER DO ESTADO. MÍNIMO EXISTENCIAL DEVE PREVALECER SOBRE A RESERVA DO POSSÍVEL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. IMPROVIMENTO DO RECURSO À UNANIMIDADE DE VOTOS. I - O presente Agravo Regimental tem por escopo desconstituir decisão que CONCEDEU liminar no bojo do Mandado de Segurança nº 006006-2009. II- Quando da análise da liminar pleiteada, houve a demonstração cabal da presença dos requisitos autorizadores para concessão da medida pleiteada. III- Direito a saúde é dever do Estado estabelecido na Carta Magna. IV- Mínimo existencial e dignidade da pessoa humana que devem prevalecer sobre o Princípio da Reserva do Possível. IV- Improvimento do recurso à unanimidade de votos.

Nº Processo 78172009
Acórdão 0800642009
Relator JORGE RACHID MUBÁRACK MALUF
Data 02/04/2009 00:00:00
Órgão SÃO LUÍS
Processo AGRAVO REGIMENTAL
Ementa PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCESSÃO DE LIMINAR. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. I - A Constituição da República ao proclamar o direito a saúde, consectário máximo do direito fundamental à vida, assegurando-o como direito de todos e impondo ao Estado o respectivo dever de garantir sua preservação, nos moldes dos arts. 5º, caput e 196, atribuiu grande relevância a esse bem jurídico, a ponto de não deixar dúvida acerca do dever do Estado de prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. II - Constatado o risco de dano à saúde do paciente deve ser deferida a liminar para determinar o fornecimento de medicamento. II - Recurso improvido.

Nº Processo 50122009
Acórdão 0820062009
Relator ANTONIO GUERREIRO JÚNIOR
Data 02/06/2009 00:00:00
Órgão SÃO LUÍS
Processo AGRAVO DE INSTRUMENTO
Ementa PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. TRATAMENTO FORA DO DOMICÍLIO (TFD). LEUCEMIA. MANUTENÇÃO DOS GASTOS. RESPONSABILIDADE. MUNICÍPIO. RECURSO DESPROVIDO. I. É dever do Município praticar ações visando à garantia da vida e da saúde de sua população, fornecendo assistência terapêutica integral e farmacêutica quando necessário, bem como garantindo deslocamento e

manutenção do paciente e de seu acompanhante em casos de tratamento inexistentes em seu domicílio de origem, contra a leucemia. II. "A CF, no art. 196 e a Lei 8.080/90 estabelecem um sistema integrado entre todas as pessoas jurídicas de Direito Público Interno, União, Estados e Municípios, responsabilizando-os em solidariedade pelos serviços de saúde, o chamado SUS. A divisão de atribuições não pode ser argüida em desfavor do cidadão, pois só tem validade internamente entre eles". (REsp 661.821/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/05/2005, DJ 13/06/2005 p. 258) III. Agravo desprovido.

Nº Processo 38682009
Acórdão 0816652009
Relator MARCELO CARVALHO SILVA
Data 14/05/2009 00:00:00
Órgão SÃO LUÍS
Processo AGRAVO DE INSTRUMENTO
Ementa AGRAVO DE INSTRUMENTO. FAZENDA PÚBLICA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. PRESCRIÇÃO MÉDICA. PORTADORA DE DOENÇA GRAVE. IMPRESCINDIBILIDADE. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. BENS JURÍDICOS TUTELADOS EM PRIMEIRO PLANO. APLICAÇÃO DE MULTA DIÁRIA. RAZOABILIDADE. OBSERVÂNCIA. MANUTENÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 461, §§ 5º E 6º, DO CPC. AGRAVO DESPROVIDO. I - A negativa de fornecimento de medicamento, de uso imprescindível, cuja ausência gera risco à vida ou grave risco à saúde, é ato que, por si só, viola a Constituição Federal, pois vida e a saúde são bens jurídicos constitucionalmente tutelados em primeiro plano. II - Precedente do STJ (AgRg no REsp 935.083/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02.08.2007, DJ 15.08.2007, p. 268). III - Precedente desta Câmara (AI nº 18.026/2007 - SÃO LUÍS. ACÓRDÃO nº 70.068/2007. Rel. Des. MARCELO CARVALHO SILVA, Julgado em 11.12.2007, DJ 07.01.2008). IV - A multa diária pelo descumprimento de decisão judicial possui caráter coercitivo, que deve agir de modo a estimular positivamente o obrigado ao cumprimento da ordem judicial. Não poderá ser irrisória nem elevada, sob pena de não cumprir o seu escopo, devendo ser reduzida somente quando aplicada em patamares que fogem à razoabilidade, sem prejuízo de sua majoração, a posteriori, em caso de recalcitrância ao atendimento do comando da decisão agravada. Inteligência do art. 461, §§ 5º e 6º, do CPC. V - Agravo desprovido.

Nº Processo 35072009
Acórdão 0817582009
Relator PAULO SÉRGIO VELTEN PEREIRA
Data 22/05/2009 00:00:00
Órgão SÃO LUÍS
Processo AGRAVO DE INSTRUMENTO
Ementa PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. VALOR DA CAUSA. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. PEDIDO JURIDICAMENTE IMPOSSÍVEL. TRATAMENTO FORA DO DOMICÍLIO. ATO ADMINISTRATIVO. ASTREINTES. NATUREZA INSTRUMENTAL. 1. A ausência de indicação do valor da causa não implica o indeferimento, desde logo, da inicial por inépcia, devendo o juiz oportunizar a emenda da peça vestibular. 2. Incumbe aos municípios a execução dos serviços públicos de saúde em geral, embora a cooperação técnica e financeira do sistema de saúde seja feita em conjunto pelos entes políticos. 3. Pretensão jurisdicional de tratamento de saúde fora do domicílio encontra previsão em ato normativo regulamentado pelo Ministério da Saúde. 4. Observado o procedimento específico para custeio de despesas relativas ao tratamento de saúde fora do domicílio, não há risco à continuidade das políticas de saúde pública.

5. Astreintes fixadas pelo magistrado de base colocam em risco a própria continuidade das políticas públicas, provocando um indesejado remanejamento de verbas destinadas constitucionalmente à saúde para fins de natureza meramente instrumental. 6. Agravo conhecido e parcialmente provido. Unanimidade.

Nº Processo	<u>3532009</u>
Acórdão	<u>0813602009</u>
Relator	MARIA DAS GRAÇAS DE CASTRO DUARTE MENDES
Data	06/05/2009 00:00:00
Órgão	SÃO LUÍS
Processo	AGRAVO DE INSTRUMENTO
Ementa	CONSTITUCIONAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO A PESSOA CARENTE. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER DO ESTADO DE PROVER AS CONDIÇÕES INDISPENSÁVEIS AO SEU PLENO EXERCÍCIO. MULTA IMPOSTA PELO DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO. VALOR EXCESSIVO. REDUÇÃO. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO. I - A Constituição da República ao proclamar o direito a saúde, consectário máximo do direito fundamental à vida, assegurando-o como direito de todos e impondo ao Estado o respectivo dever de garantir sua preservação, nos moldes dos arts. 5º, caput e 196, imprimiu significação tal a esse bem jurídico, a ponto de não deixar dúvida acerca do dever do Estado de prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. II - As astreintes possuem caráter coercitivo, que deve agir de modo a estimular positivamente o obrigado ao cumprimento do comando judicial, não podendo, para que surta tal efeito, ser irrisória nem elevada, devendo ser reduzida quando aplicada em patamares que fogem à razoabilidade, sem prejuízo de sua majoração, a posteriori, em caso de resistência ao atendimento do comando decisório, conforme se depreende dos §§ 5º e 6º, do art. 461, do Código de Processo Civil. III - Agravo de Instrumento conhecido e parcialmente provido.
Nº Processo	<u>310732008</u>
Acórdão	<u>0816282009</u>
Relator	ANTONIO GUERREIRO JÚNIOR
Data	20/05/2009 00:00:00
Órgão	SÃO LUÍS
Processo	AGRAVO DE INSTRUMENTO
Ementa	DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA. FAZENDA PÚBLICA. PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES. POSSIBILIDADE. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. BENS MÁXIMOS E DE PROTEÇÃO IMPOSTERGÁVEL. TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL. INAPLICABILIDADE. RECURSO DESPROVIDO. I. É possível a aplicação de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, desde que cumpridos os seus requisitos, conforme jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça. II. A Teoria da Reserva do Possível não é aplicável, em se tratando de direito à vida e saúde, vez que são bens máximos e de proteção imposterável. III. Agravo de instrumento desprovido.
Nº Processo	<u>307722008</u>
Acórdão	<u>0784672008</u>
Relator	ANTONIO GUERREIRO JÚNIOR
Data	20/03/2009 00:00:00
Órgão	SÃO LUÍS
Processo	AGRAVO REGIMENTAL
Ementa	PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO QUE DEFERIU REQUERIMENTO LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA. PRESENÇA

SIMULTÂNEA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA MEDIDA. CABIMENTO. AGRAVO DESPROVIDO. I - Uma vez satisfeitos os requisitos do fumus boni iuris e do periculum in mora, perfeitamente cabível a concessão da medida liminar em sede de mandado de segurança. II - O direito à saúde deve ser garantido pelo Estado de forma irrestrita, inclusive com o fornecimento de medicamentos prescritos por médico particular como necessários ao tratamento da moléstia de que padece a parte, constituindo violação da ordem constitucional a afetar os artigos 6º e 196, a negativa do Estado para o tratamento de pacientes necessitados, sob a justificativa de que não consta da sua lista básica ou que está em falta no estoque (TJ/MA, 3ª CC, Agravo de Instrumento n.º1.485/2008, Rel. Des.ª Cleonice Silva Freire, Julgado em 15/05/2008). III - Agravo regimental desprovido.

Nº Processo 286862008
Acórdão 0817372009
Relator CLEONICE SILVA FREIRE
Data 26/05/2009 00:00:00
Órgão SÃO LUÍS
Processo MANDADO DE SEGURANÇA
Ementa CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL. REMOÇÃO POR MOTIVO DE SAÚDE NA FAMÍLIA. ATO ADMINISTRATIVO SEM MOTIVAÇÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. SEGURANÇA CONCEDIDA. UNANIMIDADE. I - Apesar da remoção por motivo de saúde de familiares do servidor não encontrar regulamentação expressa no âmbito do regime jurídico dos servidores públicos estaduais (Lei Nº6.107/94), é perfeitamente cabível e imprescindível, a aplicação por analogia ao artigo 36, inciso III, alínea "b", do Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União (Lei Nº8.112/90), que resguarda essa modalidade de remoção. Não seria justo, neste caso, violarmos o princípio da isonomia e privarmos a Impetrante de dispensar cuidados exigidos pelo estado de saúde de sua filha e marido, o que iria de encontro ao artigo 226, caput, da Carta Magna. II - O ato administrativo, ainda que discricionário, não sendo devidamente motivado, padece de vício a ser prontamente coibido pelo Poder Judiciário.

Nº Processo 284922008
Acórdão 0789252009
Relator CLEONES CARVALHO CUNHA
Data 03/02/2009 00:00:00
Órgão SÃO LUÍS
Processo AGRAVO DE INSTRUMENTO
Ementa PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO COMINATÓRIA COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. IMPOSIÇÃO AO ESTADO DO CUSTEIO DE TRATAMENTO FORA DO DOMICÍLIO. PACIENTE RECÉM-TRANSPLANTADA DE MEDULA ÓSSEA. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER DE GARANTIR A SAÚDE - INTELIGÊNCIA DO ART. 196 DA CF/88. IMPROVIMENTO. I - A vida e a saúde resultam da consagração da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil; II - o art. 196 não encerra faculdade, mas sim dever, obrigação, de garantir o direito à saúde de todos, de sorte que, não o fazendo voluntariamente, deve o Judiciário, em atenção ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, impor a ente federativo o cumprimento da missão de assegurar a saúde de paciente recém-transplantada de medula óssea, inclusive com fornecimento de transporte e ajuda de custo, para quem tratamento somente possa ser realizado em centros dotados de maiores recursos técnicos (TFD); III - o Poder Público não pode escapar do cumprimento da aludida tarefa constitucional por meio de mera evocação da reserva do economicamente possível, sem demonstrar a efetiva carência de

recursos financeiros; IV - agravo de instrumento não provido.

Nº Processo 273952008
Acórdão 0773572008
Relator RAIMUNDO FREIRE CUTRIM
Data 27/11/2008 00:00:00
Órgão SÃO LUÍS
Processo AGRAVO REGIMENTAL
Ementa AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. MUNICÍPIO. TRATAMENTO À SAÚDE. INTERNAÇÃO EM HOSPITAL PARTICULAR. CUSTEIO DE DESPESAS POR PARTE DO ESTADO. LESÃO À ECONOMIA PÚBLICA. EFEITO MULTIPLICADOR. I - Muito embora o efeito multiplicador não se inclua no rol das lesões tuteladas pelo artigo 4º da Lei n.º 8.437/92, a manutenção da decisão de origem possibilita a proliferação de ações idênticas em desfavor do Estado do Maranhão no sentido de que qualquer pessoa, em situação de delicada saúde, ingressasse no Judiciário e, escolhendo o hospital particular, forçasse o Estado do Maranhão a proceder a sua devida internação, arcando com todos os custos dela provenientes III - Agravo regimental a que se nega provimento.

Nº Processo 273942008
Acórdão 0785702009
Relator RAIMUNDO FREIRE CUTRIM
Data 10/02/2009 00:00:00
Órgão SÃO LUÍS
Processo AGRAVO REGIMENTAL
Ementa AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE LIMINAR EM AÇÃO CAUTELAR INOMINADA. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS PARA O CUMPRIMENTO DE DÍVIDA DECORRENTE DE TRAMENTO DE SAÚDE EM HOSPITAL DA REDE PARTICULAR. FALTA DE VAGA NO SISTEMA DE SAÚDE PÚBLICO DO MUNICÍPIO. REQUISITOS NÃO CARACTERIZADOS PARA CONFERIR LEGITIMIDADE AO QUE SE PROPÕE NOS TERMOS DA VIA ELEITA. OCORRÊNCIA DO EFEITO MULTIPLICADOR. IMPROVIMENTO.

Nº Processo 270132008
Acórdão 0823262009
Relator ANILDES DE JESUS BERNARDES CHAVES CRUZ
Data 03/07/2009 00:00:00
Órgão SÃO LUÍS
Processo AGRAVO DE INSTRUMENTO
Ementa DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ACIDENTE DE TRABALHO. INCAPACIDADE LABORAL. AUXÍLIO-DOENÇA CUSTEADO PELO INSS. BENEFÍCIO SUSPENSO. VALOR RELATIVO DA PERÍCIA. TUTELA ANTECIPADA. TRABALHADOR DE BAIXA RENDA. RISCO DE IRREVERSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DA MEDIDA. I - O juiz deve conceder a tutela antecipada, se presentes seus requisitos, ainda que haja risco de irreversibilidade da medida, quando esta visar à preservação da saúde e subsistência do autor e de seus familiares, em oposição à proteção do patrimônio da instituição previdenciária. II - A restrição à antecipação da tutela jurisdicional, em razão do risco de irreversibilidade da medida, deve ser interpretada com cautela, sopesando-se, com base no princípio da razoabilidade, os bens jurídicos que estão em disputa, devendo ser preservados aqueles mais intimamente ligados à dignidade da pessoa humana. III - Agravo desprovido.

Nº Processo 268112008
Acórdão 0813572009
Relator MARIA DAS GRAÇAS DE CASTRO DUARTE MENDES
Data 06/05/2009 00:00:00
Órgão SÃO LUÍS
Processo AGRAVO DE INSTRUMENTO

Ementa CONSTITUCIONAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO A PESSOA CARENTE. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER DO ESTADO DE PROVER AS CONDIÇÕES INDISPENSÁVEIS AO SEU PLENO EXERCÍCIO. MULTA IMPOSTA PELO DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO. VALOR EXCESSIVO. REDUÇÃO. ABUSO DO DIREITO DE RECORRER. INOCORRÊNCIA. I - A Constituição da República ao proclamar o direito a saúde, consectário máximo do direito fundamental à vida, assegurando-o como direito de todos e impondo ao Estado o respectivo dever de garantir sua preservação, nos moldes dos arts. 5º, caput e 196, imprimiu significação tal a esse bem jurídico, a ponto de não deixar dúvida acerca do dever do Estado de prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. II - As astreintes possuem caráter coercitivo, que deve agir de modo a estimular positivamente o obrigado ao cumprimento do comando judicial, não podendo, para que surta tal efeito, ser irrisória nem elevada, devendo ser reduzida quando aplicada em patamares que fogem à razoabilidade, sem prejuízo de sua majoração, a posteriori, em caso de resistência ao atendimento do comando decisório, conforme se depreende dos §§ 5º e 6º, do art. 461, do Código de Processo Civil. III - Acerca da aplicação de multa no valor de 1% (um por cento) sobre o valor da causa, nos termos do § 2º do art. 557 do CPC, sob a imputação de prática de abuso de recorrer, entendo que a mesma não deve incidir, posto que o desfecho do presente recurso resultará em seu parcial provimento, circunstância que evidencia a ausência da conduta atribuída ao Agravante. IV - Agravo de Instrumento conhecido e parcialmente provido.

Nº Processo 195342008
Acórdão 0816182009
Relator MARCELO CARVALHO SILVA
Data 14/05/2009 00:00:00
Órgão SÃO LUÍS
Processo APELAÇÃO CÍVEL

Ementa PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CAUTELAR INOMINADA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL CONTRA HOSPITAL PARTICULAR E O MUNICÍPIO DE SÃO LUÍS, VISANDO À PERMANÊNCIA DE PACIENTE IDOSO, EM ESTADO CRÍTICO DE SAÚDE, EM LEITO DE UNIDADE DE TERAPIA INTENSIVA (UTI). PRETENSÃO FORMULADA NO SENTIDO DE QUE O MUNICÍPIO DE SÃO LUÍS EFETUE O CUSTEIO DAS DESPESAS DECORRENTES DO TRATAMENTO MÉDICO-HOSPITALAR. FALECIMENTO DO PACIENTE NO DECORRER DA AÇÃO. SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO (ART. 267, VI, DO CPC). IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO SUCINTA. SUBSISTÊNCIA DO INTERESSE PROCESSUAL NO QUE TANGE À OBRIGAÇÃO ATRIBUÍDA AO ENTE MUNICIPAL. PROSSEGUIMENTO DO FEITO QUE SÉ IMPÕE. RECURSO PROVIDO. I - Conforme a dicção do art. 459, do Código de Processo Civil, em se tratando de sentença de extinção do processo, sem resolução do mérito, resta autorizada a adoção, pelo julgador, de fundamentação sucinta. II - Verificado que a pretensão deduzida na inicial não se ateve apenas ao pedido de manutenção do paciente em leito de hospital da rede particular de saúde, mas também ao pedido de custeio do referido tratamento médico-hospitalar pelo Município de São Luís, o fato

de ter ocorrido a morte do paciente no decorrer da ação não acarreta a extinção do processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC, por ausência de interesse processual superveniente. III - Com o evento morte, desapareceu, por óbvio, apenas o interesse processual do requerente na parte relativa ao pedido de permanência do paciente sob internação hospitalar. No entanto, o interesse processual permaneceu hígido quanto à segunda parte da postulação, qual seja, a de que seja determinada ao Município de São Luís a obrigação de custear as despesas decorrentes daquela internação. IV - Recurso provido.

Nº Processo 251462008
Acórdão 0784892008
Relator CLEONES CARVALHO CUNHA
Data 23/01/2009 00:00:00
Órgão SÃO LUÍS
Processo MANDADO DE SEGURANÇA
Ementa MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. PACIENTE PORTADORA DE NEOPLASIA MALIGNA NO RIM E PULMÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. IMPOSIÇÃO AO ESTADO DE FORNECER MEDICAMENTO. DEVER DE GARANTIR A SAÚDE - INTELIGÊNCIA DO ART. 196 DA CF/88. SEGURANÇA CONCEDIDA. I - O art. 196 não encerra faculdade, mas dever, obrigação, de garantir o direito à saúde de todos, de sorte que, não o fazendo voluntariamente, deve o Judiciário, em atenção ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, determinar ao ente federativo o cumprimento da missão de assegurar o direito líquido e certo à saúde de paciente com neoplasia maligna do rim e pulmão, através da imposição do fornecimento de medicamento indispensável ao tratamento da doença; II - segurança concedida.

Nº Processo 217172008
Acórdão 0780602008
Relator ANTONIO GUERREIRO JÚNIOR
Data 11/12/2008 00:00:00
Órgão SÃO LUÍS
Processo AGRAVO DE INSTRUMENTO
Ementa ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. I. Sendo o Sistema Único de Saúde (SUS) composto pela União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios, impõe-se o reconhecimento da responsabilidade solidária dos aludidos entes federativos, de modo que qualquer um deles tem legitimidade para figurar no pólo passivo das demandas que objetivam assegurar o acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros (AgRg no Ag 886.974/SC, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/09/2007, DJ 29/10/2007 p. 208). II. As próprias cópias juntadas pelo recorrente, de onde contam não só o laudo de médico competente atestando a enfermidade da agravada, bem como documentação do SUS (Laudo Médico de Tratamento Fora do Domicílio), garantem toda informação necessária concernente à concessão do auxílio. III. Quanto à impossibilidade de concessão de liminar de caráter satisfativo contra a Fazenda Pública, tenho que a exceção recai exatamente sobre as hipóteses de providências médicas urgentes, como no caso em exame. IV. Recurso desprovido.

Nº
Processo 199292008
Acórdão 0800332009
Relator JOSÉ STÉLIO NUNES MUNIZ
Data 20/04/2009 00:00:00
Órgão SÃO LUÍS
Processo AGRAVO DE INSTRUMENTO

Ementa AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO. DOENÇA GRAVE (CÂNCER). OBRIGAÇÃO DE DAR. MULTA. PRAZO EXÍGUO. MAJORAÇÃO. O Sistema Único de Saúde-SUS visa a integralidade da assistência à saúde, seja individual ou coletiva, devendo atender aos que dela necessitem em qualquer grau de complexidade, de modo que, restando comprovado o acometimento do indivíduo ou de um grupo por determinada moléstia, necessitando de determinado medicamento para debelá-la, este deve ser fornecido, de modo a atender ao princípio maior, que é a garantia à vida digna. Assim, configurada a necessidade do recorrente de ver atendida a sua pretensão posto que legítima e constitucionalmente garantida, resta assegurado o direito à saúde e, em última instância, à vida. A saúde, como de sabença, é direito de todos e dever do Estado. (STJ, Resp nº 950725/RS, DJ 18.06.08) Por outro lado, a decisão agravada no que pertine ao prazo assinado pelo juiz para fornecimento do medicamento, mostrou-se irrazoável e impossível de ser cumprida. Ora, sabido é que a Administração Pública, mesmo em casos de dispensa de licitação, percorre toda uma burocracia na aquisição de bens e serviços. Ainda que se reconheça a gravidade da doença do Agravado - câncer - irrecusável é que a Secretaria de Saúde do Estado do Maranhão, ainda que detenha verbas do SUS para atender esse tipo de encargo, não chega a ser uma farmácia. Nesse caso, seria exigir-se demais do Estado cumprir uma obrigação em prazo tão exíguo, qual seja, de 5 (cinco) dias. Agravo parcialmente provido para majorar para 30 (trinta dias) dias o prazo para o fornecimento do remédio.

Nº
Processo 196662008
Acórdão 0779992008
Relator JORGE RACHID MUBÁRACK MALUF
Data 12/12/2008 00:00:00
Órgão IMPERATRIZ
Processo AGRAVO DE INSTRUMENTO

Ementa AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEDIDA CAUTELAR. PAGAMENTO DE DESPESAS COM TRATAMENTO DE SAÚDE DE MENOR. RESPONSABILIDADE DA PREFEITURA MUNICIPAL. BLOQUEIO DE REPASSE DO SUS EM CONTA CORRENTE DO MUNICÍPIO. DESNECESSIDADE. I - É cabível e proporcional a determinação judicial para garantir o atendimento de paciente em UTI de hospital particular, na ausência de leito em hospital público, com imposição de multa ao Município caso não viabilize o cumprimento dessa medida. II - A obrigação de arcar com os custos deste tratamento são de responsabilidade do Poder Público, entretanto, o bloqueio das contas públicas não é providência indispensável ao cumprimento da medida imposta judicialmente, pois representaria dano às demais prestações de serviços públicos de saúde à coletividade. III - Agravo parcialmente provido.

Nº
Processo 172112008
Acórdão 0781612008
Relator MARIA DAS GRAÇAS DE CASTRO DUARTE MENDES
Data 15/12/2008 00:00:00

Órgão PEDREIRAS

Processo AGRAVO DE INSTRUMENTO

Ementa CONSTITUCIONAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO E MATERIAIS PARA TRAQUEOSTOMIA E GASTROSTOMIA À PESSOA CARENTE. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER DO ESTADO DE PROVER AS CONDIÇÕES INDISPENSÁVEIS AO SEU PLENO EXERCÍCIO. MULTA IMPOSTA PELO DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO. VALOR RAZOÁVEL. NÃO PROVIMENTO. I - A Constituição da República ao proclamar o direito a saúde, consectário máximo do direito fundamental à vida, assegurando-o como direito de todos e impondo ao Estado o respectivo dever de garantir sua preservação, nos moldes dos arts. 5º, caput e 196, atribuiu grande relevância a esse bem jurídico, a ponto de não deixar dúvida acerca do dever do Estado de prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. II - No caso em apreço, a multa diária de R\$ 500,00 (quinhentos reais) para a hipótese de descumprimento da decisão é razoável, devendo ser mantida. III - Agravo de Instrumento conhecido e não provido.

Nº

Processo 166942008

Acórdão 0768732008

Relator ANTONIO GUERREIRO JÚNIOR

Data 28/10/2008 00:00:00

Órgão SÃO LUÍS

Processo AGRAVO DE INSTRUMENTO

Ementa PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORNECIMENTO DE COMPOSTO ALIMENTAR. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. SAÚDE. TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL. DESCABIMENTO. RECURSO DESPROVIDO. I. Os direitos constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) e da saúde (art. 6º da CF) devem prevalecer frente à teoria da reserva do possível ou mesmo das interpretações extensivas ao demasiado das vedações infraconstitucionais insertas no art. 1º, § 3º, da Lei 8.437/92 c/c art. 1º da Lei 9.494/97. II. Recurso desprovido

Nº

Processo 161242008

Acórdão 0759872008

Relator ANTONIO GUERREIRO JÚNIOR

Data 25/09/2008 00:00:00

Órgão SÃO LUÍS

Processo AGRAVO DE INSTRUMENTO

Ementa PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. FAZENDA PÚBLICA. TUTELA ESPECÍFICA. GARANTIA DE TRATAMENTO FORA DE DOMICÍLIO. DEPÓSITO DE VERBAS PÚBLICAS. REQUISITOS AUTORIZADORES. PRESENÇA. CABIMENTO. RECURSO DESPROVIDO. I. O TFD - Tratamento Fora de Domicílio é um instrumento legal que permite, através do SUS - Sistema Único de Saúde -, o encaminhamento de pacientes a outras unidades de saúde, a fim de realizar tratamento médico, desde que esgotados todos os meios de tratamento na localidade de residência e caso haja possibilidade de cura total ou parcial, limitado ao período necessário e aos recursos orçamentários existentes. II. A negativa de tal benefício, presentes os seus requisitos autorizadores, gera risco à vida ou grave risco à saúde e viola direitos indisponíveis, pois vida e a saúde são bens jurídicos constitucionalmente tutelados em primeiro plano. III. Circunstância dos autos em que o depósito de valores concernentes ao custeio do TFD encontra respaldo no art. 461, §§, do CPC, autorizando o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, a determinar as medidas assecuratórias para o cumprimento da tutela específica. IV. O direito à saúde deve prevalecer sobre o princípio da impenhorabilidade dos recursos públicos. Nas palavras do Min. Teori Albino Zavascki,

pode-se ter por legítima, ante a omissão do agente estatal responsável pelo fornecimento do medicamento, a determinação judicial do bloqueio de verbas públicas como meio de efetivação do direito prevalente (REsp 840.912/RS, Primeira Turma, julgado em 15.2.2007, DJ 23.4.2007). V. Não há que se sujeitar os valores deferidos em antecipação de tutela ao regime de precatórios, pois seria o mesmo que negar a possibilidade de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, quando o Supremo Tribunal Federal apenas resguarda as exceções do art. 1º da Lei 9.494/97 (AgRg no REsp 935.083/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 02.08.2007, DJ 15.08.2007 p. 268). VI. Recurso desprovido.

Nº Processo 161232008
Acórdão 0801802009
Relator PAULO SÉRGIO VELTEN PEREIRA
Data 02/04/2009 00:00:00
Órgão SÃO LUÍS
Processo AGRAVO DE INSTRUMENTO
Ementa PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. LESÃO GRAVE OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO. CONCEITO INDETERMINADO. TRATAMENTO FORA DO DOMICÍLIO. ATO ADMINISTRATIVO. 1. O preenchimento do conceito legal indeterminado de lesão grave e de difícil reparação, de modo a autorizar o processamento e julgamento do agravo por instrumento, cabe ao relator, no caso concreto. 2. Decisão que não respeita o conjunto de opções legislativas e administrativas formuladas para custear tratamento de saúde fora do domicílio (TFD) regulamentado pelo Ministério da Saúde através da Portaria/SAS/Nº 55 de 24/2/1999 coloca em risco a continuidade das políticas de saúde pública, à medida que retira da Administração a possibilidade de organizar sua atividade. 3. Agravo conhecido e provido. Unanimidade.

Nº Processo 151492008
Acórdão 0822432009
Relator JAIME FERREIRA DE ARAÚJO
Data 10/06/2009 00:00:00
Órgão IMPERATRIZ
Processo AGRAVO DE INSTRUMENTO
Ementa CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. INEXISTÊNCIA DE ÔBICE À SUA CONCESSÃO. LIMINAR SATISFATIVA. REQUISITOS AUTORIZADORES DA MEDIDA DEMONSTRADOS. INTERNAÇÃO EM UNIDADE DE TERAPIA INTENSIVA INFANTIL. DIREITO À SAÚDE. GARANTIA CONSTITUCIONAL. BLOQUEIO DE VERBAS DO SUS. DESNECESSIDADE. IMPOSIÇÃO DE MULTA. I. Já se encontra superado, de há muito, o entendimento de não ser cabível a concessão de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, hipóteses restritas aos casos de reclassificação, equiparação, aumento ou extensão de vantagens pecuniárias de servidor público ou concessão de pagamento de vencimentos. II. A proibição de concessão de liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação (Lei 8.437/92, art. 1º, § 3º) deve ser interpretada conforme a Constituição, admitindo-se, em consonância com os princípios da razoabilidade, do devido processo legal substantivo, e da efetividade da jurisdição, seja deferida liminar satisfativa, ou antecipação de tutela parcialmente irreversível (CPC, art. 273, § 2º), quando tal providência seja imprescindível para evitar perecimento de direito. III. É dever do Estado, previsto no art. 196 [1] e seguintes da Constituição Federal, assegurar a saúde do cidadão, garantindo-lhe meios adequados de acesso ao tratamento médico, fornecendo-lhe, inclusive, acaso necessário, internação em UTI infantil. IV.

Comprovada a imprescindibilidade de internação em UTI infantil de determinado menor, este deve ser fornecida, de forma irrestrita, sendo que a negativa do Estado, em cumprir essa obrigação, implica ofensa ao direito à saúde, garantido constitucionalmente, bem como viola o Estatuto da Criança e do Adolescente. V. O bloqueio de recursos do SUS determinado para internação de uma única pessoa, além de prejudicar toda a coletividade, decerto que causa situação de total desordem no Município, não podendo o magistrado, em hipótese alguma, impor nova sanção ao ente público, qual seja, pagamento de multa, pois, ao assim proceder, estará penalizando-o duas vezes, o que é inadmissível em nosso sistema processual. VI. Agravo de instrumento conhecido e parcialmente provido tão-apenas para suspender o bloqueio de verba destinada ao recorrente pelo Ministério da Saúde, no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), em caso de ser necessária a internação compulsória em hospital particular para garantir os custos da internação.

Nº Processo 146262008
Acórdão 0757802008
Relator NELMA SARNEY COSTA
Data 11/09/2008 00:00:00
Órgão SÃO LUÍS
Processo AGRAVO DE INSTRUMENTO
Ementa AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA. MENOR NECESSITADO DE FORNECIMENTO DE LEITE ESPECIAL. DIREITO À SAÚDE. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS AO DEFERIMENTO DO EFEITO SUSPENSIVO. AGRAVO IMPROVIDO. I - Restou plenamente comprovado que os genitores do menor não possuem condição financeira para garantir as latas de leite especial ao Agravado, bem como ficou comprovado que é portador do vírus HIV, possui alergia alimentar, condição esta verificada através de laudo expedido por médica habilitada e apontado na decisão agravada; II - Não prospera a alegação do Agravante de que não constitui obrigação do Estado fornecer o leite na medida em que a Carta Magna, em seu artigo 196 dispõe que a saúde é direito de todos e o Estado tem o dever de promover ações preventivas ou de recuperação de quem dele necessite, garantindo, destarte, o respeito ao princípio da dignidade humana. III - Agravo improvido.

Nº Processo 135312008
Acórdão 0756452008
Relator MARCELO CARVALHO SILVA
Data 02/09/2008 00:00:00
Órgão SÃO LUÍS
Processo AGRAVO DE INSTRUMENTO
Ementa AGRAVO DE INSTRUMENTO. FAZENDA PÚBLICA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. PRESCRIÇÃO MÉDICA. PORTADORA DE DOENÇA GRAVE. IMPRESCINDIBILIDADE. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. BENS JURÍDICOS TUTELADOS EM PRIMEIRO PLANO. MULTA. RAZOABILIDADE. INOBSERVÂNCIA. REDUÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 461, §§ 5º E 6º, DO CPC. I - A negativa de fornecimento de medicamento, de uso imprescindível, cuja ausência gera risco à vida ou grave risco à saúde, é ato que, por si só, viola a Constituição Federal, pois vida e a saúde são bens jurídicos constitucionalmente tutelados em primeiro plano. II - Precedente do STJ (AgRg no REsp 935.083/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02.08.2007, DJ 15.08.2007, p. 268). III - Precedente desta Câmara (AI nº 18.026/2007 - SÃO LUÍS. ACÓRDÃO nº 70.068/2007. Rel. Des. MARCELO CARVALHO SILVA, Julgado em 11.12.2007, DJ 07.01.2008). IV - A multa possui caráter coercitivo, que deve agir de modo a estimular positivamente o obrigado ao cumprimento da ordem

judicial. Não poderá ser irrisória nem elevada, sob pena de não cumprir o seu escopo, devendo ser reduzida quando aplicada em patamares que fogem à razoabilidade, sem prejuízo de sua majoração, a posteriori, em caso de recalcitrância ao atendimento do comando da decisão agravada. Inteligência do art. 461, §§ 5º e 6º, do CPC. V - Agravo parcialmente provido.

Nº
Processo 160912009
Acórdão 0856942009
Relator RAIMUNDO FREIRE CUTRIM
Data 14/10/2009 00:00:00
Órgão Nao informada
Processo EMBARGOS DE DECLARAÇÃO
Ementa EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL EM SUSPENSÃO DE LIMINAR. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO NO REFERIDO ACÓRDÃO QUANTO A MATÉRIAS DE ORDEM CONSTITUCIONAL, MAIS PRECISAMENTE O ART. 196 DA CARTA MAGNA DE 1988, BEM COMO QUANTO AOS ARTS. 2º E 15 DA LEI N.º 8.080/90. REJEIÇÃO DOS EMBARGOS. 1. A omissão quanto a matérias de ordem constitucional, mais precisamente o art. 196 da carta magna de 1988, bem como quanto aos arts. 2º e 15 da lei n.º 8.080/90, refogem do âmbito da suspensão de liminar, que possui um espectro de cognição limitado à averiguação de possível lesão à ordem, a saúde, a segurança e a economia públicas. 2. Embargos rejeitados.

Processo 273942008
Acórdão 0785702009
Relator RAIMUNDO FREIRE CUTRIM
Data 10/02/2009 00:00:00
Órgão SÃO LUÍS
Processo AGRAVO REGIMENTAL
Ementa AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE LIMINAR EM AÇÃO CAUTELAR INOMINADA. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS PARA O CUMPRIMENTO DE DÍVIDA DECORRENTE DE TRAMENTO DE SAÚDE EM HOSPITAL DA REDE PARTICULAR. FALTA DE VAGA NO SISTEMA DE SAÚDE PÚBLICO DO MUNICÍPIO. REQUISITOS NÃO CARACTERIZADOS PARA CONFERIR LEGITIMIDADE AO QUE SE PROPÕE NOS TERMOS DA VIA ELEITA. OCORRÊNCIA DO EFEITO MULTIPLICADOR. IMPROVIMENTO.

Nº
Processo 273952008
Acórdão 0773572008
Relator RAIMUNDO FREIRE CUTRIM
Data 27/11/2008 00:00:00
Órgão SÃO LUÍS
Processo AGRAVO REGIMENTAL
Ementa AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. MUNICÍPIO. TRATAMENTO À SAÚDE. INTERNAÇÃO EM HOSPITAL PARTICULAR. CUSTEIO DE DESPESAS POR PARTE DO ESTADO. LESÃO À ECONOMIA PÚBLICA. EFEITO MULTIPLICADOR. I - Muito embora o efeito multiplicador não se inclua no rol das lesões tuteladas pelo artigo 4º da Lei n.º 8.437/92, a manutenção da decisão de origem possibilita a proliferação de ações idênticas em desfavor do Estado do Maranhão no sentido de que qualquer pessoa, em situação de delicada saúde, ingressasse no

Judiciário e, escolhendo o hospital particular, forçasse o Estado do Maranhão a proceder a sua devida internação, arcando com todos os custos dela provenientes III - Agravo regimental a que se nega provimento.

Nº
Processo 46902008
Acórdão 0750312008
Relator NELMA SARNEY COSTA
Data 03/09/2008 00:00:00
Órgão SÃO LUÍS
Processo MANDADO DE SEGURANÇA
Ementa CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. LICENÇA MÉDICA PARA TRATAMENTO DE SAÚDE. PRELIMINARES DE INÉPCIA DA INICIAL E FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL REJEITADAS. QUADRO CLÍNICO DE DEPRESSÃO RECORRENTE, MANIFESTAÇÃO DE PAVOR, INSÔNIA, STRESS E OBESIDADE MÓRBIDA. COMPROVAÇÃO POR EXAME MÉDICO REALIZADO POR JUNTA MÉDICA OFICIAL DO ESTADO DO MARANHÃO. NECESSIDADE DE AFASTAMENTO DAS FUNÇÕES. ATO ADMINISTRATIVO VINCULADO. IMPOSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO DE CRITÉRIOS DE OPORTUNIDADE E CONVENIÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA À UNANIMIDADE DE VOTOS PARA LEGITIMAR O AFASTAMENTO DO IMPETRANTE PELO PRAZO DE 60 DIAS A CONTAR DE 07 DE MARÇO DE 2008. I - O ato administrativo de concessão de licença médica é vinculado, pois não pode ficar dependente de requisitos de conveniência e oportunidade. Ao contrário, atrela-se de forma inarredável ao laudo emitido por corpo médico qualificado, bem como à legislação aplicável à espécie. II - Ainda que o pedido de licença para tratamento de saúde seja referente a período pretérito, deve esta ser concedida no período em que o laudo médico apontar como necessário o afastamento do requerente, quando ainda não findo o processo instaurado para esse fim. III - Ordem concedida à unanimidade de votos.

Nº
Processo 61712009
Acórdão 0830532009
Relator ANTONIO GUERREIRO JÚNIOR
Data 27/07/2009 00:00:00
Órgão SÃO LUÍS
Processo AGRAVO DE INSTRUMENTO
Ementa PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONCESSÃO DE LIMINAR SEM A OITIVA DO PODER PÚBLICO. ART. 2º DA LEI 8.437/92. NULIDADE. OFENSA À SEPARAÇÃO DOS PODERES. ESGOTAMENTO DO OBJETO. IRREVERSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 273, §2º, DO CPC. I. É nula a liminar concedida contra pessoa jurídica de direito público sem a observância da sua oitiva prévia (art. 2º da Lei 8.437/92). Precedentes do STJ (REsp 667.939/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/03/2007, DJ 13/08/2007 p. 355). II. Circunstância dos autos em que a decisão agravada revela interferência judicial ofensiva aos princípios da separação dos poderes (art. 2º, CF) e do poder discricionário da Administração Pública para elaborar políticas públicas, sobretudo quanto à escolha de tais e quais famílias beneficiárias de projetos sociais decorrentes de normas programáticas. III. A decisão de base possui nota de satisfatividade relevante ao ponto de tornar praticamente irreversível o provimento antecipatório, violando o disposto no art. 273, §2º, do CPC, esgotando o objeto de uma ação tão delicada e complexa antes de, a meu ver, configurar-se o amadurecimento dos meandros fáticos e jurídicos necessários à elucidação da controvérsia. IV. Agravo de instrumento provido.

Nº Processo 81452008

Acórdão 0752962008
Relator CLEONES CARVALHO CUNHA
Data 17/09/2008 00:00:00
Órgão SÃO LUÍS
Processo AGRAVO DE INSTRUMENTO
Ementa CONSTITUCIONAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE DAR. IMPOSIÇÃO AO ESTADO DO MARANHÃO DO PAGAMENTO DOS CUSTOS RELATIVOS AO DESLOCAMENTO E ESTADA DE MENOR QUE SERÁ SUBMETIDA A TRATAMENTO MÉDICO EM SÃO PAULO/SP. DEVER DE GARANTIR A SAÚDE - INTELIGÊNCIA DO ART. 196 DA CF/88. NÃO PROVIMENTO. I - Sendo a saúde direito de todos e dever do Estado, garantido, sempre, através de políticas públicas, sociais e econômicas, não pode o Poder Público esquivar-se de seu dever constitucional, transformando o direito à saúde em inseqüente promessa constitucional; II - o art. 196 não encerra faculdade, mas sim dever, obrigação, de garantir o direito à saúde a todos, de sorte que, não o fazendo voluntariamente, deve o Judiciário, em atenção ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, impor ao ente federativo o cumprimento da missão de assegurar a saúde da recorrida; III - o Poder Público não pode escapar do cumprimento da aludida tarefa constitucional por meio de mera evocação da reserva do economicamente possível, sem demonstrar a efetiva carência de recursos financeiros; IV - agravo não provido.

Nº Processo 212122007
Acórdão 0733532008
Relator MARCELO CARVALHO SILVA
Data 14/05/2008 00:00:00
Órgão ARAIOSES
Processo AGRAVO DE INSTRUMENTO
Ementa AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE. DEVER DO MUNICÍPIO. RESERVA DO POSSÍVEL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. I - O cidadão, é certo, faz jus à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, enfim, a todas as prerrogativas previstas no artigo 6º da Constituição Federal, que devem ser proporcionadas pelo Estado a toda a sociedade. II - Ocorre, contudo, que tal obrigação tem caráter genérico, devendo ser implantada através de políticas públicas. O Poder Público não pode destinar seus recursos a cada integrante da sociedade individualmente considerado. Imaginar o contrário ensejaria a falência da máquina estatal, o que, como consectário lógico, deixaria a coletividade a mercê de sua própria sorte. III - Com efeito, a Administração Pública não pode ser obrigada a proporcionar gratuitamente, a cada indivíduo, a totalidade dos direitos sociais. Por tal motivo, o legislador de 1988 idealizou o Sistema Previdenciário, norteado, como é sabido, pelo Princípio da Contributividade.

Nº Processo 175242007
Acórdão 0701172007
Relator MARCELO CARVALHO SILVA
Data 07/01/2008 00:00:00
Órgão SÃO LUÍS
Processo AGRAVO DE INSTRUMENTO
Ementa AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. RESERVA DO POSSÍVEL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. I - O cidadão, é certo, faz jus à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, enfim, a todas as

prerrogativas previstas no artigo 6º da Constituição Federal, que devem ser proporcionadas pelo Estado a toda a sociedade. II - Ocorre, contudo, que tal obrigação tem caráter genérico, devendo ser implantada através de políticas públicas. O Poder Público não pode destinar seus recursos a cada integrante da sociedade individualmente considerado. Imaginar o contrário ensejaria a falência da máquina estatal, o que, como consectário lógico, deixaria a coletividade a mercê de sua própria sorte. III - Com efeito, a Administração Pública não pode ser obrigada a proporcionar gratuitamente, a cada indivíduo, a totalidade dos direitos sociais. Por tal motivo, o legislador de 1988 idealizou o Sistema Previdenciário, norteado, como é sabido, pelo Princípio da Contributividade. IV - Agravo conhecido e provido.

Nº Processo 413622005
Acórdão 0660902007
Relator JAMIL DE MIRANDA GEDEON NETO
Data 15/05/2007 00:00:00
Órgão SÃO LUÍS
Processo APELAÇÃO CÍVEL
Ementa Constitucional. Apelação Cível. Ação Civil Pública. Disponibilização e ampliação do número de leitos de UTI aos usuários do Sistema Único de Saúde (SUS). Estado e Município. Intervenção do Poder Judiciário no controle da discricionariedade da Administração. Direito fundamental. Materialização. Princípio da inafastabilidade da jurisdição. Legitimidade passiva e competência. Não foge à esfera de competência da Justiça Estadual ação proposta para adequar o número de leitos de Unidade de Terapia Intensiva às orientações do Ministério da Saúde, vez que o Sistema Único de Saúde possui atuação descentralizada em cada esfera de governo, sendo de incumbência do Estado e do Município a concretização das metas estabelecidas para a saúde de sua população, não havendo que se falar em necessidade ou legitimidade da União Federal para intervir no feito, mormente quando não se discute no processo o repasse de verbas federais do SUS, mas sim, a sua correta e concreta aplicação na saúde da população. A atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas voltadas à implementação do direito à saúde de forma satisfatória à população não configura hipótese de usurpação de poder ou função pública, tendo em vista que a materialização de um direito fundamental não se encontra no âmbito de discricionariedade administrativa, mas sim de obediência à força vinculante de que é dotada a Constituição. Aplicação do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CF). Recursos conhecidos e parcialmente providos

Nº Processo 230712004
Acórdão 0534952005
Relator NELMA SARNEY COSTA
Data 15/03/2005 00:00:00
Órgão SÃO LUÍS
Processo MANDADO DE SEGURANÇA
Ementa CONSTITUCIONAL - MANDADO DE SEGURANÇA - GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS À PRESTAÇÃO MATERIAL - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PARA DOENÇA CRÔNICA - HEPATITE C, GENÓTIPO 3 A - IMPOSSIBILIDADE DE ATO NORMATIVO DO MINISTÉRIO DA SAÚDE CRIAR DISTINÇÃO DESARRAZOADA ENTRE DOENTES PARA EFEITO DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - PREPONDERÂNCIA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA - SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO. - ORDEM CONCEDIDA À UNANIMIDADE. I -. O Estado é obrigado a efetivar políticas públicas que visem garantir a saúde de seus jurisdicionados, possibilitando o pleno desenvolvimento da capacidade humana, ex vi do art. 196 da Carta Magna. II - É certo que a Constituição Federal, por encontrar-se

no ápice do ordenamento jurídico nacional, deve prevalecer ante normas de hierarquia inferior. Desta feita, não se pode conceber como escoreito e válido, ato normativo do Ministério da Saúde que obste a entrega de medicamento necessário para o tratamento de portador da doença crônica Hepatite C, com base em critérios que ferem o princípio da isonomia. III- Se o tratamento de saúde é necessário e o doente não possui condições sócio-econômicas de arcar com seus custos, deve o Estado proporcionar, dentro do possível, a efetivação da mencionada norma Constitucional prevista no art. 196. IV - Ordem concedida à unanimidade de votos.

Nº
Processo 258082003
Acórdão 0533052005
Relator CLEONES CARVALHO CUNHA
Data 17/03/2005 00:00:00
Órgão SÃO LUÍS
Processo AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
Ementa CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL N.º 098/1997. POLÍTICA MUNICIPAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. FUNDO PARA A INFÂNCIA E ADOLESCÊNCIA. ARTS. 11, "a" E 31. VINCULAÇÃO DIRETA DE PERCENTUAL AO FPM. ABERTURA DE CRÉDITO ESPECIAL. AFRONTA AO ART. 138, IV, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO. AUTONOMIA DO ENTE MUNICIPAL PRA IMPLEMENTAÇÃO DO ORÇAMENTO NO DESENVOLVIMENTO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS. NÃO PROCEDÊNCIA. I - O FPM, apesar de ter origem do repasse dos impostos, é de natureza orçamentária e não tributária, pois a partir do momento que integram o Fundo, transmutam-se em receita orçamentária do ente municipal; II - a vinculação vedada pelo legislador constitucional, no art. 138, IV, da Constituição Estadual, baliza as pessoas públicas que têm competência para instituir impostos, e não afeta o Município que se beneficia do repasse de impostos da União e do Estado; III - o município, como ente federativo que é, fica responsável pela destinação de sua verba orçamentária, no intuito de assegurar a implementação das políticas públicas sociais, sob pena de, não o fazendo, engessar essa autonomia assegurada constitucionalmente; IV - independentemente de qualquer lei municipal, o Município é obrigado a disponibilizar tanto ao Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente, quanto ao Conselho Tutelar, verbas para a instalação e desempenho de atividades, implementando o desenvolvimento de políticas que visem à proteção e a defesa das crianças e dos adolescentes, nos termos do preconizado na CF/88, na Constituição Estadual do Maranhão e, especificamente, no ECA; V - não procedência.

Nº
Processo 240192008
Acórdão 0779862008
Relator PAULO SÉRGIO VELTEN PEREIRA
Data 31/12/2008 00:00:00
Órgão IMPERATRIZ
Processo AGRAVO DE INSTRUMENTO
Ementa PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ESPECÍFICA. INTERNAÇÃO HOSPITALAR. BLOQUEIO DE VERBA PÚBLICA. DESNECESSIDADE. DIREITO À SAÚDE. POLÍTICAS PÚBLICAS UNIVERSAIS. 1. O bloqueio de verba pública não constitui resultado prático equivalente à tutela específica de internação hospitalar, transmudando-se em indevido meio coercitivo de cumprimento de dever estatal. 2. O direito de acesso à saúde assegurado no art. 196 da Constituição Federal deve ser efetivado por meio de políticas públicas universais e igualitárias e não mediante a contemplação de situações individualizadas. 3. Agravo conhecido e provido.

Nº 83222009
Processo
Acórdão 0817212009
Relator NELMA SARNEY COSTA
Data 26/05/2009 00:00:00
Órgão SÃO LUÍS
Processo AGRAVO REGIMENTAL
Ementa MANDADO DE SEGURANÇA. AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO QUE DEFERIU A LIMINAR PARA CONCESSÃO DE MEDICAMENTO. DEVER DO ESTADO. MÍNIMO EXISTENCIAL DEVE PREVALECER SOBRE A RESERVA DO POSSÍVEL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. IMPROVIMENTO DO RECURSO À UNANIMIDADE DE VOTOS. I - O presente Agravo Regimental tem por escopo desconstituir decisão que CONCEDEU liminar no bojo do Mandado de Segurança nº 006006-2009. II- Quando da análise da liminar pleiteada, houve a demonstração cabal da presença dos requisitos autorizadores para concessão da medida pleiteada. III- Direito a saúde é dever do estado estabelecido na Carta Magna. IV- Mínimo existencial e dignidade da pessoa humana que devem prevalecer sobre o Princípio da Reserva do Possível. IV- Improvimento do recurso à unanimidade de votos.

Nº Processo 310732008
Acórdão 0816282009
Relator ANTONIO GUERREIRO JÚNIOR
Data 20/05/2009 00:00:00
Órgão SÃO LUÍS
Processo AGRAVO DE INSTRUMENTO
Ementa DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA. FAZENDA PÚBLICA. PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES. POSSIBILIDADE. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. BENS MÁXIMOS E DE PROTEÇÃO IMPOSTERGÁVEL. TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL. INAPLICABILIDADE. RECURSO DESPROVIDO. I. É possível a aplicação de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, desde que cumpridos os seus requisitos, conforme jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça. II. A Teoria da Reserva do Possível não é aplicável, em se tratando de direito à vida e saúde, vez que são bens máximos e de proteção imposterável. III. Agravo de instrumento desprovido.

Nº Processo 284922008
Acórdão 0789252009
Relator CLEONES CARVALHO CUNHA
Data 03/02/2009 00:00:00
Órgão SÃO LUÍS
Processo AGRAVO DE INSTRUMENTO
Ementa PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO COMINATÓRIA COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. IMPOSIÇÃO AO ESTADO DO CUSTEIO DE TRATAMENTO FORA DO DOMICÍLIO. PACIENTE RECÉM-TRANSPLANTADA DE MEDULA ÓSSEA. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER DE GARANTIR A SAÚDE - INTELIGÊNCIA DO ART. 196 DA CF/88. IMPROVIMENTO. I - A vida e a saúde resultam da consagração da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil; II - o art. 196 não encerra faculdade, mas sim dever, obrigação, de garantir o direito à saúde de todos, de sorte que, não o fazendo voluntariamente, deve o Judiciário, em atenção ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, impor a ente federativo o cumprimento da missão de assegurar a saúde de paciente recém-transplantada

de medula óssea, inclusive com fornecimento de transporte e ajuda de custo, para quem tratamento somente possa ser realizado em centros dotados de maiores recursos técnicos (TFD); III - o Poder Público não pode escapar do cumprimento da aludida tarefa constitucional por meio de mera evocação da reserva do economicamente possível, sem demonstrar a efetiva carência de recursos financeiros; IV - agravo de instrumento não provido.

#5

Nº Processo 190322008
Acórdão 0763222008
Relator CLEONES CARVALHO CUNHA
Data 16/10/2008 00:00:00
Órgão IMPERATRIZ
Processo AGRAVO DE INSTRUMENTO
Ementa PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CAUTELAR. MEDIDA LIMINAR. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. IMPOSIÇÃO AO MUNICÍPIO DO CUSTEIO DE ATENDIMENTO MÉDICO-HOSPITALAR EM UTI. DEVER DE GARANTIR A SAÚDE - INTELIGÊNCIA DO ART. 196 DA CF/88. BLOQUEIO DE VERBA PÚBLICA. DESCABIMENTO PROVIMENTO PARCIAL. I - A vida e a saúde resultam da consagração da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil; II - o art. 196 não encerra faculdade, mas dever, obrigação, de garantir direito à saúde de todos, de sorte que, não o fazendo voluntariamente, deve o Judiciário, em atenção ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, impor a ente federativo o cumprimento da missão de assegurar a saúde de paciente com problemas respiratórios e renais graves, através da imposição do custeio de atendimento médico-hospitalar em UTI de hospital particular; III - verificado-se presentes o fumus boni iuris e o periculum in mora, faz-se imperiosa a manutenção da medida cautelar que determina ao ente municipal, liminarmente, a obrigação de custear atendimento médico-hospitalar de paciente grave em UTI de hospital particular; IV - o Poder Público não pode escapar do cumprimento da aludida tarefa constitucional por meio de mera evocação da reserva do economicamente possível, sem demonstrar a efetiva carência de recursos financeiros; V - bloqueio de verbas públicas é providência dispensável ao cumprimento de decisão judicial que contém previsão de astreintes, mormente quando há possibilidade de causar dano às demais prestações de serviços públicos de saúde à coletividade; VI - agravo de instrumento parcialmente provido.

Nº Processo 166942008
Acórdão 0768732008
Relator ANTONIO GUERREIRO JÚNIOR
Data 28/10/2008 00:00:00
Órgão SÃO LUÍS
Processo AGRAVO DE INSTRUMENTO
Ementa PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORNECIMENTO DE COMPOSTO ALIMENTAR. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. SAÚDE. TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL. DESCABIMENTO. RECURSO DESPROVIDO. I. Os direitos constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) e da saúde (art. 6º da CF) devem prevalecer frente à teoria da reserva do possível ou mesmo das interpretações extensivas ao demasiado das vedações infraconstitucionais insertas no art. 1º, § 3º, da Lei 8.437/92 c/c art. 1º da Lei 9.494/97. II. Recurso desprovido.

Nº
Processo 30712008
Acórdão 0806472009
Relator ANILDES DE JESUS BERNARDES CHAVES CRUZ
Data 15/04/2009 00:00:00
Órgão SÃO LUÍS
Processo AGRAVO DE INSTRUMENTO
Ementa PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO ORDINÁRIA - TUTELA ANTECIPADA - FAZENDA PÚBLICA - ASSISTÊNCIA À SAÚDE - POSSIBILIDADE (EX VI DO ART. 1º DA LEI N.º 8.437/92 E ART. 1º DA LEI N.º 9.494/97) - NÃO OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES OU RESERVA DO POSSÍVEL - TRATAMENTO DE URGÊNCIA - DIREITO FUNDAMENTAL - INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO - OBRIGAÇÃO DE FAZER (CPC, ART. 461, § 4º) - COMINAÇÃO DE MULTA - PATAMAR RAZOÁVEL. I - No caso em tela, cabe ser ressaltado que a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, revelou-se plenamente possível, uma vez que, o bem aqui tutelado, ou seja, a saúde, a vida, encontra-se fora do rol taxativo disposto no artigo 1º da Lei 8.437/92 e artigo 1º da Lei 9.494/97. II - Por outro lado, a decisão ora agravada, não representa ofensa ao princípio da separação dos poderes, do devido processo legal, da legalidade ou mesmo da reserva do possível. Ao contrário, visa assegurar direito fundamental do cidadão (CF, art. 196/197), porquanto, o intuito maior da Carta Magna foi o de assegurar a todo cidadão, independentemente de sua condição econômica e social, o direito à saúde, impondo, para tanto, ao estado, o dever constitucional de garantir, por meio de políticas sociais e econômicas, ações que possam permitir a todos o acesso à assistência médica e farmacológica, de onde o juiz não estará violando o princípio da "separação de poderes", mas, exercendo a função jurisdicional que lhe é atribuída, a qual dentre outros ideais consagra que: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito - XXXV, art. 5º, da CF/88". III - Por fim, em relação à pena multa por descumprimento da obrigação imposta, no valor de R\$ 300,00 (trezentos reais) diários, entendemos que a mesma fora fixada de maneira razoável e compatível para os fins a que se destina, vez que a finalidade não é o enriquecimento sem causa do beneficiado, mas o cumprimento imediato da respectiva obrigação de fazer. IV- Recurso conhecido e improvido. Unânime.

Nº
Processo 98012005
Acórdão 0556092005
Relator NELMA SARNEY COSTA
Data 12/07/2005 00:00:00
Órgão VITORINO FREIRE
Processo APELAÇÃO CÍVEL
Ementa APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - PRELIMINAR DE NULIDADE DE SENTENÇA - REJEITADA - MATADOURO PÚBLICO - PERIGO À SAÚDE DA POPULAÇÃO - REFORMA - APELO IMPROVIDO I - O matadouro não é um prédio que demanda maiores dispêndios para sua construção e manutenção, pode se dizer que é facilmente construído e administrado, tendo o apelado apenas a obrigação de efetivar reforma adequando ao seu orçamento. II - Restaram devidamente comprovadas as irregularidades, oriundas de manifesta omissão da autoridade administrativa municipal, não havendo, portanto, como negar que a saúde pública e o meio ambiente da Municipalidade estão agressivamente expostos, notadamente quanto a possibilidade de disseminar e favorecer doenças, o que releva a necessidade de realização de reforma. III - Apelo improvido.

Nº Processo 147522009
Acórdão 0848742009
Relator CLEONES CARVALHO CUNHA
Data 15/09/2009 00:00:00
Órgão IMPERATRIZ
Processo AGRAVO DE INSTRUMENTO
Ementa PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CAUTELAR. MEDIDA LIMINAR. SATISFATIVIDADE DA MEDIDA. INOCORRÊNCIA. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. MANUTENÇÃO DE TRATAMENTO EM UTI DE REDE HOSPITALAR PÚBLICA OU PRIVADA. DIREITO DE MENOR. DEVER DO estado. BLOQUEIO DE CONTAS PÚBLICAS MUNICIPAIS. AUTORIZAÇÃO DE LEVANTAMENTO. MEDIDA DESARRAZOADA. PROVIMENTO PARCIAL. I - A vedação de liminar contra atos do poder público que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação, é regra relativa, sobretudo quando se confronta com o direito à vida, de sorte que admissível se afigura, em caráter excepcional, o deferimento de medida satisfativa contra a Fazenda Pública. Precedentes do STJ; II - a vida e a saúde resultam da consagração da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil; III - bloqueio de verbas públicas é providência dispensável ao cumprimento de decisão judicial que contém previsão de astreintes, mormente quando há possibilidade de causar dano às demais prestações de serviços públicos de saúde à coletividade; IV - agravo de instrumento parcialmente provido.

Nº Processo 83222009
Acórdão 0817212009
Relator NELMA SARNEY COSTA
Data 26/05/2009 00:00:00
Órgão SÃO LUÍS
Processo AGRAVO REGIMENTAL
Ementa MANDADO DE SEGURANÇA. AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO QUE DEFERIU A LIMINAR PARA CONCESSÃO DE MEDICAMENTO. DEVER DO estado. MÍNIMO EXISTENCIAL DEVE PREVALECER SOBRE A RESERVA DO POSSÍVEL. dignidade DA PESSOA HUMANA.IMPROVIMENTO DO RECURSO À UNANIMIDADE DE VOTOS. I - O presente Agravo Regimental tem por escopo desconstituir decisão que CONCEDEU liminar no bojo do Mandado de Segurança nº 006006-2009. II- Quando da análise da liminar pleiteada, houve a demonstração cabal da presença dos requisitos autorizadores para concessão da medida pleiteada. III- Direito a saúde é dever do estado estabelecido na Carta Magna. IV- Mínimo existencial e dignidade da pessoa humana que devem prevalecer sobre o Princípio da Reserva do Possível. IV- Improvimento do recurso à unanimidade de votos.

Nº Processo 60062009
Acórdão 0854922009
Relator NELMA SARNEY COSTA
Data 05/10/2009 00:00:00
Órgão SÃO LUÍS
Processo MANDADO DE SEGURANÇA
Ementa CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E

CERTO DEMONSTRADO. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E À VIDA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. DOENÇA DEGENERATIVA. dignidade HUMANA. CONCESSÃO DA SEGURANÇA. I- A ordem constitucional vigente, em seu art.196, consagra o direito à saúde como dever do estado, que deve propiciar aos hipossuficientes o tratamento mais adequado e eficaz, capaz de ofertar ao enfermo maior dignidade e menor sofrimento. II-A Impetrante demonstrou a necessidade de utilizar o medicamento ENBREL , da forma indicada pelo médico. III-O cunho impositivo da norma cogente esculpida no art.196 da Constituição da República, aliado à urgência que o caso requer, determinam a obrigatoriedade do fornecimento pelo estado da medicação requerida. IV-Mandado de Segurança concedido.

Nº Processo 23132009
Acórdão 0831732009
Relator CLEONES CARVALHO CUNHA
Data 22/07/2009 00:00:00
Órgão SÃO MATEUS
Processo AGRAVO DE INSTRUMENTO
Ementa PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE SUPLEMENTO ALIMENTAR ESPECIAL PELO ENTE FEDERATIVO ESTATAL. NEGATIVA. DIREITO A SAÚDE E ALIMENTOS. PRINCÍPIO DA dignidade DA PESSOA HUMANA. AFRONTA COMPROVADA. TUTELA ANTECIPADA. DEFERIMENTO. CONFIRMAÇÃO. PROVIMENTO PARCIAL. I - Presentes os requisitos autorizadores da tutela antecipada concedida pelo juízo a quo, imperiosa torna-se a manutenção da decisão hostilizada até o final da contenda; II - o dispositivo inserto no art. 196 da CF/88 preconiza que a saúde é direito de todos e dever do estado, cabendo a este, portanto, resguardá-lo, sob pena de afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana; III - tratando-se de menor com rejeição alimentar comprovada, deve o Poder Público assegurar-lhe, com absoluta prioridade, o fornecimento de leite especial, ante a necessidade de dar efetividade à tutela do direito à vida e à saúde constitucionalmente assegurados e conforme determina o art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente; IV - agravo provido parcialmente.

Nº Processo 284922008
Acórdão 0789252009
Relator CLEONES CARVALHO CUNHA
Data 03/02/2009 00:00:00
Órgão SÃO LUÍS
Processo AGRAVO DE INSTRUMENTO
Ementa PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO COMINATÓRIA COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. IMPOSIÇÃO AO estado DO CUSTEIO DE TRATAMENTO FORA DO DOMICÍLIO. PACIENTE RECÉM-TRANSPLANTADA DE MEDULA ÓSSEA. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER DE GARANTIR A SAÚDE - INTELIGÊNCIA DO ART. 196 DA CF/88. IMPROVIMENTO. I - A vida e a saúde resultam da consagração da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil; II - o art. 196 não encerra faculdade, mas sim dever, obrigação, de garantir o direito à saúde de todos, de sorte que, não o fazendo voluntariamente, deve o Judiciário, em atenção ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, impor a ente federativo o cumprimento da missão de assegurar a saúde de paciente recém-transplantada de medula óssea, inclusive com fornecimento de transporte e ajuda de custo, para quem tratamento somente possa ser realizado em centros dotados de maiores recursos técnicos (TFD); III - o Poder Público não pode escapar do cumprimento da aludida tarefa constitucional por meio de mera

evocação da reserva do economicamente possível, sem demonstrar a efetiva carência de recursos financeiros; IV - agravo de instrumento não provido.

Nº Processo 241912008
Acórdão 0850052009
Relator ANILDES DE JESUS BERNARDES CHAVES CRUZ
Data 22/10/2009 00:00:00
Órgão SÃO LUÍS
Processo AGRAVO DE INSTRUMENTO
Ementa CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - PRELIMINARES - IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA CONTRA O estado - INOCORRENTE - PERÍCULUM IN MORA REVERSO - INOBSERVADO - MÉRITO - DEVER DO estado FORNECER MEDICAMENTO EXCEPCIONAL DE ELEVADO CUSTO. I. As disposições do art. 2º-B, da Lei nº 9.494/1997, não têm aplicação no vertente caso, haja vista que no confronto entre o Princípio da Supremacia do estado e o Princípio da dignidade da Pessoa Humana, é indene de dúvidas que este deve sobrepujar aquele. II. As ações estatais atinentes à saúde englobam tanto ações gerais, a exemplo das campanhas de vacinação, como as individualizadas, como a Farmácia Estadual de Medicamentos Excepcionais - FEME, vinculada à Secretaria Estadual de Saúde, pelo que, entendo que não pode o agravante se esquivar do dever de fornecer o medicamento em questão. Inexiste, pois, periculum in mora reverso. III. Tendo sido provada a imprescindibilidade do tratamento medicamentoso à base de CELLCEP (MICOFENOLATO MOFETIL), resta configurado o direito da agravada à o dioato abusivo da autoridade coatora contra o direito líquido e certo da impetrante ao tratamento de saúde, pelo que há que se conceder a ordem pleiteada. III - Recurso parcialmente provido. Unânime.

Nº Processo 146262008
Acórdão 0757802008
Relator NELMA SARNEY COSTA
Data 11/09/2008 00:00:00
Órgão SÃO LUÍS
Processo AGRAVO DE INSTRUMENTO
Ementa AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA. MENOR NECESSITADO DE FORNECIMENTO DE LEITE ESPECIAL. DIREITO À SAÚDE. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS AO DEFERIMENTO DO EFEITO SUSPENSIVO. AGRAVO IMPROVIDO. I - Restou plenamente comprovado que os genitores do menor não possuem condição financeira para garantir as latas de leite especial ao Agravado, bem como ficou comprovado que é portador do vírus HIV, possui alergia alimentar, condição esta verificada através de laudo expedido por médica habilitada e apontado na decisão agravada; II - Não prospera a alegação do Agravante de que não constitui obrigação do estado fornecer o leite na medida em que a Carta Magna, em seu artigo 196 dispõe que a saúde é direito de todos e o estado tem o dever de promover ações preventivas ou de recuperação de quem dele necessite, garantindo, destarte, o respeito ao princípio da dignidade humana. III - Agravo improvido.

Nº Processo 143142008
Acórdão 0769262008
Relator MARCELO CARVALHO SILVA
Data 23/10/2008 00:00:00
Órgão SÃO LUÍS

Processo APELAÇÃO CÍVEL
Ementa PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. AJUDA DE CUSTO PARA DESLOCAMENTO COM TRATAMENTO MÉDICO FORA DO DOMICÍLIO DO PACIENTE. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA dignidade HUMANA. PAGAMENTO MENSAL DESVINCULADO DO DESLOCAMENTO. DESPROPORCIONALIDADE. DESCABIMENTO DE ASTREINTE NA OBRIGAÇÃO DE PAGAR QUANTIA CERTA PELA FAZENDA PÚBLICA. I - As despesas permitidas pelo tratamento fora do domicílio são aquelas relativas a transporte aéreo, terrestre e fluvial; diárias para alimentação e pernoite para paciente e acompanhante, devendo ser autorizadas de acordo com a disponibilidade orçamentária do Município/estado (artigo 4º da Portaria do Ministério da Saúde/SAS/nº 55, de 24 de fevereiro de 1999). II - A ajuda de custo, na forma que foi pleiteada pelo apelado, de pagamento mensal, dissociada da cobertura de despesas com efetivo deslocamento, se afigura a um pedido de pensão, em manifesta desproporcionalidade ao fundamento do pedido. III - Na hipótese genérica de obrigação de pagar quantia certa, predomina o entendimento de que a multa diária, como meio executivo de coação, é aplicável, atuando sobre a vontade do demandado a fim de compeli-lo a satisfazer, ele próprio, a obrigação decorrente da decisão judicial. Em se tratando da Fazenda Pública, qualquer obrigação de pagar quantia, ainda que decorrente da conversão de obrigação de fazer ou de entregar coisa, está sujeita a rito próprio (CPC, art. 730 do CPC e CF, art. 100 da CF). Precedentes do STJ: REsp n. 784.188/RS, relator Ministro Teori Zavascki, DJ de 14.11.2005. IV - Apelação parcialmente provida.

Nº Processo 123572008
Acórdão 0763712008
Relator CLEONES CARVALHO CUNHA
Data 16/10/2008 00:00:00
Órgão SÃO LUÍS
Processo MANDADO DE SEGURANÇA
Ementa PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE SUPLEMENTO ALIMENTAR ESPECIAL PELO estado. NEGATIVA. DIREITO A SAÚDE E ALIMENTOS. PRINCÍPIO DA dignidade DA PESSOA HUMANA. AFRONTA COMPROVADA. CONCESSÃO. I - O dispositivo inserto no art. 196 da CF/88 preconiza que a saúde é um direito de todos e dever do estado, cabendo a este, portanto, resguardá-lo, sob pena de afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana; II - tratando-se de menor com rejeição alimentar comprovada, deve o Poder Público assegurar-lhe, com absoluta prioridade, o fornecimento de leite especial, ante a necessidade de dar efetividade à tutela do direito à vida e à saúde, constitucionalmente assegurados e conforme determina o art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente; III - segurança concedida em definitivo.

Nº Processo 121892008
Acórdão 0760642008
Relator JORGE RACHID MUBÁRACK MALUF
Data 01/10/2008 00:00:00
Órgão SÃO LUÍS
Processo MANDADO DE SEGURANÇA
Ementa MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE LEITE ESPECIAL PELO estado. NEGATIVA. DIREITO A SAÚDE. PRINCÍPIO DA dignidade DA PESSOA HUMANA. I - A Constituição Federal em seu art. 196 garante o direito à saúde, sendo dever do estado promovê-la, sob pena de ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana. II - Comprovado que a menor possui rejeição alimentar deve-lhe ser

garantido o fornecimento de leite especial, de forma a assegurar o bem maior que é a vida, conforme determina o art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente. III - Segurança concedida.

Nº Processo 110902008
Acórdão 0749862008
Relator CLEONES CARVALHO CUNHA
Data 03/09/2008 00:00:00
Órgão SÃO LUÍS
Processo AGRAVO DE INSTRUMENTO
Ementa PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORNECIMENTO DE SUPLEMENTO ALIMENTAR ESPECIAL PELO estado. NEGATIVA. DIREITO A SAÚDE E ALIMENTOS. PRINCÍPIO DA dignidade DA PESSOA HUMANA. AFRONTA COMPROVADA. TUTELA ANTECIPADA. DEFERIMENTO. CONFIRMAÇÃO. NÃO PROVIMENTO. I - Presentes os requisitos autorizadores da tutela antecipada concedida pelo juízo a quo, imperiosa torna-se a manutenção da decisão hostilizada até o final da contenda; II - o dispositivo inserto no art. 196 da CF/88 preconiza que a saúde é direito de todos e dever do estado, cabendo a este, portanto, resguardá-lo, sob pena de afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana; III - tratando-se de menor com rejeição alimentar comprovada, deve o Poder Público assegurar-lhe, com absoluta prioridade, o fornecimento de leite especial, ante a necessidade de dar efetividade à tutela do direito à vida e à saúde constitucionalmente assegurados e conforme determina o art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente; IV - agravo não provido.

Nº Processo 48662008
Acórdão 0737542008
Relator JOSÉ STÉLIO NUNES MUNIZ
Data 01/07/2008 00:00:00
Órgão SÃO LUÍS
Processo AGRAVO DE INSTRUMENTO
Ementa AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA DE OBRIGAÇÃO DE DAR. MUNICÍPIO. AUXÍLIO PARA REALIZAÇÃO DE TRATAMENTO DE SAÚDE FORA DO DOMICÍLIO DO PACIENTE. 1. Uma vez provado nos autos que os agravados vêm realizando tratamento de saúde em hospital localizado na cidade de São Paulo em razão de doença rara neuro-degenerativa, e que seus pais não possuem condições financeiras para arcar com as despesas necessárias para tal fim, não há como ocorrer à recusa de pagamento de ajuda de custo aos mesmos pela Municipalidade. 2. A efetivação do direito à saúde é dever inafastável do estado, devendo ele empreender todos os esforços para sua concretização, sob pena de violação ao direito fundamental à saúde, à vida e ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. 3. Agravo improvido.

Nº Processo 234372007
Acórdão 0713072008
Relator CLEONES CARVALHO CUNHA
Data 28/02/2008 00:00:00
Órgão SÃO LUÍS
Processo MANDADO DE SEGURANÇA

Ementa PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE SUPLEMENTO ALIMENTAR ESPECIAL PELO estado. NEGATIVA. DIREITO A SAÚDE E ALIMENTOS. PRINCÍPIO DA dignidade DA PESSOA HUMANA. AFRONTA COMPROVADA. CONCESSÃO. I - O dispositivo inserto no art. 196 da CF/88 preconiza que a saúde é um direito de todos e dever do estado, cabendo a este, portanto, resguardá-lo sob pena de afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana; II - tratando-se de menor com rejeição alimentar comprovada, deve o Poder Público assegurar-lhe, com absoluta prioridade, o fornecimento de leite especial, ante a necessidade de dar efetividade à tutela do direito à vida e à saúde constitucionalmente assegurados e conforme determina o art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente; III - segurança concedida.

Nº Processo 211412007

Acórdão 0738982008

Relator CLEONES CARVALHO CUNHA

Data 13/06/2008 00:00:00

Órgão SÃO LUÍS

Processo APELAÇÃO CÍVEL

Ementa DIREITO CONSTITUCIONAL. APELAÇÃO. DEMANDA CONDENATÓRIA - PLEITO DE FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. REQUERENTE PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. DIREITO À SAÚDE - INTELIGÊNCIA DO ART. 196 DA C.F. DEVER POLÍTICO-CONSTITUCIONAL DO estado DE GARANTIR O DIREITO À SAÚDE. FUNDAMENTALIDADE DE TAL DIREITO - ÍNTIMA CONEXÃO COM A dignidade DA PESSOA HUMANA. NÃO PROVIMENTO. I - Da exegese do caput do art. 196 da C.F, constrói-se regra jurídica que impõe aos entes federativos nacionais o dever político-constitucional de assegurar, a todos, proteção à saúde. O direito à saúde é, portanto, prerrogativa jurídica indisponível garantida à generalidade das pessoas pela própria C.F, cuja integridade deve ser velada pelo Poder Público, a quem cabe formular e implementar políticas sociais e econômicas que visem a assegurá-lo aos cidadãos; II - o caráter programático da norma constitucional que positiva o direito à saúde não pode se transmudar em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de substituição de seu impostergável dever de efetivá-lo por descarada violação a um dos direitos mais caros a pessoa humana; III - a relevância do direito constitucional à saúde deve-se à sua fundamentalidade, ou seja, a sua íntima conexão com o princípio da dignidade da pessoa humana, de sorte que sem a preservação desse direito não há como assegurar ao cidadão brasileiro dignidade como pessoa humana; IV - apelo não provido.

Nº Processo 90842007

Acórdão 0689262007

Relator JOSÉ STÉLIO NUNES MUNIZ

Data 31/10/2007 00:00:00

Órgão SÃO JOSÉ DE RIBAMAR

Processo AGRAVO DE INSTRUMENTO

Ementa AGRAVO DE INSTRUMENTO. LIMINAR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REFORMA EM DELEGACIA. INTERFERÊNCIA ENTRE OS PODERES. INEXISTÊNCIA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A determinação imposta pela liminar atacada na ação civil pública foi no sentido de impedir, até a realização de obra de reforma, que mais presos sejam recolhidos na Delegacia de São José de Ribamar, unidade prisional que se encontra em estado de calamidade total, sem condições de abrigar, com um mínimo de dignidade, qualquer pessoa. Havendo, assim, aparente colisão entre direitos fundamentais, de um lado a necessidade de preservar-se a independência e harmonia entre os Poderes Estatais, de outro a tutela ao direito à saúde pública e o respeito à dignidade da pessoa humana, consubstanciado na

necessidade de realização de obras básicas em sistema prisional que abriga, em condições de insalubridade, um número de segregados muito superior ao máximo permitido, necessário se faz sua compatibilização mediante aplicação do princípio da proporcionalidade, razão pela qual deve ser mantida a decisão agravada.

Nº Processo 122462006
Acórdão 0668922007
Relator NELMA SARNEY COSTA
Data 19/06/2007 00:00:00
Órgão SÃO LUÍS
Processo AGRAVO DE INSTRUMENTO
Ementa CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. REALIZAÇÃO DE CIRURGIA E FORNECIMENTO DE ENDOPRÓTESE. DEVER CONSTITUCIONAL DO estado DE PRESTAÇÃO DE SAÚDE AOS NECESSITADOS. PRESENTE O INTERESSE DE AGIR. MEDIDA CAUTELAR PREPARATÓRIA. URGÊNCIA. NORMAS AUTO-APLICÁVEIS. DIREITO À SAÚDE E À VIDA QUE SE SOBREPÕEM. LICITAÇÃO DESNECESSÁRIA. PERIGO DE MORTE IMINENTE DO AGRAVADO. I - Consoante reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, lícito é o bloqueio de valores em contas públicas com o fito de custear tratamento médico indispensável, como meio de não violar o princípio da dignidade da pessoa humana, sem que se configure ofensa ao art. 461 e seus incisos, do CPC. II - Não possuindo a parte condições financeiras para arcar com as despesas do tratamento de sua enfermidade, e, ainda, sendo esse imprescindível para a preservação de sua vida, tem o ente público obrigação constitucional de atender às suas necessidades, realizando a cirurgia, bem como o fornecimento dos medicamentos. III - Desnecessária a previsão orçamentária ou a licitação para a realização da cirurgia, na forma pleiteada, sob pena de colocar-se em risco a saúde e a vida do Agravado.

Nº Processo 64692006
Acórdão 0801852009
Relator ANILDES DE JESUS BERNARDES CHAVES CRUZ
Data 28/04/2009 00:00:00
Órgão BACABAL
Processo APELAÇÃO CÍVEL
Ementa APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - PRELIMINAR INTRÍNSECA AO MÉRITO RECURSAL - PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - NÃO OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES - DIREITOS COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS - DELEGACIA DE POLÍCIA - SUPERLOTAÇÃO E CONDIÇÕES INSALUBRES - OFENSA AO PRINCÍPIO DA dignidade DA PESSOA HUMANA - NÚCLEO DO ORDENAMENTO BRASILEIRO. I - Somente ocorrerá impossibilidade jurídica do pedido, quando o ordenamento vigente vedar o direito que é postulado na causa. Dito isso, tem-se que a Ação Civil Pública foi introduzida na normatização nacional através da Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985, sendo recepcionada pela Carta Constitucional de 1988 como garantia processual constitucional, legitimando o Ministério Público a promovê-la para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, a teor do art. 129, III da CF. Portanto, "ACP", apresenta-se como meio adequado para a proteção de quaisquer direitos coletivos, tal como, os dos custodiados em cadeias públicas, perpassando em muito os direitos difusos como únicos a serem por ela protegidos, não havendo que se cogitar de impossibilidade jurídica do pedido, a que se refere o art. 267, VI, do CPC, pois, no direito positivo atual, não existe vedação explícita ao

que fora pleiteado na demanda de origem. II - Por certo, os princípios norteadores do regime jurídico administrativo estabelecem limites à atividade da Administração Pública, a qual detém o poder-dever de se utilizar de prerrogativas discricionárias na edição de determinados atos de sua competência estabelecida por lei. De sua vez, a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5º, tem como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana como instrumento realizador de seu ideário de construção de uma sociedade justa e solidária, de onde ao preso, será assegurado o respeito à integridade física e moral (art. 5º, inc. XLIX). III - A par disso que, não há ofensa ao princípio da separação dos poderes o fato do magistrado a quo ter determinado (condenado) a interdição das celas do 1º "DP" da cidade de Bacabal-MA, até a realização das obras de reforma, ante ao seu total estado de calamidade, sem condições de abrigar, com um mínimo de dignidade, qualquer pessoa, fato esse não questionado pelo apelante, diante mister constitucional de respeito à integridade física e moral dos enclausurados naquele Distrito Policial. Torna-se imperioso não esquecer de que, quando preso, o indivíduo resta impedido de suprir suas necessidades sozinho, estando este à necessitar do estado, que possui a obrigação legal e moral de satisfazer suas necessidades mínimas, isto é, saúde, alimentação, higiene, segurança, etc. IV - Apelação conhecida e improvida por maioria.

Nº Processo 176342009
Acórdão 0839222009
Relator MARCELO CARVALHO SILVA
Data 10/08/2009 00:00:00
Órgão SÃO LUÍS
Processo APELAÇÃO CÍVEL
Ementa CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. AÇÃO ORDINÁRIA DE INDENIZAÇÃO POR DANOS. SERVIDOR PÚBLICO. REVISÃO GERAL ANUAL DA REMUNERAÇÃO. INDENIZAÇÃO POR ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO. ARTIGO 37, INCISO X, CF/88. NÃO CABIMENTO. APELO DESPROVIDO. I - Inexistindo lei específica para regulamentar a revisão ora pleiteada, não pode o Poder Judiciário, no exercício de função judicante, intervir como legislador positivo, ou ainda impor ao Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão a tomada de atitudes, atos ou decisão, sob pena de estar invadindo a seara de atuação exclusiva deste Poder na esfera administrativa, sobretudo quando o sistema constitucional pátrio prima pelo princípio da separação dos poderes. II - Não é possível o deferimento de vantagem ou aumento de remuneração de servidor público sem previsão orçamentária, nos termos do que estabelece o artigo 169, § 1º, incisos I e II, da Constituição da República. Precedente do STF (ADI-MC nº 1.777/DF, Rel. Min. SYDNEY SANCHES, DJ, 26/5/2000). III - Não é cabível a indenização aos servidores públicos pela mora/omissão do Chefe do Poder Judiciário em enviar o projeto de lei prevendo a revisão geral anual dos vencimentos prevista no art. 37, inciso X, da Constituição Federal. Precedente desta Corte (AC nº 5.906/2009 - São Luis. Acórdão nº 81.391/2009. 3ª Câ. Cível. Rela. Des. CLEONICE SILVA FREIRE. Julgamento em 30/4/2009). IV - Apelo conhecido e desprovido.

Nº Processo 176392009
Acórdão 0842722009
Relator ANTONIO GUERREIRO JÚNIOR
Data 26/08/2009 00:00:00
Órgão SÃO LUÍS
Processo APELAÇÃO CÍVEL
Ementa CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DANO MORAL E MATERIAL. ADMINISTRATIVO.

SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. REVISÃO GERAL E ANUAL DE VENCIMENTOS. ART. 37, INCISO X, DA CF/88, COM REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 19/98. OMISSÃO DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. SANEAMENTO PELO JUDICIÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. CONTRATO IRREGULAR. I. Não é possível ao Poder Judiciário, a pretexto de sanar omissão do Chefe do Poder Executivo competente, conceder, desde logo, reajuste geral e anual aos servidores públicos; entendendo de modo diverso, estar-se-ia maculando o princípio constitucional da Separação dos poderes. Cabe tão-somente declarar a mora da aludida Autoridade governamental, não cogitando sequer em fixar prazo para elaboração e envio de projeto de lei visando à correção reclamada, pois, incabível de acordo com o art. 103, § 2º, da CF, tal como decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 2.061-7/DF, dentre outras. (Precedente do STJ, 5ªT, RMS 18.361/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, j 26/10/2004, DJ 29/11/2004). II. O pedido de indenização por danos materiais causados pela omissão legislativa do Estado também não é devido diante da natureza irregular do vínculo, já que realizado sem concurso público após a promulgação da Constituição Federal de 1988, e por não se tratar de cargo em comissão, bem assim em razão da falta de responsabilidade civil extracontratual. III. Recurso não provido.

Nº Processo 86422009
Acórdão 0830582009
Relator MARCELO CARVALHO SILVA
Data 16/07/2009 00:00:00
Órgão SÃO LUÍS
Processo AGRAVO DE INSTRUMENTO
Ementa AGRAVO DE INSTRUMENTO. FAZENDA PÚBLICA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. PRELIMINAR DE vedação legal para concessão da tutela antecipada REJEITADA. OFENSA À SEPARAÇÃO DOS poderes. INOCORRÊNCIA. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INAFASTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL. PRESCRIÇÃO MÉDICA. PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. IMPRESCINDIBILIDADE. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. BENS JURÍDICOS TUTELADOS EM PRIMEIRO PLANO. MULTA. RAZOABILIDADE. OBSERVÂNCIA. AGRAVO DESPROVIDO. I - Sob a dicção de que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito", a Constituição da República empalmou o princípio da inafastabilidade da jurisdição, que, em síntese, de um lado, outorga ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição e, de outro, faculta ao indivíduo o direito de ação, ou seja, o direito de provocação daquele. Preliminar rejeitada. II - A negativa de fornecimento de medicamento, de uso imprescindível, cuja ausência gera risco à vida ou grave risco à saúde, é ato que, por si só, viola a Constituição Federal, pois vida e a saúde são bens jurídicos constitucionalmente tutelados em primeiro plano. III - Precedentes do STJ (AgRg no REsp 935.083/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02.08.2007, DJ 15.08.2007, p. 268). IV - Precedentes desta Câmara (AI nº 18.026/2007 - SÃO LUÍS. ACÓRDÃO nº 70.068/2007. Rel. Des. MARCELO CARVALHO SILVA, Julgado em 11.12.2007, DJ 07.01.2008). V - A multa diária cominada possui caráter coercitivo, que deve agir de modo a estimular positivamente o obrigado ao cumprimento da ordem judicial, devendo ser mantida quando balizada pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Inteligência do artigo 461 do CPC. VI - Agravo desprovido.

Nº Processo 256822008
Acórdão 0808222009
Relator MARIA DAS GRAÇAS DE CASTRO DUARTE MENDES
Data 23/04/2009 00:00:00
Órgão IMPERATRIZ

Processo AGRAVO DE INSTRUMENTO
Ementa CONSTITUCIONAL E PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEDIDA LIMINAR. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. ART. 196 DA CF/88. IMPOSIÇÃO AO MUNICÍPIO DO CUSTEIO DE ATENDIMENTO MÉDICO-HOSPITALAR EM UTI. BLOQUEIO DE VERBA PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE. ART. 160 DA CF/88. PROVIMENTO PARCIAL. I - É dever do Estado garantir a saúde de todos, consoante art. 196 da CF/88. A Imposição ao Município de internação de paciente em Unidade de Terapia Intensiva em hospital particular, às suas custas e até que sobrevenham vagas em hospital da rede pública, é medida razoável e cabível. II - A constrição judicial de verbas de uso específico, provenientes de transferências constitucionais, encontra óbice no art. 160 da Constituição Federal, na medida em que este dispositivo constitucional veda a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos atribuídos aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios. III - O bloqueio de verbas públicas se afigura medida que afronta o Princípio da Separação dos poderes constante no art. 2º da Carta Republicana, na medida em que o obstáculo conferido ao Município de fruir a renda pública compromete a sua autonomia, ou seja, a competência de gerir seus próprios interesses locais, conforme estabelecido no art. 18 da Magna Carta IV - Agravo de instrumento conhecido e parcialmente provido.

Nº Processo 256832008
Acórdão 0808232009
Relator MARIA DAS GRAÇAS DE CASTRO DUARTE MENDES
Data 23/04/2009 00:00:00
Órgão IMPERATRIZ
Processo AGRAVO DE INSTRUMENTO
Ementa CONSTITUCIONAL E PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEDIDA LIMINAR. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. ART. 196 DA CF/88. IMPOSIÇÃO AO MUNICÍPIO DO CUSTEIO DE ATENDIMENTO MÉDICO-HOSPITALAR EM UTI. BLOQUEIO DE VERBA PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE. ART. 160 DA CF/88. PROVIMENTO PARCIAL. I - É dever do Estado garantir a saúde de todos, consoante art. 196 da CF/88. A Imposição ao Município de internação de paciente em Unidade de Terapia Intensiva em hospital particular, às suas custas e até que sobrevenham vagas em hospital da rede pública, é medida razoável e cabível. II - A constrição judicial de verbas de uso específico, provenientes de transferências constitucionais, encontra óbice no art. 160 da Constituição Federal, na medida em que este dispositivo constitucional veda a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos atribuídos aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios. III - O bloqueio de verbas públicas se afigura medida que afronta o Princípio da Separação dos poderes constante no art. 2º da Carta Republicana, na medida em que o obstáculo conferido ao Município de fruir a renda pública compromete a sua autonomia, ou seja, a competência de gerir seus próprios interesses locais, conforme estabelecido no art. 18 da Magna Carta IV - Agravo de instrumento conhecido e parcialmente provido.

Nº Processo 199682008
Acórdão 0810212009
Relator MARIA DAS GRAÇAS DE CASTRO DUARTE MENDES
Data 27/04/2009 00:00:00
Órgão IMPERATRIZ
Processo AGRAVO DE INSTRUMENTO
Ementa CONSTITUCIONAL E PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEDIDA LIMINAR EM DESFAVOR DO MUNICÍPIO. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. ART. 196

DA CF/88. IMPOSIÇÃO AO MUNICÍPIO DO CUSTEIO DE TRATAMENTO DE SAÚDE. BLOQUEIO DE VERBA PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE. ART. 160 DA CF/88. PROVIMENTO. I - É dever do Estado garantir a saúde de todos, consoante art. 196 da CF/88. A Imposição ao Município de pagamento de despesas com tratamento de saúde, em razão de erro médico decorrente de intervenção cirúrgica realizada em hospital municipal, é medida razoável e cabível. II - Em que pese a obrigação de arcar com os custos deste tratamento ser de responsabilidade do Poder Público, a constrição judicial de verbas de uso específico, provenientes de transferências constitucionais, encontra óbice no art. 160 da Constituição Federal, na medida em que este dispositivo constitucional veda a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos atribuídos aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios. III - O bloqueio de verbas públicas para satisfazer interesses individuais, embora relevantes, configura meio que afronta o Princípio da Separação dos poderes constante no art. 2º da Carta Republicana, na medida em que o obstáculo conferido ao Município de fruir a renda pública compromete a sua autonomia, ou seja, a competência de gerir seus próprios interesses locais, conforme estabelecido no art. 18 da Magna Carta. IV - Agravo de instrumento conhecido e provido.

Nº Processo 196672008
Acórdão 0781552008
Relator MARIA DAS GRAÇAS DE CASTRO DUARTE MENDES
Data 15/12/2008 00:00:00
Órgão IMPERATRIZ
Processo AGRAVO DE INSTRUMENTO
Ementa CONSTITUCIONAL E PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEDIDA LIMINAR. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. ART. 196 DA CF/88. IMPOSIÇÃO AO MUNICÍPIO DO CUSTEIO DE ATENDIMENTO MÉDICO-HOSPITALAR EM UTI. BLOQUEIO DE VERBA PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE. ART. 160 DA CF/88. PROVIMENTO PARCIAL. I - É dever do Estado garantir a saúde de todos, consoante art. 196 da CF/88. A Imposição ao Município de internação de paciente em Unidade de Terapia Intensiva em hospital particular, às suas custas e até que sobrevenham vagas em hospital da rede pública, é medida razoável e cabível. II - A constrição judicial de verbas de uso específico, provenientes de transferências constitucionais, encontra óbice no art. 160 da Constituição Federal, na medida em que este dispositivo constitucional veda a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos atribuídos aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios. III - O bloqueio de verbas públicas se afigura medida que afronta o Princípio da Separação dos poderes constante no art. 2º da Carta Republicana, na medida em que o obstáculo conferido ao Município de fruir a renda pública compromete a sua autonomia, ou seja, a competência de gerir seus próprios interesses locais, conforme estabelecido no art. 18 da Magna Carta IV - Agravo de instrumento conhecido e parcialmente provido.

Nº Processo 190312008
Acórdão 0781562008
Relator MARIA DAS GRAÇAS DE CASTRO DUARTE MENDES
Data 15/12/2008 00:00:00
Órgão IMPERATRIZ
Processo AGRAVO DE INSTRUMENTO
Ementa CONSTITUCIONAL E PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEDIDA LIMINAR. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. ART. 196 DA CF/88. IMPOSIÇÃO AO MUNICÍPIO DO CUSTEIO DE ATENDIMENTO MÉDICO-HOSPITALAR EM UTI. BLOQUEIO DE VERBA PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE. ART. 160 DA CF/88. PROVIMENTO PARCIAL. I - É dever do Estado garantir a saúde de todos, consoante

art. 196 da CF/88. A Imposição ao Município de internação de paciente em Unidade de Terapia Intensiva em hospital particular, às suas custas e até que sobrevenham vagas em hospital da rede pública, é medida razoável e cabível. II - A constrição judicial de verbas de uso específico, provenientes de transferências constitucionais, encontra óbice no art. 160 da Constituição Federal, na medida em que este dispositivo constitucional veda a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos atribuídos aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios. III - O bloqueio de verbas públicas se afigura medida que afronta o Princípio da Separação dos poderes constante no art. 2º da Carta Republicana, na medida em que o obstáculo conferido ao Município de fruir a renda pública compromete a sua autonomia, ou seja, a competência de gerir seus próprios interesses locais, conforme estabelecido no art. 18 da Magna Carta IV - Agravo de instrumento conhecido e parcialmente provido.

Nº Processo 30712008
Acórdão 0806472009
Relator ANILDES DE JESUS BERNARDES CHAVES CRUZ
Data 15/04/2009 00:00:00
Órgão SÃO LUÍS
Processo AGRAVO DE INSTRUMENTO
Ementa PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO ORDINÁRIA - TUTELA ANTECIPADA - FAZENDA PÚBLICA - ASSISTÊNCIA À SAÚDE - POSSIBILIDADE (ex vi do art. 1º da Lei n.º 8.437/92 e art. 1º da Lei n.º 9.494/97) - NÃO OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS poderes OU RESERVA DO POSSÍVEL - TRATAMENTO DE URGÊNCIA - DIREITO FUNDAMENTAL - INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO - OBRIGAÇÃO DE FAZER (CPC, art. 461, § 4º) - COMINAÇÃO DE MULTA - PATAMAR RAZOÁVEL. I - No caso em tela, cabe ser ressaltado que a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, revelou-se plenamente possível, uma vez que, o bem aqui tutelado, ou seja, a saúde, a vida, encontra-se fora do rol taxativo disposto no artigo 1º da Lei 8.437/92 e artigo 1º da Lei 9.494/97. II - Por outro lado, a decisão ora agravada, não representa ofensa ao princípio da separação dos poderes, do devido processo legal, da legalidade ou mesmo da reserva do possível. Ao contrário, visa assegurar direito fundamental do cidadão (CF, art. 196/197), porquanto, o intuito maior da Carta Magna foi o de assegurar a todo cidadão, independentemente de sua condição econômica e social, o direito à saúde, impondo, para tanto, ao Estado, o dever constitucional de garantir, por meio de políticas sociais e econômicas, ações que possam permitir a todos o acesso à assistência médica e farmacológica, de onde o juiz não estará violando o princípio da "separação de poderes", mas, exercendo a função jurisdicional que lhe é atribuída, a qual dentre outros ideais consagra que: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito - XXXV, art. 5º, da CF/88". III - Por fim, em relação à pena multa por descumprimento da obrigação imposta, no valor de R\$ 300,00 (trezentos reais) diários, entendemos que a mesma fora fixada de maneira razoável e compatível para os fins a que se destina, vez que a finalidade não é o enriquecimento sem causa do beneficiado, mas o cumprimento imediato da respectiva obrigação de fazer. IV- Recurso conhecido e improvido. Unânime.

Nº Processo 214462004
Acórdão 0547872005
Relator MILITÃO VASCONCELOS GOMES
Data 16/06/2005 00:00:00
Órgão SÃO LUÍS
Processo APELAÇÃO CÍVEL
Ementa CONSTITUCIONAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DIREITOS FUNDAMENTAIS DO ENCARCERADO - RELATÓRIOS DA VIGILÂNCIA SANITÁRIA SOBRE AUSÊNCIA

DE CONDIÇÕES MÍNIMAS DE HIGIENE E SAÚDE AO PRESO NOS ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS DO MUNICÍPIO - POSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO DO ESTADO EM OBRIGAÇÃO DE FAZER QUE NÃO AFRONTA O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE poderes, LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL E LEI DE LICITAÇÕES - ATO ADMINISTRATIVO VINCULADO FRENTE AS DETERMINAÇÕES DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL - NORMAS DE CONDUTA COGENTE E NÃO MERAMENTE PROGRAMÁTICAS - RESPONSABILIDADE DO ESTADO - APELAÇÃO IMPROVIDA. 1. A concretização dos direitos dos condenados elencados na Convenção de Viena em 1993, na Carta das Nações Unidas, na Declaração Universal dos Direitos Humanos e no art. 5º, LXIV da Carta Magna Brasileira foi estabelecido no corpo e espírito da Lei de Execução Penal, a Lei 7.210/84. Mencionado corpo normativo visa impedir o excesso ou a omissão da execução destes direitos. 2. A determinação judicial de uma obrigação de fazer não encerra suposta invasão do Judiciário na esfera da administração, isto porque as medidas impostas são atividades vinculadas a lei infraconstitucional. A Constituição Federal consagrou o direito a integridade física e moral dos presos no art. 5º, inciso LXIV, regulamentada pela Lei de Execução Penal, o que permite ao Poder Judiciário imposição de obrigação de fazer com o fim de tornar realidade os preceitos constitucionais, mesmo que a decisão atinja a esfera orçamentária pública.

Nº Processo 78772000
Acórdão 0327622000
Relator CLEONICE SILVA FREIRE
Data 10/11/2000 00:00:00
Órgão SÃO LUÍS
Processo AGRAVO DE INSTRUMENTO
Ementa AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TUTELA ANTECIPADA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. LIMITES. Não há que se falar em decisão ultra petita quando o juiz fixa multa diária superior à pedida, posto que o que se visa não é obrigar o réu a pagar a astreinte, mas, sim, forçá-lo a cumprir a obrigação de fazer. É possível, em tese, a concessão de antecipação de tutela em sede de ação civil pública, prevalecendo o disposto no art. 273 do CPC sobre o instituído no art. 1º, § 3º, da Lei 8.437/92 (proibição de concessão de liminar que esgote, no todo ou em parte o objeto da ação), justamente por ser aquela norma a que dá maior efetividade ao direito. Preliminares rejeitadas. O Poder Judiciário, no exercício do controle dos atos administrativos, limita-se ao exame de sua legalidade e a coibir os abusos da Administração. Deve, assim, nessas circunstâncias, rever o ato e, se for o caso, declará-lo nulo, pois nenhuma lesão de direito pode ser excluída da sua apreciação; o que se lhe veda é a possibilidade de determinar que o agente público pratique um ato discricionário cuja escolha de conveniência e oportunidade lhe pertence. Outrossim, as atividades de realização de fatos concretos pela Administração depende de dotações orçamentárias prévias e do programa de prioridades estabelecidos pelo governante. Não cabe ao Judiciário, portanto, determinar as obras que o Executivo deve edificar, mesmo que seja para melhorar a qualidade da saúde pública, sob pena de contrariedade ao princípio da separação dos poderes.

Nº Processo 83222009
Acórdão 0817212009
Relator NELMA SARNEY COSTA
Data 26/05/2009 00:00:00
Órgão SÃO LUÍS
Processo AGRAVO REGIMENTAL
Ementa MANDADO DE SEGURANÇA. AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO QUE DEFERIU A LIMINAR PARA CONCESSÃO DE MEDICAMENTO. DEVER DO ESTADO. MÍNIMO

existencial DEVE PREVALECER SOBRE A RESERVA DO POSSÍVEL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. IMPROVIMENTO DO RECURSO À UNANIMIDADE DE VOTOS. I - O presente Agravo Regimental tem por escopo desconstituir decisão que CONCEDEU liminar no bojo do Mandado de Segurança nº 006006-2009. II- Quando da análise da liminar pleiteada, houve a demonstração cabal da presença dos requisitos autorizadores para concessão da medida pleiteada. III- Direito a saúde é dever do Estado estabelecido na Carta Magna. IV- Mínimo existencial e dignidade da pessoa humana que devem prevalecer sobre o Princípio da Reserva do Possível. IV- Improvimento do recurso à unanimidade de votos.