

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 727.864 PARANÁ

RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO
RECTE.(S) : ESTADO DO PARANÁ
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARANÁ
RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ

EMENTA: CUSTEIO, PELO ESTADO, DE SERVIÇOS HOSPITALARES PRESTADOS POR INSTITUIÇÕES PRIVADAS EM BENEFÍCIO DE PACIENTES DO SUS ATENDIDOS PELO SAMU NOS CASOS DE URGÊNCIA E DE INEXISTÊNCIA DE LEITOS NA REDE PÚBLICA. DEVER ESTATAL DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE E DE PROTEÇÃO À VIDA RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL. OBRIGAÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE AOS ESTADOS. CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO ESTADO. DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819). COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796). A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA

INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDER COMPROMETER O NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197). O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO. A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO. A TEORIA DA “RESTRICÇÃO DAS RESTRICÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”). CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 6º, 196 E 197). A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS”. A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE

RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO
JURISPRUDENCIAL DO DIREITO.
CONTROLE JURISDICIONAL DE
LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO
PODER PÚBLICO: ATIVIDADE DE
FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE
JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE
OBSERVÂNCIA DE CERTOS
PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS
(PROIBIÇÃO DE RETROCESSO
SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO
EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO
INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE
EXCESSO). DOCTRINA. PRECEDENTES
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM
TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE
POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA
CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA
(RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 –
RTJ 199/1219-1220). EXISTÊNCIA, NO
CASO EM EXAME, DE RELEVANTE
INTERESSE SOCIAL.

2. AÇÃO CIVIL PÚBLICA:
INSTRUMENTO PROCESSUAL
ADEQUADO À PROTEÇÃO
JURISDICIONAL DE
DIREITOS REVESTIDOS DE
METAINDIVIDUALIDADE.
LEGITIMAÇÃO ATIVA DO MINISTÉRIO
PÚBLICO (CE ART. 129, III). A
FUNÇÃO INSTITUCIONAL DO
MINISTÉRIO PÚBLICO COMO

“DEFENSOR DO POVO” (CF, ART. 129, II).
DOCTRINA. PRECEDENTES.

3. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS PESSOAS POLÍTICAS QUE INTEGRAM O ESTADO FEDERAL BRASILEIRO, NO CONTEXTO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). COMPETÊNCIA COMUM DOS ENTES FEDERADOS (UNIÃO, ESTADOS-MEMBROS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS) EM TEMA DE PROTEÇÃO E ASSISTÊNCIA À SAÚDE PÚBLICA E/OU INDIVIDUAL (CF, ART. 23, II). DETERMINAÇÃO CONSTITUCIONAL QUE, AO INSTITUIR O DEVER ESTATAL DE DESENVOLVER AÇÕES E DE PRESTAR SERVIÇOS DE SAÚDE, TORNA AS PESSOAS POLÍTICAS RESPONSÁVEIS SOLIDÁRIAS PELA CONCRETIZAÇÃO DE TAIS OBRIGAÇÕES JURÍDICAS, O QUE LHE CONFERE LEGITIMAÇÃO PASSIVA “AD CAUSAM” NAS DEMANDAS MOTIVADAS POR RECUSA DE ATENDIMENTO NO ÂMBITO DO SUS. CONSEQUENTE POSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO DA AÇÃO CONTRA UM, ALGUNS OU TODOS OS ENTES ESTATAIS. PRECEDENTES. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO.

DECISÃO: O recurso extraordinário a que se refere o presente agravo **foi interposto** contra acórdão que, **proferido** pelo E. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, **está assim ementado** (fls. 1.144):

“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – AFASTADA – GARANTIA DO DIREITO DOS USUÁRIOS DO SUS EM RECEBER ATENDIMENTO DIGNO E ADEQUADO DE SAÚDE – PACIENTES ATENDIDOS PELO SAMU – CUSTEIO DE SERVIÇOS HOSPITALARES PRIVADOS AOS PACIENTES DO SUS. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E NEGADO PROVIMENTO.

1. O pedido será juridicamente impossível quando o ordenamento jurídico o exclui de plano da possibilidade de ser apreciado pelo juiz, o que não ocorre na presente causa, na medida em que a pretensão do Apelado encontra-se embasada em diversos dispositivos constitucionais que lhe asseguram o direito fundamental à saúde e os meios para sua proteção.

2. A saúde é direito público subjetivo fundamental, diretamente ligado à dignidade da pessoa humana e, portanto, passível de ser exigido a qualquer tempo, independentemente da existência de regulamentação infraconstitucional ou de atendimento prévio a procedimentos burocráticos. Assim, a vida exige respeito incondicional por parte de quem quer que seja, com o realce de que em nosso País há uma Constituição em vigor, que garante o direito à vida e à saúde a todos os brasileiros.”

(Apelação Cível nº 824.239-9, Rel. Juíza Subst. 2º Grau ASTRID MARANHÃO DE CARVALHO RUTHES – grifei)

O Estado do Paraná, parte ora recorrente, sustenta que o acórdão impugnado em sede recursal extraordinária **teria transgredido** diversos preceitos **inscritos** na Constituição da República.

O Ministério Público Federal, **em manifestação** da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. PAULO GUSTAVO

GONET BRANCO, **opinou pelo improvimento** do apelo extremo em questão (fls. 1.214/1.219).

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

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

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

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

*1. **Esta Corte já firmou a orientação de que o Ministério Público detém legitimidade para requerer, em Juízo, a***

implementação de políticas públicas por parte do Poder Executivo de molde a assegurar a concretização de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos garantidos pela Constituição Federal, como é o caso do acesso à saúde.

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

3. A Administração não pode invocar a cláusula da 'reserva do possível' a fim de justificar a frustração de direitos previstos na Constituição da República, voltados à garantia da dignidade da pessoa humana, sob o fundamento de insuficiência orçamentária.

4. Agravo regimental não provido."

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

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

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

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

3. Agravo regimental improvido."

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

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

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

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

direito à saúde, que traduz prerrogativa jurídica de índole eminentemente constitucional.

Reconhecida, assim, a adequação da via processual eleita, para cuja instauração o Ministério Público dispõe de plena legitimidade ativa (CF art. 129, III), impõe-se examinar a questão central da presente causa e verificar se se revela possível ao Judiciário, sem que incorra em ofensa ao postulado da separação de poderes, determinar a adoção, pelo Estado, quando injustamente omissos no adimplemento de políticas públicas constitucionalmente estabelecidas, de medidas ou providências destinadas a assegurar, concretamente, à coletividade em geral, o acesso e o gozo de direitos afetados pela inexecução governamental de deveres jurídico-constitucionais.

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

“ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA ‘RESERVA DO POSSÍVEL’. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO ‘MÍNIMO EXISTENCIAL’. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO)."

Salientei, então, em referida decisão, que o Supremo Tribunal Federal, considerada a dimensão política da jurisdição constitucional outorgada a esta Corte, não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais que se identificam – enquanto direitos de segunda geração (ou de segunda dimensão) – com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RTJ 199/1219-1220, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*).

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

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

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

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

consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse 'non facere' ou 'non praestare', resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.

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

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

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

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

Corretíssimo, portanto, **o v. acórdão** emanado do E. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, **que bem examinou** a controvérsia constitucional, **dirimindo-a** com apoio em fundamentos **que têm o beneplácito** da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (fls. 1.144/1.155).

Vale destacar, por oportuno, **fragmento dessa unânime decisão** proferida pelo E. Tribunal de Justiça local, **cujo teor acha-se a seguir reproduzido**, no ponto que interessa à resolução do presente litígio (fls. 1.150/1.153):

“A saúde é direito público subjetivo fundamental, diretamente ligado à dignidade da pessoa humana e, portanto, passível de ser exigido a qualquer tempo, independentemente da existência de regulamentação infraconstitucional ou de atendimento prévio a procedimentos burocráticos. Assim, a vida exige respeito incondicional por parte de quem quer que seja, com o realce de que em nosso País há uma Constituição em vigor, que garante o direito à vida e à saúde a todos os brasileiros.

Cumpre asseverar que, por mais relevantes que sejam as dificuldades orçamentárias dos órgãos públicos, ou por mais necessária que seja a regulamentação dos procedimentos do Sistema Único de Saúde, não é possível desrespeitar a Constituição Federal, sob pena de afronta à ordem jurídica, privilegiando-se meros regulamentos e, mais grave ainda, dando-se poderes ao administrador para, sob os mais variados pretextos, descumprir a Lei Maior. Assim sendo, não pode o ente federativo utilizar como argumento a reserva do possível ou a ausência de previsão orçamentária quando a questão trata do direito à saúde do cidadão.

O Poder Público deve proporcionar aos cidadãos o acesso à saúde, através de atendimento médico, internamentos, exames, tratamentos de caráter essencial e medicamentos, uma vez que são indispensáveis à dignidade da pessoa humana.

.....

*Assim, o Apelante **não pode privar** os cidadãos do atendimento médico, **sob pena de ferir-se** comando da Carta Magna.*

*Destarte **cabe ao Poder Judiciário**, sopesar os interesses alegados pelas partes e **solucionar a questão à luz** do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade.*

*Desta forma **a imposição de internamento digno, em hospital público ou particular, dos pacientes que dele necessitam é medida necessária face à inércia do Estado em solucionar tais problemas.***

.....
*Importante salientar que, no presente caso, **devem ser ponderados os valores vida e patrimônio, devendo prevalecer as medidas que protejam, primeiramente, a vida humana e sua dignidade.***

Destarte, considerando que o internamento em leitos de hospitais privados seja medida excepcional, mas necessária a garantia da saúde, as alegações de prejuízo ao erário, ônus excessivo e de observação da reserva do possível devem ser afastadas. (...)." (grifei)

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

Isso significa** que a intervenção jurisdicional, **justificada** pela ocorrência **de arbitrária** recusa governamental em conferir significação real ao direito à saúde, **tornar-se-á plenamente legítima (sem** qualquer ofensa, **portanto, ao postulado** da separação de poderes), **sempre que se impuser**, nesse processo de ponderação de interesses **e** de valores em conflito, **a necessidade** de fazer prevalecer a **decisão política fundamental** que o legislador constituinte **adotou em tema de respeito e de proteção ao direito à saúde.

Cabe referir**, neste ponto, **ante a extrema pertinência** de suas observações, **a advertência** de LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN, ilustre Procuradora Regional da República, **hoje

eminente Conselheira do Conselho Nacional de Justiça (“Políticas Públicas – A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público”, p. 59, 95 e 97, 2000, Max Limonad), cujo magistério, a propósito da limitada discricionariedade governamental em tema de concretização das políticas públicas constitucionais, corretamente assinala:

“Nesse contexto constitucional, que implica também na renovação das práticas políticas, o administrador está vinculado às políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal; a sua omissão é passível de responsabilização e a sua margem de discricionariedade é mínima, não contemplando o não fazer.

.....
Como demonstrado no item anterior, o administrador público está vinculado à Constituição e às normas infraconstitucionais para a implementação das políticas públicas relativas à ordem social constitucional, ou seja, própria à finalidade da mesma: o bem-estar e a justiça social.

.....
Conclui-se, portanto, que o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional, pois tal restou deliberado pelo Constituinte e pelo legislador que elaborou as normas de integração.

.....
As dúvidas sobre essa margem de discricionariedade devem ser dirimidas pelo Judiciário, cabendo ao Juiz dar sentido concreto à norma e controlar a legitimidade do ato administrativo (omissivo ou comissivo), verificando se o mesmo não contraria sua finalidade constitucional, no caso, a concretização da ordem social constitucional.” (grifei)

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (LUÍS

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

Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – **além** de caracterizar-se pela **gradualidade** de seu processo de concretização – **depende**, em grande medida, de um **inescapável** vínculo financeiro **subordinado** às possibilidades orçamentárias do Estado, **de tal modo** que, **comprovada**, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, **desta não se poderá** razoavelmente exigir, então, **considerada** a limitação material referida, **a imediata efetivação** do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, *contudo*, ao Poder Público, **em tal hipótese**, criar obstáculo artificial **que revele** – a partir de **indevida** manipulação de sua atividade financeira **e/ou** político-administrativa – **o ilegítimo, arbitrário e censurável** propósito **de** fraudar, **de** frustrar **e de** inviabilizar o estabelecimento e a preservação, **em favor da** pessoa **e dos** cidadãos, de condições materiais **mínimas** de existência (**ADPF 45/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Informativo/STF nº 345/2004**).

Cumpre advertir, *desse modo*, **que a cláusula** da “*reserva do possível*” – **ressalvada** a ocorrência de **justo** motivo *objetivamente aferível* – **não pode** ser invocada, *pelo Estado*, **com a finalidade** de exonerar-se, **dolosamente**, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, **notadamente**

quando, *dessa conduta governamental negativa*, **puder resultar** nulificação **ou**, até mesmo, **aniquilação** de direitos constitucionais **impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade**.

Tratando-se de típico direito de prestação positiva, **que se subsume** ao conceito de liberdade real **ou** concreta, **a proteção** à saúde – que compreende **todas** as prerrogativas, individuais **ou** coletivas, **referidas** na Constituição da República (**notadamente** em seu art. 196) – **tem por fundamento** regra constitucional cuja densidade normativa **não permite** que, **em torno** da efetiva realização de tal comando, o Poder Público **disponha** de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação, **e de cujo exercício** possa resultar, *paradoxalmente*, **com base em simples alegação** de mera conveniência **e/ou** oportunidade, **a nulificação mesma** dessa prerrogativa essencial.

O caso ora em exame **põe** em evidência **o altíssimo** relevo jurídico-social **que assume**, em nosso ordenamento positivo, **o direito à saúde**, especialmente em face do mandamento inscrito **no art. 196** da Constituição da República, **que assim dispõe**:

*“Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, **garantido** mediante políticas sociais e econômicas **que visem à redução** do risco de doença e de outros agravos **e ao acesso universal e igualitário** às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.” (grifei)*

Na realidade, **o cumprimento** do dever político-constitucional **consagrado** no art. 196 da Lei Fundamental do Estado, **consistente na obrigação** de assegurar, **a todos**, a proteção à saúde, **representa** fator, que, **associado** a um imperativo de solidariedade social, **impõe-se** ao Poder Público, **qualquer que seja a dimensão institucional** em que atue no plano de nossa organização federativa.

A imposterabilidade da efetivação desse dever constitucional desautoriza o acolhimento do pleito que o Estado do Paraná **deduziu** em sede recursal extraordinária.

Tal como pode enfatizar em decisão por mim proferida **no exercício da Presidência** do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (**Pet 1.246/SC**), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde – que se qualifica como direito subjetivo inalienável a todos assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, “*caput*”, e art. 196) – ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo, uma vez configurado esse dilema, que razões de ordem ético-jurídica impõem, ao julgador, uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas.

Essa relação dilemática, que se instaura na presente causa, conduz os Juízes deste Supremo Tribunal a proferir decisão que se projeta no contexto das denominadas “escolhas trágicas” (GUIDO CALABRESI e PHILIP BOBBITT, “**Tragic Choices**”, 1978, W. W. Norton & Company), que nada mais exprimem senão o estado de tensão dialética entre a necessidade estatal de tornar concretas e reais as ações e prestações de saúde **em favor** das pessoas, *de um lado*, e as dificuldades governamentais de viabilizar a alocação de recursos financeiros, sempre tão dramaticamente escassos, *de outro*.

Mas, como precedentemente acentuado, a missão institucional desta Suprema Corte, como guardião da superioridade da Constituição da República, impõe, aos seus Juízes, o compromisso de fazer prevalecer os direitos fundamentais da pessoa, dentre os quais avultam, por sua inegável precedência, o direito à vida e o direito à saúde.

Cumpre não perder de perspectiva, *por isso mesmo*, que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica **indisponível**,

assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar.

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro (JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, “Comentários à Constituição de 1988”, vol. VIII/4332-4334, item n. 181, 1993, Forense Universitária) – não pode convertê-la em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

Nesse contexto, incide, sobre o Poder Público, a gravíssima obrigação de tornar efetivas as ações e prestações de saúde, incumbendo-lhe promover, em favor das pessoas e das comunidades, medidas – preventivas e de recuperação –, que, fundadas em políticas públicas idôneas, tenham por finalidade viabilizar e dar concreção ao que prescreve, em seu art. 196, a Constituição da República, tal como este Supremo Tribunal tem reiteradamente reconhecido:

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

- O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular –

*e implementar – políticas sociais e econômicas **idôneas** que visem a **garantir**, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.*

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

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

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

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

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

Vê-se, *desse modo*, que, mais do que a simples positivação dos direitos sociais – que traduz estágio necessário ao processo de sua afirmação constitucional e que atua como pressuposto indispensável à sua eficácia jurídica (JOSÉ AFONSO DA SILVA, “Poder Constituinte e Poder Popular”, p. 199, itens ns. 20/21, 2000, Malheiros) –, recai, sobre o Estado, inafastável vínculo institucional consistente em conferir real efetividade a tais prerrogativas básicas, em ordem a permitir, às pessoas, nos casos de injustificável inadimplemento da obrigação estatal, que tenham elas acesso a um sistema organizado de garantias instrumentalmente vinculadas à realização, *por parte das entidades governamentais*, da tarefa que lhes impôs a própria Constituição.

Não basta, *portanto*, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito – como o direito à saúde – se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional.

Tenho para mim, *desse modo*, presente tal contexto, que o Estado não poderá demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhe foi outorgado pelo art. 196, da Constituição, e que representa – *como anteriormente já acentuado* – fator de limitação da discricionariedade político-administrativa do Poder Público, cujas opções, *tratando-se de proteção à saúde*, não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.

Entendo, *por isso mesmo*, como já anteriormente assinalado, que se revela inviável o recurso extraordinário deduzido pelo Estado do

Paraná, notadamente em face da jurisprudência que se formou, **no Supremo Tribunal Federal**, sobre a questão ora em análise.

Nem se atribua, *indevidamente*, ao Judiciário, **no contexto em exame**, uma **(inexistente)** intrusão em esfera reservada **aos demais** Poderes da República.

É que, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento **afirmativo** do Poder Judiciário (de que resulta **uma positiva criação jurisprudencial do direito**), **inclui-se a necessidade** de fazer prevalecer **a primazia** da Constituição da República, **muitas vezes** transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente **omissão** dos poderes públicos.

Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, **ao suprir as omissões inconstitucionais** dos órgãos estatais **e ao adotar** medidas que objetivam restaurar a Constituição violada **pela inércia** dos Poderes do Estado, **nada mais faz** senão cumprir a sua missão institucional **e demonstrar**, *com esse gesto*, o respeito incondicional que tem **pela autoridade** da Lei Fundamental da República.

A colmatação de omissões inconstitucionais, **realizada** em sede jurisdicional, notadamente quando emanada **desta** Corte Suprema, **torna-se uma necessidade institucional**, quando os órgãos do Poder Público se omitem **ou** retardam, excessivamente, **o cumprimento** de obrigações a que estão sujeitos **por expressa determinação** do próprio estatuto constitucional, **ainda mais se se tiver presente** que o Poder Judiciário, **tratando-se** de comportamentos estatais **ofensivos** à Constituição, **não pode se reduzir** a uma posição de pura passividade.

As situações configuradoras *de omissão inconstitucional* – **ainda que se cuide de omissão parcial** derivada *da insuficiente concretização*, pelo Poder Público, do conteúdo material da norma impositiva fundada na Carta

Política – refletem comportamento estatal que deve ser repellido, pois a inércia do Estado qualifica-se como uma das causas geradoras dos processos informais de mudança da Constituição, tal como o revela autorizado magistério doutrinário (ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, “**Processos Informais de Mudança da Constituição**”, p. 230/232, item n. 5, 1986, Max Limonad; JORGE MIRANDA, “**Manual de Direito Constitucional**”, tomo II/406 e 409, 2ª ed., 1988, Coimbra Editora; J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “**Fundamentos da Constituição**”, p. 46, item n. 2.3.4, 1991, Coimbra Editora).

O fato inquestionável é um só: a inércia estatal em tornar efetivas as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela Constituição e configura comportamento que revela um incompreensível sentimento de despreço pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República.

Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem convenientes aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.

A percepção da gravidade e das consequências lesivas derivadas do gesto infiel do Poder Público que transgride, por omissão ou por insatisfatória concretização, os encargos de que se tornou depositário, por efeito de expressa determinação constitucional, foi revelada, entre nós, já no período monárquico, em lúcido magistério, por PIMENTA BUENO (“**Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império**”, p. 45, reedição do Ministério da Justiça, 1958) e reafirmada por eminentes autores contemporâneos em lições que acentuam o desvalor jurídico do comportamento estatal omissivo (JOSÉ AFONSO DA SILVA, “**Aplicabilidade das Normas Constitucionais**”, p. 226, item n. 4, 3ª ed., 1998, Malheiros;

ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, “**Processos Informais de Mudança da Constituição**”, p. 217/218, 1986, Max Limonad; PONTES DE MIRANDA, “**Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969**”, tomo I/15-16, 2ª ed., 1970, RT, v.g.).

O desprestígio da Constituição – por *inércia* de órgãos meramente constituídos – **representa um dos mais graves aspectos da patologia constitucional**, pois reflete **inaceitável** desprezo, **por parte** das instituições governamentais, **da autoridade suprema** da Lei Fundamental do Estado.

Essa constatação, feita por KARL LOEWENSTEIN (“**Teoria de la Constitución**”, p. 222, 1983, Ariel, Barcelona), **coloca em pauta o fenômeno da erosão da consciência constitucional**, motivado pela instauração, no âmbito do Estado, **de um preocupante processo de desvalorização funcional** da Constituição escrita, **como já ressaltado**, pelo Supremo Tribunal Federal, **em diversos julgamentos, como resulta evidente** da seguinte decisão **consubstanciada** em acórdão assim ementado:

“(…) **DESCUMPRIMENTO DE IMPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL LEGIFERANTE E DESVALORIZAÇÃO FUNCIONAL DA CONSTITUIÇÃO ESCRITA.**

- **O Poder Público** – **quando se abstém** de cumprir, total ou parcialmente, o **dever** de legislar, **imposto** em cláusula constitucional, de caráter mandatório – **infringe**, com esse comportamento negativo, **a própria integridade** da Lei Fundamental, **estimulando**, no âmbito do Estado, **o preocupante fenômeno** da erosão da consciência constitucional (**ADI 1.484-DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

- **A inércia estatal em adimplir** as imposições constitucionais **traduz inaceitável gesto de desprezo** pela autoridade da Constituição e **configura**, por isso mesmo, **comportamento que deve ser evitado**. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável

somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.

DIREITO SUBJETIVO À LEGISLAÇÃO E DEVER CONSTITUCIONAL DE LEGISLAR: A NECESSÁRIA EXISTÊNCIA DO PERTINENTE NEXO DE CAUSALIDADE.

- O direito à legislação só pode ser invocado pelo interessado, quando também existir – simultaneamente imposta pelo próprio texto constitucional – a previsão do dever estatal de emanar normas legais. Isso significa que o direito individual à atividade legislativa do Estado apenas se evidenciará naquelas estritas hipóteses em que o desempenho da função de legislar refletir, por efeito de exclusiva determinação constitucional, uma obrigação jurídica indeclinável imposta ao Poder Público. (...)."

(RTJ 183/818-819, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

Em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente nas áreas de educação infantil (RTJ 199/1219-1220) e de saúde pública (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213), a Corte Suprema brasileira tem proferido decisões que neutralizam os efeitos nocivos, lesivos e perversos resultantes da inatividade governamental, em situações nas quais a omissão do Poder Público representava um inaceitável insulto a direitos básicos assegurados pela própria Constituição da República, mas cujo exercício estava sendo inviabilizado por contumaz (e irresponsável) inércia do aparelho estatal.

O Supremo Tribunal Federal, em referidos julgamentos, colmatou a omissão governamental, conferiu real efetividade a direitos essenciais, dando-lhes concreção, e, desse modo, viabilizou o acesso das pessoas à plena fruição de direitos fundamentais, cuja realização prática lhes estava sendo negada, injustamente, por arbitrária abstenção do Poder Público.

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

Refiro-me ao princípio da proibição do retrocesso, que, em tema de direitos fundamentais de caráter social, impede que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive, consoante adverte autorizado magistério doutrinário (GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, “Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais”, 1ª ed./2ª tir., p. 127/128, 2002, Brasília Jurídica; J. J. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, p. 320/322, item n. 03, 1998, Almedina; ANDREAS JOACHIM KRELL, “Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha”, p. 40, 2002, Sergio Antonio Fabris Editor; INGO W. SARLET, “Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988”, “*in*” Interesse Público, p. 91/107, n. 12, 2001, Notadez; THAIS MARIA RIEDEL DE RESENDE ZUBA, “O Direito Previdenciário e o Princípio da Vedação do Retrocesso”, p. 107/139, itens ns. 3.1 a 3.4, 2013, LTr, v.g.).

Na realidade, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional (como o direito à saúde), impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos, exceto na hipótese – de todo inócua na espécie – em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais.

Lapidar, sob todos os aspectos, o magistério de J. J. GOMES CANOTILHO, cuja lição, a propósito do tema, estimula as seguintes reflexões (“Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, p. 320/321, item n. 3, 1998, Almedina):

“O princípio da democracia econômica e social aponta para a proibição de retrocesso social.

A *idéia* aqui expressa também tem sido designada como proibição de ‘contra-revolução social’ ou da ‘evolução reaccionária’. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e económicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo. A ‘proibição de retrocesso social’ nada pode fazer contra as recessões e crises económicas (reversibilidade fáctica), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana. O reconhecimento desta protecção de direitos prestacionais de propriedade, subjectivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e as expectativas subjectivamente alicerçadas. A violação no núcleo essencial efectivado justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente aniquiladoras da chamada justiça social. Assim, por ex., será inconstitucional uma lei que extinga o direito a subsídio de desemprego ou pretenda alargar desproporcionadamente o tempo de serviço necessário para a aquisição do direito à reforma (...). De qualquer modo, mesmo que se afirme sem reservas a liberdade de conformação do legislador nas leis sociais, as eventuais modificações destas leis devem observar os princípios do Estado de direito vinculativos da actividade legislativa e o núcleo essencial dos direitos sociais. O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos

direitos já realizado e efectivado através de medidas legislativas ('lei da segurança social', 'lei do subsídio de desemprego', 'lei do serviço de saúde') deve considerar-se constitucionalmente garantido sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa 'anulação', 'revogação' ou 'aniquilação' pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado." (grifei)

Bem por isso, o Tribunal Constitucional português (Acórdão nº 39/84), ao invocar a cláusula da proibição do retrocesso, reconheceu a inconstitucionalidade de ato estatal que revogara garantias já conquistadas em tema de saúde pública, vindo a proferir decisão assim resumida pelo ilustre Relator da causa, Conselheiro VITAL MOREIRA, em douto voto de que extraio o seguinte fragmento ("Acórdãos do Tribunal Constitucional", vol. 3/95-131, 117-118, 1984, Imprensa Nacional, Lisboa):

"Que o Estado não dê a devida realização às tarefas constitucionais, concretas e determinadas, que lhe estão cometidas, isso só poderá ser objecto de censura constitucional em sede de inconstitucionalidade por omissão. Mas quando desfaz o que já havia sido realizado para cumprir essa tarefa, e com isso atinge uma garantia de um direito fundamental, então a censura constitucional já se coloca no plano da própria inconstitucionalidade por acção.

Se a Constituição impõe ao Estado a realização de uma determinada tarefa – a criação de uma certa instituição, uma determinada alteração na ordem jurídica –, então, quando ela seja levada a cabo, o resultado passa a ter a protecção directa da Constituição. O Estado não pode voltar atrás, não pode descumprir o que cumpriu, não pode tornar a colocar-se na situação de devedor. (...) Se o fizesse, incorreria em violação positiva (...) da Constituição.

.....

*Em grande medida, os direitos sociais traduzem-se para o Estado em obrigação de fazer, sobretudo de criar certas instituições públicas (sistema escolar, sistema de segurança social, etc.). Enquanto elas não forem criadas, a Constituição só pode fundamentar exigências para que se criem; mas após terem sido criadas, a Constituição passa a proteger a sua existência, como se já existissem à data da Constituição. As tarefas constitucionais impostas ao Estado em sede de direitos fundamentais no sentido de criar certas instituições ou serviços não o obrigam apenas a criá-los, **obrigam-no também a não aboli-los uma vez criados.***

*Quer isto dizer que a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixar de consistir apenas) numa obrigação **positiva**, para se transformar (ou passar também a ser) numa obrigação **negativa**. O Estado, que estava obrigado a **actuar** para dar satisfação ao direito social, **passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social.***

Este enfoque dos direitos sociais faz hoje parte integrante da concepção deles a teoria constitucional, mesmo lá onde é escasso o elenco constitucional de direitos sociais e onde, portanto, eles têm de ser extraídos de cláusulas gerais, como a cláusula do 'Estado social'." (grifei)

*Em suma: as razões ora expostas **convencem-me da inviabilidade** do recurso extraordinário deduzido pelo Estado do Paraná, **seja** em face das considerações expendidas, **nesta causa**, pelo v. acórdão **proferido** pelo E. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (fls. 1.144/1.155), **seja, ainda, em virtude dos próprios fundamentos que dão suporte** ao parecer do ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, **que assim se pronunciou** (fls. 1.214):*

"Recurso extraordinário com agravo. Ação civil pública. Alegada ofensa ao art. 196 da CF. Inocorrência. Exigência de internação de pacientes em UTIs de hospitais privados quando não houver leito disponível na rede pública. Direito à saúde.

Dever constitucional do Estado. Precedentes. Parecer pelo desproimento do agravo.” (grifei)

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

Desse modo, entendo assistir razão ao acórdão **proferido** pelo E. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, **que se ajusta**, com absoluta fidelidade, à **jurisprudência** que o Supremo Tribunal Federal **firmou** na matéria ora em exame.

Cumpre ressaltar, finalmente, quanto à discussão sobre a responsabilidade solidária das pessoas políticas **que integram** o Estado Federal brasileiro, que o Supremo Tribunal Federal **firmou** entendimento que também torna inacolhível a pretensão deduzida pela parte ora recorrente:

“Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição.

Audiência Pública. Sistema Único de Saúde – SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Clopidrogrel 75 mg. Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(SS 3.355-AgR/RN, Rel. Min. GILMAR MENDES, Pleno – grifei)

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.”

(RE 816.212-AgR/RN, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – grifei)

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTE TRIBUNAL.

1. O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, sendo responsabilidade solidária dos entes federados, podendo figurar no polo passivo qualquer um deles em conjunto ou isoladamente. Precedentes: AI 822.882-AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 6/8/2014, e ARE 803.274-AgR, Rel. Min. Teroi Zavascki, Segunda Turma, DJe 28/5/2014. (...).”

(ARE 799.024-AgR/MG, Rel. Min. LUIZ FUX – grifei)

“Agravamento regimental no recurso extraordinário. Administrativo. Direito à saúde. Dever do Estado. Solidariedade entre os entes federativos. Precedentes.

1. Incumbe ao Estado, em todas as suas esferas, prestar assistência à saúde da população, nos termos do art. 196 da Constituição Federal, configurando essa obrigação, consoante entendimento pacificado na Corte, responsabilidade solidária entre os entes da Federação.

2. Agravo regimental não provido.”

(RE 756.149-AgR/RS, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – grifei)

Esse entendimento vem sendo aplicado pelo Supremo Tribunal Federal, **cuja decisão** – proferidas em sucessivos julgamentos sobre a matéria ora em exame – **têm acentuado** que constitui **obrigação solidária** dos entes da Federação **o dever de tornar efetivo o direito à saúde em favor** de qualquer pessoa, notadamente de pessoas carentes (AI 732.582/SP, Rel. Min. ELLEN GRACIE – RE 586.995-AgR/MG, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – RE 607.381-AgR/SC, Rel. Min. LUIZ FUX – RE 607.385-AgR/SC, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – RE 626.382-AgR/RS, Rel. Min. ROSA WEBER – RE 641.916-AgR/PR, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, v.g.):

“AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA ENTRE OS ENTES DA FEDERAÇÃO EM MATÉRIA DE SAÚDE. AGRAVO IMPROVIDO.

*I – O Supremo Tribunal Federal, em sua composição plena, no julgamento da Suspensão de Segurança 3.355-AgR/RN, **fixou entendimento no sentido de que a obrigação dos entes da federação no que tange ao dever fundamental de prestação de saúde é solidária.***

II – **Ao contrário** do alegado pelo impugnante, a matéria da solidariedade não será discutida no RE 566.471-RG/RN, Rel. Min. Marco Aurélio.

III – Agravo regimental improvido.”

(**AI 817.938-AgR/RS**, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – grifei)

Isso significa, portanto, **tratando-se** de situação configuradora **de responsabilidade solidária** das pessoas políticas **que compõem** a estrutura institucional do Estado Federal brasileiro, que, **em matéria** de implementação de ações e serviços de saúde, **existe** verdadeiro dever constitucional “*in solidum*”, **que confere ao credor**, que é o cidadão, **o direito de exigir e de receber de um, de alguns ou de todos os devedores (os entes estatais)**, na espécie) a obrigação que lhes é comum.

Sendo assim, e tendo em consideração as razões expostas, **conheço** do presente agravo, **para negar seguimento** ao recurso extraordinário, **eis que** o acórdão recorrido **está em harmonia** com a diretriz jurisprudencial **prevalecente** nesta Suprema Corte (**CPC**, art. 544, § 4º, II, “b”, **na redação** dada pela Lei nº 12.322/2010).

Publique-se.

Brasília, 09 de setembro de 2014.

Ministro CELSO DE MELLO
Relator