

VOTO

Senhor Ministro Ricardo Lewandowski (Relator) : Bem examinados os autos, verifico que o recurso não merece prosperar.

Isso porque a Constituição Federal prevê, ao lado do direito subjetivo público à saúde, o dever estatal de sua efetiva consecução, que pressupõe “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 a sua promoção, proteção e recuperação” (art. 196). Para alcançar tal finalidade, fontes de receita relativas à seguridade social (arts. 195 e 198, § 1º) e o dever de gasto mínimo nas ações e serviços públicos de saúde (arts. 167, IV e 198, §§ 2º e 3º) se conjugam com a garantia de financiamento estável e progressivo.

Como já assentei em outro voto, trata-se da dimensão objetiva ou institucional do direito fundamental à saúde, que também se revela na sua organização administrativa, por meio do Sistema Único de Saúde - SUS, concebido como uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços públicos de saúde que prima pela descentralização, pelo atendimento integral e pela participação da comunidade em sua gestão e controle (art. 198, *caput*).

Ingo Sarlet retoma, a esse propósito, a existência de uma eficácia dirigente e irradiante dos direitos fundamentais, na medida em que eles contêm “uma ordem dirigida ao Estado no sentido de que a este incumbe a obrigação permanente de concretização e realização”, bem como “fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional”.

Para o autor, os direitos fundamentais são amparados por “deveres de proteção estatais”, que operam como verdadeiros “imperativos de tutela”, em consonância com o dever geral de efetivação atribuído ao Estado. Por isso,

“[...] é possível se extrair consequências para a aplicação e interpretação das normas procedimentais, mas também para uma **formatação do direito organizacional e procedimental que auxilie na**

efetivação da proteção aos direitos fundamentais, de modo a se evitarem os riscos de uma redução do significado do conteúdo material deles” (grifei).

Ou seja, segundo Sarlet, o reconhecimento de direitos subjetivos fundamentais, em favor dos cidadãos, implica também o direito à sua “proteção mediante a organização e o procedimento”, a fim de lhes assegurar objetiva consecução por parte do Estado.

Ora, no tocante ao mérito da demanda em apreço não há como deixar de reconhecer a presença de “imperativos de tutela”, considerada a forma como a Constituição de 1988 estruturou as garantias instrumentais de organização e procedimento para fins de proteção do direito fundamental à saúde. Isso porque o direito de acesso universal e igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde, a que se refere o art. 196, é realizado por meio de políticas sociais e econômicas que foram definidas, estruturalmente, no art. 198, na forma do Sistema Único de Saúde e do seu financiamento adequado.

O orçamento público deve obediência aos imperativos de tutela que amparam os direitos fundamentais, assim como, de fato, o direito à saúde, em sua dimensão de direito subjetivo público e, portanto, prerrogativa indisponível do cidadão, reclama prestações positivas do Estado que não podem ser negadas mediante omissão abusiva, tampouco podem sofrer risco de descontinuidade nas ações e serviços públicos que lhe dão consecução, com a frustração do seu custeio constitucionalmente adequado.

A noção do que seria tal custeio adequado obviamente há de se assentar em bases juridicamente estáveis (conforme garante o princípio da segurança jurídica) e fiscalmente progressivas (em consonância com os princípios da proporcionalidade e reserva do possível). Esse, por sinal, foi o sentido da análise empreendida pelo Ministro Celso de Mello no exame da ADPF-MC 45/DF, na qual asseverou não caber a manipulação da atividade financeira do Estado que inviabilizasse o estabelecimento e a preservação do direito à saúde:

“[...] 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 incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito , no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – 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 .

Cumprir advertir, desse modo, que a cláusula da ‘ reserva do possível’ – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade ” (ADPF-MC 45, Relator Ministro Celso de Mello, grifei).

É imperativa, pois, a conclusão de que, ao direito fundamental à saúde, correspondem garantias fundamentais de organização sistêmica (SUS) e de financiamento suficiente e progressivo, conforme a disponibilidade das receitas da seguridade social e o piso de custeio no setor.

Tal arranjo protetivo visa à máxima proteção do direito à saúde, na medida em que seu dever de realização progressiva decorre da lógica do próprio art. 5º, § 1º da Constituição, segundo a qual “a todas as normas de direitos fundamentais há de se outorgar a máxima eficácia e efetividade possível, no âmbito de um processo em que se deve levar em conta a necessária otimização do conjunto de princípios (e direitos) fundamentais, sempre à luz das circunstâncias do caso concreto”.

Como bem delineado em parecer da lavra do então Procurador-Geral da República Rodrigo Janot:

“[I]nfelizmente, a tônica tem sido, no processo de concretização das políticas públicas de saúde, o total desapego dos órgãos estatais às

disposições constitucionais. Embora a concretização da norma nem sempre seja perfeita, pretende-se que, havendo vários caminhos e intensidades de concretização da norma, a escolha, necessariamente, seja guiada pelo modelo constitucional. Caso o caminho seguido desborde do modelo elaborado na Constituição, 'não cabe falar de concretização das respectivas normas constitucionais, mas sim de bloqueio ou deturpação do processo concretizador'1. E aí se abre o espaço para o controle do Judiciário, sem que se vislumbre consistência no suposto atentado à separação dos poderes.

Se não é dado ao Poder Judiciário imiscuir-se na esfera reservada ao Executivo ou Legislativo, para substituí-los em seu juízo de oportunidade e conveniência, na mesma proporção, deve-se-lhe assegurar a atividade, para preservar o mínimo social que garanta a existência digna da pessoa humana, aí incluído um atendimento básico e eficiente de saúde. Ao Judiciário não cabe fazer, nem sequer interferir nas escolhas políticas de governo, mas lhe caberá, por determinação constitucional, avaliar o sistema de prioridades fixado. Isso porque o administrador não é livre nas escolhas dos fins, quando correspondam a bens constitucionalmente protegidos. Não se pode nulificar direito fundamental assegurado na Constituição, a pretexto de falta de recursos. Há que se resguardar, pelo menos, o núcleo indisponível do direito, apesar da realidade da escassez de recursos públicos, racionalizando a sua utilização" (pág. 5 do documento eletrônico 96).

Nesse contexto, como anota Ana Paula de Barcellos,

"[...] o constituinte originário não deixou ao livre alvedrio do legislador ordinário, isto é, da maioria episodicamente no poder, o estabelecimento das prioridades e nem muito menos quanto devem investir nas áreas de educação e saúde, principalmente. Ao contrário, vinculou-o desde logo às prioridades que previamente estabeleceu, indispensáveis ao alcance das metas propostas, e, mais que isso, ao quanto se deve investir nos respectivos setores, de modo a tornar até mesmo sindicáveis pelo poder judicial as respectivas políticas públicas à luz do princípio da eficiência a que se submete a administração pública".

Cabe repisar que esse é o sentido dos incisos I e IV do parágrafo único do art. 194, ao que se soma o forte comando do art. 196, ambos inscritos na

Constituição de 1988 desde sua redação originária. Da conjugação desses dispositivos é que se extrai a perspectiva de que qualquer restrição de cobertura ou atendimento no âmbito do SUS e, por conseguinte, do montante de recursos públicos ali empregados pelos governos lesa o direito à saúde, por lhe esvaziar das suas finalidades de redução do risco de doença e de outros agravos, bem como de acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Acerca da tensão entre reserva do possível e consecução progressiva do direito fundamental à saúde, Fernando Facury Scaff bem observa que:

“[...] o conceito de *reserva do possível* está casado com outro, muito caro aos direitos sociais, que é o da *progressividade* na concretização desses direitos. Os direitos prestacionais, tal como o direito à saúde, não são direitos que se disponibilizam integralmente de uma única vez. São direitos fornecidos progressivamente pelo Estado, de modo que, passo a passo, em um ritmo crescente, ele se torna cada vez mais concretizado – o que não ocorre com outros direitos, tal como o de *maioridade*, a qual se obtém de um dia para outro – literalmente. Os direitos sociais são direitos *implementados à prestação, de forma progressiva*.

Esta característica aplicada ao direito à saúde no Brasil implica em dizer que o direito “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”, constante do art. 196 da CF, não é algo que seja obtido de plano, plenamente finalizado em um dado momento histórico. Isto decorre do desenvolvimento científico e tecnológico da medicina que sempre traz novas respostas aos problemas de saúde existentes, bem como das limitações próprias dos recursos públicos disponíveis. Não há e nem haverá jamais recursos suficientes para implementar de forma completa e cabal o direito à saúde de modo a satisfazer plenamente todas as necessidades da sociedade – infelizmente.

Portanto, a *reserva do possível* está, de certo modo, casada com a necessária característica de serem os direitos sociais *direitos a prestações*. Os recursos públicos são escassos, mas, a despeito disso, devem sempre ser utilizados de modo a ampliar as prestações sociais que implementem os direitos sociais previstos em nossa Constituição”.

Assim, ainda que seja sabido que a busca da redução do risco de doença e de outros agravos, bem como a meta de assegurar acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde, sejam material e faticamente inesgotáveis, outra alternativa não há senão a de manter e aprimorar o financiamento da política pública de saúde.

Ana Paula de Barcellos, a esse respeito, pertinentemente alerta que:

“Se o Estado tem o dever de oferecer determinada prestação em matéria de saúde por força do próprio texto constitucional – isto é: se se trata de uma prioridade definida pela Constituição sob a forma de um consenso mínimo oponível a todos os grupos políticos –, parece lógico concluir que o Poder Público está obrigado a tomar decisões orçamentárias coerentes com esse dever. Veja-se: se o Estado está obrigado, pela Constituição, a oferecer serviços que custam dinheiro, concluir que o mesmo Estado estaria absolutamente livre para investir os recursos disponíveis como lhe pareça melhor – inclusive *livre* para **não** investir nos serviços referidos – parece um contrassenso.

Nesse cenário, se há carência de postos de saúde, Executivo e Legislativo estão obrigados, no âmbito do orçamento, a destinar os recursos necessários à prestação de tais serviços. **A não alocação de verbas nesses termos descreverá uma deliberação incompatível com a Constituição e, por isso mesmo, inválida . E se se trata de um dever jurídico – isto é: o dever de alocar os recursos necessários para a prestação de serviços exigidos constitucionalmente –, sua inobservância deve poder ser objeto de controle jurisdicional ”** (Grifei).

Não cabe omissão tampouco retrocesso no custeio do direito à saúde, ainda que não se possa pretender assegurar ilimitadamente – no campo das demandas individuais, inclusive judiciais, pela integralidade do direito à saúde – tratamentos alheios aos limites orçamentários, administrativos e tecnológicos da política pública.

Fernando Facury Scaff chega a afirmar a existência de um “orçamento mínimo social”, na medida em que “o *constituente* não concedeu ao *legislador* tão ampla *discricionariedade* sobre *quanto* deve destinar do montante arrecadado para os gastos sociais. Isto porque a própria Constituição traz uma série de obrigatórias vinculações de receita às

despesas sociais”. Daí é que sobressaem as “garantias constitucionais de financiamento dos direitos sociais” a que Scaff se refere.

Dado o seu caráter instrumental (garantia procedimental), Comparato e Pinto suscitam que os deveres de aplicação mínima de recursos em saúde e educação (“pisos” de que tratam os arts. 198 e 212 da CF) comportam-se como remédios constitucionais que resguardam e tutelam o nível essencial de efetividade de tais direitos sociais, em moldes análogos ao *habeas corpus*, mandado de segurança, mandado de injunção, *habeas data* e ação popular (art. 5º, incisos LXVIII a LXXIII).

Especificamente no caso em exame, a síntese parcial que cumpre firmar é a de que a proteção constitucional do direito à saúde e, por conseguinte, do direito à vida, exige que sejam assegurados concomitantemente a higidez do SUS e o seu financiamento adequado, seja pelo viés das fontes próprias e solidárias de receitas da seguridade social, seja pelo viés do dever de gasto mínimo no setor. Este é o estágio já conquistado de realização do direito à saúde, cujo retrocesso viola seu núcleo essencial.

Justamente pela inequívocidade da diretriz constitucional, bem como por força da incidência dos postulados da dignidade da pessoa humana e da inafastabilidade da jurisdição, não há óbice de nenhum tipo – nem ofensa a nenhum princípio constitucional, tal como o da separação de poderes – ao pleno conhecimento do pedido. Trago a lume o quanto expus no RE 592.581 a respeito de situação análoga, que também diz com o dever do Estado de garantir o mínimo existencial e com o posicionamento do Judiciário diante do descumprimento de tal dever:

“Sabe-se hoje, que os princípios constitucionais, longe de configurarem meras recomendações de caráter moral ou ético, consubstanciam regras jurídicas de caráter prescritivo, hierarquicamente superiores às demais e *positivamente vinculantes*, como ensina Gomes Canotilho.

A sua inobservância, ao contrário do que muitos pregavam até recentemente, atribuindo-lhes uma natureza apenas programática, deflagra sempre uma consequência jurídica, de maneira compatível com a carga de normatividade que encerram.

Independentemente da preeminência que ostentam no âmbito do sistema ou da abrangência de seu impacto sobre a ordem legal, os princípios constitucionais, como se reconhece atualmente, são sempre dotados de eficácia, cuja materialização pode ser cobrada judicialmente, se necessário.

Segundo assentei em sede acadêmica, os direitos individuais, institucionalizados há mais de trezentos anos, além de claramente exteriorizados, por meio de normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata, encontram-se protegidos por uma série de garantias bem definidas, que pouco variam de um sistema jurídico para outro.

Assim, **contrariamente ao sustentado pelo acórdão recorrido**, penso que **não se está diante de normas meramente programáticas**. **Tampouco é possível cogitar de hipótese na qual o Judiciário estaria ingressando indevidamente em seara reservada à Administração Pública**.

No caso dos autos, está-se diante de clara violação a direitos fundamentais, praticada pelo próprio Estado contra pessoas sob sua guarda, cumprindo ao Judiciário, por dever constitucional, oferecer-lhes a devida proteção.

Nesse contexto, **não há falar em indevida implementação, por parte do Judiciário, de políticas públicas** na seara carcerária, circunstância que sempre enseja discussão complexa e casuística acerca dos limites de sua atuação, à luz da teoria da separação dos poderes. (...)

A hipótese aqui examinada não cuida, insisto, de implementação direta, pelo Judiciário, de políticas públicas, amparadas em normas programáticas, supostamente abrigadas na Carta Magna, em alegada ofensa ao princípio da reserva do possível. Ao revés, trata-se do cumprimento da obrigação mais elementar deste Poder que é justamente a de dar concreção aos direitos fundamentais, abrigados em normas constitucionais, ordinárias, regulamentares e internacionais.

A reiterada omissão do Estado brasileiro em oferecer condições de vida minimamente digna aos detentos exige uma intervenção enérgica do Judiciário para que, pelo menos, o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana lhes seja assegurada, não havendo margem para qualquer discricionariedade por parte das autoridades prisionais no tocante a esse tema.

Sim, porque, como já assentou o Ministro Celso de Mello, não pode o Judiciário omitir-se *se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que*

sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional . (...)

Em nenhum momento aqui se afirma que é lícito ao Judiciário implementar políticas públicas de forma ampla, muito menos que lhe compete *impor sua própria convicção política, quando há várias possíveis e a maioria escolheu uma determinada* .

Não obstante, o que se assevera, com toda a convicção, é que lhe incumbe, em casos como este sob análise, exercer o seu poder contramajoritário, oferecendo a necessária resistência à opinião pública ou a opções políticas que caracterizam o pensar de uma maioria de momento, flagrantemente incompatível com os valores e princípios básicos da convivência humana” .

Também em sede acadêmica já tive oportunidade de afirmar, ao citar a valiosa obra “A Era dos Direitos”, de Norberto Bobbio, que:

“Na era dos direitos, o grande protagonista é, sem dúvida nenhuma, o Poder Judiciário. (...) E a principal atribuição do Poder Judiciário, hoje, no século XXI, muito mais do que resolver problemas intersubjetivos, conflitos interindividuais, é ter o papel fundamental de dar concreção, dar efetividade aos direitos fundamentais, direitos estes compreendidos evidentemente, em suas várias gerações, como patrimônio da humanidade” .

Diante de todo o exposto, entendo que o acórdão recorrido não afrontou o texto constitucional, ao determinar que a recorrente realizasse de concurso público de provas e títulos para provimento dos cargos de médico e funcionários técnicos, nomeando e dando posse aos profissionais aprovados no certame, além de corrigir procedimentos e sanar irregularidades expostas em relatório do Conselho Regional de Medicina, dentro do prazo estipulado.

Isso posto, nego provimento ao recurso, fixando a seguinte tese de repercussão geral: “É lícito ao Poder Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer consistente na realização de concurso público de provas e títulos para provimento dos cargos de médico e funcionários técnicos, seguido da nomeação e posse dos profissionais aprovados, bem

como determinar a correção de procedimentos e o saneamento irregularidades apontadas em relatório do Conselho Regional de Medicina”.

É como voto.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 145-151.

Idem, p. 149-151.

TORRES, Heleno Taveira. **Direito Constitucional Financeiro: Teoria da Constituição Financeira**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 359.

Como se lê expressamente a partir do rol de competências materiais atribuídas aos entes da federação nos arts. 23, II e 30, VII e ao SUS no art. 200 pela Constituição de 1988.

Em rota de consonância com o dever de implementação progressiva dos direitos no nível máximo de recursos disponíveis, conforme o artigo 2º, item 1 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (promulgado pelo Decreto 591/1992); bem como com a obrigação de adotar medidas até o máximo da disponibilidade orçamentária, inscrita no artigo 1º do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, também conhecido como Protocolo de São Salvador (promulgado pelo Decreto 3.321/1999).

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 17.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SCAFF, Fernando Facury. Direito à Saúde e os Tribunais. In: NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os Tribunais e o Direito à Saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 99.

Como já suscitado por SCAFF, Fernando Facury. **Direito à Saúde e os Tribunais**. In: NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os Tribunais e o Direito à Saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 99.

BARCELLOS, Ana Paula de. **O direito a prestação de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 816.

Idem, p. 106.

COMPARATO, Fábio; PINTO, Élide Graziane. **Custeio mínimo dos direitos fundamentais, sob máxima proteção constitucional**. In: Consultor Jurídico. 17 de dezembro de 2015. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-dez-17/custeio-minimo-direitos-fundamentais-maxima-protecao>.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **O Protagonismo do Poder Judiciário na Era dos Direitos**. Revista de Direito Administrativo, v. 251, Editora FGV Direito Rio, 2009, p. 78.

Plenário Virtual - minutos