

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO TOCANTINS (UFT)
ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA TOCANTINENSE (ESMAT)**

ANDRÉ LUIZ DE MATOS GONÇALVES

**O CONTROLE COORDENADO DA RESERVA DO POSSÍVEL PARA
O ATENDIMENTO DO MÍNIMO EXISTENCIAL:
O PAPEL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS**

Palmas-TO
2015

ANDRÉ LUIZ DE MATOS GONÇALVES

**O CONTROLE COORDENADO DA RESERVA DO POSSÍVEL PARA
O ATENDIMENTO DO MÍNIMO EXISTENCIAL:
O PAPEL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS**

Dissertação propositiva apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* Mestrado Profissional Interdisciplinar em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos da Universidade Federal do Estado do Tocantins, inserida na linha de pesquisa n. 2 (Instrumentos da Jurisdição, Acesso à Justiça e Direitos Humanos) como requisito parcial à obtenção do Título de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Oneide Perius

Palmas-TO
2015

GONÇALVES, André Luiz de Matos

O controle coordenado da Reserva do Possível para o atendimento do Mínimo Existencial: o papel dos Tribunais de Contas – André Luiz de Matos Gonçalves; orientador: Oneide Perius – 2015.

Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Tocantins, Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* do curso de mestrado profissional interdisciplinar em prestação jurisdicional e direitos humanos, 2015.

1. Direito – Dissertação. 2. Direito Constitucional. Direitos Humanos. Tribunais de Contas. I. Universidade Federal do Tocantins – UFT. II. Título.

CDU

ANDRÉ LUIZ DE MATOS GONÇALVES

**O CONTROLE COORDENADO DA RESERVA DO POSSÍVEL PARA
O ATENDIMENTO DO MÍNIMO EXISTENCIAL:
O PAPEL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS**

Dissertação apresentada no Programa de Pós-Graduação em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Tocantins, inserida na linha de pesquisa n. 2 (Instrumentos da Jurisdição, Acesso à Justiça e Direitos Humanos), como requisito parcial à obtenção do título de mestre.

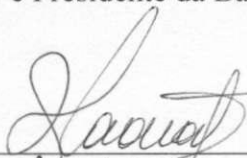
Orientador: Oneide Perius

Data de aprovação: 09 / 12 / 2015

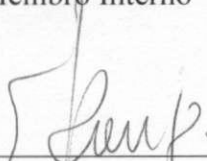
Banca Examinadora



Prof. Dr. Oneide Perius
Orientador e Presidente da Banca



Profa. Dra. Ângela Issa Haonat
Membro Interno



Profa. Dra. Jaci Augusta Neves de Souza
Membro Externo

Dedico o presente trabalho à minha esposa,
Nancy Lytton, e aos meus filhos, Davi Matos,
Gabriel Matos (em memória) e à Luiza

Palmas – TO
2015

Dedico o presente trabalho à minha esposa, Nancy Matos, e aos meus filhos, Davi Matos, Gabriel Matos (*in memoriam*) e à Luiza Matos, indispensáveis ao meu viver.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus, presença indispensável na minha vida, que ilumina o meu caminho e me conduz diariamente.

Ao meu orientador, professor Oneide Perius, homem sereno, inteligente e de uma simplicidade incomum, a quem agradeço a diligência e orientações seguras, sem as quais este estudo não teria se concretizado.

Aos meus pais, que são verdadeiros exemplos de dignidade e que me proporcionaram inúmeras oportunidades, sempre presentes em minhas conquistas e meus desafios.

À minha esposa, por ser minha companheira em todos os momentos bons e difíceis, sempre com uma palavra de incentivo e alento.

À minha irmã Fernanda Matos, pelo auxílio na consecução deste trabalho, além do apoio e do amor.

“Não há uma Constituição dos direitos fundamentais independente da Constituição do poder, o Estado de direito impõe precisamente uma conformação recíproca.” (Jorge Miranda)

RESUMO

Esta dissertação tem como objetivo demonstrar, por meio da pesquisa bibliográfica, a importância do trabalho coordenado entre as estruturas de controle, v.g., Tribunais de Contas, Ministério Público, Defensoria, Judiciário e sociedade civil organizada, para exame preciso da Reserva do Possível como instrumento para consecução do Mínimo Existencial. Busca-se defender a premissa de que a dicotomia Reserva do Possível e Mínimo Existencial tem como razão precípua o difícil exame do orçamento enquanto peça autorizativa do dispêndio público e também de arrecadação de recursos. Parte-se da premissa de que os Tribunais de Contas têm o encargo, por determinação constitucional, de acompanhar o orçamento, sendo, portanto, o maior detentor de meios técnicos para o exame da questão. É feita uma breve análise da natureza jurídica do direito à saúde, bem como da estrutura do Sistema Único de Saúde, de suas políticas e protocolos. É também discutida a adequação do processo coletivo como principal meio para consecução da macrojustiça, em detrimento do exame pontual das demandas na área da saúde, o que compromete sensivelmente as políticas de saúde como um sistema. Em complemento, abordam-se conceitos de Mínimo Existencial e de Reserva do Possível, enquanto teses postas a deliberação do Judiciário, e examinam-se aspectos relativos às leis orçamentárias e sua interpenetração com a alocação de recursos. Ao final, adentra-se na estrutura dos Tribunais de Contas, em suas potencialidades e, principalmente, nas informações produzidas nas Cortes de Contas que seriam fundamentais para que a intervenção nas políticas públicas levadas a efeito no Judiciário fosse promovida com o máximo de precisão e proveito para os interesses coletivos. A metodologia de pesquisa utilizada buscou extrair da bibliografia disponível excertos que convalidem a ideia proposta nesta dissertação. Para isso, foram reunidas obras de diversos doutrinadores brasileiros que abordam temas relacionados à matéria em discussão, além de jurisprudências e leis, obtidas por meio de acesso ao banco de julgados dos tribunais superiores e dos bancos de dados do Senado Federal e da Assembleia Legislativa Estadual.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Mínimo Existencial. Reserva do Possível. Processo Coletivo. Orçamento Público. Tribunais de Contas. Termo de Cooperação.

ABSTRACT

This study aims to demonstrate, using bibliographic researches, the importance of coordinated work between the control structures, eg, Audit Courts, Prosecutors, Public Defenders, Judiciary and civil society, need to take Reserve of the Possible as a means of achieving the Minimum Existential. The aim is to defend the premise that the dichotomy presented above the Reserve of the Possible and Minimum Existential has the main reason the difficult exam of the budget as part of authorizing public spending as well as fundraising. It starts with the premise that the Audit Courts have the burden, by constitutional provision, to monitor the budget and is therefore the largest holder of technical means to examine the case. It made a brief analysis of the legal nature of the right to health, as well as of the Unified Health System structure, policies and protocols. It also discussed the adequacy of the collective process as the primary means for achieving macro-justice at the expense of timely examination of the demands in health care, which significantly compromise the health policies as a system. In addition, we discuss further the Minimum Existential of concepts and booking possible, while theses put the decision of the judiciary, and examine the aspects of the budget laws and their interpenetration with the allocation of resources. Finally, we enter the structure of the Audit Courts, their potential and especially the information gathered in the accounts that would be fundamental cuts for the intervention in public policies implemented in the judiciary, were promoted with maximum precision and advantage for collective interests. The research methodology sought excerpts drawn from the literature available who engage into the idea proposed of this dissertation. For this, works have been gathered from several Brazilian scholars that address issues related to the matter under discussion, as well as jurisprudence and laws, obtained through access to the trial bench of the superior courts, and the databases of the Senate and the State Legislative Assembly.

Keywords: Constitutional Law. Existential minimum. Reserve possible. Collective process. Public budget. Audit Courts. Cooperation Agreement.

LISTA DE ABREVIATURAS

ACP – Ação Civil Pública

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária

DST – Doenças Sexualmente Transmissíveis

AIDS – *Acquired Immune Deficiency Syndrome*

CE – Comunidade Europeia

CF – Constituição Federal

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CPC – Código de Processo Civil

Dec. – Decreto

EREsp – Embargos de Divergência em Recurso Especial

LDO – Lei de Diretrizes Orçamentárias

LOA – Lei Orçamentária Anual

LRF – Lei de Responsabilidade Fiscal

MP – Ministério Público

ONU – Organização das Nações Unidas

OMS – Organização Mundial de Saúde

OS – Organizações Sociais

PCDT – Protocolos Clínicos de Diretrizes Terapêuticas

PNM – Política Nacional de Medicamentos

PNAF – Política Nacional de Assistência Farmacêutica

PPA – Plano Plurianual

RENAME – Relação Nacional de Medicamentos

RESP – Recurso Especial

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

SUS – Sistema Único de Saúde

TCU – Tribunal de Contas da União

TCE – Tribunal de Contas do Estado

USP – Universidade de São Paulo

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO | 13 |
| | |
| 1.TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS..... | 15 |
| 1.1 DISTINÇÃO ENTRE DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS | 15 |
| 1.2 A EFICÁCIA NA PERSPECTIVA DA JUSFUNDAMENTALIDADE..... | 21 |
| 1.3 A ESTREITA INTERAÇÃO ENTRE REGRAS, PRINCÍPIOS E SUAS IMPLICAÇÕES SOBRE OS DIREITOS DE PRESTAÇÃO | 23 |
| 1.4 NÚCLEO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS | 26 |
| 1.5 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE “SAÚDE” | 27 |
| 1.6 A SAÚDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO..... | 29 |
| 1.7 O DIREITO À SAÚDE NO PLANO DA EFICÁCIA..... | 32 |
| 1.8 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE E AS POLÍTICAS NACIONAIS DE MEDICAMENTOS | 34 |
| | |
| 2. A CRESCENTE JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS E O PROCESSO COLETIVO COMO INSTRUMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA..... | 37 |
| 2.1 O FENÔMENO DO ATIVISMO JUDICIAL E SUAS CAUSAS, A CRESCENTE JUDICIALIZAÇÃO NA ÁREA DA SAÚDE E OS LIMITES À INTERFERÊNCIA NAS POLÍTICAS PÚBLICAS..... | 37 |
| 2.2 O DIREITO À SAÚDE COMO UM DIREITO COLETIVO | 46 |
| 2.2.1 Evolução histórica do processo coletivo | 46 |
| 2.2.2 O processo coletivo e as gerações dos direitos fundamentais segundo os estudiosos do Direito Constitucional..... | 48 |
| 2.2.3 Evolução do processo coletivo no Brasil | 49 |
| 2.2.4 Natureza jurídica dos direitos metaindividuais | 50 |
| 2.2.5 Princípios de processo coletivo | 53 |
| 2.2.5.1 Princípio da Indisponibilidade Mitigada da Ação Coletiva..... | 53 |
| 2.2.5.2 Princípio da Indisponibilidade da Execução Coletiva..... | 53 |

| | |
|---|----|
| 2.2.5.3 Princípio do Interesse Jurisdicional no Conhecimento do Mérito..... | 54 |
| 2.2.5.4 Princípio da Prioridade na Tramitação | 54 |
| 2.2.5.5 Princípio do Máximo Benefício da Tutela Jurisdicional Coletiva..... | 54 |
| 2.2.5.6 Princípio da Máxima Efetividade do Processo Coletivo ou do Ativismo Judicial..... | 55 |
| 2.2.5.7 Princípio da Máxima Amplitude, Atipicidade e da não Taxatividade.. | 56 |
| 2.2.5.8 Princípio da Ampla Divulgação da Demanda Coletiva..... | 56 |
| 2.2.5.9 Princípio da Integratividade ou do Microsistema Processual Coletivo | 56 |
| 2.2.6. Objeto do processo coletivo em gêneros e espécies..... | 57 |
| 2.2.7 Coisa julgada no processo coletivo | 60 |

3 A ALOCAÇÃO DE RECURSOS E SUA ESTREITA RELAÇÃO COM A RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL 64

| | |
|---|----|
| 3.1. A INTERVENÇÃO JUDICIAL NAS POLÍTICAS PÚBLICAS E OS MEANDROS ORÇAMENTÁRIOS COMO OBSTÁCULO AO DESLINDE DA RESERVA DO POSSÍVEL..... | 64 |
| 3.2. A COMPLEXIDADE DAS PEÇAS ORÇAMENTARIAS E A AFERIÇÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL..... | 70 |
| 3.2.1 Aspectos conceituais do Mínimo Existencial e da Reserva do Possível..... | 71 |

4 A NECESSÁRIA ATUAÇÃO COORDENADA DAS ESTRUTURAS DE CONTROLE 78

| | |
|--|----|
| 4.1 AS CORTES DE CONTAS PELO MUNDO | 78 |
| 4.2 AS CORTES DE CONTAS BRASILEIRAS | 82 |
| 4.2.1 Os Tribunais de Contas e sua alocação na estrutura de poder..... | 83 |
| 4.2.2 Natureza jurídica das decisões dos Tribunais de Contas..... | 85 |
| 4.2.3 O Tribunal de Contas e a execução orçamentária | 87 |

CONCLUSÃO..... 98

REFERÊNCIAS 102

APÊNDICE

INTRODUÇÃO

A segregação dos diversos estamentos do controle externo, a complexidade do exame da Reserva do Possível e do Mínimo Existencial, a complexidade técnica do orçamento público e sua íntima relação com a alocação dos recursos, a importância do processo coletivo para outorga da macrojustiça em detrimento da microjustiça e o conhecimento estrutural das Cortes de Contas tornam o estudo dessas variáveis relevantes e dão ensejo à formulação de reflexões contundentes, bem como apontam um norte para outorga do acesso ao direito fundamental à saúde.

Inicialmente, cumpre enquadrar o direito à saúde sob a ótica dos direitos sociais e fundamentais. Cabe estudar a evolução histórica para construção das referidas espécies de direitos e os bens jurídicos que pretendem tutelar, bem como examinar as origens dos mencionados direitos e as influências derivadas desse aspecto.

Ainda na seara conceitual, tem relevância o exame estrutural do SUS, das políticas nacionais concebidas para o atendimento coletivo dessa demanda de importância singular e sua estreita relação com o exercício da liberdade. Nessa senda, observaremos os limites do direito assegurado constitucionalmente sob pálio da inviabilização do direito concebido para o atendimento coletivo.

Fixados os elementos conceituais, apresenta-se o estudo do processo coletivo como meio de outorga ampla do direito à saúde. Tal análise é concebida a partir do exame da microjustiça, enquanto intervenção judicial para prestação do direito de forma individual, e macrojustiça, intervenção judicial que ocorre no âmbito do processo coletivo.

Na Lição de Amaral (2010), a vantagem da macrojustiça em face da microjustiça, como se verificará, resulta da formação de um juízo de valor que repara equívocos na atividade prestacional do Executivo, não com repercussão em apenas um caso, mas para toda a coletividade¹. Essa forma de intervenção de um poder (Judiciário) no outro (Executivo) é mais segura na medida em que não desconsidera a política pública existente. Consoante se verá, apenas haverá reparos no sentido de tornar mais efetiva a atividade prestacional do Estado na área da saúde.

¹ “Não se trata, por óbvio, de uma deficiência dos julgados, mas de uma característica das decisões judiciais. O judiciário está aparelhado para decidir casos concretos, lides específicas que lhe são postas. Trata ele, portanto, da microjustiça, da justiça do caso concreto” (AMARAL, 2010).

No que tange à dicotomia Mínimo Existencial e a Reserva do Possível, busca-se demonstrar as origens do pensamento jurídico no mundo e seu propósito original. Em seguida, aborda-se o desvirtuamento dessas teses no Brasil e a importante relação que o exame dessas teorias tem com a alocação dos recursos públicos.

Na seara orçamentária, concentra-se no dispêndio dos recursos públicos, na finalidade de cada uma das leis orçamentárias e na relação com o atendimento dos direitos fundamentais. Verifica-se que estando o juiz, para dirimir a dicotomia Mínimo Existencial e Reserva do Possível, necessita entender os meandros técnicos do orçamento público. Diante dessa necessidade de amparo técnico, apresentam-se as Cortes de Contas como um meio disponível, com elevado conhecimento na área orçamentária, mas que infelizmente vem trabalhado de maneira estanque dos demais instrumentos de controle externo.

Assim, por meio da abordagem técnica de pesquisa bibliográfica e da extração de excertos que convalidem a ideia proposta neste trabalho, a presente dissertação objetiva demonstrar, a partir da reunião de obras de diversos doutrinadores brasileiros que abordam temas relacionados à matéria em discussão, além de jurisprudências e leis, obtidas em acesso ao banco de julgados dos tribunais superiores e dos bancos de dados do Senado Federal e da Assembleia Legislativa Estadual, as potencialidades dos Tribunais em confronto com as necessidades dos órgãos de controle.

Cabe apresentar, como produto final deste trabalho, um instrumento jurídico que materialize um meio coordenado de atuação entre essas estruturas de controle em que, mesmo sem subordinação, ocorra cooperação recíproca voltada ao atendimento precípua do interesse público na consecução do direito à saúde.

1 TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

É inequívoco que os direitos humanos representam, antes de mais nada, uma evolução no sentido da preservação da própria raça humana. Com efeito, não se pode olvidar que o Estado é o principal responsável por tais direitos, fato esse que reclama uma estrutura de controle capaz de syndicar o “especialista”, ou seja, o poder Executivo (CORREA-LUGO, 2005).

Em sentido oposto, ficaremos à mercê, para a consecução de tais direitos, de um “controle” feito por “generalistas” ou, em outros termos, por uma estrutura que não detém, na profundidade necessária, o conhecimento técnico suficiente para perscrutar os meandros orçamentários insertos ao deslinde da Reserva do Possível. Tal assertiva ganhará mais evidência se consideramos que a inadimplência das prestações em políticas públicas, quase sempre, tem como justificativa a ausência de recursos.

Quem, na estrutura fiscalizatória, tem especialidade no controle da alocação de recursos? É certo que, por atribuição constitucional, são as Cortes de Contas (BRASIL, 1988). Inobstante, não há interação com troca de informações e experiências entre os Tribunais de Contas, o Judiciário, a Defensoria, o Ministério Público ou a sociedade civil organizada. Desafortunadamente, todas essas estruturas, caríssimas aos cofres públicos, trabalham de modo estanque, isolado, sem coordenação.

1.1 DISTINÇÃO ENTRE DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

No que concerne à saúde, direito fundamental nuclear e objeto deste trabalho, faz-se necessário, inicialmente, um exame que busque enquadrá-lo dentro do ordenamento jurídico. Cumpre o deslinde da questão que versa sobre qual seria a melhor classificação dos direitos fundamentais, entre os quais, encontra-se o direito à saúde.

Nesse sentido, há os que designam como direitos humanos, direitos naturais (FONTES, *on-line*), direitos individuais, direitos públicos subjetivos e, ainda, liberdades públicas (BARROS, *on-line*). No entanto tais expressões designativas não são utilizadas com o necessário rigor científico.

Cabe ressaltar, nesse âmbito de análise, que, em qualquer conceituação que enquadrem os direitos humanos em mimetismo com direitos fundamentais, padece um grave equívoco, visto que não têm o mesmo conteúdo jurídico, como se verá.

Historicamente, sempre vislumbramos nos direitos humanos um conteúdo mais emocional, derivado de um sentimento de preservação da própria humanidade, ante os mais diversos riscos à continuidade da espécie, desprovido, portanto, de embasamento jurídico (BARROS, *on-line*).

Em outro extremo, os direitos fundamentais têm origem no movimento cultural e político francês do ano de 1789 e na Revolução de Weimar de 1919, o que confere ao termo data de nascimento, naturalidade e filiação, não sendo, portanto, uma expressão etérea (BARROS, *on-line*).

Assim, há quem afirme (SARMENTO, 2014), com elevado grau de pragmatismo, que os direitos fundamentais são os direitos humanos positivados na constituição de um Estado. Oportuno se torna esclarecer que, distintamente (SARLET, 2009), os direitos naturais representam designação cuja identidade está mais vinculada ao jusnaturalismo, o que veremos a seguir.

No que tange aos direitos individuais, cumpre registrar que são os atribuídos às pessoas na condição de indivíduo isolado, conceito esse que discrepa dos direitos fundamentais, na medida em que individualiza, como também outorga tratamento coletivo no exame das garantias comuns. Hodiernamente, os direitos individuais encontram aplicação recorrente no âmbito da designação dos direitos civis ou das liberdades civis.

Segundo as palavras de Sarlet (2009), no que concerne aos direitos públicos subjetivos, é importante assinalar que estes se originaram na Escola alemã do século XIX, tendo expressão de eixo sobre o prisma do indivíduo, no que concerne ao pensamento positivista. Em termos mais prosaicos, seria o indivíduo em face do Estado, fazendo ou não uso de um direito que lhe pertence de acioná-lo judicialmente. Ao contrário disso, em sede de direitos fundamentais, não estamos tratando de bens jurídicos disponíveis, seja na esfera pública ou mesmo na esfera privada. Assim, os legitimados para propositura das ações para tutela de direitos coletivos são impelidos a propor as demandas diversamente do que ocorre nos direitos individuais.

Empós as noções conceituais preliminares e distintivas traçadas nos breves trechos delineados, cumpre evidenciar que o propósito do presente estudo será direcionado aos direitos fundamentais, que, consoante o explicitado, podem ser categorizados entre os positivados no texto maior.

Para melhor compreensão dos direitos fundamentais, não se pode olvidar o exame histórico de suas origens nas constituições e nas declarações universais. Após, com base nessa evolução e postulados, poderemos estabelecer os limites da atuação do

Judiciário, dos Tribunais de Contas e dos demais instrumentos de controle voltados à fiscalização da efetividade das políticas públicas.

Bom é dizer que, tal como a essência do homem, o direito evolui. Nesses termos, é oportuno aclarar que os direitos fundamentais não se apresentaram desde os primórdios com a feição que possuem hoje.

Posta assim a questão, é de se inferir que o núcleo principal de qualquer análise deve levar em consideração a dignidade da pessoa humana e a imperiosa necessidade de preservação desse bem que é individual e também coletivo (SILVA, 2007). Nesse passo, não se pode perder de vista que as garantias surgem, sobretudo, das coações aos direitos mais caros a humanidade.

À guisa de exemplo, podemos citar, entre esses direitos, o direito à liberdade (BRASIL, 1988). Com efeito, trata-se de um direito de cunho negativo, vez que não impõe uma prestação, mas uma inação do Poder Público. Portanto, é um direito de resistência a uma possível atuação desviada do Estado.

Registre-se, ainda, o direito à propriedade, à igualdade, ao devido processo legal e de petição, entre outros (BRASIL, 1988). Cumpre esclarecer que os direitos de liberdade têm seu nascedouro no Estado Liberal, o qual surgiu após a Revolução que deu causa à Independência Americana e também à Revolução Francesa. O sentido era, essencialmente, impor limites ao vigente regime absolutista. O Estado Liberal tem como eixos determinantes a submissão ao império da lei, a divisão dos poderes e, ainda, o desenvolvimento das liberdades individuais.

Não se pode perder de vista, tendo em conta o aspecto histórico das declarações voltadas aos direitos fundamentais, a relevância da distinção entre a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, datada de 1729, e a Declaração de Direitos do Bom povo da Virgínia de 1776 (BONAVIDES, 2008).

Convém ressaltar que a declaração americana teve caráter local, buscava dirimir questões vividas naquele momento histórico dos EUA. Diversamente, impende observar que a Declaração Francesa teve um perfil universalizante, o que fez desse evento histórico o estuário natural das matérias atinentes ao exame dos direitos fundamentais liberais (BONAVIDES, 2008).

É preciso insistir também no fato de que, com a evolução do entendimento sobre o papel social do Estado, este deixou de ser um mero espectador. Passou a ser, na conjuntura do Estado Social, um agente de promoção da dinâmica social e econômica.

Oportuno se torna dizer que, com base nessas premissas, o Estado deveria garantir o mínimo em termos de renda, habitação, educação e saúde (BIANCHI, 2012).

Convém notar que os direitos sociais vieram como um meio de proteção da burguesia contra o Estado Absolutista e, como evolução em desdobramentos, aos direitos sociais, econômicos e culturais, que passaram a ter o devido espaço. Em outras palavras, podemos ver os direitos fundamentais como uma limitação ao Estado opressor, enquanto que os direitos sociais passaram a significar a possibilidade de exigir uma prestação mínima, uma prestação positiva (BONAVIDES, 2008).

Cumprе assinalar que o Estado Democrático de Direito surge como uma evolução ao Estado Social. Ao ensejo desse entendimento, podemos inferir que este seria uma espécie de depuração de um modelo que se coligava com regimes políticos completamente antagônicos, ou seja, ao mesmo tempo em que se ajustava a democracia, também se associava ao fascismo e ao nacional-socialismo.

Com o fito trazer luzes doutrinárias, cumpre o exame do texto abaixo colacionado, o qual explicita as diversas facetas do Estado Democrático de Direito como uma verdadeira evolução em termos de garantias dos direitos fundamentais.

O Estado Democrático de Direito – para assim ser considerado – deve atender a uma série de princípios, quais sejam: a) constitucionalidade; b) democracia; c) sistema de direitos fundamentais; d) justiça social; e) igualdade; f) divisão dos poderes; g) legalidade; e h) segurança e certeza jurídica (BOLZAN DE MORAIS, 1996, p. 67).

Posta assim a questão, é de se dizer, em arremate, que o Estado Democrático traz como pressuposto uma obediência constitucional acompanhada de um sistema de direitos fundamentais voltados à justiça social, à igualdade, à divisão dos poderes, à legalidade, à segurança e à certeza jurídica. Registre-se, ainda, que o regime mencionado se propõe a tutelar direitos que, embora pudessem ser individualmente atribuídos e gozados, eram há um só tempo comunitários e pertencentes, inclusive, às gerações futuras. São os direitos de titularidade coletiva ou de solidariedade, dado o caráter transindividual.

Em virtude dessas considerações, cumpre um rápido excursão para ressaltar e antecipar um exame futuro deste trabalho. Tal exame é concernente à obrigação prestacional do Estado na saúde pública e ao ganho significativo de rendimento e efetivação no âmbito coletivo das demandas.

Como veremos nos capítulos que se seguem, é crescente a judicialização das demandas na área da saúde, mas infelizmente a questão vem sendo resolvida pelo Estado Juiz de maneira estanque, sem a devida utilização dos meios que outros órgãos de controle dispõem. Estamos falando especificamente das Cortes de Contas, especialistas em orçamento e detentoras de todas as informações atinentes à alocação de recursos.

De regresso ao exame do Estado Democrático de Direito e sua relevância para concretude dos direitos fundamentais, encontramos o dizer de Paulo Bonavides (2008, p. 56): “Com a democracia participativa, a soberania passa do Estado para a Constituição, porque a constituição é o Poder vivo do povo, o poder que ele não alienou em nenhuma assembleia ou órgão de representação [...]”. Em outros termos, se tais direitos podem ser atendidos, o ambiente mais propício será o democrático.

Não se pode perder de vista que os direitos fundamentais encontram-se apoiados em dois eixos: os direitos subjetivos e princípios objetivos da ordem constitucional, premissas que se estabelecem a partir da Lei Fundamental Alemã de 1949 e no caso Lüth (SARLET, 2009).

Cumpramos examinar, no julgamento do caso mencionado, visceralmente ligado à temática dos direitos fundamentais, a concretização do entendimento de que essa espécie de direitos não se limita à defesa do indivíduo contra atos do Poder Público, antes representa valoração objetiva do texto constitucional que traz consigo repercussão sobre todo o ordenamento jurídico.

Desse modo, no aspecto subjetivo, a análise se dá em três faces: a do titular, do objeto e do destinatário. Assim, os direitos fundamentais passam a abrir possibilidade a seus titulares de exigirem ou mesmo opor sua pretensão diante de órgãos estatais ou de qualquer outro eventual destinatário.

No caso judicial exposto no trecho transcrito a seguir, o detentor do direito apresentou sua pretensão em face de outro particular, um famoso diretor cinematográfico alemão – Veit Harlan, vinculado ao Regime Nazista.

Em face dessas críticas, a produtora do filme que à época estava sendo dirigido por Veit Harlan, a empresa Domnick Film produktion GMBH, passou a exigir explicações de Luth sobre a crítica por ele tecida contra Veit Harlan. Erick Luth, ao invés de dar explicações sobre as críticas, reforçou-as por intermédio de uma carta aberta divulgada à imprensa. Em tal expediente ele convocava um verdadeiro boicote ao filme que Veit Harlan estava dirigindo na época (era anos de 1950) (BIANCHI, 2012).

Consoante se pode observar, o espectro de possibilidade dos direitos fundamentais passou por tão profunda ampliação que se tornou, até mesmo, oponível entre outros particulares.

Em resumo, a função subjetiva pode ser delineada em três funções: garantidora, participativa e promocional. No primeiro aspecto, o que se pretende tutelar é a garantia de que todos podem, sem restrição, participar das eleições para escolha dos mandatários. A função participativa, de índole democrática, diz respeito à possibilidade de integrar e, efetivamente, participar dos poderes públicos como expressão da vontade pública. A função promocional, de natureza social, diz respeito ao fomento da moralidade por meio dos atos do Poder Público.

No plano objetivo, a perspectiva jurídica é traduzida na concretização dos direitos fundamentais por meio da irradiação de uma determinação geral de eficiência que deve fluir por meio dos órgãos do Estado. Nessa quadra, o que se observa é a dinâmica positiva de realização da efetivação da Constituição, inclusive como parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos. Desse modo, verificamos que os desdobramentos de incidência dos direitos fundamentais lançam suas raízes em vários terrenos, na medida em que até mesmo o Legislativo deve considerar, no exercício da função legiferante, o conteúdo apto a conferir maior efetivação dessa linhagem de direitos, ditos fundamentais.

É importante assinalar que interessam na presente análise dois eixos de propagação de efeitos imanentes aos direitos humanos. O primeiro voltado ao próprio Estado e, nesse campo, bipartido em Estado Juiz e executor de políticas públicas. O segundo eixo, como dito anteriormente, é o legiferante, o qual estabelece, por meio das leis, a vertente horizontal (*Drittwirkun*) (HESSE, 2009), sobre a qual serão construídas as relações jurídicas entre os próprios particulares, com todos os consectários inerentes ao direito de proteção.

Ao ensejo da conclusão deste item, podemos inferir que do Poder Público não se espera mais tão somente a simples abstenção de atos que ultrajam direitos, reclama-se, noutro polo, de uma atuação positiva no sentido da preservação e do fomento da fruição plena desse patrimônio jurídico. Convém notar, a fim de tornar concreto o argumento, que tais medidas tomaram forma por meio das proibições, autorizações e espécies normativas de índole penal e administrativas.

1.2 A EFICÁCIA NA PERSPECTIVA DA JUSFUNDAMENTALIDADE

É de verificar-se, inicialmente, o *discrímen* conceitual entre vigência e eficácia. A vigência encontra-se ancorada no plano da existência, ou seja, se uma norma existir, tal norma terá vigência. A eficácia, diversamente, deve ter sua análise cindida em duas vertentes: a jurídica e a social. No prisma social, o que se observa é o acatamento da norma pelo destinatário, já a eficácia jurídica relaciona-se com a exigibilidade do cumprimento da norma, visto que se trata de algo exequível e desejável socialmente para a boa convivência.

No plano jurídico, a atividade é levada a cabo e a termo pelo Judiciário. Como se depreende, a eficácia social é a materialização da conduta, ao passo que a eficácia jurídica é a possibilidade de aplicação diante do caso concreto. Em síntese, o traço distintivo é a possibilidade presente no domínio jurídico e a palpabilidade marcante no social.

Posta a questão em termos conceituais, podemos depreender que os direitos sociais, entre os quais está a saúde, diversas vezes são rebaixados à condição de norma meramente programática, em outros termos, como direito de segunda linha, na medida em que sua aplicabilidade é insistentemente suprimida na rotina de hospitais públicos brasileiros.

Como justificativa para a indesejável constatação precitada, advogam haver dicotomia entre os direitos sociais e os civis/políticos. Aduzem, com veemência, que a implementação desmedida de um feixe de direitos implicaria na necessária mitigação de outros. Nesse sentido, a fim de manter o equilíbrio, a efetivação desses direitos reclama atenuações recíprocas, sob pena de prejuízo a bens jurídicos, como a liberdade e a propriedade.

Nesse mesmo sentido, mas com fulcro na corrente funcional dos direitos sociais, afirmam que os direitos humanos têm essência reparadora, sendo, nesse passo, subsidiários dos direitos civis e políticos. Consoante essa noção é que nasce a teoria do Mínimo Existencial e da Reserva do Possível, que abordaremos ao tratar da crescente judicialização das demandas na área da saúde.

Convém notar que, sob a ótica da realidade e dos motivos fundantes, o que temos, em verdade, é pressão dos custos das ações positivas que os direitos sociais reclamam. O conteúdo negativo dos direitos políticos e civis, que via de regra não representam dispêndio, acaba servindo como mero anteparo para justificar a mitigação das providências que esses direitos reclamam.

No ordenamento jurídico brasileiro, preocupou-se o constituinte em alçar os direitos sociais ao elevado estamento de direito fundamental. Essa estatura constitucional, formal e material está positivada no Título II, que trata dos direitos e das garantias fundamentais. A topografia constitucional, não sem propósito, deixa isento de dúvida o *status* conferido.

Demonstrada a credencial destacada, resta reclamar a aplicabilidade dos direitos sociais com sobrenome fundamental. Nesse diapasão, relevante trazer a lume o comando constitucional do art. 5º, § 1º, o qual determina a aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e das garantias fundamentais.

No sentido oposto, há os que, mesmo diante do sentido unívoco do comando constitucional, entendem que não serão de aplicação imediata as normas que não são completas, o que se dá ante a natureza das coisas.

Cumprir refletir que interpretar a norma constitucional como algo inalcançável, dada a natureza das coisas, é também autorizar os cumprimentos dos comandos constitucionais quando possível for e segundo o entendimento do destinatário do comando. Não se pode perder de vista que se trata de um entendimento bastante perigoso, considerando as estruturas do Estado Democrático de Direito, alicerçadas na auto-obeidência ao arcabouço normativo que criou.

Diversamente, a boa prática deve buscar máxima utilidade e efetividade na norma constitucional, ou seja, a aplicação imediata em todos seus termos, sem qualquer reserva. Entre os defensores, encontramos Luiz Roberto Barroso², Eros Roberto Grau³ e outros.

Para tornar concreto o posicionamento, vejamos o ponto de vista da doutrina (CUNHA JÚNIOR, 2010).

[...] em caso de descumprimento, por omissão, de algum direito fundamental ou de alguma lacuna legislativa impeditiva de sua fruição, deve e pode o poder judiciário – valendo-se de um autêntico dever-poder de controle das omissões do Poder Público – desde logo e em processo de qualquer natureza aplicar diretamente o preceito definidor do direito em questão, emprestando ao direito fundamental desfrute imediato, independentemente de qualquer providência de natureza legislativa ou administrativa.

² **Luís Roberto Barroso**, jurista, professor e magistrado brasileiro. É ministro do Supremo Tribunal Federal, atuou anteriormente como advogado e como procurador do estado do Rio de Janeiro. É professor na Universidade do Estado do Rio de Janeiro e na Universidade de Brasília.

³ **Eros Roberto Grau**, jurista brasileiro, ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal. Exerceu a advocacia em São Paulo até a sua nomeação para Ministro do Supremo Tribunal Federal. Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, com a defesa da tese Aspectos Jurídicos do Planejamento Metropolitano. Livre Docente pela Universidade de São Paulo. Professor Titular do Departamento de Direito Econômico na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

No que tange ao suprimento judicial dos direitos prestacionais, que, na avaliação de cada caso concreto, a legitimação do poder Judiciário para ordenar a implementação de políticas públicas, substituindo-se ao próprio poder Executivo, tomará como norte determinante os elementos: as limitações da Reserva do Possível e os demais direitos fundamentais eventualmente colidentes. Não há olvidar-se, ainda, que essa análise seja temperada por princípios orientadores, com efeito, os da proporcionalidade e da razoabilidade, o que torna relevante o exame do tema subsequente.

1.3 A ESTREITA INTERAÇÃO ENTRE REGRAS, PRINCÍPIOS E SUAS IMPLICAÇÕES SOBRE OS DIREITOS DE PRESTAÇÃO

Cumpra assinalar, inicialmente, a dicotomia entre as regras e os princípios. Parte da doutrina defende que o ponto fundamental de diferenciação está na relevância jurídica do mandamento. Nesse passo, os princípios são mais relevantes do que as regras em face do conteúdo que veiculam e da abrangência.

Outro viés seria o da abstração. Posto assim o argumento, os princípios seriam mais fluidos e plásticos, enquanto que as regras albergam conceitos e comandos inflexíveis e direitos, embora mais concretos e tangíveis aos olhos quanto à aplicabilidade.

Para Robert Alexy (2008), tanto as regras quanto os princípios traduzem o dever-ser e, nessa senda, a distinção não teria relação com grau de importância. Na outra face, os princípios são normas mais abertas das que orientam a efetividade segundo as ressalvas circunstanciais, ou seja, o sentido buscado é demonstrado e deve ser concretizado dentro da maior parcela possível ante as possibilidades jurídicas e fáticas.

As regras, por seu turno, se bipartem em observadas ou não. Esse binômio não comporta grau de satisfação do comando legal, como ocorre com os princípios. Consoante esse entendimento, verifica-se que o conflito entre as regras deve ser dirimido no plano da validade, ou seja, a lei posterior derroga a anterior, e a geral verga diante da especial, enquanto que os princípios convivem sem se excluir reciprocamente.

Voltando os olhos para o cerne do estudo, concluímos que não há direitos fundamentais absolutos. Assim, é inevitável classificar as normas que tratam sobre direitos fundamentais à saúde como de jaez principiológico. Tenha-se presente, em face dos argumentos postos, que é vulnerável qualquer argumento que trate a outorga das

prestações do Poder Público, na área da saúde, sem um juízo de ponderação que contemple a Reserva do Possível e o Mínimo Existencial.

Posta assim a matéria, observemos os limites de aplicação dos princípios sobre o prisma interno e externo. O prisma interno aduz que o direito fundamental já nasce limitado ante suas próprias particularidades. Visto assim, cumpre inferir que a eventual restrição é derivada da própria espécie do direito em estudo.

A teoria externa, consectário lógico da primeira, vislumbra o direito e uma eventual atenuação a ser justificada pelo intérprete com base em suas impossibilidades fáticas. Do ponto de vista operacional, a teoria externa confere maior efetividade na medida em que não reconhece limites a *prima facie*. Como se depreende, a máxima efetividade será prevalente, embora temperada pelas circunstâncias.

É de ser revelado outro aspecto no que diz respeito à regulação ou conformação para outorga desses direitos. Segundo a doutrina do ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes (2009), essa atuação serve ao propósito de tornar concreto algo muito aberto, visa dar concretude, visto que muitos direitos carecem de disciplinamento normativo para adquirir efetividade.

O comentário do professor Gilmar Mendes diz respeito aos ambientes das regras, principalmente. No entanto convém notar, outrossim, que o direito à vida ou à saúde não pode depender de qualquer normatização para que lhe seja conferida efetividade do ponto de vista geral, com as devidas reservas às minúcias que as exceções já delineadas.

Mister se faz ressaltar, em arremate, que toda restrição a um direito fundamental é antes de tudo uma restrição principiológica. Partindo dessa análise, conclui Sarlet (2009) que qualquer restrição a princípios de direitos fundamentais deve possuir, direta ou indiretamente, fundamento na própria Constituição. Algumas serão derivadas diretamente do texto constitucional e outras de índole infraconstitucional, mas todas em compatibilidade com o texto maior.

À guisa de exemplo, podemos registrar que, no Legislativo, a ponderação entre os princípios sobre direitos fundamentais por vezes faz nascer uma regra, gerada da colisão entre princípios, e que trará alterações no ordenamento jurídico no plano da validade. Impende observar que, no âmbito do poder Judiciário, a ponderação entre os princípios busca alcançar a norma que proporcione a maior efetividade sem que outros bens jurídicos periféricos sejam esvaziados. É preciso insistir que o argumento central a

ser discutido, nesse campo, será a Reserva do Possível em face do Mínimo Existencial, conforme observaremos na sequência deste estudo.

É sobretudo importante assinalar que as reservas aos direitos fundamentais podem ser categorizadas em simples ou qualificadas. Na reserva simples, o legislador constituinte delega ao texto infraconstitucional a incumbência de mitigar o direito fundamental. Podemos citar como exemplo o dispositivo que confere ao civilmente identificado o direito de não ser criminalmente, ressalvadas as hipóteses legais. Convém notar que caberá à lei estabelecer tais hipóteses.

Na reserva qualificada, diversamente, a própria Constituição já estabelece os limites. Como exemplo, o caso da inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações. Neste, somente poderá haver violação por ordem judicial e voltada aos propósitos específicos de investigação criminal e instrução penal (BRASIL, 1988).

No tocante à ponderação dos princípios, Robert Alexy (2008), ao tratar do princípio da proporcionalidade, faz distinção entre o que, essencialmente, é uma regra e um princípio. Com efeito, segundo essa visão, o que conhecemos como princípio da proporcionalidade não se trata estruturalmente de um princípio, visto que não tem aplicabilidade no deslinde de diversas questões, propósito alcançado pelos princípios genuínos. Diversamente serve como parâmetro uniforme de interpretação e aplicação de outras normas, o que acaba por lhe definir como uma regra sobre regras. Tal ponderação é relevante na preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Segundo a doutrina de Gilmar Mendes (2009), a regra da proporcionalidade deve ser observada segundo três enfoques: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Essa sequência de abordagem deve ser observada, visto que os parâmetros são subsidiários, ou seja, não ultrapassado o primeiro, não se passará ao crivo do segundo.

No campo da adequação, o que se observa é a aptidão da intervenção para o atingimento dos fins pretendidos, ou seja, para ser adequada, a medida tem de ter uma finalidade que conduza à efetividade.

No que tange à necessidade, o que se verifica é a existência ou não de outros meios menos gravosos para que determinado ato seja praticado. Diversamente do que se pode imaginar à primeira vista, não há relação direta que implique em urgência do ato praticado. O cerne, em suma, será grau de efetividade produzido e custo da medida em termos de efeitos colaterais. Segundo esse critério, o que se faz é um teste comparativo, que por definição implicará em exame de relatividade.

Assinalamos, ainda, que a proporcionalidade em sentido estrito promove o confronto entre os princípios que tratam sobre os direitos fundamentais, visando aferir qual possui maior adequação para solução da questão e, ao final, concluir quem mais deve ceder espaço de efetividade para solução do caso específico posto em análise.

Nesse sentido, deve-se dizer que o foco da análise voltará seus esforços à análise do impacto da restrição sobre determinado direito fundamental, bem como à relevância dessa mitigação para que outro princípio seja privilegiado. Convém notar que será desproporcional a medida levada a efeito pelo Estado na proporção que não tiver o condão de justificar a preponderância de determinado direito fundamental em detrimento de outro.

1.4 NÚCLEO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No ordenamento jurídico brasileiro, em se tratando de direitos fundamentais, não restou preordenada a definição dos limites traduzidos em um núcleo essencial de direitos positivados. Inobstante, algumas teorias, desenvolvidas em outros países, nos quais os referidos limites foram estabelecidos, foram sendo importados para subsidiar a análise desse parâmetro de atendimento.

Oportuno se torna afirmar que tais teorias podem ser cindidas em termos absolutos e relativos. Pelo prisma absoluto, essas espécies de direitos não comportariam modificações exteriores. Em outras palavras, uma vez conferido o direito, este deveria ser mantido em quaisquer circunstâncias. A teoria relativa, em outro vértice, considera as modificações do meio e oferece limites que flutuam ao sabor das circunstâncias fáticas.

Como se depreende de plano, o entendimento estático se mostra inaplicável, visto que, se a essência dos direitos fundamentais é principiológica, a dinâmica é consectário natural até mesmo de aplicação e de interpretação, como visto nas linhas anteriores.

Posta assim a questão, podemos até mesmo informar que o risco do recrudescimento é de que nasça o menoscabo ao direito fundamental, ante a impossibilidade de delimitação ou demonstração do Mínimo Existencial. O conteúdo do direito fundamental deverá ser, antes de tudo, realizável, visto que o universo de possibilidades é finito por natureza.

Ao ensejo da conclusão deste tópico, prenunciamos que no seguinte abordaremos conceitos mais específicos e voltados ao campo da saúde, culminando com a estruturação do Sistema Único de Saúde e ingressando na política nacional de medicamentos.

1.5 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE SAÚDE

O termo saúde, etimologicamente, denota condição de completude, de inteireza, sentido que deriva da expressão em latim *salus*, ou seja, atributo dos intactos, dos íntegros. Desde o primeiro Tratado sobre saúde, escrito por Hipócrates, denominado de sobre ares, águas e lugares, na Grécia antiga, firmou-se compromisso, traduzido em forma de juramento, que correntemente é repetido pelos formandos das faculdades de medicina. Empós e consoante noção cediça, o homem busca formas de manter seu corpo e sua mente em boas condições.

Tenhamos por presente que, por meio do cientificismo grego, a doença foi desmistificada e passou a ser entendida como algo natural. Verdade seja inaugurada essa nova fase, a ciência passou a ter lugar de destaque como único meio para solução dos problemas relacionados à saúde.

Convém notar, ainda no aspecto propedêutico, que os romanos não ofereceram grande contribuição ao desenvolvimento científico, se comparados aos gregos, inobstante, tiveram grande interferência no progresso da engenharia da administração e de diversos outros ramos do conhecimento humano que têm significativa influência sobre a saúde.

Impende observar que a prosperidade científica grega não se mostrou uniforme, em seus avanços, durante toda a história da humanidade. Não se pode perder de vista que, na senoide do desenvolvimento humano, o pensamento científico somente foi retomado em face da imperiosa necessidade de tratamento das doenças que se proliferavam no cotidiano da realidade das cidades, todas superpulosas e imundas, padecendo com as mortíferas pestes, o que se dava, sobretudo, em face da ausência de saneamento.

A reflexão histórica é ainda mais interessante se considerarmos que foi a própria Igreja Católica, responsável em grande parte pelo desaparecimento do cientificismo grego, a responsável pelo ressurgimento. A humanidade contemplou, em 1240, com as dissecações em mosteiros, o surgimento das primeiras corporações médicas.

Cumprir referenciar que essa alteração de comportamento da Igreja teve razão de ordem prática, em face da exponencial proliferação de pragas espalhas pela Europa. Vejamos: “A aglomeração de pessoas e a imundice reinante nas cidades medievais tiveram grande contribuição para o desenvolvimento das epidemias, como a peste de Justiniano e a Morte Negra” (RAEFRAY, 2005, p. 37).

Para efeitos didáticos e como meio de tornar mais tangível o entendimento dos fatos, a história foi dividida em períodos. O primeiro período, que se desenvolveu entre

1500 e 1750, foi designado como Renascentismo. Naquele momento, os esteios eclesiásticos cederam e houve a ascensão dos conhecimentos científicos médicos.

Schwartz (2001, p. 32) assevera que

Tais males indicavam a necessidade de adoção de medidas de proteção e coube à Igreja, por mais paradoxal que possa parecer, o resgate das ideias gregas e romanas. Nos mosteiros, houve a retomada do cientificismo grego, com a dissecação de cadáveres e, por volta de 1240, deu-se o aparecimento das primeiras corporações médicas.

O Iluminismo, que ocorreu entre 1750 e 1830, por seu turno, passou a enfrentar os problemas relacionados à saúde como um fenômeno de relevância social que reclamava uma providência do Estado. Era o tema tratado pela primeira vez como algo relacionado a políticas públicas, pensamento que teve início nos Estados Unidos e ênfase na Revolução Francesa.

Inadequado seria esquecer também que sociedade industrial do século XIX teve grande influência sobre o modelo de saúde que se praticava. A indústria precisava de operários saudáveis, por isso o modelo curativo, que vigeu ainda durante as duas Grandes Guerras, teria de evoluir de um paradigma curativo para um preventivo.

Desnecessário referenciar que o modelo preventivo evita a instalação da doença, nesse passo, é muito mais efetivo. Mas tanto o modelo preventivo quanto o curativo partiam da premissa de que saúde é, necessariamente, ausência de doença. De certo modo, esse conceito não se mostra desprovido de sentido, mas é incompleto, porque saúde representa o bem-estar em sua plenitude, sobretudo considerando o sentido etimológico posto no início deste tópico.

Schwartz (2001, p. 32) destaca que:

Vê-se, pois, que o conceito de saúde é representado por duas teses distintas. Na tese curativa, a medicina age após a instalação da doença. Já na preventiva, há uma antecipação do agir, de modo a se evitar a instalação da doença no corpo do indivíduo. Ocorre que tanto a tese curativa quanto a preventiva se baseiam em uma mesma visão: a de que a saúde é sinônimo de ausência de doenças.

Somente em 1945, depois da Guerra, com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), é que houve uma transmutação da mentalidade que concebia a saúde em sentido restrito, ou seja, como ausência de doença, e que passou a ampliar o conceito para envolver, do mesmo modo, o bem-estar físico, mental e social. Cumpre referenciar que a importância desses modelos não é simplesmente conceitual, em outro vértice,

inauguram uma nova forma de ver a saúde como obrigação do Estado e com conteúdo muito mais complexo.

É preciso insistir no fato de que o grau de evolução da civilização grega, desde os primórdios, já possibilitava afirmar a necessidade do equilíbrio entre o corpo e a mente. Inobstante, devemos constatar que o conceito da Organização Mundial de Saúde (OMS), que define em termos gerais a saúde como a genérica sensação de bem-estar, é muito aberto na medida em que a aferição do atingimento dependerá da expressão subjetiva de cada indivíduo.

Ao ensejo desta conclusão, e para fins de efetividade, essa visão é imprestável. Como se depreende, tal conceito não esclarece o alcance jurídico voltado ao propósito de tornar, mais eficiente e concreta, a demanda junto ao Poder Público, no que se refere ao cumprimento de suas obrigações na área da saúde, mais palpáveis. Em consonância com o acatado, é relevante a definição de Victor Correa-Lugo (2012, p. 87):

Definimos o bem jurídico saúde como: uma equilibrada e adequada condição dinâmica da natureza biológica da pessoa, objetivamente comprovável, moralmente aceitável (enquanto socialmente consensuada), que se poderia manter em certas condições, vulneráveis a certos fatores, e potencialmente garantível e recuperável mediante o uso de uma determinada técnica, e, enquanto tal, exigível juridicamente.

1.6 A SAÚDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A positivação do direito à saúde somente se deu após quatro décadas da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1948 (UNESCO, 1998). Foi somente após a promulgação da Constituição de 1988 que o direito à saúde foi reconhecido como um direito social fundamental de todos (BRASIL, 1988).

Posta assim a questão, é de se dizer que foi bastante relevante, do ponto de vista histórico e consequencial, a VIII Conferência Nacional de Saúde, realizada em março de 1986. Tal Conferência seria resolutiva para proteção do direito fundamental à saúde, pouco tempo depois, na Constituição de 1988. Os preceitos gerais do referido evento, colhidos no relatório final, foram positivados e desenvolvidos, representando, portanto, uma das fontes do modelo de política pública que temos hoje na área da saúde.

Mister se faz ressaltar, outrossim, que a Constituição portuguesa de 1976, identicamente, contribuiu para o texto normativo constitucional brasileiro no tema dos direitos à saúde. Vale ratificar que, na referida Constituição alienígena, já havia

salvaguarda ao modelo do sistema nacional de saúde universal, com as características da gratuidade e da universalidade, que foram reeditados na nossa atual Constituição.

Oportuno se torna afirmar que a VIII Conferência trouxe aspectos fundamentais, como acesso universal e igualitário à saúde, fixação da responsabilidade estatal na promoção e na recuperação da saúde e a própria constituição de um sistema único de saúde, organizado em rede regionalizada e hierarquizada, além de descentralizada para os estados e municípios.

No Estado brasileiro, a saúde tem dois esteios centrais. O primeiro ancorado no art. 6 da Constituição Federal e, nesse passo, cingido como direito fundamental. Sem perder de vista, ainda, o mimetismo que há entre a saúde e o direito à vida, com todos seus consectários de fraternidade e solidariedade, diretrizes que devem permear as relações no Estado Democrático de Direito. O segundo esteio referenciado tem fundamento em um feixe de mandamentos albergados na Constituição entre os arts. 196 e 200, os quais passaremos a abordar.

O art. 196 da CF preconiza que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução dos riscos de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário a ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Como se pode verificar, o termo *universalidade* carrega um importante conteúdo, pois garante a todos, indistintamente, o acesso à saúde. Nesse contexto, não haverá distinção de qualquer indivíduo ou grupo. Cumpre discernir a universalidade do conceito de igualdade, que tem relação com indivíduos em condições similares ou equivalentes.

No contexto da promoção da saúde, encontramos as medidas de saneamento básico, moradia adequada, escolas e boa alimentação. A proteção à saúde, por seu turno, traduz a ideia de anterioridade ou de prevenção, sendo observada nas políticas de vacinação, educação voltada à higiene pessoal e do lar. Cumpre discernir, com base nessas noções, o discrimen entre as medidas sanitárias de proteção e de recuperação da saúde.

Convém notar, no tocante à competência para legislar em matéria de saúde, os termos do art. 24, inciso XII, da Constituição Federal, no qual ficou consignada a competência concorrente entre os entes. Nesse sentido, deve-se dizer que, quando assim for, cumprirá à União instaurar preceitos gerais e ao Legislativo das demais pessoas jurídicas de direito público interno prescrever, especificamente, voltado às particularidades que contemplam o interesse local.

Nessa senda, caberá à lei estabelecer os critérios atinentes à regulamentação, à fiscalização e ao controle. É preciso insistir tudo voltado ao hígido desenvolvimento das ações e dos serviços de saúde, em obediência ao comando insculpido no art. 197 da Carta Magna.

Assinalamos ainda que outro aspecto de fundamental importância diz respeito à execução das ações na área de saúde, em que pese a essencialidade do serviço, o art. 197 da CF, acima referenciado, não oferece óbice ou embaraço à execução indireta, ou seja, por meio de pessoas físicas ou jurídicas de natureza privada.

Como se pode verificar no teor do julgado da medida cautelar na ADI 1923⁴, o STF já se pronunciou sobre o tema. Impende observar, no âmbito da análise da atuação das OS (Organizações Sociais), que o Poder Público não pode deixar de protagonizar tal prestação, ou seja, a possibilidade de atuação do particular deve ser subsidiária.

Inadequado seria esquecer que, desgraçadamente, por vezes o Poder Público entrega ao particular todos os recursos disponíveis à prestação desse tão essencial serviço. É de ser revelado que isso se dá em face das possibilidades que o particular tem de se esquivar do cumprimento de certas normas, como a de licitações e contratos e de responsabilidade fiscal, com efeito, os gastos com pessoal, constantemente intermediados por esses organismos.

De regresso ao tema central, cumpre consignar que o Sistema Único de Saúde, popularmente conhecido como SUS, é outro importante instrumento para consecução dos programas nessa área. Relevante esclarecer que, estruturalmente, se apresenta de forma regionalizada e hierarquizada. A regionalização volta-se ao pressuposto lógico da Federação, que deve ser de cooperação recíproca e, nesse passo, deveria fluir para o estuário da eficiência como resultante da economia de escala que o modelo propicia.

A regionalização parte do todo estrutural delineado e tem sua aplicação voltada às singularidades da realidade local, ornada com suas carências e necessidades em face dos traços regionais. Ademais, oportuniza o exercício da autonomia sem perda do viés integrado e coordenado das ações. Tal possibilidade tem dado azo a experiências bastante exitosas nos consórcios públicos que cada vez mais vêm ganhando espaço.

Não se pode perder de vista, outrossim, que o modelo regional apresenta graves problemas quando não possui uniformidade na qualidade da prestação do serviço. Se determinada região não é bem servida de meios na área de saúde, é certo que a população

⁴ Rel. orig. Min. Ayres Britto, rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux.

migrará para outras regiões onde o serviço é mais bem prestado. Convém ressaltar que, pela impossibilidade de suportar a demanda extraordinariamente recebida, esse centro também fica sobrecarregado, ocasionando substancial perda na qualidade do serviço.

Na sequência dos argumentos, exsurge a questão da integralidade de atendimento. Cumprir extirpar, para preservação de toda a estrutura do sistema de saúde, o entendimento equivocado de que integralidade de atendimento se mimetiza com atendimento de qualquer pleito, sobretudo no que toca a tratamento ou medicamento de elevado custo.

É imperioso compreender que as necessidades de diversas naturezas são inesgotáveis e, no polo oposto, os meios são acentuadamente escassos. Assim, o emprego racional dos meios é medida que se impõe para consecução da eficiência.

Posta assim a análise, é de se dizer que a expressão “atendimento integral” deve ser compreendida como o provimento das medidas coletivas e individualizadas de assistência médica e hospitalar que se dará tanto no âmbito da assistência curativa quanto da preventiva. Em outras palavras, o agrupamento do feixe de competências voltado à promoção, proteção ou recuperação que, reunidos em partes, formam um todo, harmonioso e contínuo, o qual se convencionou denominar “atendimento integral”.

Ao ensejo da conclusão deste item, convém ressaltar a precaução do legislador na pluralização do debate, medida que tomou forma por meio de conselhos e conferências na área da saúde, disciplinados pela Lei n. 8.080 de 1990. Vale ratificar que a comunidade deve fazer uso de seu espaço nas discussões, sobretudo em razão de ser a destinatária final do serviço que lhe será tão essencial quanto à vida.

1.7 O DIREITO À SAÚDE NO PLANO DA EFICÁCIA

Cumprir assinalar que o exame do art. 5º, parágrafo primeiro, da Constituição Federal, combinado com o art. 6º, e ainda os dispositivos compreendidos entre os arts. 196 e 200 do mesmo diploma, suscita questionamento sobre a aplicabilidade imediata do direito social à saúde.

Oportuno se torna demonstrar, como premissa geral, que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata. Em outro vértice, o art. 6º classifica o direito à saúde como um direito social. Tecidas essas considerações, um exame superficial poderia supor que os direitos determinados como sociais poderiam sofrer mitigação infralegal, o que, em tese, também se aplicaria ao direito à saúde.

É fato que as normas que versam sobre direitos fundamentais devem ter sua interpretação temperada pelo entendimento de que o plano eficaz sofrerá distintas positivizações, conforme o direito deduzido seja de natureza defensiva, ou seja, um dever de não violação por parte do Poder Público, ou prestacional e, nesses termos, exija uma atuação positiva.

Alexy (2008) expõe o entendimento de que as normas definidoras de direitos fundamentais, antes de mais nada, representam um comando de aprimoramento aos poderes constituídos, ou seja, cumprirá ao destinatário da norma a interpretação que confira mais otimização do direito em questão.

No que toca a instantaneidade de aplicação, o entendimento é de que essa classe de direitos, tidos como fundamentais, reclama urgente concretização. Convém notar que o legislador preocupou-se em minudenciar entre os art. 196 e 200 as regras gerais e as diretrizes norteadoras das políticas públicas na área de saúde.

Empós examinarmos os dispositivos constitucionais albergados entre os arts. 196 e 200, podemos inferir a aptidão e a densidade normativa que a Constituição ofereceu para geração de pronto efeito, independentemente de qualquer entreposição infralegal, sobretudo considerando a criação e a fixação das atribuições do Sistema Único de Saúde.

Nesse sentido, deve-se dizer que a prestação material, embora limitada ao estritamente necessário para manutenção da vida, está garantida e é indubitavelmente oponível contra o Estado, como dito, independente de qualquer regulamentação para além da que já é prevista na própria CF.

Impende observar, no que alude à programaticidade e ao conteúdo do direito fundamental à saúde, que o próprio Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a relevância da matéria, entendeu no sentido da imediatividade do atendimento dessa espécie de direito.

Com efeito, no texto doutrinário mencionado abaixo, ficou consignado que as normas constitucionais não podem ser reduzidas a meros compromissos vazios, sobretudo quando em questão há necessidade de medicamentos. Bem de ver que tal necessidade não pode esperar, visto que a vida fenece de modo comoriênte com direito.

Note-se que até mesmo o Supremo Tribunal Federal, que entendia as normas constitucionais garantidoras do direito à saúde como normas eminentemente programáticas, passou a reconhecer o direito à saúde como direito subjetivo exigível em juízo sendo oportuno mencionar, a título exemplificativo, as decisões proferidas pelo Ministro Celso de Mello, quando da relatoria dos Agravos Regimentais nos Recursos Extraordinários n. 271.286/RS e 393175, publicados no DJU, respectivamente, em 24/11/2000 e 2/2/2007. (BIANCHI, 2012, p. 106).

Em consonância com o acatado, constatamos que o encargo do Poder Público na prestação dos fármacos se trata de obrigação positiva e, nesse passo, impõe ao Estado adimplemento imediato. Não se quer afirmar, entretanto, que tal incumbência não encontrará limites na fronteira do que é estritamente necessário à manutenção da vida, inobstante, não se poderá reduzir o direito subjetivo a mero teor de programa.

Empós analisados os aspectos gerais relacionados ao direito fundamental à saúde, cumpre positivar o exame do tema analisando, de maneira pragmática, a estruturação do Sistema Único de Saúde e sua política de assistência farmacológica.

1.8 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE E AS POLÍTICAS NACIONAIS DE MEDICAMENTOS

Uma vez examinado o direito fundamental à saúde em seu viés jurídico de aplicação, interpretação e eficácia, inadequado seria olvidar o exame estrutural, com vistas voltadas ao modelo adotado no Brasil consoante à segmentação da atuação prestacional do Estado, os destinatários das políticas e os meios de acesso.

É assente que o conceito de política pública deve estar voltado ao atendimento dos anseios da população, sobretudo da parcela mais vulnerável, entre os quais encontramos os de baixo poder aquisitivo. Nesse contingente populacional destacado, as necessidades chegam ao limite do mínimo necessário para existência, tema no qual nos aprofundaremos nos tópicos seguintes.

Conforme assinalado, as políticas na área da saúde extraem seu fundamento legal da própria Constituição, como também podem estar regulamentadas em leis e atos normativos gerais. Com efeito, o presente estudo circunscreve a análise da Política Nacional de Medicamentos (PNM) e da Política Nacional de Assistência Farmacêutica (PNAF).

O desenvolvimento de tais políticas foi impulsionado, entre outros fatores, pela crescente pressão da Organização Mundial de Saúde. Verdade seja que, desde 1975, já se cobrava o estabelecimento de políticas nacionais, em todo o mundo, na área de saúde. No Brasil, a positivação adveio por meio da Lei n. 8.080 de 1990, a qual instituiu a PNM, por sua vez, regulamentada pela Portaria Técnica do Gabinete do Ministro do Ministério da Saúde n. 3.916 em 1998.

Cumpre observar que, segundo a orientação da Organização Mundial de Saúde, as políticas públicas devem contemplar, em suas diretrizes e ações, produção,

distribuição, legislação, registro, prescrição, dispensação, qualidade e propaganda comercial dos fármacos.

Após o estabelecimento da Política Nacional de Medicamentos, sobreveio a Política Nacional de Assistência Farmacêutica, a qual nasceu por meio de Resolução do Conselho Nacional de Saúde, a Resolução n. 334 de 2004.

Indubitável que as políticas mencionadas se complementam no que tange ao seu escopo geral de atuação na busca da promoção, da proteção e da recuperação da saúde.

Estruturalmente, a Política Nacional de Assistência Farmacêutica encontra-se fracionada em assistência básica ou primária, programa de medicamentos especializados e programas estratégicos de saúde. Passaremos a delinear cada um dos estamentos segundo sua importância e funcionamento no sentido geral do atendimento, desde as enfermidades mais ordinárias às mais raras, complexas e dispendiosas.

O financiamento da assistência farmacêutica de atenção básica tem origem nos três entes da Federação, ou seja, União, estados e municípios. Tais medicamentos são fornecidos, via de regra, por meio da rede municipal de saúde. Como o próprio nome sugere, a atenção básica tem estreita relação com a essencialidade conferida a esses fármacos.

O programa de medicamentos especializados, por seu turno, tem como eixo central a busca do atendimento integral em nível ambulatorial. As linhas de atuação encontram-se definidas em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas. Esse patamar de atuação busca ofertar tratamento aos casos mais raros e, via de regra, os que demandam maior alocação de recursos públicos.

O Programa de Medicamentos Especializados pode ser, ainda, dividido em três grupos com características, responsabilidades e organização diversos. O primeiro grupo talvez seja o que mais dá causa a demandas no Judiciário. Diz respeito a medicamentos de elevado custo ou o paciente já se mostrou refratário à primeira e à segunda linha de tratamento oferecida convencionalmente. Esse grupo está a cargo da União. O segundo e o terceiro grupo, no gênero medicamentos especializados, são os fornecidos pelos estados e pelos municípios por meio de suas secretarias.

Os programas estratégicos podem ser enquadrados em outro gênero, visto que voltados a doenças com perfil endêmico e com elevado impacto socioeconômico. Esse programa contempla o tratamento planejado de doenças como tuberculose, hanseníase, DST AIDS, alimentação, nutrição e tabagismo.

Um meio rápido e de fácil acesso aos medicamentos disponibilizados nos três níveis explicitados, básico, especializado e estratégico, é a Relação Nacional de

Medicamentos (RENAME). Essa relação é revista a cada dois anos por uma comissão técnica e multidisciplinar de atualização. O foco dessa atualização é selecionar os medicamentos mais adequados segundo as necessidades classificadas em uma escala de prioridades para a maior fração da população.

Nessa relação, encontramos os medicamentos apresentados segundo seu princípio ativo. Estes estarão devidamente registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). A comissão também leva em consideração os custos de armazenamento, distribuição, controle e tratamento. Outrossim, considera-se com bastante ênfase o comprovado valor terapêutico por meio de evidências clínicas.

Com a conclusão deste capítulo, verificamos os aspectos teóricos voltados ao direito à saúde como direito fundamental positivado, a expressão da efetivação desse direito e a sua base constitucional e, ainda, circundamos brevemente a Política Nacional de Medicamentos. Após essas noções, adentraremos no campo da judicialização das questões envolvendo o direito à saúde ante a pretensão resistida do Poder Público no atendimento das demandas.

2 A CRESCENTE JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS E O PROCESSO COLETIVO COMO INSTRUMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA

2.1 O FENÔMENO DO ATIVISMO JUDICIAL E SUAS CAUSAS, A CRESCENTE JUDICIALIZAÇÃO NA ÁREA DA SAÚDE E OS LIMITES À INTERFERÊNCIA NAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Na medida em que as políticas sociais não são concretizadas pelos poderes competentes, toma fôlego uma tendência natural de transferência do centro de gravidade do múnus público de uma para outra estrutura de poder tida como mais eficiente na consecução da tarefa.

No exame em tela, em face do crescente número de demandas, podemos afirmar que o destinatário é o Judiciário. Por isso, contemplamos, na rotina da esfera judicante, uma crescente busca da satisfação do direito, constitucionalmente assegurado, à saúde.

Cumpra asseverar que o modelo constitucional brasileiro é um importante agente catalizador desse fenômeno em franca expansão. Em outras palavras, podemos afirmar que não há um interesse deliberado do Judiciário em trazer para si o debate político e social, antes, trata-se de uma contingência que se estabelece a partir do descrédito das estruturas de poder incumbidas ordinariamente desse mister.

Relevante consignar que o ativismo judicial, instituto de origem americana, voltava-se, em sua origem, nos idos de 1947, ao exame jurisprudencial da Suprema Corte Norte-Americana. No Brasil, por seu turno, o ativismo judicial representa a atuação de um poder em substituição aos demais, com efeito, o Legislativo e o Executivo que, primitivamente, em suas funções típicas, detêm o dever prestacional na área da saúde.

Com o fito de tornar concreto o exame da questão sobre o ativismo judicial, cumpra o exame doutrinário transcrito a seguir. “Essa expressão tem berço americano e foi empregada pela primeira vez no ano de 1947, em um artigo publicado na revista *Fortune*, cujo objeto consistia na análise das posições dos nove membros da Suprema Corte Americana” (LEAL, 2011, p. 2).

Inevitável não observar que essa atuação atípica e recorrente não é saudável para a manutenção da independência e da harmonia entre os três poderes. Por óbvio, verifica-

se que deslocamento das competências desnaturam as funções. A legiferante sofre prejuízo quando o Judiciário passa a interpretar a norma de modo amplo e demasiadamente concessivo de direitos irrealizáveis. Evento cada vez mais comum movido por propósitos irresponsáveis e eleitoreiros.

A função executiva, por seu turno, é mitigada na crescente substituição do juízo administrativo pela da valoração judicial derivada das demandas. Esse entendimento exercido em substituição é casuístico na medida em que somente visa ao caso concreto, desconsiderando as prioridades estabelecidas segundo as possibilidades do orçamento existente, trazendo, por conseguinte, tumulto ao exercício da gestão.

No concernente a essa intromissão do Judiciário na função administrativa, confiada pela Constituição ao poder Executivo, traçaremos, no próximo tópico, uma nova abordagem que, por meio dos processos coletivos que, segundo o entendimento posto, pode conferir a macrojustiça em detrimento da microjustiça ou justiça do caso concreto.

De regresso ao exame do tema, cumpre perceber que os sinais desse ativismo exacerbado podem ser percebidos em notas bem marcantes. Insta verificar que os juízes que se valem desse expediente, constantemente, interpretam a Constituição desconsiderando as normas que a instrumentalizam. Buscam os termos mais abertos do texto constitucional como forma de ampliar os limites de suas decisões.

Em outro norte, quando, no exame da constitucionalidade das normas, subvertem a análise, que deveria partir da premissa relativa de constitucionalidade, inquinando de inconstitucionais textos legais que poderiam ser interpretados de maneira preservadora.

Relevante pontuar, no concernente a ostensiva e recorrente interferência do Judiciário nas políticas públicas, o exemplo das decisões que ordenam a concessão de fármacos não existentes na Política Nacional de Assistência Farmacêutica (PNFA). Com bastante frequência, verifica-se que tais fármacos são ainda experimentais, sem o necessário registro na ANVISA e extremamente caros.

É mister consignar, por outro lado, que não se trata de conter o Judiciário sob o pálio do argumento da superioridade absoluta da lei sobre a atividade interpretativa do juiz. O que tem como consequência a redução das normas que garantem direitos à mera condição de programáticas e, nesse sentido, sem conteúdo de efetividade.

No extremo oposto, o que se almeja alcançar, diversamente, é o necessário equilíbrio entre as instituições que devem ser independentes, mas também harmônicas, segundo recomenda o comando constitucional.

Confere visão adequada da gravidade da interferência a que possibilita o exame da consequentialidade das decisões segundo seus efeitos irradiantes.

Consoante se pode observar, é crescente a incidência de demandas voltadas à obtenção de medicamentos. Os números explicitados no texto abaixo, por si, demonstram um crescimento exponencial e insustentável. Vejamos.

Colhe-se dos dados do Ministério da Saúde que, em 2005, havia 387 (trezentos e oitenta e sete) demandas judiciais, quantitativo esse que passou de 2006 (dois mil e seis) em 2008. Para entender essa demanda, houve a disponibilização de R \$ 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais) em 2005 e de R\$ 67.000.000,00 (sessenta e sete milhões e seiscentos mil reais) em 2008, o que representa um aumento de gastos públicos com demandas judiciais de medicamentos na proporção de 30 (trinta) vezes em um triênio. (NUNES, 2010, p. 145).

Como se pode observar, há dados alarmantes que nos levam a refletir sobre as possíveis causas. É inevitável considerar que o processo de democratização, atingido com a Constituição de 1988, é um desses fatores. Com essa importante e saudável alteração, passou o poder Judiciário a ser verdadeiro curador da Constituição e das leis, possuindo força coativa até mesmo em face do Legislativo e do Executivo.

Não se pode olvidar que especificamente o direito à saúde passou a ser contemplado com bastante ênfase no texto constitucional, obtendo o *status* de direito social fundamental amplamente detalhado em garantias que a própria Carta outorgou. Assim, é inevitável verificar que esse caráter compromissário assumido é fator estimulante das demandas propostas perante o Judiciário, em face do Estado, para a obtenção dos fármacos.

Importante confrontar, ainda detido no estudo das razões do aumento das ações ajuizadas, as distinções decorrentes da evolução do Estado Liberal para o Estado Democrático de Direito. No Estado Liberal, a norma tinha um papel intangível, etéreo e estático, em outros termos, bastava ao Poder Público não interferir nos interesses da iniciativa privada. Noutro polo, no Estado Democrático de Direito, em que a norma é um instrumento, um meio de transformação social, com esteios centrais na democracia e nos direitos fundamentais, exsurge como decorrência uma pesada carga de expectativas sobre o poder Executivo.

Com efeito, no Estado Liberal, a tensão diz respeito ao grau compromissário da norma, ou seja, o alvo da pressão social será o Legislativo na medida em que deverá outorgar, cada vez mais, direitos libertários, mas sem conteúdo prestacional.

No ambiente do Estado Social, o eixo exercerá sua resultante de força sobre um Executivo inadimplente em seus compromissos, primeiro em face de sua crônica

ineficiência, corrupção e desorganização burocrática, depois pela real limitação dos recursos, insuficientes ante a descomunal demanda que se apresenta.

Nesse cenário, a expectativa tende a direcionar-se ao Judiciário, visto que teremos uma sociedade, em sua maioria de hipossuficiente, orbitando em torno de uma Constituição pródiga em garantias sem devido lastro fático.

Aliado a todos esses fatores, há a crise de credibilidade do Poder Público, a qual será abordada no tópico seguinte. As denúncias de corrupção envolvendo o Executivo e o Legislativo são corriqueiras na rotina das pessoas. Inevitavelmente, o terceiro poder cresce com o desprestígio dos demais. Não se trata aqui de defender o Judiciário como baluarte moral, mas de evidenciar o declínio de credibilidade pelo qual passam o poder legiferante e o administrativo.

É certo que o Judiciário, no ambiente do Estado Democrático de Direito, acabou por assumir o papel de curador dos inúmeros direitos assegurados constitucionalmente. Inobstante, tal constatação não é alento na medida em que a hipertrofia de um poder representa o ocaso dos demais.

No concernente à saúde, essa intervenção é ainda mais potencializada pelas mudanças dos conceitos da sociedade hodierna, a qual passou a valorizar, com bastante ênfase, a boa forma e a hígidez física em todas suas facetas. Em outros termos, se determinado Estado não possibilita o acesso à saúde, inexoravelmente será tido como fracassado do ponto de vista do atendimento social.

Empós essa análise, cumpre mergulhar com mais vigor na seara dos medicamentos, objeto deste estudo. Na medida em que os fármacos passaram a ser um bem de consumo, com todas as características que possuem, inclusive divulgação nas redes sociais de seus supostos potenciais curativos, passaram a ser, de certa forma, um bem a ser alcançado.

Em termos mais prosaicos, o homem médio não se sente atendido com um medicamento genérico, pois o outro medicamento, de marca conhecida e mais caro, em tese, é melhor, embora o princípio ativo seja o mesmo. Como se pode inferir, essa maneira de pensar reduz sensivelmente as possibilidades, já combatidas, do Estado de prover ações preventivas na saúde. Passou-se, então, a concentrar seus meios nas ações curativas, paliativas ou terapêuticas, descurando-se, na mesma proporção, das ações que interessam a coletividade na medida em que evitam a doença.

Não se pode desconsiderar, nessa análise, a força da indústria farmacêutica e sua atuação junto a médicos, inclusive com o patrocínio de congressos e eventos dos profissionais de saúde. Sem olvidar, ainda, que essas empresas farmacêuticas interagem,

também, com as associações de pacientes oferecendo medicamentos “milagrosos”, os quais sequer dispõem de qualquer comprovação de eficácia que os tornem especiais em detrimento dos que estão no mercado. Em verdade, o que se almeja é a inclusão na lista de medicamento do SUS, o que lhes garantirá um mercado certo e perene.

Com efeito, essa prescrição induzida de medicamentos nas receitas médicas, por vezes, sem registro na ANVISA, acaba permeando os processos judiciais com um custo insustentável para o SUS e, na maioria das vezes, sem qualquer resultado curativo.

Para tornar concreto o argumento, vejamos o depoimento de Altacílio Aparecido Nunes, professor do Departamento de Medicina Social da Faculdade de Medicina Social da Faculdade de Medicina da USP:

O fascínio que as novas tecnologias em saúde têm despertado nos usuários bem como a maior disponibilidade e velocidade de informações relacionadas “aos lançamentos de produtos” para a saúde, aliados à “falsa” sensação de segurança que estes avanços conferem aos profissionais de saúde, têm levado a uma verdadeira explosão de gastos em saúde com medicamentos [...]. (NUNES, 2010, p. 145).

Sobreleva-se de importância notar que boa parte das demandas deduzidas perante o Judiciário tem sido patrocinada por advogados contratados, o que revela a elevada classe econômica do cidadão que se serve da saída judicial. Podemos inferir desse apontamento que essas decisões não são direcionadas aos mais necessitados, mas aos que dispõem de recursos para arcar com os onerosos custos de um processo judicial.

Devemos ter em mente que outros aspectos periféricos serviram para aumentar a crescente demanda por medicamentos. Estamos a falar do ingresso das mulheres no mercado de trabalho. É certo que esse fato, na mesma medida que conferiu a justa isonomia entre homens e mulheres, também acabou por expor essa parcela da sociedade, até então reclusa e menos vulnerável, a doenças.

Somado a isso, temos o deslocamento das populações para os grandes centros, o crescente número de acidentes automobilísticos⁵ e o envelhecimento da população (NUNES, 2010), que traz um acentuado incremento no número de doenças e doentes crônicos.

Necessário realçar que, em alguns casos, o desconhecimento por parte dos médicos dos protocolos clínicos de diretrizes terapêuticas (PCDT) também tem dado causa ao crescente número de demandas, considerando que, ao atuar fora das técnicas do protocolo, acabam prescrevendo medicamentos não incluídos nas políticas públicas de medicamentos, o que também tem dado causa ao ajuizamento de demandas.

⁵ CENTRO DE ESTUDOS AUTOMOBILISTICOS-CESVI BRASIL. Disponível em: <www.cesvibrasil.com.br>. Último acesso em outubro de 2015.

Não é inútil reprimir o entendimento de que “O Atendimento Integral”, preconizado na Constituição, e que será estudado profundamente nesta dissertação, não se confunde com o atendimento de todas as necessidades julgadas necessárias pelo paciente a partir do entendimento do médico particular, ou seja, os medicamentos como bem de consumo.

Noutro vértice, a garantia é de assistência dentro do que é possível ao Estado (Reserva do Possível) prestar, individualmente, sem comprometer o interesse superior da coletividade.

As ações coletivas devem contemplar a promoção e a proteção da saúde, bem como a recuperação, que deve ser entendida, tal como já explicitado, como as ações que vão desde o atendimento ambulatorial até os procedimentos cirúrgicos mais complexos, mas tudo segundo o protocolo do SUS.

Nessa senda, cumpre concluir que o Estado não tem possibilidade de fornecer medicamentos que não estejam contemplados na Política Nacional de Medicamentos e na Política de Assistência Farmacêutica. Tal impossibilidade não deriva somente dos elevados custos, mas acima de tudo da ausência de comprovação dos efeitos curativos, do caráter experimental desses medicamentos e em razão de sequer terem sido aprovados pela ANVISA.

As decisões judiciais que se desvinculam desses parâmetros tendem a propiciar microjustiça, ou seja, a justiça do caso concreto, justiça não sistêmica. É que as decisões devem ser prolatadas, como dito, sob o crivo da universalidade.

Nessa toada, o julgador deve levar em consideração que, mesmo estando diante de uma pessoa na iminência da morte, não poderá conceder tudo o que for requerido. Primeiro, em razão da ausência de comprovação dos efeitos curativos, o que poderá até mesmo agravar a situação do paciente. E ainda em razão dos elevados custos, o que certamente comprometerá, ante a notória escassez de recursos, os meios para abarcar todas as necessidades que se apresentam em face da grande coletividade.

Vejamos, para melhor ilustrar o posicionamento, a lição de Ana Paula Barcellos (2008, p. 305):

A primeira dificuldade diz respeito à atuação do juiz e suas impressões psicológicas e sociais, que não podem ser desconsideradas. Um doente com rosto, identidade, presença física e história pessoal, solicitando ao juízo uma prestação de saúde – não incluída no Mínimo Existencial nem autorizada por lei, mas sem aquela pode mesmo vir a falecer – é percebido, de forma extremamente etérea do orçamento e das necessidades do restante da população, que não são visíveis naquele momento e têm sua percepção distorcida pela incredulidade do magistrado, ou ao menos fundada dúvida de que os recursos públicos estejam sendo efetivamente sendo utilizados na promoção da saúde básica.

Nesse sentido, cresce a importância da utilidade de integração dos sistemas de controle. É preciso fazer com que os dados produzidos no âmbito dos Tribunais de Contas, sobretudo os relativos a orçamento, sejam compartilhados de modo a proporcionar ao magistrado uma visão geral das finanças públicas. Mas não somente sobre orçamento, os Tribunais detêm informações sobre ações que devem ser empreendidas em todas as áreas pelo Executivo, bem como o índice de atingimento das metas concernentes ao grau de satisfação do interesse público.

Noutro vértice, e em contrapartida, os Tribunais de Contas necessitam ter ciência do teor das ações ajuizadas no Judiciário. Muitas destas demandas podem trazer informações valiosas para o controle externo. Assim, fica clara a urgência dessa simbiose entre o Judiciário, o Ministério Público, a Defensoria e a própria sociedade. Tema que aprofundaremos nos capítulos que se seguem.

As causas de pedir das demandas propostas giram em torno do princípio da dignidade humana, o direito à vida e do Mínimo Existencial, tendo como ponto de arrimo a promessa constitucional de prestação universal da saúde. No ato subsequente, a decisão cominatória compele o ente estatal ao fornecimento do fármaco.

Como resultante geral, teremos sérios impactos causadores de desorganização na política nacional de medicamentos e de assistência farmacêutica, o que se dará em face da visão pontual, desarrazoada e emocional das decisões tomadas.

É certo que o descrédito na eficiência do Poder Público é o principal agente catalisador da interferência judicial nas políticas públicas de saúde. Inobstante, também é certo que decisões judiciais casuísticas, desprovidas de visão sistêmica e sem o planejamento, ainda que roto, do Executivo, serão ainda mais danosas para coletividade. Um sistema público de saúde necessita, antes de mais nada, de ações planejadas e que visem ao interesse da maior parte da sociedade.

Cumprir alertar que o Judiciário deve exercer o controle, sobretudo na área da saúde, mas tal controle reclama ferramentas que o instrumentalizem tecnicamente. Sem isso, ocorrerão distorções graves no sistema como um todo.

Cabe perscrutar, na seara do controle, se as prioridades estabelecidas pelo Poder Público, em ações de saúde, consideram, de maneira racional, a reserva de meios para o atendimento de toda a sociedade, com o devido estabelecimento de metas e prazos razoáveis para atingimento.

Sem olvidar que os parâmetros de análise já se encontram preordenados em leis. Estamos falando das leis orçamentárias (PPA, LDO e LOA), as quais deveriam servir como critério de análise no que atine a programas, metas e orçamento para implementação, mas que quase nunca são observadas por quem julga.

Com efeito, o próprio Judiciário deve ter como requisito para sua interferência a excepcionalidade, ou seja, agirá nos casos em que o planejamento de programas e ações, como dito, previstas em lei, não contemplou medidas concretizadoras das prestações na área da saúde.

Por outro lado, cumpre perceber, antecipando a abordagem do terceiro capítulo desta dissertação, que a questão vai muito além da dicotomia entre Mínimo Existencial e da Reserva do Possível. É dizer, em outras palavras, que compete ao Executivo o cumprimento dos programas estabelecidos, das metas planejadas e, em caso de descumprimento, não se quedar a reduzir a questão à retórica vazia de que o “caso” extrapola a Reserva do Possível.

Como conduta saneadora, deve o Estado, diversamente do que sempre faz, enquadrar o “caso”, mesmo perante o Judiciário, em uma política planejada, preestabelecida e factível coletivamente.

Em outro vértice, cumprirá ao Estado juiz aferir se o Mínimo Existencial não se encontra contemplado no tratamento disponível ordinariamente, ou seja, que realmente, como exceção, o paciente se mostrou refratário em razão peculiaridade do mal que lhe aflige.

É imperioso perceber que, ao fazer essa análise, o Judiciário não estará fazendo apenas microjustiça, mas estará evidenciando uma falha no sistema que afeta não apenas um “caso”, mas a coletividade. Em resumo teremos, alternativamente, uma decisão que atenderá a coletividade a partir de um “caso” bastante representativo, como quando a política pública é de fato inexistente ou insuficiente, ou teremos suprida, de forma excepcional, uma necessidade também excepcional, devidamente comprovada.

Cumpre perceber que a coletivização dos processos, não só na área da saúde, mas também na educação, no meio ambiente, na moralidade administrativa e em outros, é medida imperativa que se impõe.

É necessário que o Judiciário e demais meios de controle passem a coordenar suas atividades em demandas de reflexo geral visando evitar distorções e, acima de tudo, à promoção, com urgência, das necessidades que são de interesse comum ou transindividuais, conforme veremos no tópico que segue.

Com efeito, nesse cenário coordenado, devidamente explicitado acima, cumprirá às Cortes de Contas, a quem é foi confiada a tarefa constitucional de fiscalizar a eficiência e a economicidade dos gastos públicos, participação efetiva nessas questões, o que pode se dar, conforme será proposto ao final deste trabalho, por meio de um Termo de Cooperação Recíproca entre o Judiciário e o controle externo.

Por último, cumpre asseverar que o art. 196 da Carta Constitucional assegura o acesso universal e igualitário às ações de saúde. Inobstante, o art. 5 da CF também garante a igualdade e o tratamento impessoal, este último previsto no art. 37 do mesmo diploma.

Para tornar concreto o argumento, vejamos o teor do julgado do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2004), no qual ficou consignado que o princípio da igualdade ou da impessoalidade não é só aplicado ao Executivo e ao Legislativo, mas que também deve ter efetividade na esfera judicante.

Assim cumpre a quem decide o exame das consequências de suas decisões, considerando que em casos análogos era poderá ser replicada sem limites. Com efeito, mais uma vez cabe chamar a atenção para as decisões em processos coletivos, em que os riscos replicadores da microjustiça não existem, consoante se verá no próximo capítulo.

Sobre o mesmo tema, vejamos a posição sempre orientadora do professor, agora ministro do STF, Luiz Roberto Barroso (2009, p. 328):

As políticas públicas de saúde devem seguir a diretriz de reduzir as desigualdades econômicas e sociais. Contudo, quando o Judiciário assume o papel de protagonista na implementação destas políticas, privilegia aqueles que possuem acesso qualificado à justiça, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com os custos do processo judicial. Por isso, a possibilidade do poder Judiciário determinar a entrega gratuita de medicamentos mais serviria à classe média que aos pobres.

Ao ensejo da conclusão desse tópico, cumpre registrar, em suma, que são diversas as causas do crescente aumento das demandas na área da saúde. Inobstante, é necessário ponderar que a interferência do poder Judiciário na execução das políticas públicas não pode descurar-se das consequências gerais para todo o sistema de saúde.

Empós o entendimento de que essas decisões individuais na área da saúde, na imensa maioria das vezes, interessam a toda coletividade, é necessário um criterioso exame do processo coletivo em todas suas minúcias, o que faremos a seguir.

2.2 O DIREITO À SAÚDE COMO UM DIREITO COLETIVO

2.2.1 Evolução histórica do processo coletivo

Antes de ingressarmos no exame do direito à saúde como espécie do gênero direito coletivo, cumpre revisitarmos os primórdios do direito processual civil em suas fases. A primeira foi denominada de sincrética ou civilista, com origens no direito romano em 1868. Naquele momento, ainda havia uma confusão metodológica entre o direito adjetivo e substantivo. O segundo momento, em 1868, foi classificado como autonomista ou conceitual. Merece realce o lançamento do clássico intitulado “Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais”, de Von Bulow. Na mesma cadência da compreensão sobre as distinções entre o processo e o direito material, veio o entendimento de que este último é de natureza bilateral, ou seja, regula situações jurídicas entre as partes. Inobstante, por seu turno, o direito processual contém dimensões tridimensionais, angularizando a relação processual por meio do vértice juiz. A terceira fase, de 1950, denominada de instrumentalista, é vigente hodiernamente. A doutrina dessa Escola entende o processo como um meio de acesso à justiça. Tal momento doutrinário prega o resgate do direito material, mas sem olvidar a autonomia conquistada pelo processo.

Em outro espectro de análise, podemos classificar a evolução do processo em três ondas renovatórias. Na primeira dessas ondas, o sentido geral era a assistência aos pobres, condição indispensável para que houvesse genuíno acesso à justiça. A segunda onda veio para estabelecer a representação em juízo dos direitos metaindividuais, inaugurando, portanto, a gênese do processo coletivo. Consoante essa visão, o sistema somente garantiria efetivo acesso à justiça por meio de instrumentos que garantissem a tutela dos direitos difusos e coletivos. A terceira onda tem como alvo a efetividade do processo, denominado por alguns de Processo Civil de Resultados. Podemos dizer que a plenitude da instrumentalidade é antecedida dessas três ondas transformadoras.

De regresso à segunda onda renovatória de acesso à justiça, cumpre examinar os chamados direitos metaindividuais, em regra, de titularidade indeterminada. Tal espécie de direitos, V.G., o direito ao meio ambiente à moralidade administrativa, são amplamente titularizados e, nesse passo, acabam não sendo titularizados concretamente por ninguém.

Mister referenciar que a titularidade indeterminada pressupõe a defesa confiada a agentes determinados, como MP, defensoria e a própria sociedade. Essa precaução tem como finalidade evitar um vácuo de representatividade.

Para tornar concreto o argumento, cabe trazer a baila expressão norte-americana “Free riding”, ou efeito carona, o qual exprime a possibilidade de que, ante a existência de vários legitimados titulares do direito, tal prerrogativa acabe por não ser exercida em razão da inércia destes. Assim, o processo coletivo elide esse risco na medida em que determina diretamente ao MP, à defensoria e a outros a tarefa da propositura da demanda, imobilizando o efeito carona.

A segunda razão que outorga importância à curatela dos direitos metaindividuais deve-se ao fato de que há casos em que é economicamente desinteressante a defesa de alguns desses direitos de forma isolada ou individual, isso considerando os elevados custos processuais, o que acaba ocasionando a ausência da devida proteção. Explico. Se determinado titular de direito for lesado em porção diminuta, v.g, simplesmente não conseguiu realizar determinado exame na rede pública, é certo que não promoverá qualquer ação inibidora do eventual abuso sofrido.

A terceira razão para defesa dos direitos metaindividuais deriva da utilidade para sistema de justiça. Isso significa, segundo o entendimento do professor Kasuo Watanabe, molecularizar o processo, ou seja, devemos reunir os diversos átomos idênticos e formar uma molécula que dará tratamento coletivo a todos os átomos.

Vejamos o posicionamento esclarecedor do jurista Watanabe (1992, p. 15).

O problema em relação aos direitos coletivos se coloca no confronto entre a posição a posição de tratamento atomizado (tratar o conflito como se fosse um átomo), disposta no artigo 6 do CPC como “técnica de fragmentação dos conflitos” e os textos integrados do CDC e da LACP que impõe um tratamento “molecular” aos conflitos coletivos *lato sensu*.

Com efeito, um processo decidido em um ambiente de demandas replicadas, como é o caso na saúde, resolverá centenas de demandas idênticas, desafogando e conferindo efetividade na prestação jurisdicional.

Relevante aclarar que o processo coletivo, por suas peculiaridades, reclama um rito próprio, de modo que o processo civil clássico não se aplica para a tutela de direitos metaindividuais. Entre essas razões, encontramos o fato de que institutos clássicos do processo individual, como a legitimidade ordinária e coisa julgada in partes, são

incompatíveis com o processo coletivo, em que o legitimado defende um direito que não lhe pertence, como é o caso do MP e da defensoria pública.

Tenha-se presente que a decisão individual decide um caso concreto, fato que é extremamente danoso, sobretudo quando essas decisões desconsideram o sistema. É de ser revelado que as concessões judiciais de medicamento de alto custo para determinados pacientes, com mais intensidade quando esses medicamentos não integram a lista do SUS, prejudicam as políticas coletivas, sobretudo as medidas de prevenção.

É preciso insistir no fato de que o processo ordinário possui um caráter individualista, no qual a parte deduz tão somente seus interesses, enquanto que o processo coletivo é essencialmente altruístico, o que se observa em sua índole sempre estará voltada ao bem comum.

2.2.2 O processo coletivo e as gerações dos direitos fundamentais segundo os estudiosos do Direito Constitucional

É oportuno dizer que a primeira geração de direitos, compreendida no interregno entre os séculos XVII a XIX, preservava direitos como o voto, o patrimônio e outros voltados à liberdade. Em virtude dessas considerações, poderíamos designar esse momento como a Geração das Liberdades Negativas. Em outros termos, era o direito a não intromissão do Estado. É sobretudo importante assinalar que isso deu causa a abusos concretizados na exploração do homem pelo homem, tendência histórica que marcou o liberalismo.

Em face dos mencionados abusos, veio a segunda geração de direitos, vigente entre os séculos XIX e XX, eram os chamados direitos sociais e econômicos. Esse momento voltou-se ao reestabelecimento do Mínimo Existencial, ou seja, a viabilização da igualdade mínima entre todos os cidadãos, tópico que será mais profundamente abordado no próximo capítulo. Surge o que os estudiosos designam como liberdades positivas, ou seja, a possibilidade de o Estado intervir para garantir, v.g., um salário mínimo, os direitos trabalhistas, os direitos previdenciários e a saúde pública.

Posta assim a questão, é de se dizer que os dois grupos mencionados ainda não tinham inclinação aos pleitos coletivos, com efeito, observavam o indivíduo e não o grupo social como objetivo. É de se ver que as demandas na área da saúde, recebem, hoje, no Judiciário, tratamento idêntico ao vetusto descrito acima. Nesse sentido, deve-se dizer que é somente na virada do século XX para o XXI que surge uma geração de

direitos voltados à coletividade, em que o meio ambiente passou a ser objeto de preocupação, assim como a moralidade administrativa, o patrimônio público e a saúde.

Convém notar que esse entendimento é estruturado sobre o primado da fraternidade, ou seja, na existente dependência recíproca entre os seres humanos, dando causa, por conseguinte, ao nascimento do processo coletivo e a terceira geração de direitos, segundo a ótica dos constitucionalistas.

2.2.3 Evolução do processo coletivo no Brasil

Inadequado seria esquecer que o processo coletivo no Brasil tem origem na ação popular desde as ordenações do Reino. Inobstante, o objeto da ação popular é por demais limitado, visto que, na origem, somente cabia contra atos do Poder Público, ou seja, se uma empresa causasse prejuízo ao meio ambiente, não se poderia defender por esse meio processual.

Alguns doutrinadores afirmam que o processo coletivo no Brasil teve origem efetiva com a Ação Civil Pública, com efeito, no art. 14 da Lei n. 6.938 de 1981 e regulamentação pela Lei n. 7.347 de 1985. Há, outrossim, os que apontam as ações coletivas como resultado da forte influência dos processualistas italianos, consoante se pode verificar no texto abaixo transcrito.

No Brasil, as ações coletivas (re)surgiram por influência dos estudos dos processualistas italianos na década de setenta. Muito embora as ações coletivas não se tenham desenvolvido nos países europeus, os congressos, os artigos jurídicos e os livros publicados naquela época forneceram elementos teóricos para criação das ações coletivas brasileiras e até mesmo para identificação das ações coletivas já operantes entre nós (v.g., a ação popular prevista na Lei n. 4.717 de 1965). (DIDIER JR.; ZANETTI JR., 2008, p. 218).

Relevante inferir, ainda, que a potencialização do processo coletivo no Brasil se deu, sobretudo, com base no art. 129 da CF, bem como no Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078 de 1990. No que concerne à Constituição, é dispensável qualquer comentário sobre a importância de seus comandos no ordenamento jurídico. Já no que diz respeito ao Código de Defesa do Consumidor, mais especificamente no art. 81, verifica-se que a ação deixou de ser “uma” ou “una”, passando a ter diversas eficácias voltadas à efetividade da tutela jurisdicional, o que possibilitou o exame dos direitos coletivos.

É sobretudo importante assinalar que no Brasil já ocorreram duas tentativas de criação de um código específico sobre processo coletivo. Tais iniciativas foram levadas a efeito pelos estudiosos da USP (Universidade de São Paulo) e do IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Público), capitaneados pela doutrinadora Ada Pellegrini⁶.

A UERJ, com a iniciativa do Desembargador Aluizio Mendes⁷, também tentou, mas infelizmente não houve êxito em qualquer das oportunidades. Temos por presente que remanesce uma questão para a concretização do mencionado código coletivo. Tal questão tem relação com a dicotomia entre os chamados microssistemas e os códigos e aduz uma suposta incompatibilidade.

Inobstante, cumpre perceber que atualmente os códigos vinculam princípios e visam harmonizar a legislação infraconstitucional com os objetivos visados na Constituição Federal, o que torna o exame da questão indispensável, sobretudo quando estamos nos referindo a direitos fundamentais.

O código de defesa do consumidor tem servido a esse propósito harmonizador, na medida em que tem concatenado importantes elementos instrumentais ao processo coletivo. Inobstante, o momento de evolução vivido hodiernamente reclama o estabelecimento de um microssistema caracterizador do processo coletivo, não como meio subsidiário, como ocorre com o CDC, mas concebido com esse fim, ou seja, voltado à otimização do processo coletivo.

Em suma, os microssistemas não possuem mais a incompatibilidade com o modelo oitocentista, no qual se visava exaurir, por meio da codificação, toda a matéria em determinado assunto. Os códigos hoje, como dito, veiculam princípios, são abertos e consolidam a legislação, de modo que não há incompatibilidade, ao meu sentir, entre a codificação e o microssistema do processo coletivo.

2.2.4 Natureza jurídica dos direitos metaindividuais⁸

A *Summa Divisio* representa a divisão clássica do estudo do direito nas vertentes pública e privada. O direito público é voltado à dicotomia entre o indivíduo e Estado, já o direito privado volta-se às relações entre os indivíduos. Como se depreende, essa

⁶ A professora Ada Pellegrine Grinover atuou no projeto junto ao programa de pós-graduação da faculdade de direito de São Paulo, como primeiro anteprojeto do Código brasileiro de processos coletivos.

⁷ Juiz Federal Aluisio Gonçalves de Castro Mendes atuou como docente responsável do programa de pós-graduação da UERJ e da UNESA.

⁸ Direitos Metaindividuais são aqueles que extravasam os interesses do indivíduo (MAZZILLI, 2004).

divisão é artificial, pois os ramos do direito se comunicam. Impende observar, a título de exemplo, que o Estado, na condição de locatário de um imóvel particular, já é suficiente para mesclar a relação, de modo que essa divisão clássica não se aplica com o devido rigor técnico.

Posta assim a questão, é de se dizer que é mais razoável e adequado projetar a divisão, para fins meramente acadêmicos, em metaindividual e individual, sendo possível classificar, este último, como de índole predominante pública ou privada.

É preciso insistir, para arrematar o entendimento, que o direito deve ser classificado como metaindividual, sobretudo considerando que eventualmente poderá ser de ambas as naturezas, tal como exemplificado no caso da locação de bem pertencente a particular pelo Poder Público.

À guisa de exemplo, podemos ilustrar com o caso das organizações sociais que atuam na área da saúde. É possível que uma eventual demanda seja polarizada entre a OS e a coletividade, ou ainda, entre a OS e o Estado signatário do contrato de gestão. Cumpre perceber que a demanda não será individual, visto que é flagrante o interesse social em questão.

Convém notar, outrossim, que o processo coletivo é voltado precipuamente ao interesse público primário, ou seja, é o interesse da sociedade. Tal espécie de direito é distinta no que se refere ao interesse secundário, orientado no sentido da pessoa jurídica de direito público. Em termos mais diretos, é de se dizer que o processo coletivo contém interesse social como regra e, assim, qualquer tipo de processo coletivo tem como destinatária a sociedade.

Em arremate, é despidendo referenciar que, no campo da saúde, o processo coletivo se mostra como o meio mais adequado à tarefa de dirimir questões que versem sobre a eficiência na prestação do serviço pelo Poder Público. Com efeito, essa conclusão deflui das soluções mais uniformes, justas, efetivas e eficientes, considerando que o objetivo final dos direitos metaindividuais é a macrogestão em detrimento do casuístico interesse individual.

No que concerne aos sujeitos processuais, o processo coletivo pode ser classificado em ação coletiva ativa ou processo coletivo ativo e em ação coletiva passiva e processo coletivo passivo. Conceitos que passaremos a examinar nas linhas que se seguem.

De uma maneira bem direta, podemos afirmar que a ação coletiva ativa tem a coletividade como parte autora. A coletiva passiva, por seu turno, tem a coletividade como demandada. Cumpre perceber a sutileza de que, no último caso, a coletividade está no polo ativo e passivo.

Os estudiosos do direito não são unânimes quanto a esse tema, tanto que há duas posições antagônicas. A primeira defende que não existe ação coletiva passiva, pois, além de não haver previsão na lei (art. 5 da lei da ACP), a qual somente fala em legitimado ativo, também não haveria quem pudesse representar a coletividade na condição de ré, essa é posição de Cândido Dinamarco (DIDIER JR.; ZANETTI JR., 2008). A segunda posição é esposada pela professora Adda Pelegrine, a qual defende a ação coletiva passiva com inspiração no *defendant class actions* norte-americano. A doutrinadora aduz que lacuna de previsão legal não representa embargo ao reconhecimento do instituto, visto que a sua admissão decorre da interpretação de todo o sistema.

A grande dificuldade de se admitir a ação coletiva passiva está na identificação do responsável pela representação da coletividade ré. À guisa de exemplo, podemos citar eventual ação promovida pelo MP cujo objeto será impedir greve da polícia. Veja que a ação será ativa, em face do interesse da coletividade, mas também será passiva, visto que será contra a coletividade dos servidores da polícia, cuja representação se dará pelo sindicato dos policiais.

Cumpramos examinar que há uma segunda designação do processo coletivo, com enfoque no objeto, cindida em especial e comum. Tenha-se presente que o processo coletivo especial é dedicado ao controle abstrato da constitucionalidade das leis e dos atos normativos em geral, caso da ADI, ADC e ADPF. Com efeito, essas ações também são processos metaindividuais ante a eficácia vinculante e a promoção abstrata do direito coletivo.

Por seu turno, o processo coletivo comum é composto por todas as ações para a tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos não relacionados ao controle abstrato de constitucionalidade. Tem como principal instrumento a ACP. Além dela, podemos citar a ação popular, a de improbidade administrativa, o mandado de segurança coletivo e outras ações que tutelam os direitos metaindividuais.

Cumpramos perceber que, tanto no controle abstrato de constitucionalidade quanto nas ações constitucionais, encontramos meios para corrigir, no Judiciário, com macrojustiça, eventuais deficiências ou insuficiências na prestação, por parte do Executivo, do direito à saúde.

Com efeito, a macrojustiça mencionada deriva do tratamento coletivo e impessoal. Diversamente da justiça aplicada ao caso isolado, que não considera a finitude do orçamento para fazer frente à imensa demanda, sobretudo na vertente terapêutica, remanescem poucos recursos para a medicina preventiva.

2.2.5 Princípios de processo coletivo

Cumpra observar, preliminarmente, que os princípios do processo coletivo não representam embargo à aplicação dos demais princípios do processo, como o do juiz natural, devido ao processo e outros.

Outrossim, impende referenciar que os princípios são normas de duplo vetor, ou seja, ao Legislativo impõe-se a obrigatoriedade da edição de leis em consonância com seus termos. Inobstante, também possuem um segundo vetor, este de viés interpretativo, segundo o qual o juiz é obrigado a aplicar as normas comuns em consonância com as normas princípio, tudo no esforço do máximo alcance ou efetividade.

2.2.5.1 Princípio da Indisponibilidade Mitigada da Ação Coletiva

Cumpra-nos assinalar que a previsão do art. 5, parágrafo terceiro, da lei da ACP, e do art. 9 da Lei da Ação Popular, classifica o epigrafado princípio como expresso. Tal princípio estabelece que seja vedado ao autor da ação coletiva dispor sobre o objeto da demanda, ou seja, não poderá desistir ou abandonar a ação. Impende esclarecer que, eventualmente, se o autor mostrar-se inerte, cumprirá ao MP, ou outro legitimado, assumir a titularidade ativa, dando-se a sucessão processual.

A mitigação do princípio vem de uma exceção. Será o caso da desistência motivada, v.g., perda do objeto da demanda. Nesse caso, o juiz decidirá se extingue ou não o processo.

2.2.5.2 Princípio da Indisponibilidade da Execução Coletiva

Tal princípio é expresso no art. 15 da lei da ACP e 16 da Lei de ação popular. Segundo se depreende, o autor não pode deixar de executar a ação coletiva. Ou seja, tanto o MP como os demais legitimados poderão ajuizar a ação em caso de inércia do demandante primitivo.

Sobre esse tópico, e considerando as auditorias operacionais levadas a efeito pelos Tribunais de Contas, cumpre referenciar que, na área da saúde, em diversas ocasiões, verifica-se o não atingimento das metas estabelecidas na LDO (Lei de Diretrizes Orçamentárias). É de se perceber que há uma dificuldade enorme dos

legitimados para propositura desse tipo de demanda, de materializar, em juízo, as lacunas de prestação deixadas pelo Executivo. Assim, caberia uma ação coordenada com os Tribunais de Contas com vistas à instrumentalização – Auditorias Operacionais – dessas ações previstas na própria Constituição Federal.

É possível inferir que, se tal providência fosse tomada, um número de elevadíssimo de demandas poderia ser elidido, evitando a microjustiça, que dificulta sensivelmente as políticas públicas e afoga o Judiciário.

2.2.5.3 Princípio do Interesse Jurisdicional no Conhecimento do Mérito

O mencionado princípio visa, por meio de uma maior flexibilização dos requisitos de admissibilidade da ação, evitar a extinção do processo sem julgamento do mérito. Cumpre esclarecer que, sobretudo no que tange ao direito à saúde, são muitos os interessados. Por isso, não é razoável que o processo seja extinto sem julgamento de mérito. Para evitar esse fenômeno indesejado, sempre que um legitimado na ação coletiva declinar de seu direito outro será convocado.

Não se pode perder de vista que todos esses princípios visam resolver coletivamente os conflitos, evitando a propositura de demandas individuais, que somente contemplam o microprocesso.

2.2.5.4 Princípio da Prioridade na Tramitação

Esse princípio, como a própria designação sugere, diz que o juiz deve dar prioridade a ações de natureza coletiva, ainda que em detrimento das ações individuais, obviamente, respeitando o HC, ações de interesse dos idosos e outros com prioridade legal. Cabe referenciar que esse regime de urgência é tudo o que se espera das demandas cujo direito tutelado é a vida, com efeito, demandas na área da saúde.

2.2.5.5 Princípio do Máximo Benefício da Tutela Jurisdicional Coletiva

Esse princípio tem previsão no art. 103, parágrafos 3 e 4 do CDC. Segundo estabelece, a coisa julgada coletiva, desde que benéfica, pode ser aproveitada pelos titulares das pretensões individuais decorrentes ou correspondentes. A coisa julgada coletiva somente beneficia o particular, nunca o poderá prejudicar. Significa dizer que,

se uma ACP visa outorgar UTI neonatal, se eventualmente o demandante primitivo não obtiver êxito na demanda coletiva, não haverá embaraço na propositura de uma ação individual.

2.2.5.6 Princípio da Máxima Efetividade do Processo Coletivo ou do Ativismo Judicial

No que concerne ao ativismo judicial e à máxima efetividade, podemos afirmar que outorgam ao juiz maior gama de poderes de decisão e de condução do processo. Especificamente, o ativismo judicial, inspirado no direito norte-americano, tem como razão para os poderes extraordinários do juiz o evidente interesse coletivo inserto nesse tipo de demandas.

Nesse mesmo sentido, cumpre demarcar que o processo coletivo busca precipuamente contemplar o interesse público primário, ou seja, os sociais, coletivos.

No que tange às decorrências práticas do princípio da máxima efetividade, encontramos duas mais relevantes. A primeira relacionada ao maior poder de decisão, o que implica em um maior controle pelo poder Judiciário das políticas públicas. A segunda refere-se ao acentuado poder de condução ou flexibilização procedimental.

Especificamente, no que tange ao controle pelo Judiciário das políticas públicas, é por demais relevante pontuar o RESP 577.836 de SC, cujo relator é o ministro Luiz Fux.

Consoante se pode inferir que tanto o STF quando no STJ entendem que o poder Judiciário determina ao Executivo a implementação de políticas públicas urgentes, como as voltadas à prestação da saúde. Tal entendimento autoriza até mesmo a realocação de verbas quando a omissão patológica da administração compromete o atendimento de uma promessa constitucional, v.g., saúde, creche e segurança pública.

Cumpre antecipar que, nos exemplos mencionados, não haverá violação da separação dos poderes, sobretudo considerando que o Judiciário não estará fazendo mais do que determinar o cumprimento pela administração da lei maior. Máxime, ainda, se verificarmos que a implementação de políticas públicas, garantidas pela CF, é atividade vinculada do administrador. Somente não poderá dizer o Estado juiz como fazer, mas poderá mandar executar imediatamente.

Mister referenciar que, mesmo não havendo verbas suficientes, argumento da Teoria da Reserva do Possível, deverá o Judiciário preservar o Núcleo Mínimo Existencial dos Direitos Fundamentais. Tal medida garantirá, ainda que por via

anômala, o exercício do direito. É dizer: se administração não dispõe do tratamento médico, que providencie a remoção dos pacientes para uma localidade que possua a assistência.

Quanto à flexibilização procedimental, há os que dizem que o juiz tem maior poder no rito no procedimento, ou seja, poderá inserir ou retirar etapas no processo coletivo. Um exemplo contundente é inexistência de previsão legal de *amicus curiae*, inobstante, nada impede que o juiz flexibilize o procedimento e convide um especialista versado no tema. Cumpre elucidar que até mesmo os prazos previamente fixados pelo legislador poderão ser dilatados se a situação reclamar tal providência.

2.2.5.7 Princípio da Máxima Amplitude, Atipicidade e da não Taxatividade

O mencionado princípio, previsto no art. 83 do CDC, 212 do ECA e 82 do Estatuto do Idoso, preconiza que qualquer ação pode ser coletivizada. Esse aspecto é sobretudo relevante na medida em que possibilita soluções conjuntas para toda sorte de conflitos sociais, bastando, para que tal aconteça, que o interesse coletivo esteja presente.

2.2.5.8 Princípio da Ampla Divulgação da Demanda Coletiva

Com previsão no art. 94 do CDC, tem como finalidade tornar público o processo coletivo em trâmite. A finalidade é garantir que um maior número de pessoas tome conhecimento do processo coletivo que dirime interesses metaindividuais. Outro consectário desse princípio é evitar a propositura de demandas individuais, considerando a promoção da ação coletiva.

2.2.5.9 Princípio da Integratividade ou do Microsistema Processual Coletivo

Cabe lembrar que não há um código voltado ao processo coletivo. Nesses termos, o amparo legal está fundamentado em dois diplomas, ou seja, a lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor.

O conjunto das duas normas mencionadas forma um núcleo que recomenda a aplicação recíproca e complementar, ou seja, a lei da ACP indica a aplicação de tudo

que estiver contido no CDC sobre processo coletivo e o mesmo ocorre no CDC em face da lei da ACP.

Inobstante, ainda remanescem lacunas quanto ao disciplinamento do processo coletivo, o que acaba por reclamar a aplicação subsidiária da lei do mandado de segurança coletivo, da lei da ação popular, da lei da improbidade administrativa, do ECA e da Lei n. 7.853 de 1989 (tutela do deficiente), além de muitas outras. Em sendo assim, cumpre perceber a existência de um microsistema processual coletivo ou de um sistema integrado normativo cujas normas se interpenetram.

Cabe referenciar que a Teoria Geral do Direito conceitua essa integração de normas como Teoria do Diálogo das Fontes Normativas, ou seja, as normas devem se completar reciprocamente buscando o melhor resultado.

2.2.6 Objeto do processo coletivo em gêneros e espécies

Cumpre reprisar, a fim de manter o foco no processo coletivo como meio para satisfação da macrojustiça, que visa à defesa dos direitos ou interesses meta, supra e transindividuais. Tais expressões são sinônimas e transcendentais dos limites do indivíduo

Relevante aclarar que tais direitos se dividem em naturalmente coletivos e acidentalmente coletivos. Os direitos naturalmente coletivos têm como característica principal a indivisibilidade do objeto, ou seja, ou toda coletividade ganha ou toda coletividade perde. Podemos tornar concreto o argumento com o exemplo da preservação de um rio, ou seja, estará preservado para todos ou não estará para ninguém.

Os direitos difusos integram o gênero dos naturalmente coletivos e possuem algumas características marcantes. A primeira dessas características refere-se aos sujeitos, os quais serão indeterminados e indetermináveis, ou seja, não se sabe quem são nem serão os destinatários.

Tais destinatários são ligados por circunstâncias de fato extremamente mutáveis, ou seja, não há uma relação jurídica entre eles. De regresso ao exemplo do rio, hoje posso morar perto e, nesses termos, ter um interesse direto com a preservação, amanhã o interesse pode ser indireto ou reflexo.

É intrínseco aos direitos difusos a alta conflituosidade interna, ou seja, nem todos concordam com a abordagem do direito. Em outros termos, haverá quem defenda

a imediata suspensão das atividades da fábrica que polui o rio, mas também haverá quem defenda sua continuidade em face dos empregos gerados.

Por último, cumpre referenciar, como característica dos direitos naturalmente coletivos e difusos, a alta abstração, ou seja, são por excelência imateriais, não palpáveis.

Por seu turno, os direitos classificados como coletivos *strictu sensu* também possuem características peculiares. Não obstante serem indivisíveis quanto aos destinatários, característica que identifica essa classe de direitos com os direitos difusos, os sujeitos são indeterminados, ainda que determináveis por grupo, como se verá.

A determinação dos sujeitos nasce da ligação por circunstâncias jurídicas estáveis, ou seja, determinados sujeitos reunidos, por interesses comuns, circunscritos em qualquer dos polos da demanda tornam o grupo definido. Com efeito, o mais relevante é a existência de ânimo comum de agregação. Para tornar concreto o argumento, basta lembrar o mencionado caso das associações de pacientes que necessitam de medicamento de alto custo.

Cabe referenciar, como fator de *discrimen* entre os direitos difusos e os coletivos *strictu sensu*, a existência de menor grau conflituosidade interna, v.g., não haverá membro da associação dos pacientes voltando-se contra a aquisição dos medicamentos de alto custo, como ocorreu no caso do rio poluído, o que acaba por conferir uma visão mais palpável do direito.

Outro exemplo deriva da Súmula 643 do STF, que afirma ser o Ministério Público legitimado para promover ação civil pública com fundamento em reajuste desarrazoado de mensalidades. Impende observar que os titulares são estudantes da mesma escola e, embora não haja relação entre eles, há interesse comum em face da escola. Como se depreende, é maior o grau de concretude do direito deduzido pelo MP, pertencente a diversos legitimados, entretanto, em face de um demandado comum.

O segundo gênero de direitos, com traço marcante na notória divisibilidade do objeto, são os acidentalmente coletivos. Em termos mais diretos, é possível afirmar que parte da coletividade pode vencer determinada demanda enquanto que os demais podem sucumbir.

Em face da sorte diversa dos demandantes, no que tange ao resultado, há parcela da doutrina que diverge quanto à natureza dos direitos acidentalmente coletivos, chegando alguns a afirmar que não são meta, supra ou transindividuais, considerando que não transcendem os limites do indivíduo.

Cumpra-se asseverar que os direitos acidentalmente coletivos, com o devido rigor científico, são de natureza individual. Tal conclusão deriva, sobretudo, do fato de que cada indivíduo pode ajuizar, isoladamente, sua demanda.

Inobstante, recebem tratamento coletivo porque são numerosos os que têm o mesmo direito, é fato que o pleito está homogeneizado na sociedade. Cada indivíduo pode requerer perante o Judiciário, em face do Poder Público, uma determinada vacina. Mas também é possível e desejável que essa demanda seja tratada coletivamente.

Cumpra-se uma rápida digressão nesse ponto para afirmar, tal como prenunciado no tópico, que as demandas na área da saúde, tratadas isoladamente, conferem microjustiça. Inobstante, as demandas coletivas outorgam macrojustiça e, ainda que interfiram nas políticas públicas, não o fazem de modo casuístico, mas sistêmico, em face da amostra significativa do problema.

Mister elucidar que o sistema Judiciário possui algumas razões para o tratamento coletivo de pretensões que, na verdade, são individuais. Impende observar que esse instrumento de resolução de demandas em massa permite, em uma única questão, solucionar diversas demandas, o que confere agilidade e eficiência à tarefa judicante. Isso é possível porque os direitos discutidos em juízo são homogêneos, uniformes, repetidos, o que permite tratamento isonômico do conflito, evitando, assim, decisões contraditórias. Cumpra-se, outrossim, evidenciar como vantagem a redução de custos para o Judiciário, sobretudo considerando que o processamento de muitas demandas, em uma única, reduz consideravelmente o dispêndio de recursos. Benefício que também aproveita as partes, na medida em que o processo coletivo é ao mesmo tempo acessível e isento de custas processuais.

Os direitos individuais homogêneos, por seu turno, possuem sujeitos determinados ou determináveis. Os sujeitos determináveis são os que são explicitados no momento da execução ou liquidação da sentença. Outra característica marcante dessa espécie de direitos refere-se à tese deduzida em juízo. Via de regra, a causa de pedir é a mesma, ou seja, o mesmo fundamento. É o caso, por exemplo, da dicotomia entre o Mínimo Existencial e a Reserva do Possível, frequentemente invocada em demandas na área da saúde.

Cumpra-se referenciar que nessa espécie de direitos, de origem comum, o evento ensejador será o mesmo. Com propósito esclarecedor, cumpra-se exemplificar com um caso em que o tratamento oncológico é negado, a origem do direito é a mesma, com efeito, a inércia do Poder Público.

Relevante pontuar que a petição inicial definirá, em seus termos, a espécie de direitos. Com fito esclarecedor, cumpre examinar o caso propaganda enganosa. Há os que assistiram a tal propaganda e, nesse passo, pretendem tirar do ar. Nesse caso, o direito é difuso. Inobstante, quem acreditou e comprou o produto, não deduz direito difuso, mas individual homogêneo.

2.2.7 Coisa julgada no processo coletivo

Impossível tratar do processo coletivo sem definir algumas premissas do processo individual. É que, no processo individual, a coisa julgada é observada segundo seus limites. Nesses termos, há os limites objetivos preconizados no art. 468 CPC e os subjetivos segundo o art. 472 CPC, ambos transcritos abaixo.

Com efeito, no processo individual a coisa julgada recai sobre causa de pedir, e os limites subjetivos, obviamente, referem-se às partes atingidas. Já o processo coletivo, por seu turno, tem limites objetivos em identidade, ou seja, a coisa julgada recairá sobre pedido, circunscrito à causa de pedir. Assim, grande diferença dá-se no âmbito dos limites subjetivos, sobretudo no tocante ao destinatário dos efeitos da decisão.

É sobretudo importante assinalar que, no processo coletivo, o objetivo central é fazer com que as decisões atinjam o maior número possível de pessoas. Ao ensejo dessa conclusão, a coisa julgada será *erga omnes* ou *ultrapartes*. Em outros termos, não estará limitada ao espectro das partes.

Cumpre registrar, ainda, uma importante distinção entre o processo individual e o coletivo. No processo individual, a coisa julgada, focada na procedência ou na improcedência da pretensão, incide para definir permanentemente o feito, é, portanto, *pro et contra*.

Diversamente, o processo coletivo é *secundum eventum litis*, ou seja, não haverá embargo de, mesmo em face de sucumbência do autor coletivo, outra demanda, de natureza individual, seja proposta. Isso favorece os legitimados individuais, que não sofrerão, por exemplo, com uma demanda malconduzida por qualquer dos legitimados coletivos.

No que se refere ao regime jurídico da coisa julgada coletiva, com fundamento nos art. 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor, é cediço que se encontra dividido nas categorias: difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Em todas as categorias discriminadas acima, é comum o efeito *erga omnes* das decisões, ou seja, seus efeitos atingem a todos, não ficam adstritos aos titulares da

demanda proposta. Relevante explicitar, ainda, que somente haverá coisa julgada material, em outros termos, nada impedirá a demanda coletiva individual. Como exemplo, podemos usar o direito fundamental à saúde, especificamente no que diz respeito ao fornecimento de determinada vacina a menores de 10 anos. Se eventual demanda para o mencionado fornecimento for julgada procedente, ou improcedente, a coisa julgada coletiva atingirá a todos. Mas sendo improcedente, cumpre lembrar, nada impedirá a demanda individual.

Relevante pontuar que, se a improcedência ocorrer por falta de provas em face da opção legislativa, é permitida a propositura de outra ação. Cumpre explicitar que isso é possível em face da inexistência da coisa julgada material, fenômeno que doutrina convencionou chamar de coisa julgada *secundum eventum probationes*.

Cabe lembrar que, no caso dos coletivos *strictu sensu*, retomando o exemplo da exorbitância da mensalidade escolar, objeto da Súmula 643 do STF, seja na procedência, seja na improcedência, a coisa julgada será ultrapartes, ou seja, somente atingirá o grupo dos estudantes da escola. Assim, em face de eventual improcedência, não se poderá propor outra demanda coletiva, salvo se por falta de provas, situação excepcional em que os legitimados poderão propor outra ação. Os individuais homogêneos, caso das crianças de até 10 anos que carecem de vacinas, tanto na procedência, quanto na improcedência, teremos coisa julgada *erga omnes*.

Cumpre reprimir, como dito, que a improcedência a coisa julgada será *erga omnes* por qualquer fundamento, excetuando a que se der em razão do *secundum eventum probationes*, ou seja, por falta de provas, situação que poderá ensejar a promoção de outra ação coletiva.

Outrossim, há quem não faça distinção, na doutrina, entre coisa julgada *erga omnes*, que atinge a todos, e a *ultra parts*, voltada somente a determinado grupo. De minha parte entendo que estão certos, visto que de fato a coisa julgada nunca alcança todos, mas apenas aos interessados.

Cabe esclarecer que a coisa julgada coletiva, em todas as espécies do gênero transindividuais, ou seja, difusos, coletivos e individuais homogêneos, nunca prejudicará as pretensões individuais. Nesse caso, temos franca homenagem do princípio do máximo benefício da tutela coletiva, ou seja, nunca prejudicará o indivíduo de *per si*.

Assim, mesmo que improcedente a coletiva, nada impedirá a ação individual. A razão é simples, como o indivíduo não tem participação nos atos dos legitimados das ações coletivas, não é justo que seja prejudicado por eventual incúria de impulso processual.

Inobstante, cumpre ressaltar uma exceção, trata-se do caso em que o indivíduo intervém no processo como litisconsorte. Nesse caso, em razão de ter sido parte e exercido sua representação, a ampla defesa e o contraditório restaram contemplados. Assim, nos termos acima postos, restará embaraçada a propositura de nova ação individual pelo interveniente. Cumpre reprimir que essa regra volta-se aos direitos classificados como individuais homogêneos.

No que atine a possibilidade de utilização de uma sentença derivada de processo coletivo, em proveito de execução individual, outros aspectos devem ser considerados. Sobre esse tema, há linha de entendimento que defende ser a fase de execução mero efeito secundário da sentença coletiva condenatória.

Inobstante, também há os que defendem tratar-se de uma hipótese de ampliação legal, *ope legis*, do objeto do processo coletivo. Seria uma decorrência lógica contemplada pela lei. Em termos mais simples, temos como objetivo direito o interesse coletivo, mas a reparação do dano individual é efeito natural, embora reflexo.

Relevante pontuar que, para o autor de ação já proposta, de natureza individual, beneficiar-se de uma eventual decisão favorável decorrente de processo coletivo para a tutela de interesses coletivos e individuais homogêneos, antes deverá, facultativamente, nos termos do art. 103, parágrafos 1, 2 e 3 e 104, do CDC, requerer a suspensão da ação individual de objeto correspondente ao da ação coletiva.

Cumpre referenciar que o STJ, no julgamento do RESP 1010 549 do RS, relator ministro Sidinei Benet, exarou entendimento no sentido de que, em que pese a facultatividade da suspensão da ação individual, derivada do art. 104 do CDC, pode o juiz da ação individual, de ofício, com arrimo no art. 543 “C” do CPC, por analogia, suspender as ações individuais enquanto é aguardado o julgamento da ação coletiva para a tutela dos interesses individuais homogêneos.

Importante compreender que o andamento de uma ação coletiva não impede o ajuizamento de uma ação individual com mesmo objeto, mas o juiz, segundo o julgado mencionado, pode suspender seu processamento até o desfecho da lide coletiva.

Em caso de improcedência da ação coletiva, voltada à tutela dos direitos coletivos ou individuais homogêneos, as ações individuais voltam a tramitar. Inobstante, se julgada procedente a ação coletiva, as ações individuais perdem o sentido de tramitação, sendo convertidas em liquidação ou execução de sentença.

Em outro vértice, se a demanda individual foi julgada improcedente e, só depois do trânsito em julgado dessa demanda sobreveio uma demanda coletiva de objeto

idêntico, duas posições devem ser observadas. No primeiro entendimento, encabeçado por Hugo Nigro Mazine, sob o pálio do princípio da igualdade e ainda, considerando que não houve a oportunidade de suspensão do processo, visto que superveniente a demanda benéfica, o litigante individual obterá proveito do resultado da demanda coletiva. Inobstante, é prevalente a segunda posição da professora Adda Pelegrine. Segundo assevera, a coisa julgada na demanda individual sempre deverá preponderar em face da coletiva, que detém traço essencialmente genérico.

No que atine ao território em que os efeitos da decisão, em processo coletivo, são percebidos, o art. 16 da Lei n. 7.347, lei da ação civil pública, estabelece que a coisa julgada somente se propagará nos limites da competência territorial do órgão prolator. Em outras palavras, só possuirá validade nos limites da competência do magistrado que julgou a ACP.

Sobre esse tema o Judiciário se pronunciou no EREsp 293.407-SP⁹. Segundo se pode inferir do julgado do STJ, o entendimento é no sentido da validade da restrição do art. 16 da Lei ACP, entretanto, tacitamente, restou estabelecida a possibilidade de que, se a decisão for proferida por tribunal (não por juiz de primeira instância), a eficácia da decisão seja estendida por toda a base territorial.

Sobre o mesmo tema, tem relevância o RESP 1243887, sob a relatoria do ministro Luiz Felipe Salomão, datado 19 de novembro de 2011. Esse julgado difere do supracitado na medida em que afirma ser a decisão – sentença – o instrumento para delimitar a extensão dos efeitos da coisa julgada.

Ao ensejo da conclusão deste capítulo, no qual foram examinadas as razões do incremento das demandas judiciais envolvendo o direito fundamental à saúde e, ainda, o processo coletivo como meio para obtenção de decisões mais equânimes a partir da macrojustiça, cumpre, na sequência do presente estudo, o exame das teses do Mínimo Existencial e da Reserva do Possível. É sobremodo importante assinalar que as mencionadas teses são os vetores de força mais intensos na problemática da microjustiça, ou justiça do caso concreto.

⁹ Embargos de Divergência em Recurso Especial - EREsp 293.407-SP, publicado no Diário de Justiça de 1º/8/2006. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>. Último acesso: out. 2015 .

3 A ALOCAÇÃO DE RECURSOS E SUA ESTREITA RELAÇÃO COM A RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL

3.1 A INTERVENÇÃO JUDICIAL NAS POLÍTICAS PÚBLICAS E OS MEANDROS ORÇAMENTÁRIOS COMO OBSTÁCULO AO DESLINDE DA RESERVA DO POSSÍVEL

Tecidas, no capítulo anterior, as necessárias considerações sobre a crescente judicialização das demandas na área da saúde e do ativismo judicial, bem como demonstrada a importância do processo coletivo e os frutos que podem oferecer para obtenção da macrojustiça, em detrimento das respostas pontuais aos problemas crônicos do setor, cumpre agora adentrar no exame da alocação dos recursos pelo Poder Público.

Relevante pontuar que o cerne da questão, no exame das teses jurídicas do Mínimo Existencial e da Reserva do Possível, passa, inequivocamente, pela possibilidade da intervenção judicial diante das omissões do Poder Público no atendimento dos direitos básicos assegurados pela Constituição da República.

Estabelecido o preâmbulo, é relevante esclarecer que a obtenção e o dispêndio recursos públicos têm como pressupostos normativos a própria Constituição Federal, nos arts. 165 e 169 (BRASIL, 1988), além da Lei de Responsabilidade Fiscal (SENADO FEDERAL, 2000)¹⁰ e da Lei do Orçamento (SENADO FEDERAL, 1964)¹¹, que são normas gerais sobre direito financeiro.

Não se pode olvidar que o Estado existe, em suas potencialidades, a partir da estreita correlação entre receitas e despesas. Assim, as leis orçamentárias adquirem acentuada relevância na medida em que colocam em movimento as funções do Estado e o adimplemento dos direitos fundamentais.

Necessário pontuar que essas leis, como normas gerais que são, se aplicam a todos os entes da Federação. Nesse sentido, o art. 24, parágrafo primeiro, da CF assevera que cumpre à União o estabelecimento de normas gerais sobre orçamento.

¹⁰ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm>. Último acesso em: out. 2015. Lei Complementar n. 101 de 2000.

¹¹ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4320compilado.htm#art114>. Último acesso em: out. 2015. Lei Federal n. 4.320 de 1964.

Noutro passo, concorrentemente, os demais entes poderão legislar de modo complementar segundo suas particularidades locais. Inobstante, não poderão desconsiderar, como corriqueiramente fazem, os parâmetros gerais estabelecidos na Constituição.

Relevante explicitar que o art. 165 da Carta constitucional cinde as leis orçamentárias em três espécies. Como primeiro diploma, temos o Plano Plurianual (PPA), depois a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e, ainda, a Lei Orçamentária Anual (LOA).

No que atine ao PPA, ou orçamento programa, cabe ressaltar que se trata de uma lei com vigência de quatro anos. Essa lei estabelecerá objetivos e metas da administração.

Vejamos o entendimento jurisprudencial sobre a importância do Plano Plurianual:¹²

Assim, previu o constituinte, em primeiro lugar, a necessidade de edição de um plano plurianual, com vigência de quatro anos não coincidente com o mandato presidencial (ADCT, art. 35, parágrafo 2, I), no qual devem ser estabelecidas as diretrizes, objetivos e metas da administração pública para as despesas de capital e outras dela decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada (CF, art. 165, parágrafo 1). A busca pelo planejamento é concretizada, na sequência, pela edição da Lei de Diretrizes Orçamentárias, que, observando-se o prazo para devolução do respectivo projeto, pelo Legislativo, à sanção, fixado no art. 35, parágrafo segundo, II, do ADCT, tem por função precípua – mas não única, ressalte-se – orientar a elaboração da lei orçamentária anual. Deve, para tanto, compreender metas e prioridades da administração pública, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, dispendo sobre as alterações na legislação tributária e estabelecendo a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento (CF, Art. 165, parágrafo 2). Paralelamente, também cabe à referida espécie normativa o papel enunciado pelo art. 169, parágrafo 1, II, da Constituição, que condiciona a criação de determinadas despesas da Administração Pública à “autorização específica em lei de diretrizes orçamentárias”. Foi com base nesse pano de fundo, portanto, que esta Suprema Corte assentou, no julgamento da questão de ordem na ADIn n. 612 do RJ, Rel. Min Celso de Mello, que a lei de diretrizes Orçamentárias “constitui um dos mais importantes instrumentos normativos do novo orçamento brasileiro”.

Cabe observar que o exame dessas normas, enquanto parâmetro que se impõe ao Executivo, servirá ao propósito de demonstrar o atingimento das metas que o próprio Poder Público elaborou e deve seguir para alcançar eficiência no atendimento das necessidades públicas em geral, com ênfase, na saúde.

¹² Na ADI 4663 – Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, out. 2014. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25342061/referendo-na-medida-cautelara-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4663-df-stf/inteiro-teor-159437241>>. Último acesso em: out. 2015.

A LDO, com validade de um ano, estabelece objetivos e metas a curto prazo, ou seja, para o exercício seguinte. Podemos entender essa norma como voltada à concretização do PPA. Não se pode olvidar que a LDO dispõe de anexos de metas e riscos fiscais que, se observados atentamente, poderão aclarar, com elevado grau de segurança, as reais possibilidades financeiras do Executivo para cumprimento das demandas sociais.

A LOA é a mais específica de todas as normas que tratam de orçamento. Nela estará contido, em detalhes, o montante das receitas e das despesas para atendimentos de programas e metas mencionados.

Deduzidas as espécies normativas que tratam de orçamento público, é relevante tratar da receita pública, tomando por cediço que a implementação do direito fundamental à saúde exige somas vultosas, que, em face da capacidade contributiva e também em face da solidariedade social, devem ser alcançadas pelos entes políticos.

Cumpra aclarar que as providências arrecadatórias, segundo os parâmetros mencionados, têm como objetivos precípuos as garantias, ao menos, das necessidades mais primárias, ou seja, aquelas que outorgam a dignidade inerente ao ser humano, que se convencionou chamar de Reserva do Possível.

Voltando o foco às receitas, cabe chamar a atenção para o fato de que a entrada circunstancial ou precária é tida como simples fluxo de caixa ou simples ingresso. Portanto, nem tudo é receita. Em outros termos, o exame dessas questões é extremamente técnico e nebuloso, o que dificulta ao Estado juiz a formação de um juízo de valor preciso sobre qual é, de fato, o limite da Reserva do Possível ao Executivo. Como exemplo, é esclarecedor o depósito judicial, utilizado para suspender a exigibilidade de um crédito tributário. Nesse caso, não haverá a conversão imediata em renda, de modo que não poderá ser conceituado como receita.

As receitas podem ser classificadas, segundo a origem, nos termos da Lei n. 4.320 de 1964, em originárias (não tributárias), que são as decorrentes da exploração do patrimônio público, como é o caso da locação de um imóvel pertencente ao Estado; e derivadas, que, por seu turno, diversamente da primeira, não decorrem de uma relação horizontal com os particulares, mas vertical, na medida em que é resultado de uma imposição coercitiva. Como exemplo de receitas derivadas, podemos citar os tributos e as penalidades convertidas em multas. Não se pode olvidar que é justamente esse tipo de receita que mais preocupa, visto que é alvo frequente de renúncias do Poder Público.

Tais renúncias, além de não cumprirem os comandos legais de exposição de impacto orçamentário e de compensação para os exercícios seguintes, refletem diretamente na consecução de objetivos e metas contidos no PPA e na LDO, o que representará, em última análise, desatendimento ao Mínimo Existencial.

Há, outrossim, as receitas decorrentes de transferências entre os entes da Federação. Tais receitas são classificadas em obrigatórias, ou seja, há compulsoriedade na transferência de um ente para o outro, e as voluntárias, que não têm caráter impositivo.

Como se pode perceber, as receitas são as fontes de recursos para que os entes possam fazer frente às suas atribuições constitucionais. Tanto é assim que a lei de responsabilidade fiscal, nos arts. 11, 12 e 14, assevera que somente será responsável, do ponto de vista fiscal, quem institui, regulamenta e, efetivamente, cobra seus tributos. Nesse ponto, cabe uma rápida digressão no sentido de explicitar os numerosos posicionamentos doutrinários no sentido de limitar a carga tributária já bastante elevada.

No entanto pedimos vênia para colocar que essa não deve ser a principal preocupação. Os tributos não seriam um fardo se garantissem sobrevivência digna para a população. Cremos que não haveria descontentamento se os recursos fossem bem aplicados, sobretudo na saúde e na educação. Portanto, compete aos órgãos de controle a fiscalização do dispêndio público, mas não somente sob o crivo da legalidade. Mais relevante é o exame da eficiência, do resultado decorrente do recurso empregado.

Com efeito, mais uma vez tornar-se compulsório falar das ações coletivas, sobretudo as que tratam do controle da constitucionalidade das normas orçamentárias. Tais ações são aptas a combater o desperdício, a ineficiência e as prioridades incompatíveis à promoção dos direitos fundamentais básicos.

Relevante consignar que é impossível examinar os limites da Reserva do Possível ao Poder Público, sem examinar o cumprimento das leis orçamentárias, sobretudo, no tocante à arrecadação tributária.

Inobstante, é de se observar que, infelizmente, no Brasil, as peças orçamentárias são meramente “simbólicas”. Tal conclusão pode ser extraída na corriqueira ausência de motivação na execução orçamentária dos entes, o que obstaculariza até mesmo a fiscalização mais efetiva dos abusos.

É comum, sobretudo nos municípios menores, a não arrecadação de tributos. Tal procedimento, via de regra, tem como razão interesses eleitorais. O gestor não cobra os tributos para não se indispor com os financiadores de suas campanhas.

Lógica será a conclusão de que a Reserva do Possível é acentuadamente diminuída. Inobstante, o art. 14 da LRF trata da renúncia de receita e impõe, além de previsão em lei, estudo de impacto orçamentário e financeiro, hábil a comprovar que, no exercício em curso e nos dois seguintes, não haverá desequilíbrio das contas públicas. Além dessa demonstração de impacto, há de se comprovar que não haverá ofensa à lei de diretrizes orçamentárias. Em outros termos, deve estar em consonância com metas, prioridades e objetivos da administração.

Em face de todos os apontamentos delineados, cumpre evidenciar que o controle das contas públicas é essencial para o deslinde da questão atinente à Reserva do Possível ao Poder Público. Por meio do controle do orçamento, será possível garantir a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos gastos do Executivo. Mas não somente dos gastos, a arrecadação é tão relevante quanto e muito pouco fiscalizada. Em outro espectro de abordagem, somente será legítimo o dispêndio de recursos que busque eficiência com economia de gastos, ou seja, eficiente e com preço justo em face do resultado alcançado.

Oportuno se tornar abrir um rápido espaço para criticar as decisões judiciais que concedem medicamentos sem a devida conferência na tabela do SUS. Tal medida não será eficiente em razão da ausência de comprovação da eficácia terapêutica, mas também será antieconômica em razão dos elevados preços cobrados por esse tipo de medicamentos classificados, muitas vezes, como experimentais.

A fim de combater essas distorções, os órgãos de controle devem direcionar sua atuação no cumprimento das ações planejadas nas leis orçamentárias. Esse deve ser o parâmetro geral de fiscalização, como foco na macrogestão.

De regresso ao exame do orçamento, insta observar que constantemente observamos, nas decisões do Tribunal de Contas do Tocantins, com extratos transcritos abaixo, achados de auditoria que apontam suplementações excessivas. Há casos em que o Executivo recebe autorização do Legislativo para suplementar o orçamento em mais de 80%, o que atesta o improvisado na condução das políticas públicas.

Outrossim, deve haver controle da consonância entre as decisões de alocação de recursos e os resultados obtidos. O modelo hodierno privilegia a incompetência na medida em que somente exige honestidade no dispêndio. Não há efetiva fiscalização da arrecadação e nem da boa ou má gestão. Relevante asseverar que esse controle efetivo depende dos aparelhamentos do controle interno, levado a efeito pelo próprio ente, por meio de um sistema de fiscalização integrado que, ao apontar os equívocos da gestão, estará, inclusive, auxiliando no planejamento.

O controle externo, por seu turno, reclama participação coordenada do Judiciário, do Ministério Público, dos Tribunais de Contas e das Defensorias, sem olvidar o controle social, que diz respeito ao próprio destinatário das políticas públicas e que deve se revelar por meio de ouvidorias efetivas.

Mister observar que, no sistema ideal, a resposta do controle, em qualquer de suas formas, aponta as falhas no planejamento estatal e, com isso, retroalimenta o planejamento, possibilitando avanço na universalização da concessão dos direitos fundamentais.

Especificamente, no que tange à Reserva do Possível, expressão cunhada no Judiciário alemão, segundo a doutrina¹³ em uma demanda que deduzia a possibilidade de criação de vagas para estudantes aprovados no vestibular para medicina, mas não classificados no número de vagas, cumpre observar as limitações do Poder Público. Cabe aclarar que, em suas origens, a Reserva do Possível é um limite aplicável aos chamados direitos sociais, que não se confundem com os direitos fundamentais.

Na Alemanha, as pretensões sociais, como dito anteriormente, se legitimam pela vontade do legislador, como atendimento de um anseio da sociedade. O orçamento e o atendimento da referida pretensão são consequências lógicas e dependerão da conjuntura econômica.

Lá, a Reserva do Possível não é aplicável ao Mínimo Existencial, mas aos direitos sociais, que são coisas distintas. Ocorre que, no Brasil, os conceitos de direitos fundamentais e sociais impropriamente se mimetizam, o que acabou por subordinar, indevidamente, à Reserva do Possível os direitos fundamentais.

Tal confusão conceitual tem vez, até mesmo, em decisão do STF, conforme se pode ver na análise abaixo colacionada:

O Supremo Tribunal Federal, em despacho do Min. Celso de Mello, proferido em caráter doutrinário, pois a ação declaratória de preceito fundamental já estava prejudicada, confundiu os direitos sociais com os fundamentais, deu à Reserva do Possível interpretação extensiva e abrangente,¹⁴ para torná-la suscetível de aplicação pelo judiciário, e abusou

¹³ Cf. BVerfGE 33:303-333: “Os direitos a prestação não são determinados previamente, mas sujeitos à reserva do possível, no sentido de que a sociedade deve fixar a razoabilidade da pretensão. Em primeira linha compete ao legislador julgar, pela própria responsabilidade, sobre a importância das diversas pretensões da comunidade, para incluí-las no orçamento, resguardando o equilíbrio financeiro geral... por outro lado, um tal mandamento constitucional não obriga, contudo, a prover cada candidato, em qualquer momento, a vaga de ensino superior que ele deseja, tornando, desse modo, dispendiosos investimentos na área de ensino superior [...]” (SCHWABE, 2005, p. 663).

¹⁴ ADPF 45, Despacho do Min. Celso de Mello, de 29.04.2004, Informativo n. 345 (transcrições): “É 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 as potencialidades 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”.

da imprecisão terminológica, utilizando a expressão “disponibilidade financeira” para suprir assim a falta da verba orçamentária como a de dinheiro. (TORRES, 2009, p. 109-110).

Em face da imprecisão evidenciada, em que os conceitos se confundem – direitos sociais e fundamentais –, acabamos por avolumar as demandas judiciais, tangentes e questões orçamentárias, até os limites dos direitos sociais, enfraquecendo, com isso, os direitos fundamentais, que passaram indevidamente a depender da Reserva do Possível.

3.2 A COMPLEXIDADE DAS PEÇAS ORÇAMENTÁRIAS E A AFERIÇÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL

Ao ensejo da conclusão do item anterior, o qual apontou as leis orçamentárias como ponto de partida para a análise da Reserva do Possível, que por definição representa as possibilidades concretas do Poder Público, do ponto de vista orçamentário e financeiro, para o cumprimento de suas tarefas constitucionais, cumpre definir, no outro plano da balança, o Mínimo Existencial.

O Mínimo Existencial tem origem no Direito Constitucional alemão e é resultado do princípio da dignidade da pessoa humana, do direito à vida e à integridade física, e deriva de uma interpretação sistêmica do princípio do Estado Social.

Outrossim, corroborando com esse ponto de vista, podemos afirmar, segundo a doutrina de Ricardo Lobo, que “A Teoria do Mínimo Existencial é um subsistema da Teoria dos Direitos Fundamentais” (TORRES, 2009, p. 255).

Relevante observar, ainda na seara conceitual, que na concepção de OTFRIED HOFFE¹⁵, a própria noção de justiça não pode ser apartada da Teoria dos Direitos Fundamentais, o que ganha fôlego filosófico a partir da “virada kantiana”, ou seja, com o retorno do pensamento filosófico-jurídico aos primórdios do pensamento de Kant.

Não é descabido afirmar que tais direitos podem ser tidos como, até mesmo, pré-constitucionais, visto que inerentes à própria condição de pessoa humana. Assim, como direito subjetivo que é, torna-se oponível a administração pública em face da omissão no cumprimento do dever constitucionalmente assegurando.

¹⁵ Deve-se a OTFRIED HOFFE (Kategorische Rechtsprinzipien. Ein Kontrapunkt der Moderne. Frankfurt: Suhrkamp, 1990, p. 351) a expressão da virada kantiana, que indica a reaproximação entre a ética e o direito, com fundamentação moral dos direitos humanos e com busca da justiça fundada no imperativo categórico.

Também é relevante consignar que o Mínimo Existencial traduz-se em um conceito fluido, na medida em que, de um lugar para outro adquirirá matizes diversas. É certo que, na Europa, o Mínimo Existencial é diverso do que se classifica como tal em determinados estados do Norte e Nordeste brasileiro.

Vejam os entendimentos doutrinários que reforçam o posicionamento expendido anteriormente em todas as suas faces:

Entre as mais relevantes características da Teoria do Mínimo Existencial, da mesma forma que acontece com a dos Direitos Fundamentais, encontra-se a de ser norma interpretativa, dogmática e vinculada à moral.

A Teoria do Mínimo Existencial é normativa porque não se preocupa com a explicação de fenômenos, à moda das ciências sociais da realidade, mas com a concretização, a eficácia e a validade do Mínimo Existencial. (ALEXY, 2008, p. 166)

É interpretativa, eis que projeta consequências sobre a interpretação sobre a interpretação dos direitos fundamentais. A natureza interpretativa acompanha hoje, de um modo geral, a própria ciência do direito. (ALEXY, 2008, p. 166)

É dogmática porque lhe interessa concretizar os direitos fundamentais a partir de suas fontes legislativas e jurisprudenciais. (LEISNER, 1960).

No contexto da dogmática, é importante consignar que o Mínimo Existencial não necessita, para atingir sua concretização, de qualquer espécie de normas, considerando que sua vigência deriva do próprio texto constitucional. Inobstante, é possível que, até mesmo no âmbito das constituições dos Estados membros, sobretudo no que se refere à concretização do Mínimo Existencial um núcleo essencial de direitos seja constituído, remanescendo, para complementação das esferas de proteção, a via judicial como forma de proteção desta categoria de direitos (BOCKENFORDE, 1974).

3.2.1 Aspectos conceituais do Mínimo Existencial e da Reserva do Possível

Do ponto de vista conceitual, a expressão *Mínimo Existencial*, de origem alemã, é polissêmica. A Lei n. 8.742 de 1993 define como mínimo social, já doutrina norte-americana classifica como direitos constitucionais mínimos. Mas o que há de relevante é a atuação do Estado. Este deverá ter uma postura negativa, ou seja, de não interferência prejudicial por meio de tributos (imunidade), e outra positiva, de cunho prestacional.

Nesse contexto, verifica-se que as condições sociais não podem retroceder de modo a deixar desassistida a população, com efeito, em um patamar de sobrevivência abaixo do que já detinha. Portanto, busca a preservação da liberdade, da igualdade e da dignidade humana em escala evolutiva em qualidade e crescente em abrangência.

Relevante consignar que o Mínimo Existencial reclama sua contemplação em duas faces. Na primeira, encontramos um caráter de natureza subjetiva e objetiva. Na segunda face, encontramos compreendidos os direitos ditos originários, ou seja, os de liberdade e os direitos fundamentais sociais, mas todos em sua expressão de essencialidade.

O direito subjetivo é o que confere ao ser humano o direito de acionar judicialmente o Estado na defesa de seus direitos mínimos. Sob o enfoque objetivo, encontramos a declaração de reconhecimento desse direito voltados à concretude da cidadania, ainda que as previsões de alguns desses direitos apareçam apenas implicitamente no texto constitucional.

Cresce a importância neste momento de o trabalho dissertativo tecer algumas considerações sobre os direitos fundamentais sociais. É cediço que o Estado de Direito, desde os primórdios, cuidou de garantir a liberdade, mas a existência, por si, impõe outros riscos e vicissitudes.

Ao que nos parece a proteção dos direitos relacionados à existência limita-se ao Mínimo Existencial em seu viés negativo, ou seja, a não incidência de tributos, por exemplo. O positivo caracteriza-se pela prestação assistencial em favor dos mais pobres. Assim, os direitos sociais máximos devem ser obtidos por meio do exercício da cidadania e dos limites orçamentários.

É importante concluir, acerca dos direitos sociais, que eles se confundem com o Mínimo Existencial. Na medida em que representam interesses fundamentais, haverá coincidência no que convencionaremos chamar de núcleo essencial (TORRES, 2009).

Voltando à proteção dos direitos relacionados à existência, com efeito a visão positiva ou prestacional surge como fator de extrema relevância à reserva de lei, especificamente as leis orçamentárias.

É relevante consignar que os direitos fundamentais, sobretudo os relativos ao Mínimo Existencial, não se encontram nos limites da discricionariedade da administração. Assim, ante a ausência de meios orçamentários, cumprirão ao Legislativo ou ao Executivo as providências no sentido da abertura de créditos adicionais.

O Judiciário, em que pese não poder interferir diretamente nessa seara (orçamentária), não estará impedido de, reconhecendo a insuficiência de recursos em prejuízo do Mínimo Existencial, determinar a imediata tomada de providências cabíveis.

Na insuficiência de verba, o Executivo, desde que autorizado pelo Legislativo (art. 167, V, da CF), deve suplementá-la pressionando o Judiciário; não havendo dotação necessária à garantia do direito, o

Legislativo deve abrir crédito especial, providenciando a anulação de das despesas correspondentes aos recursos necessários (art. 166, parágrafo terceiro, II e 167, V, da CF). O STF já decidiu assim diversas vezes. (TORRES, 2009, p. 96)

Conforme se pode observar, em qualquer dos casos, cabe ao Judiciário, ao promover sua intervenção nas políticas públicas, a utilização das leis orçamentárias como parâmetro para aferição do Mínimo Existencial e da Reserva do Possível.

Ainda na seara intervencionista, cabe tratar dos chamados sequestros de recursos públicos pelo Poder Judiciário. Sobre esse tema, cumpre ressaltar uma exceção bastante relevante no que concerne a pagamentos sem previsão orçamentária. Vejamos.

O art.78, parágrafo quarto do ADCT, acrescentado pelo EC 30 de 2000 estabeleceu: “O Presidente do Tribunal Competente deverá, vencido o prazo ou em caso de omissão no orçamento, ou preterição dos direitos de precedência, a requerimento do credor, requisitar o determinar o sequestro de recursos financeiros da entidade executada, suficientes à satisfação da prestação”. Criou-se a anomalia do pagamento da despesa pública sem previa autorização orçamentaria. (BITTENCOURT, 2003)

Como se depreende, mesmo o controle que deriva do Judiciário, deve obediência às leis orçamentárias e, apenas como exceção, a jurisprudência entende ser possível o ingresso em recursos públicos para sequestro a fim de fazer em face de dispêndio.

É relevante pontuar que o caminho mais adequado para combater os desmandos do poder Executivo não é a via direta, ou seja, a insurgência contra o orçamento deficitário para as políticas públicas essenciais, sem as devidas previsões. Diversamente, o orçamento deve ser atacado como causa do inadimplemento das políticas públicas, mas o fim da demanda judicial será sempre uma política pública que deixa descoberto o Mínimo Existencial.

Vejamos, a fim de tornar concreto o argumento, o relato sobre demanda judicial que tramitou no Estado do Rio de Janeiro:

No Rio de Janeiro, o juiz da 1 Vara da Infância e da Juventude resolveu bloquear recursos do Tesouro Municipal porque o prefeito César Maia não havia procedido ao empenho das quantias previstas no orçamento para construção de creches¹⁶, a decisão foi provocada pelo Ministério Público, que alegou inclusive “o justo receio de que tais verbas sejam aplicadas em programas outros que não os destinados a crianças e adolescentes, a exemplo do museu Gugenheim-Rio (para o qual foi aprovado crédito suplementar de 40 milhões de reais) e outros projetos da prefeitura”. O então presidente do Tribunal de Justiça do Estado, Des. Miguél Pachá, defiriu o pedido de suspensão da decisão judicial requerido pelo Município, alegando: “a hipótese revela o manifesto risco de grave lesão às finanças e à ordem pública, esta entendida em seu aspecto multifacetário, porque a decisão, além

¹⁶ Proc.2003.710.004869-8, Ação Civil Pública, decisão de 12 de agosto de 2003.

de adentrar nas questões atinentes ao mérito administrativo, compromete o planejamento orçamentário que, repita-se, é de exclusiva competência do administrador público”.¹⁷

No caso exposto, o ato de prover recursos para contemplar as creches das crianças não tem qualquer discricionariedade. Em outras palavras, não caberia ao prefeito um juízo de conveniência e oportunidade nessa previsão de recursos, considerando que isso representa Mínimo Existencial.

Inobstante, o caminho escolhido findou por ocasionar o fracasso da demanda, visto que não se podem bloquear recursos públicos derivados de superávit financeiro. Não há, nessa providência, qualquer respaldo legal, ainda que nos pareça razoável proteger a qualquer custo essa parcela tão vulnerável da sociedade, as crianças. Assim, cumpre reiterar que devemos atacar a ausência da política pública ocasionadora do inadimplemento do Mínimo Existencial. Noutro passo, o orçamento deficitário deve ser utilizado com argumento meio para o resultado pretendido.

Infelizmente, no direito brasileiro ainda não há instrumento semelhante ao mandado de injunção americano, o qual permite ao Judiciário vincular o Legislativo na elaboração do orçamento do exercício seguinte (TORRES, 2009).

Uma questão de grande relevância deriva do caso em que, esgotadas as dotações orçamentárias, haja ainda possibilidade de utilização de créditos adicionais. Sobre esse tema, o STF já exarou o entendimento de que o Executivo não estaria obrigado a pagar precatórios, ante a ausência de recursos.¹⁸ Conquanto a essa opinião cabe o entendimento de que não se estende ao atendimento do Mínimo Existencial, que deve ser a primeira destinação de quaisquer recursos existentes no caixa do Poder Público.

Em consonância com o acatado, vejamos, sob o ponto de vista fático, o posicionamento de Pablo Castro Miozzo, o qual define a atual condição brasileira no que tange ao atendimento dos direitos fundamentais.

O Estado Social no Brasil, por contraditório que possa parecer não cumpriu e a ainda não cumpre satisfatoriamente seu papel, de modo a proporcionar um nível de condição social mínimo para que os indivíduos desfrutem dos direitos e garantias fundamentais e possam se desenvolver livremente (MIOZZO, 2010, p. 34).

¹⁷ Decisão de 25 de agosto de 2003.

¹⁸ IF 492-SP, Ac. Do Pleno, de 26.03.03, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 01.08.03.

No que concerne à intervenção do poder Judiciário nas políticas públicas, nos casos de inadimplemento do Mínimo Existencial, temos por presente, como já afirmado, que não ocorrerá em qualquer caso, mas sempre que houver comprometimento dos direitos coletivos e individuais indispensáveis e outorgados na Constituição.

Imperioso perceber a menção aos direitos coletivos, forma mais adequada no combate dos abusos na preterição dos direitos fundamentais. Vejamos, ao ensejo desse argumento o posicionamento abaixo colacionado.

No âmbito da ação civil pública, há um campo mais amplo para a atuação do Judiciário, com notável colaboração do Ministério Público. Através de uma atuação responsável e de uma utilização eficiente dos inquéritos civil, em que não há regras de preclusão para coleta de provas, torna-se possível um amplo controle social dos critérios e procedimentos para alocação de recursos. (AMARAL, 2010, p. 116)

É imperioso observar que o Mínimo Existencial deve passar, outrossim, pelo crivo da subjetividade no que concerne ao beneficiário. Em outros termos, considerando a finitude dos recursos, haverá uma ordem de prioridade que busca atender com mais urgência os que se encontram mais vulneráveis socialmente.

Inobstante, cumpre relembrar que essa aludida limitação financeira tem íntima relação com o orçamento público, razão motivadora das considerações iniciais deste tópico. Nesses termos, o poder Legislativo, um dos responsáveis pelo controle externo, tem amplas possibilidades para, na fase do processo legislativo das peças orçamentárias, questionar a alocação dos recursos.

Atrevemo-nos a afirmar que seria, até mesmo, uma espécie de controle preventivo de constitucionalidade, o qual teria como parâmetro as garantias estabelecidas na própria Constituição, em face de projetos que não contemplam o Mínimo Existencial.

Não se pode ter por razoável que o Poder Público aloque recursos em outras áreas menos relevantes, deixando lacunas orçamentárias na prestação de direitos mínimos, indispensáveis até mesmo à sobrevivência. Tal conduta não passaria como o que se deve razoavelmente esperar do Estado.

É relevante antecipar que tal iniciativa preventiva, se levada a efeito pelo Legislativo, não representa afronta à separação dos poderes, considerando que tal medida se daria nos casos de patente violação do Mínimo Existencial em face de um orçamento insuficiente. Mais ainda, não se pode conceber separação dos poderes em detrimento do atendimento dos direitos constitucionalmente assegurados.

De regresso ao tema da fluidez da Reserva do Possível, tal como explicitado no início deste tópico, cumpre asseverar que por vezes os próprios Tribunais de Contas sofrem com supressões indevidas, decorrentes de manobras que subestimam receitas tributárias que deveriam ser compartilhadas segundo os percentuais estabelecidos na LRF.

Essa questão adquire muita relevância se consideramos que os Tribunais de Contas são os especialistas na matéria. Então, é fácil imaginar como se sente o juiz ao ter de formar seu juízo de valor sobre a Reserva do Possível nesse ambiente nebuloso que é o labirinto orçamentário. Motivo pelo qual este estudo propõe uma atuação coordenada dos órgãos de controle, com ampla cooperação entre as Cortes de Contas e o Judiciário, a fim de que as estruturas de controle cooperem reciprocamente, conforme ficará proposto ao final desta dissertação.

Bem de ver que essa atuação conjunta trará relevantes frutos, como se verá, até mesmo para o cumprimento do múnus público dos Tribunais de Contas, visto que se mostra extremamente contraditório que determinado gestor tenha suas contas de gestão aprovadas quando omissas do ponto de vista social com suas obrigações, sobretudo no que diz respeito ao mínimo de respeito à vida e à dignidade da pessoa humana.

O controle, tanto o exercido nos Tribunais de Contas quanto o levado a efeito no Judiciário, deve analisar a alocação dos recursos com os olhos voltados às metas estabelecidas nas leis orçamentárias, visando, com isso, aferir se ao menos, no que tange ao Mínimo Existencial, o Poder Público atingiu níveis aceitáveis.

Relevante obtemperar que não se trata de intervenção no mérito administrativo, mas de levar a sério a própria peça orçamentária. Relevante realçar que a medida do atendimento dos direitos fundamentais, classificados como mínimos à existência, depende do montante reservado em cada rubrica nas peças orçamentárias.

Como dito em linhas anteriores, a Teoria dos Direitos Fundamentais se integra com outros ramos do direito. Nesse sentido, é de fundamental importância a integração com a Teoria da Justiça, do Estado de Direito e com a Teoria da Argumentação jurídica.

Sem olvidar que há, ainda, outras disciplinas que, embora exteriores ao universo jurídico, são de extrema relevância, v.g., ciências políticas, das finanças e da economia (TORRES, 2009).

No que tange à Teoria da Justiça, cumpre explicitar que se sustenta sobre três postulados fundamentais. No primeiro, deduz-se a tese de que, como toda virtude, a justiça será, antes de mais nada, uma qualidade moral (DEUTICKE, 1967, p. 357). A segunda assevera que a justiça não é absoluta, visto que necessita do conhecimento

científico e, nesse passo, é relativa, posto que suscetível de ideias contraditórias. A terceira e última vertente deita suas estruturas no leito da exacerbação da liberdade, que absorve a própria justiça, transformando-se no que seria a justiça da liberdade, uma espécie de mimetismo, portanto (DEUTICKE, 1967).

No que tange ao direito orçamentário, a teoria do Mínimo Existencial se aproxima pela vertente do *status positivus libertatis*, que impõe o cumprimento das tarefas de Estado, mas preserva a obediência ao orçamento e às leis financeiras do país.

Empós as considerações tecidas sobre as leis orçamentárias, enquanto primordial parâmetro de análise a ser utilizado pelas estruturas de controle; a demonstração da complexidade das peças orçamentárias; o exame das receitas públicas e a imposição da arrecadação como forma de ampliação da Reserva do Possível; uma vez fixados os aspectos que diferenciam os direitos sociais e fundamentais (Mínimo Existencial) e ainda, inadequação da análise judicial, direta, do orçamento, cabe estudar, no último capítulo desta dissertação, a estrutura dos Tribunais de Contas e suas possibilidade de apoio aos demais órgãos.

O exame que passaremos a deduzir passará pelas Cortes de Contas em âmbito mundial, sobretudo no que se refere à definitividade de suas decisões; pelos Tribunais de Contas no Brasil, com seus fundamentos constitucionais; e, ao final, ao expor a tramitação dos processos decisórios e auditorias, será apresentada uma sugestão de um Termo de Cooperação Técnica, o qual poderá presidir uma atuação coordenada das estruturas de controle voltadas ao atendimento do Mínimo Existencial.

4 A NECESSÁRIA ATUAÇÃO COORDENADA DAS ESTRUTURAS DE CONTROLE

4.1 AS CORTES DE CONTAS PELO MUNDO

É sobremodo importante, antes de apontarmos os Tribunais de Contas como fonte de informações determinantes às demais estruturas de controle, uma breve análise do que representam e como atuam essas instituições de abrangência mundial em suas diversas constituições estruturais.

O controle das contas públicas é algo praticado pela humanidade desde os primórdios. É fundamental que a sociedade tenha bem gerenciadas e guardadas suas rendas, já que nunca estarão imunes à malversação e à incompetência gerencial dos que governam.

Em consonância com o acatado, Alfredo Lopes (1947, p. 10) assevera que

O instituto fiscalizador das finanças públicas tem apresentado, no transcurso dos tempos, várias formas de organização e funcionamento, segundo a ordenação política dominante e o progresso científico verificado na matéria. Ele evoluiu firmemente desde as épocas mais afastadas da história até os nossos dias, revelando decisiva tendência unificadora das normas estabelecidas para a sindicância efetiva dos atos dos agentes do poder Executivo incumbido de gerir a riqueza pública.¹⁹

Em termos mais simples, também podemos afirmar que as Cortes de Contas são instituições criadas para fiscalizar permanentemente aqueles que governam provisoriamente.

Cabe lembrar que, desde instauração da República em Roma – 509 a.C. –, a administração financeira passou a ser fiscalizada pelo Senado. Na Idade Média, após a queda do império romano, a fiscalização continuou a ser exercida por meio do cadastro das terras – na Inglaterra, o *Domesday Book*, cujos dados serviam para organizar a fiscalização da administração financeira (MILESKI, 2003).

¹⁹ O autor ainda comenta sobre o tema que: “Tais funções são desempenhadas em prol dos interesses dos governantes, quando o poder destes, por absoluto, se confunde com o do estado, ou em favor do tesouro público, quando o titular da soberania é o povo, e o poder estatal em seu nome se exerce” (LOPES, 1947, p. 10).

Com o incremento da atividade financeira, crescente na Idade Moderna e Contemporânea, a fiscalização passou por um processo de racionalização voltado ao controle do Estado a fim de que realmente dê concretude às suas funções.

Segundo a doutrina de Alfredo Cecílio (LOPES, 1947), as formas de controle podem ser classificadas considerando diversas feições. Vejamos.

Justamente por este aspecto, a doutrina não é pacífica na classificação das formas de controle. Alguns classificam os tipos de controle como órgãos fiscalizadores em legislativos, judiciários e administrativos. Outros conforme a anterioridade ou posterioridade do controle das contas. Há ainda a classificação preferida por Alberto Deodato: a) dos países onde é designado um funcionário, com autoridade bastante e não sujeito ao executivo; b) os que possuem os Tribunais ou Côrtes de Contas (MILESKI, 2003, p. 177).

Mister se faz ressaltar que sistema dos Tribunais de Contas não é incomum, sendo predominante, sobretudo nos países latinos, com influência francesa e portuguesa. As controladorias, por seu turno, que exercem papel correlato, têm origem na tradição inglesa, v.g., Inglaterra, Irlanda, Austrália, Nova Zelândia, Estados Unidos, Israel, México, Venezuela.

A implantação dos Tribunais de Contas na Europa teve início na França, em 1807, posteriormente na Holanda 1820, na Bélgica, em 1831, na Itália, em 1862, e depois se estendendo por todo o mundo. Os três tipos clássicos de Cortes de Contas têm representação no modelo francês, belga e italiano.

O Tribunal de Contas português teve importante ligação histórica com o Brasil, mas, além desse, tem muita relevância o espanhol, em face das ligações com os tribunais da América do Sul.

O modelo francês possui uma Câmara de Contas, que é independente e de caráter jurisdicional, sem embargo do controle interno existente nos órgãos administrativos, tal como ocorre no Brasil (RAMOS, 1980).

A Corte de Contas (*Cour de Comptes*) francesa foi instituída por Napoleão I, com estruturação muito semelhante ao Conselho de Estado francês. É dividida em sete câmaras e possui um Ministério Público especializado assim como o nosso.

Registre-se, ainda, que a fiscalização é exercida a *posteriori*, em caráter administrativo e jurisdicional. Bom é dizer que os administradores recebem o controle administrativo e os contadores, responsáveis pelo pagamento, o tratamento jurisdicional. Cumpre perceber que, segundo esse modelo, quem ordena despesa não efetua pagamento, nesse passo, as tarefas são devidamente segregadas.

É importante esclarecer uma relevante classificação do controle no dizer sempre expressivo da lavra de J. Batista (RAMOS, 1980). Vejamos:

Podem-se classificar os controles de diversas maneiras: 1) quanto à natureza das pessoas controladas, distingue-se o controle sobre os administradores do controle dos tesoueiros; 2) quanto à natureza dos fatos controlados, distingue-se o controle das receitas, do controle das despesas; 3) quanto ao momento do controle, distingue-se em controle *a priori* do controle durante a execução e do controle *a posteriori*; 4) quanto à natureza dos organismos controladores, distingue-se o controle administrativo (exercido pelos administradores), do controle judicial (exercido por um tribunal) do controle político (exercido pelo parlamento) (LOPES, 1947, p. 181).

Assinale-se, ainda, que na Bélgica houve forte influência da França e da Holanda. Inobstante, com a evolução da fiscalização jurisdicional, por meio da alteração implementada em sua Lei Orgânica, em 1820, a Câmara de Contas dos Países Baixos passou a fazer controle prévio, de modo que todas as despesas do Poder Público passaram a ser verificadas e liquidadas pelo órgão de controle externo (LOPES, 1947).

Cabe complementar que os integrantes da Câmara de Contas belga eram eleitos pelo Legislativo, não existindo, outrossim, previsão de Ministério Público. Relevante esclarecer que os embargos oferecidos pelo Controle Externo prestavam-se ao propósito admoestatório, ou seja, serviam como recomendação à administração para que se providencie a correção do ato.

Na Itália, há também forte influência francesa. A *Corte dei Conti* envolve três espécies de funções. A primeira voltada ao controle; a segunda de caráter jurisdicional; e a terceira, administrativa. A função administrativa exerce um perfil consultivo, sem olvidar que a doutrina italiana preconiza quatro espécies de controle: constitucional, parlamentar, controle judicial comum e judicial administrativo.

A Constituição italiana garante aos Tribunais de Contas competência para o exame das matérias atinentes à contabilidade pública. Nesse tema, entram-se abarcados diversos ramos de atividades, que vão desde as pensões que o Estado outorga até a administração financeira e patrimonial (LOPES, 1947).

Relevante consignar que o Tribunal de Contas exerce controle *a priori* na execução orçamentária e *a posteriori* sobre as contas do exercício financeiro já encerrado. Assim, resta demonstrado que a mencionada Corte exerce um duplo papel, ou seja, preventivo e repressivo.

A corte portuguesa, historicamente ligada à brasileira, foi instituída em 1881. Nasceu juntamente com o Plano Geral da Contabilidade pública e foi concebida com a missão de fiscalizar a gestão financeira da metrópole e das colônias.

Com a Constituição portuguesa de 1976, o Tribunal adquiriu *status* constitucional e a atribuição do controle da administração pública. Como Tribunal de Valor equivalente às Cortes judiciais, deve acatamento a princípios inerentes aos Tribunais judiciais, v.g., princípio da independência e da exclusiva sujeição à lei, princípio da fundamentação, da obrigatoriedade e da prevalência das decisões, entre outros.

Cumprе consignar, ainda, consoante os termos definidos no art. 214 do Diploma Constitucional português, a designação da Corte de Contas como “órgão supremo de fiscalização da legalidade das despesas públicas e do julgamento das contas que a lei mandar submeter-lhe” (MACHETE, 2009).

De muita relevância é a informação de que a Corte de Contas Portuguesa possui uma Lei de Organização e Processo voltados ao exercício de sua jurisdição. Essa lei garante prerrogativas que conferem ao Tribunal o exame da economicidade, da eficiência e da eficácia, o que se dará por quaisquer espécies de auditorias. Convém ressaltar que o Brasil opta por uma codificação uniformizadora de procedimentos.

A Corte de Contas Espanhola é o órgão supremo de fiscalização financeira, econômica e de gestão administrativa. Com prerrogativas asseguradas no art. 136 da Constituição de 1978 – as mesmas do Judiciário –, o que possibilitou o exercício de um importante papel no sistema político da monarquia parlamentar espanhola.

A dinâmica das funções no Tribunal espanhol encontra-se dividida em dois eixos: o fiscalizatório e o jurisdicional. No âmbito fiscalizatório, tem como característica principal ser consecutivo – após a realização dos atos administrativos; é externo – não integra a estrutura da administração; é permanente, voltando-se, precipuamente, ao exame das atividades econômico-financeiras e aos critérios de legalidade, eficiência e economicidade. No âmbito jurisdicional, a função é exercida de maneira exclusiva e plena, vez que procede ao julgamento dos administradores responsáveis por bens e dinheiros públicos, o que abarca a denominada *responsabilidad contable*, exercida por todos que mantêm vínculo funcional com a administração pública (LOPES, 1947).

No concernente à Comunidade Econômica Europeia, composta por quinze países, deparamo-nos com cinco estruturas centrais que atuam nessa instituição jurídica. Entre essas organizações, encontramos o Parlamento Europeu, o Conselho da União, a

Comissão, o Tribunal de Justiça e o Tribunal de Contas.²⁰ A Corte de contas tem a responsabilidade de fiscalização das receitas e das despesas comunitárias.

Oportuno se torna dizer que, em 1 de novembro de 1993, pelo tratado de Maastricht, o Tribunal de Contas Europeu foi elevado à condição de instituição da Comunidade Europeia e, pelo Tratado de Amsterdã, em 1999, teve seu papel controlador confirmado no exame da gestão financeira.

Entre as funções precípua da Corte de Contas europeia, está a fiscalização da execução orçamentária, examinando um conjunto de receitas e despesas da Comunidade, inclusive no tocante à legalidade e à regularidade.

É sobretudo importante assinalar que essas considerações sobre os Tribunais de Contas, nas grandes civilizações, têm como propósito de demonstrar a fundamental relevância dessas Cortes, sobretudo em face do controle orçamentário, tema exaustivamente discutido nos capítulos anteriores como meio para consecução do Mínimo Existencial.

Cumpramos agora, no próximo tópico, o exame específico dos Tribunais de Contas brasileiros em suas diversas facetas.

4.2 AS CORTES DE CONTAS BRASILEIRAS

Cumpramos iniciar este tópico com uma definição, da lavra de Rui Barbosa, quando da exposição de motivos do Dec. 966-A, de 7 de novembro de 1890, que buscava instituir o Tribunal de Contas no Brasil.

[...] corpo de magistratura intermediária à sua administração e a sua legislatura que, colocado em posição autônoma, com atribuição de revisão e julgamento, cercado de garantias quanto a quaisquer ameaças, possa exercer suas funções vitais no organismo constitucional, sem o risco de converter-se em **instituição de ornato aparatoso e inútil** (MILESKI, 2003, p. 193, grifo nosso).

Instituído de fato somente em 1892, o Tribunal de Contas no Brasil nasceu com a atribuição funcional de julgar as contas dos responsáveis por dinheiro e valores pertencentes à República. Logo se conclui que, desde seu nascedouro, cumpre às Cortes de Contas o julgamento da atividade financeira do Estado.

²⁰ Disponível em: <<http://www.eca.eu.int>>. Último acesso em: out. 2015.

No que diz respeito às suas origens, podemos afirmar que a forma de controle externo brasileiro sofreu forte influência do modelo italiano e belga, em que o controle se limitava ao controle prévio da execução da despesa. Posteriormente, com a Constituição de 1988, as competências de fiscalização foram consideravelmente ampliadas passando assemelhar-se mais com o modelo francês, acima descrito, embora sem definitividade em suas decisões, que sempre poderão passar pelo crivo revisor do Judiciário.

4.2.1 Os Tribunais de Contas e sua alocação na estrutura de poder

Uma questão de grande relevância doutrinária diz respeito à integração dos Tribunais de Contas na estrutura do Estado, já que a Constituição não declarou expressamente. É que, dependendo do poder a que estiver vinculado, as Cortes de Contas devem ser examinadas segundo esse liame.

A doutrina tem posicionamentos em várias direções. Há quem afirme estar o Tribunal de Contas ligado ao Judiciário, ao Legislativo e até mesmo como um quarto poder, independente dos demais. Assim, cumpre uma análise por exclusão. No que diz respeito ao Executivo, a impossibilidade se mostra de plano, visto que não haveria possibilidade do controle externo estar vinculado ao ente político que deve fiscalizar.

Sobre esse tema, a professora Odete Medauar assevera a aludida impossibilidade. Como fundamento de seus argumentos, a doutrinadora aduz que dificilmente alguém defenderia a inclusão dos Tribunais de Contas no Executivo, visto que, entre as atribuições destinadas às Cortes de Contas, uma das mais relevantes é a fiscalização da atividade financeira do Estado, inclusive auxiliando o parlamento em sua função de tomar contas do poder Executivo (MEDAUAR, 1990).

Quanto à integração ao poder Judiciário, como uma espécie de justiça de contas (CITADINI, 1995), especializada, portanto. Entendemos que não assiste razão, sobretudo porque a Constituição não relacionou essa Corte na estrutura judicial de poder, mesmo considerando que, no art. 73 da CF, sejam dirigidas às Cortes de Contas as mesmas competências e prerrogativas de que dispõe o Judiciário no art. 96 da Carta Constitucional.

Cumpre consignar, em arremate, que a CF, ao outorgar autonomia aos Tribunais de Contas, também os tornou independentes do próprio Judiciário, visto que não procedeu a incorporação à jurisdição desse poder.

No que tange ao poder Legislativo e ao exercício de sua atribuição de controle do Executivo, há forte controvérsia atribuída a uma expressão contida no art. 71 da Constituição Federal: “O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido **com o auxílio do Tribunal de Contas** da União [...]” (grifo nosso). Tal redação conferiu uma equivocada ideia de subordinação que não pode prosperar. Cumpre entender a distinção entre prestar auxílio com órgão auxiliar, ou seja, subordinado hierarquicamente.

Tenha-se presente que a função auxiliar é diversa da natureza do órgão, que não é auxiliar. Sua função é exercer o controle financeiro e orçamentário da administração em auxílio ao poder responsável por essa fiscalização, mas com total independência e autonomia, como asseverou Rui Barbosa no início deste tópico. Essa distinção tem relevância para o objetivo final deste trabalho, visto que a proposta será de auxílio técnico da Corte de Contas, junto às demais esferas de controle, com efeito o Judiciário, o Ministério Público, a Defensoria e a sociedade civil, mas sem qualquer subordinação, o que seria inconstitucional.

O doutrinador Hélio Saul Mileski (2003, p. 204), ao citar Ricardo Lobo Torres, esclarece a questão ao transcrever a seguinte assertiva:

O Tribunal de Contas, a nosso ver, é órgão auxiliar dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, bem como da comunidade e de seus órgãos de participação política: auxilia o Legislativo no controle externo, fornecendo informações, pareceres e relatórios; auxilia o Legislativo no Controle externo, fornecendo-lhe informações, pareceres e relatórios; auxilia a administração e o Judiciário na autotutela da legalidade e no controle interno, orientando sua ação e controlando os responsáveis por bens e valores públicos.

Cumpre observar que o entendimento acima transcrito vai integralmente ao encontro do propósito final do presente trabalho, como adiante se verá.

Ao ensejo do expendido, de fato, as Cortes de Contas dispõem de total autonomia e, como tal, não se subordinam, embora isso não represente embargo ao auxílio técnico que deve e precisa ser prestado a todas as estruturas de poder, sobretudo à sociedade, considerando a possibilidade das ações coletivas para preservação do direito social fundamental à saúde, conforme explicitado no segundo capítulo desta dissertação.

Cumpre assinalar, de regresso ao entendimento do doutrinador acima transcrito, que, ao se referir ao Judiciário, expõe um auxílio que se direciona à atividade administrativa interna, ou seja, autotutela da legalidade e controle interno do próprio Judiciário. Para além desse auxílio, que é padrão, a proposta do presente trabalho é a

oferta de auxílio na atividade judicante, ou seja, na atividade típica desse poder, sobretudo no que concerne ao exame da alocação de recursos e sua íntima relação com as leis orçamentárias.

Ao ensejo da conclusão do entendimento quanto à alocação do Tribunal de Contas, podemos afirmar, após as razões expendidas, que, embora vinculado ao Legislativo, em face de sua autonomia, de assento constitucional, as Cortes de Contas, com as referidas prerrogativas, mesmo “sem Poder fic[aram] com o Poder de fiscalizar o Poder, agindo em nome do Estado e em favor da sociedade, no sentido de preservar a regularidade da aplicação dos dinheiros públicos, com atendimento ao interesse público” (MILESKI, 2003, p. 205).

4.2.2 Natureza jurídica das decisões dos Tribunais de Contas

No que toca a natureza jurídica das decisões dos Tribunais de Contas, merece realce o entendimento de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, que afirma, com lastro em expressa disposição constitucional, haver força judicante nas decisões do Tribunal de Contas. Entretanto cumpre consignar que a ampla maioria da doutrina entende ser de natureza administrativa as referidas decisões, considerando que, no Brasil, a jurisdição é una e, nesse passo, o monopólio é judicial.

A importância dessa conclusão para o nosso estudo deriva do fato de que, sendo a jurisdição de natureza administrativa, as decisões dos Tribunais de Contas não terão a mesma carga de definitividade que possuem as decisões da justiça, ou seja, qualquer decisão das Cortes de Contas sempre poderá ser reformada no Judiciário. Com efeito, isso reforça a tese de que as instituições devem trabalhar de forma coordenada, de modo que o Judiciário possa contribuir e receber a contribuição dessas Cortes de Contas, sobretudo nas matérias que detêm especialidade, o orçamento.

Em consonância com o acatado, vejamos o posicionamento da doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1996):

Pode-se afirmar que a decisão do Tribunal de Contas, se não se iguala à decisão judicial, porque também sujeita ao controle pelo Poder Judiciário, também não se identifica com a função puramente administrativa. Ela se coloca em meio caminho entre uma e outra. Ela tem fundamento constitucional e se sobrepõe à decisão das autoridades administrativas, qualquer que seja o nível em que se insiram na hierarquia da administração pública, mesmo no nível da chefia do poder Executivo.

Consoante se pode observar no posicionamento doutrinário acima expendido, o raciocínio jurídico, quanto à natureza das decisões dos Tribunais de Contas, é de que possui jurisdição na medida em que pertence ao Estado e é exercida por todos os poderes, inobstante, cumpre discernir a atividade jurisdicional – que todos os Poderes possuem – da atividade judicial – que é exclusiva do Judiciário, como ensina Helio Saul Mileski (2003) citando Hely Lopes Meireles.

Após todas as considerações postas, podemos afirmar, em arremate, que o Tribunal de Contas encontra-se na intimidade do Estado, com função de fiscalização da atividade financeira e dispõe de competências insculpidas no próprio texto constitucional.

Inobstante, suas atribuições serão cumpridas por meio de jurisdição de natureza administrativa, considerando a possibilidade de revisão pelo poder Judiciário. Embora se tenham presentes as eventuais revisões, mesmo no Judiciário, somente incidirão em face de erro formal ou ilegalidade manifesta.

Não se pode perder de vista, é preciso insistir, que não haverá possibilidade de julgamento de contas no âmbito do Judiciário, por se tratar de matéria de competência exclusiva das Cortes de Contas, consoante estabelecido no art. 71, II da CF.

Por último, resta consignar que os parâmetros gerais de fiscalização serão sempre voltados ao atendimento do interesse público coletivo, bem como ao fiel acatamento dos princípios constitucionais, inobstante, tudo será voltado ao objetivo único da boa e regular aplicação dos recursos públicos.

Ao ensejo do exame em tela, é de verificar-se a estreita relação entre os Tribunais de Contas e os direitos fundamentais, consoante se pode observar na citação de Helio Mileski a Ricardo Lobo (2003, p. 213), abaixo transcrita.

De igual modo posiciona-se Ricardo Lobo Torres, referindo-se que coube à doutrina germânica chamar a atenção para essa nova relação entre o Tribunal de Contas e os direitos fundamentais: “Ernst Rudolf Huber atribui inicialmente ao controle de contas (*Rechnungsprüfung*) a característica de “garantia institucional da Constituição”, por se basear em três princípios jurídicos: a) legalidade, que vincula exclusivamente à lei; b) independência, que o separa do executivo; e c) ausência de lacuna, que proíbe espaços livres de controle. Logo a seguir, complementando a referência efetuada, o ilustre jurista menciona: “Posteriormente **os juristas alemães transferiram para o próprio Tribunal de Contas o atributo de garantia constitucional, ao observarem o crescimento de sua importância na função de defesa dos direitos fundamentais e no contexto dos poderes do Estado**, devido principalmente à independência de seus membros e à inexistência de vínculo de subordinação ao Legislativo e ao Executivo”” (grifo nosso).

Como se há de verificar, o aparelhamento das Cortes de Contas, segundo os princípios postos, impõe que as estruturas de controle, sobretudo no que toca ao exame de matérias relacionadas aos direitos fundamentais, trabalhem de modo coordenado e sistêmico, como já se faz em boa parte do mundo.

No que concerne ao princípio da independência, citado na transcrição acima, cabe robustecer o argumento explicitando que esta deriva da vitaliciedade, da inamovibilidade e da irredutibilidade de vencimentos dos conselheiros e dos ministros dos Tribunais de Contas. Como é cediço, a vitaliciedade tem como conteúdo a permanência definitiva no cargo, ou seja, independentemente da vontade de terceiros. Nesses termos, o ministro ou o conselheiro somente poderão ser afastados por vontade própria, aposentadoria compulsória ou sentença judicial com trânsito em julgado.

Assim, os dados obtidos nas Cortes são produzidos por quem detém as mesmas garantias e obrigações dos que decidem no Judiciário, de modo que são plenamente confiáveis, visto que blindados, pelo texto constitucional, do alcance funcional dos poderes do Estado fiscalizados e eventualmente descontentes.

4.2.3 O Tribunal de Contas e a execução orçamentária

Cabe explicitar, inicialmente, que a atividade de planejamento para a execução das políticas públicas impõe minucioso exame da situação econômico-financeira. Assim, o orçamento é instrumento de programação das ações de governo.

É importante perceber que o orçamento é o instrumento autorizador das despesas e das receitas, as quais serão despendidas e auferidas, respectivamente, pela administração pública. Assim, surgem os Tribunais de Contas como meio técnico auxiliar nessa tarefa, destinada, constitucionalmente, ao Legislativo. Com efeito, cumpre ao Legislativo aceitar ou rejeitar o programa de governo, autorizar ou vedar receitas e despesas.

Vejamos o dispositivo Constitucional, art. 70, que atribui ao Legislativo a tarefa fiscalizadora da execução orçamentária, especialmente voltada à financeira, contábil, patrimonial, o que se dará por meio das Cortes de Contas:

A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta e, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncias de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Imperioso perceber que o controle é consectário lógico do regime democrático, considerando que o poder deve ser exercido única e exclusivamente em nome do povo. Assim, o papel das Cortes de Contas é garantir que os atos da administração, de fato, sejam praticados no fiel interesse da coletividade, com arrimo nos princípios da legalidade, da legitimidade e da economicidade.

É relevante ressaltar que, no capítulo 2, ficou assentado que o deslinde coletivo das demandas na área dos direitos fundamentais é muito mais eficiente, visto que confere macrojustiça.

Pois bem, aqui este trabalho dissertativo começa a afunilar, visto que a atuação das Cortes de Contas é, quase exclusivamente, voltada ao interesse da coletividade, o que torna óbvia a necessidade de atuação coordenada das estruturas de controle externo, judiciais e extrajudiciais.

Estão sujeitos à jurisdição dos Tribunais de Contas todas as esferas de poder, ou seja, União, estados e municípios. De uma maneira ainda mais abrangente, estão sujeitos ao controle todos os que guardam, arrecadam, gerenciem ou administrem bens e valores públicos.

A fiscalização da execução orçamentária volta-se à proteção da regularidade fiscal, tudo voltado ao objetivo de manter as contas públicas devidamente equilibradas. Tal equilíbrio é pressuposto do planejamento governamental que, em última análise, é o atendimento do interesse coletivo.

O parâmetro de controle é a Lei de Responsabilidade Fiscal, constituindo-se em verdadeiro manual de boas práticas de gestão, considerando que delimita o endividamento, regulamenta os gastos com pessoal, além de regras que limitam a eventual ação irresponsável do gestor em fim de mandato.

Como pode ser observado, a fiscalização terá, como sentido principal, o atingimento das metas fixadas na lei de diretrizes orçamentárias, o que buscará elidir, com base na Lei Complementar n. 101 de 2000, os desvios ensejadores de desequilíbrios nas contas públicas.

Outrossim, é necessário compreender que a fiscalização no âmbito dos Tribunais de Contas se dá de maneira sistêmica, ou seja, voltada aos aspectos contábeis, financeiros e orçamentários. Assim, é possível que determinado ato seja regular do ponto de vista contábil, mas encontre-se viciado no que tange à legitimidade e à legalidade, conforme veremos.

Relevante observar que todas as atividades de ação estatal estarão abrangidas por esse sistema de controle, desde a fase de planejamento até a efetiva realização das tarefas públicas.

A fim de demonstrar concretamente o aludido sistema, buscaremos demonstrar todas as espécies de fiscalização exercidas pelos Tribunais de Contas, objetivando, ao final, tornar clara a importância do trabalho coordenado das estruturas de controle. Para isso, utilizaremos, como ponto de partida, as potencialidades das Cortes de Contas.

Cumprir iniciar nossa análise pelo controle exercido na fiscalização contábil. Consoante a Lei n. 4.320 de 1964, todos os atos da atividade financeira do Estado devem ser devidamente contabilizados em ordem cronológica, o que é fundamental para o real entendimento dos atos do Poder Público em uma sequência lógica.

Convém entender, outrossim, que a administração, em sua atividade escritural, possui sistemas de contas independentes e segregados segundo agrupamentos que se dividem em sistema financeiro, sistema patrimonial, orçamentário e de compensação.

Os registros ocorrem nesse sistema dividido segundo a forma analítica e sintética. Na escrituração analítica, poderemos ter acesso a informações de receitas orçamentárias, despesas previstas, empenhadas e realizadas. Pode-se verificar até mesmo o movimento extraorçamentário, movimento bancário e diário de caixa.

Na escrituração sintética, podemos observar o Diário Geral e Razão Geral, de onde se podem extrair os balancetes de verificação e, no fim do exercício, os balanços de cada sistema.

Consoante o explicitado, por meio dessa escrituração, analisada minuciosamente pelas Cortes de Contas, é possível obter registros que demonstrem a real situação econômica e financeira do ente, fugindo da retórica nem sempre verdadeira da Reserva do Possível.

A fiscalização financeira volta-se ao controle da arrecadação da receita e da realização de despesas, observando, ainda, a legalidade e a regularidade de todas as operações. Verifica-se, ainda, se os procedimentos de execução da despesa estão adequados, se os ativos financeiros foram registrados, e os procedimentos de execução da despesa, como autorização, empenho e liquidação, pagamento e registro foram devidamente escriturados. Demonstra-se, ao final, se as contas de fato refletem a situação financeira da administração.

A fiscalização orçamentária é especialmente importante, pois se volta, sobretudo, ao exame de programas, projetos e atividades previstas na lei orçamentária.

A análise é panorâmica e de todo o ciclo orçamentário, partindo dos planos de governo e se estendendo até a lei de diretrizes orçamentárias e o orçamento anual.

Cumprir refletir, então, sobre a importância de um parecer exarado pela Corte de Contas e oferecido ao Judiciário. Tal posicionamento seria esclarecedor sobre todas as minúcias técnicas que cercam a matéria. Com efeito, por meio da fiscalização orçamentária, poderemos proceder a uma profunda análise sobre a coerência da aplicação dos recursos e as finalidades planejadas. Será possível, até mesmo, verificar a legalidade dos atos em consonância com os programas de trabalho expressos em termos monetários, bem como a realização das obras e de serviços prestados. O que é fundamental, sobretudo, no âmbito das ações coletivas, e o poder Judiciário poderá contar com elementos técnicos precisos antes de uma eventual intervenção nas políticas públicas.

A fiscalização operacional, por seu turno, é voltada à mensuração do grau de cumprimento dos objetivos e das metas designados nas leis orçamentárias. Por meio desse instrumento, é possível medir eficiência – termo relacionado a rendimento – e eficácia – que representa o controle da administração sobre os recursos humanos, materiais e financeiros, com a devida identificação das áreas críticas.

Relevante perceber que o juízo de razoabilidade e de proporcionalidade, devidamente instruído com esses dados técnicos, possibilitará ao Judiciário, sobretudo nas ações coletivas, entendimento mais consistente e fundamentado, o que tornará mais legítima a intervenção nas políticas públicas.

Cumprir asseverar que a fiscalização operacional é o que há de mais moderno na evolução da fiscalização do Poder Público em suas atividades financeiras. Com esse instrumento, poderemos alcançar, como resultado, o aperfeiçoamento das instituições administrativas, melhoria da produtividade por meio da exploração dos aspectos da eficiência, eficácia e economicidade.

A fiscalização patrimonial é voltada para preservação dos bens e patrimônios do Estado, sejam bens móveis ou imóveis, no que diz respeito à movimentação, conservação e segurança. Tal fiscalização é instrumentalizada com inventários completos e incidentes sobre saldos de estoques nos almoxarifados e depósitos, além dos equipamentos e materiais permanentes nos órgãos da administração.

No escopo da fiscalização, busca-se, ainda, o levantamento da regularidade dos registros e da utilização dos bens públicos, com os responsáveis pelo uso e pela guarda, o que evita sensivelmente a possibilidade de desvios e emprego inadequado.

Cumpra perceber como essas informações são relevantes nas ações coletivas, sobretudo as que tratam de medicamentos e análises em geral. Seria realmente elucidativo saber quais medicamentos têm seu prazo de validade vencido sem utilização, e os equipamentos que ficam armazenados sem instalação enquanto filas de exames se formam.

Realmente, se ações civis públicas fossem instruídas com esses dados, o Judiciário poderia intervir com muito mais propriedade, não somente para outorgar, ao que entra individualmente com a ação, o tratamento ou o exame, mas para corrigir o desperdício que ocorre em quaisquer dos exemplos relatados.

Em todo o sistema de fiscalização, o objetivo sempre será, nos termos do art. 70 da CF, uma vigorosa ação de controle que consiga abranger toda organização estatal desde o planejamento até a devida concretização de seus objetivos, tudo cercado de parâmetros técnicos que garantiriam decisões firmes e efetivas em toda a estrutura de controle.

Se as estruturas de controle passarem a agir de modo coordenado, teremos como resultado uma permanente sindicância sobre utilização e administração de bens e dinheiros públicos utilizados para atendimento das necessidades coletivas.

O parâmetro de legalidade deve ser o norte orientador da fiscalização orçamentária, financeira, contábil, patrimonial e operacional, visto que é justamente esse princípio o responsável por toda a dinâmica de atuação da administração.

O plano de governo, tornado concreto na lei orçamentária, também deve passar pelo crivo da perfeita adequação do ato à lei e aos princípios constitucionais. Obtém como produto final a segurança jurídica, importante elemento na formação dos direitos fundamentais.

No concernente ao controle da constitucionalidade, a professora Carmem Lúcia Antunes Rocha argumenta que tal controle pode e deve ser exercido extrajudicialmente, ou seja, pelas Cortes de Contas. Como lastro desse argumento, menciona a Súmula 347 do STF, a qual afirma que “Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público”.

Inobstante, é certo que a apreciação da constitucionalidade pelas Cortes de Contas não tem o condão de retirar do ordenamento jurídico leis e atos analisados, mas tão somente opera o efeito de obstar a executoriedade do texto, embargando, desse modo, prejuízos de natureza jurídica, econômica e financeira.

Com efeito, a tarefa iniciada nas Cortes de Contas poderia ser complementada no Judiciário no âmbito das ações coletivas, por meio do controle difuso de

constitucionalidade, pois o processo iniciado no Tribunal de Contas pode instruir completamente essas ações.

O controle da legitimidade, por sua vez, estrutura-se em aspectos que vão além das formalidades. Tem fundamento nos princípios orçamentários, financeiros e constitucionais. Em outros termos, sentido teleológico busca combater os desvios de finalidade do ato.

A economicidade é outro parâmetro de análise que se volta ao exame dos custos inerentes aos objetivos fixados pelo Poder Público. Na verdade, a aferição volta-se à relação de custo-benefício, tendo em vista que a administração tem o dever de ser eficiente na realização do interesse público e buscar proporcionar o atendimento à maior parcela da coletividade.

A economicidade é outro critério de análise, estabelece seus objetivos além do controle dos gastos. Com efeito, volta-se também ao controle das entradas orçamentárias. Nesse sentido, é necessário compreender que a Reserva do Possível será profundamente diminuída se a administração compra mal e não cumpre sua tarefa arrecadadora.

O Judiciário, ao promover a intervenção nas políticas públicas, necessita dessa análise realizada no âmbito das Cortes de Contas, só assim a intervenção outorgará a macrojustiça, que se distingue da justiça do caso concreto, que abstrai completamente e visa planejamento das políticas públicas do setor.

Não é nada extraordinário acompanharmos nos noticiários prioridades subvertidas, pontes inconclusas, estradas feitas em desacordo com as normas técnicas, obras em hospitais abandonadas, enquanto outros são construídos, medicamentos vencidos, e muitos outros prejuízos que necessitam formar o convencimento de quem decide com definitividade, ou seja, o Judiciário.

Os levantamentos levados a efeito pelas Cortes de Contas ocorrem por meio das auditorias e das inspeções. O art. 71, IV, da Constituição Federal, assevera que, por iniciativa própria da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das comissões técnicas ou de inquérito, as referidas diligências serão executadas pelos Tribunais de Contas.

É de se perceber que o Ministério Público, a Defensoria ou o próprio Judiciário não podem requerer, compulsoriamente, os relatórios dessas auditorias. Inobstante, não vemos embargo de que sejam realizadas voluntariamente, ante a demonstrada concorrência de interesses, em um Termo de Cooperação que será sugerido como resultado final deste trabalho.

Cumpra esclarecer que a auditoria é uma técnica oriunda do setor privado que tem como essência o exame de documental. Atualmente, por força da Lei n. 4.320 de 1964, os Tribunais de Contas procedem naturalmente às auditorias financeiras e orçamentárias, cujo conteúdo já foi deduzido neste tópico.

Com base na lei orçamentária anual, dos orçamentos de investimentos, da abertura dos créditos adicionais e ainda pela via dos atos relativos à programação financeira de desembolso, dos balancetes de receitas e despesas, devidamente instruído com o rol dos responsáveis, não remanescerá qualquer vácuo de informações capazes de obstar o completo delineamento da Reserva do Possível.

Cabe consignar que esse incremento de eficiência nas decisões do Judiciário não implicará, absolutamente, em qualquer gasto. As estruturas já estão montadas e em funcionamento, somente precisam se comunicar e cooperar reciprocamente.

Sobre a inspeção, cabe explicitar que é espécie do gênero auditoria. Ocorre que a inspeção acontece *in loco*, ou seja, buscará a informação verídica, direta da fonte. Evidenciará a forma como gestão está processando seus atos de fato.

Empós esses argumentos, restam suficientemente demonstradas as vantagens ao Judiciário do auxílio das Cortes de Contas. No que diz respeito aos Tribunais, o resultado virá na forma de informações sobre demandas que tramitam na justiça e que se encontram no âmbito de interesse de investigação dessas Cortes. Todavia, passados mais de um centenário da criação das Cortes de Contas brasileiras, a sinergia proposta na presente dissertação ainda não foi empregada em nenhum Estado da Federação, nem mesmo pela União que, conforme já dito, funcionam de maneira estanque.

Para além do resultado mencionado, ao contrário do cenário atual em que vivemos, a atuação conjunta propiciará ao Judiciário conhecer mais profundamente o trabalho dos Tribunais de Contas, o que resultará em redução nas modificações de suas decisões quando levadas sua análise. Há, nesses termos, ganho recíproco.

CONCLUSÃO

Assinalamos que não cabe ao poder Judiciário, como regra, intervir nas políticas públicas, sobretudo nas demandas individuais voltadas ao fornecimento de medicamentos.

Inobstante, é cediço que a redemocratização, com o reposicionamento do Judiciário, e a característica analítica da Constituição Federal, com seu viés compromissário, bem como a crescente crise de representatividade dos demais poderes levaram Tribunais e juízes brasileiros a dirimir as questões inerentes ao direito social fundamental à saúde.

Como dito, ante a inevitabilidade, cumpre ao poder Judiciário o exame dessas questões. No entanto tal exame, a fim de diminuir prejuízos, deve seguir alguns parâmetros que passaremos a compendiar com lastro em toda a exposição desta peça dissertativa. Tais demandas devem, voltadas ao atendimento do direito fundamental social à saúde, ser examinadas preferencialmente por meio de ações coletivas e abstratas de controle de constitucionalidade que, como dito, têm aptidão para macrojustiça.

Essas decisões, como ensina Luiz Roberto Barroso (2009), devem seguir alguns fundamentos parametrizantes, abaixo colacionados, com vistas ao atendimento global (macrojustiça) e não fracionado (microjustiça).

É parâmetro relevante o exame da alocação de recursos e do escalonamento de prioridades estipulados pelo Poder Público. Para esse mister, a justiça deverá se servir, de maneira coordenada, dos Tribunais de Contas, suficientemente aparelhados para o exame da eficiência, da legitimidade, da legalidade e da economicidade dos atos do Poder Público, tal como demonstrado.

Cumpre realçar que as medidas individuais (microjustiça), além de resultarem em aquisições sem o devido processo licitatório, ou seja, com dispensa e inexigibilidade, dão azo a atos fraudulentos e de improbidade administrativa, dificultando, mais ainda, a estruturação do serviço de saúde de modo organizado e eficiente.

Cumpre uma rápida digressão nesse ponto para recomendar, sobretudo nas demandas individuais, que o nome comercial do medicamento não seja explicitado. É muito mais adequado tratar pelo princípio ativo, representado pela Denominação Comum Brasileira (DCB), para que a própria decisão não viole o princípio da isonomia, que deve animar os atos da administração pública em suas aquisições, ainda que por determinação judicial.

É necessário pontuar que o direito fundamental social à saúde, que é direito subjetivo de cunho prestacional, como todos os dessa espécie, passou, e ainda passa, por uma evolução depuradora. Como dito, passou de um Estado Liberal para o Social e encontra-se no Democrático de Direito.

Tal evolução levou a uma bipartição dos direitos fundamentais em duas diretrizes: subjetiva e objetiva. Assim, como dito no primeiro capítulo, na esfera subjetiva são defendidos os direitos positivos e negativos contra eventuais abusos do Poder Público. Já na esfera objetiva, o destinatário da orientação são os próprios poderes constituídos, no concernente à aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais e à maior eficácia da Reserva do Possível.

É de se concluir que as normas sobre direitos fundamentais são normas do tipo princípio, que comportam restrições de suporte fático, embora limitadas quando da violação do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Discernimento que deve ser temperado com o princípio da proporcionalidade.

Reprisados esses conceitos, cabe lembrar que o Sistema Único de Saúde fundamenta-se no atendimento integral, mas com prevalência nas políticas preventivas. Inobstante, o termo não significa que é voltado a todos indistintamente, nem é para fornecimento de todo tratamento ou medicamento.

Insta recomendar, sobretudo nas demandas individuais, o exame das condições sociais e econômicas do demandante, produção de provas periciais com vistas a aferir a adequação da medicação pretendida e a patologia, além da verificação da existência do fármaco na lista de medicamento do SUS.

Tais medidas estarão voltadas à preocupação de que o Judiciário deve ter com a universalização das decisões concessivas além de desestimular o ingresso individualizado de demandas nessa área, o que leva a desconsideração do orçamento público e favorece a microjustiça, o que ocasiona o deslocamento indevido do planejamento do Executivo para o Judiciário, prejudicando o processo racional de escolha de prioridades e reserva de meios.

Com efeito, se os recursos destinados à saúde são escassos, as medidas devem ser voltadas à prevenção, que se traduz em promoção e proteção da saúde. Agir de maneira individualizada, sem o conhecimento do ciclo orçamentário, com estudo disponível nos Tribunais de Contas, é negar vigência aos princípios da igualdade e da impessoalidade.

Devemos ter em mente que, entre os objetivos fundamentais traçados na Constituição, estão a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais.

Tenha-se presente que o direito prestacional ao fornecimento de medicamentos custa elevadas somas e, ante as limitações orçamentárias, cresce de importância do exame profissional e responsável da Reserva do Possível, considerando, sobretudo que a simples escassez não esvazia o direito social à saúde. A decisão é, antes de mais nada, alocativa de recursos e, via de regra, impõe escolhas trágicas por quem não é dotado de responsabilidade política. Cumpre, então, esmiuçar as leis orçamentárias e as políticas públicas no que toca ao seu real sentido, sobretudo no que concerne ao atendimento das necessidades coletivas.

Parametrizando as questões, ao Judiciário cumpre examinar o direito fundamental à saúde como um princípio, ou seja, como mandado de otimização. Assim, tal direito sofrerá com a interação de forças decorrentes das circunstâncias econômicas.

Um segundo aspecto a ser considerado diz respeito a listas de medicamentos elaboradas pelo SUS. Tais listas não poderão ser desconsideradas, sob pena de violação à proporcionalidade e à independência entre os poderes, aspectos que também se aplicam ao Judiciário.

À guisa de exemplo, podemos afirmar que, em sede de exame coletivo, seria possível até mesmo, como exceção, a inclusão de novos medicamentos nas listas públicas, o que não só contemplaria os eventuais interesses individuais, mas, sobretudo os coletivos.

Empós todos esses apontamentos, cumpre ressaltar a urgência de atuação coordenada entre as estruturas de controle. Tal medida trará, como demonstrado, expressivos benefícios à sociedade, além de não implicar em novos custos, considerando que as estruturas já estão, embora de modo estanque, em funcionamento.

Assim, segue em anexo uma minuta de Termo de Cooperação que congrega o Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública e Tribunal de Contas, sem prejuízo de outros entes, que, com comprovado interesse, venham a aderir.

Tal instrumento proporcionará oferecimento, pela Corte de Contas tocantinense, do exame minucioso, em cooperação, do ciclo orçamentário em todos os seus matizes, ou seja, financeira, patrimonial, contábil, operacional, e sob os critérios da eficiência, da legalidade, da legitimidade e da economicidade, sem prejuízo dos demais princípios constitucionais.

Como se depreende, tal providência resultará não só em processos muito mais fundamentados, mas em orientações seguras para intervenção atípica do Judiciário nas políticas públicas, além de favorecer a troca de conhecimento e informações em regime de reciprocidade, o que se dará entre as estruturas de controle.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009.

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

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação judicial. Estudos contemporâneos de direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009.

BARROS, Sérgio Rezende de. **Direitos humanos**. Disponível em: <www.srbarros.com.br/pt/direitos-humanos.cont> . Acesso em: out. 2015.

BIANCHI, André Luiz. **Direito social à saúde e fornecimento de medicamento**: a construção de critérios parametrizantes à luz da teoria dos direitos fundamentais e da teoria dos princípios. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2012.

BITTENCOURT, Fernando Moutinho Ramalho. Decisões judiciais e orçamento público no Brasil: aproximação empírica a uma relação emergente. In: BENETTI, Ingo Sarlet Luciano. **Direitos fundamentais**: orçamento e Reserva do Possível. Porto Alegre – RS: Livraria do Advogado, 2013.

BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. **Dos direitos sociais aos interesses transindividuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Ministério da Saúde. Ministério da Previdência e Assistência Social. **Relatório Final da 8ª Conferência Nacional de Saúde**. Mar. 1986. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/relatorios/relatorio_8.pdf>. Último acesso em: out. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Banco de Jurisprudências ano de 2004. Disponível em <www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Último acesso em outubro de 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BÖKENFÖRDE, E.W., “**Grundrechtstheorie and Grundrechtsinterpretation**”. Frankfurt.1974. Disponível em para acesso via internet através do link reduzido <<https://books.google.com.br/books?id=Theorie%20der%20Grundrecht>>. Último acesso em outubro de 2015.

CITADINI, Antônio Roque. **O controle externo da administração pública**. São Paulo: M. Limonad. 1995.

CONTO, Mario de. **O princípio da proibição de retrocesso social**: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CORREA-LUGO, Vicctor. **Cuadernos Deusto de Derechos Humanos - La salud como derecho humano**. n. 32. Bilbao: Publicaciones de la Universidad de Deusto, 2005.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2015.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tomada de Contas especial**: processo e procedimento nos tribunais de contas e na Administração Pública. Brasília: Jurídica, 1996.

FONTES, Carlos. **Da lei natural aos direitos humanos**. Disponível em: <<http://afilosofia.no.sapo.pt/12natural.htm>>. Acesso em: out. 2015.

GUERRA, Evandro Martins, **Direito financeiro e controle da atividade financeira estatal**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GUERRA, Evandro Martins. **Os controles externo e interno da administração pública**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

JR-ZANETI, H.; JR-DIDIER, F. **Processo coletivo passivo**. Rev. Ciên. Jur. e Soc. da Unipar. Umuarama. v. 11, n. 2, jul./dez. 2008.

LEAL, Rogério Gesta. **As responsabilidades políticas do ativismo judicial**: aspectos teórico-práticos da experiência norte-americana e brasileira. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011.

LEISNER, Walter. **Grundrechte und Privatrecht**. München: C.H. Beck. 1960.

LOPES, Alfredo Cecílio. **Ensaio sobre o Tribunal de Contas**. São Paulo: s.ed., 1947.

MACHETE, Rui. Reunião Plenária de 22 de maio de 1989. Assembleia Republicana Portuguesa. Disponível em <<http://demo.cratica.org/sessoes/1989/05/22/>>. Último acesso em outubro de 2015.

MAZZILLI, H. N. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio público e outros interesses. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

MILESKI, Helio Saul. **O controle da gestão pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MIOZZO, Pablo Castro. **A dupla face do princípio da proibição de retrocesso social e os direitos fundamentais no Brasil**: uma análise hermenêutica. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

NETTO, Luíza Cristina Pinto e. **O princípio da proibição de retrocesso social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

NUNES, Altacilio Aparecido. **A avaliação econômica de fármacos e outras tecnologias em saúde instrumentalizando o Poder Público e Judiciário para tomada de decisão**: potencialidade e limitações. São Paulo: Atlas, 2010.

QUEIROZ, Cristina. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais**: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial. Coimbra, 2006

RAEFRAY, Ana Paula Oriola de. **Direito da saúde de acordo com a Constituição Federal**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

RAMOS, j. Batista. **Tribunal de Contas**: princípio de legalidade e legalidade da despesa. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

REIS, Jair Teixeira dos. **Controle externo da administração pública**. Brasília: Vesticom, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, George. Pontes de miranda e a teoria dos direitos fundamentais. **Revista do Mestrado em Direito da UFAL**, n. 1. Maceió: Nossa Livraria, jan./dez. 2015. Disponível em: <<http://www.cognitiojuris.com/artigos/06/11.html>>. Último acesso em: out. 2015.

SCHWABE, Jurgen (Org.). **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão**. Tradução de Eduardo Martins. Montevideo: Fundação Konrad Adenauer, 2005.

SCHWART, Germano. **Direito à saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Sandoval Alves da. **Direitos sociais**: leis orçamentárias como instrumento de implementação. Curitiba: Juruá, 2007.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

WATANABE, Kazuo. **Demandas coletivas e os problemas emergentes da praxis forense**. Revista de Processo, v. 17, 1992

UNESCO. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Representação da UNESCO no Brasil. Brasil, 1998. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Último acesso em: out. 2015.

APÊNDICE