



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC

FACULDADE DE DIREITO

BACHARELADO EM DIREITO

MICHELLI PIRES SCHETTINI

POLÍTICA PÚBLICA DE SAÚDE: Aplicação da Lei e Julgados

**JUIZ DE FORA/MG
2008**

DI 063
MO 31021



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC

FACULDADE DE DIREITO

BACHARELADO EM DIREITO

MICHELLI PIRES SCHETTINI

POLÍTICA PÚBLICA DE SAÚDE: Aplicação da Lei e Julgados

Monografia de conclusão de Curso
apresentada ao curso de Direito da
Universidade Presidente Antônio Carlos de
Juiz de Fora, como exigência para obtenção do
grau de Bacharel em Direito.

**Juiz de Fora/MG
2008**

FOLHA DE APROVAÇÃO

Michelli Pires Schettini

Aluno

Política Pública de Saúde: Aplicação da Lei e
Julgados.

Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade
Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Luciana Maciel Braga

Alexandre Bonato

Marina Amélia da Costa

Aprovada em 15/07/2008.

Dedico esse trabalho a minha família que sempre me apoiou nessa trajetória.

Minha mãe Elza e meu pai Beto, com seu amor incondicional me incentivando sempre.

Mônica e Flávio, minha irmã e meu cunhado, que me deram amparo e torceram por mim.

Márcia e André, minha irmã e meu cunhado, que me apoiaram e me deram força para ir adiante.

Emerson meu marido, que compreendeu a minha ausência.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, por ter iluminado a minha vida e ter-me concebido esta oportunidade.

À Profa. Dra. Cristiana, orientadora e amiga, pela disponibilidade, carinho, responsabilidade e competência no decorrer do processo de elaboração deste estudo.

Agradeço a todos os Mestres do Curso de Direito da UNIPAC. Mestres esses que têm a tarefa importantíssima de transmitir conhecimentos que muito contribuíram para a minha formação profissional.

Aos colegas de Curso, pela amizade e companheirismo durante os cinco anos vividos, onde sonhos, descobertas, encontros enriqueceram as nossas vidas,

Aos integrantes da Coordenação e Secretaria, pela cordialidade e tratamento humano que me fortaleceram e me permitiram resolver dúvidas e ter acesso às orientações e informações necessárias ao meu desempenho como discente.

Aos colegas de trabalho, pela compreensão, dedicação e troca de experiências, que foram essenciais para a minha jornada, compartilhada com todos vocês.

VERBO SER

Que vai ser quando crescer?
Vivem perguntando em redor. Que é ser?
É ter um corpo, um jeito, um nome?
Tenho os três. E sou?
Tenho de mudar quando crescer? Usar outro nome, corpo e jeito?
Ou a gente só principia a ser quando cresce?
É terrível, ser? Dói? É bom? É triste?
Ser; pronunciado tão depressa, e cabe tantas coisas?
Repito: Ser, Ser, Ser. Er. R.
Que vou ser quando crescer?
Sou obrigado a? Posso escolher?
Não dá para entender. Não vou ser.
Vou crescer assim mesmo.
Sem ser Esquecer.

Carlos Drummond de Andrade

RESUMO

O presente estudo versa sobre as possibilidades de intervenção do Poder Judiciário no âmbito da política pública de saúde, considerando como parâmetro as determinações da Constituição Federal de 1988, a partir das quais foi implementado o Sistema Único de Saúde no Brasil. A relevância do conteúdo apresentado se insere na preocupação em evidenciar os princípios na ordem jurídica, considerando que os mesmos têm correspondência com a defesa dos direitos fundamentais. Entre estes a particularidade neste estudo é o direito à saúde, que vem demandando a contribuição do Poder Judiciário, considerando-se a busca da efetividade e da legitimidade das determinações constitucionais, para que a democracia brasileira possa conquistar avanços, fazendo valer o dever do Estado e o direito do cidadão.

Palavras Chaves: Princípios Constitucionais, Política Pública de Saúde Pública, Poder Judiciário.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1. PRINCÍPIOS: CONCEPÇÃO E IMPORTÂNCIA NA ORDEM JURÍDICA	11
1.1 Significado de Princípios	11
1.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	12
1.3 Princípio da Igualdade	14
1.4 Princípio da Legalidade	17
1.5 Princípio da Eficiência	19
1.6 Princípio da Razoabilidade e da Proporcionalidade	19
CAPÍTULO 2. SEPARAÇÃO DOS TRÊS PODERES: SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS	22
CAPÍTULO 3. RESERVA DO POSSÍVEL COMO LIMITE À EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS	27
3.1 Posição de Canotilho	28
3.2 Posição Tephén Holmes e Cass R. Sunstein	28
3.3 Posição Gustavo Amaral	28
3.4 Posição de Andreas Krell	29
3.5 Posição de Roberto Alexy	29
3.6 Posição de Sarlet	30
3.7 Posição de Giovani Binglolin	31
CAPÍTULO 4. DIREITOS: EM BUSCA DA EFETIVIDADE	32
4.1 Direito fundamental ao mínimo existencial	32
4.2 Mandado de segurança: remédio judicial	35
4.2.1 Natureza jurídica	37
4.2.2 Legitimidade ativa e passiva	40
CAPÍTULO 5. SAÚDE COMO UM DIREITO SOCIAL E FUNDAMENTAL	42
5.1 Princípio da Integralidade	43
CAPÍTULO 6. ORÇAMENTO NA SAÚDE PÚBLICA	45
CAPÍTULO 7. ATOS DA ADMINISTRAÇÃO	49
CAPÍTULO 8. MINISTÉRIO PÚBLICO E SAÚDE PÚBLICA	52
CAPÍTULO 9. JULGADOS DO SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL E SUPERIOR TRIBUNAL DA JUSTIÇA	54
9.1 RMS n. 23.184 - RS. Relator Ministro JOSÉ DELGADO. Primeira Turma	54
9.2 RE-AgR 393175 / RS - RIO GRANDE DO SUL	56
9.3 Processo Resp684646/RS: Recurso Especial 2004/0118791-4	58
CONCLUSÃO	61
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	63

INTRODUÇÃO

O direito à vida é de suma importância e é um dos primados da Constituição da Republica Federativa do Brasil, promulgada em 1988 - CF/88. O não cumprimento deste direito implica no perecimento de todos os demais direitos.

Este é um direito personalíssimo, fundamental e indisponível, que tem suporte no princípio da dignidade humana. Este princípio propugna por uma vida digna, ou seja, o ser humano tem que ter condições asseguradas e garantidas de um padrão mínimo de bem estar social, objetivando uma vida plena e digna.

À pessoa humana - para que esta possa se desenvolver plena e integralmente, com razoável qualidade de vida no seu convívio social - se faz necessário, garantir o atendimento de suas necessidades básicas, sem as quais não há possibilidade de realização plena, nem a busca de um padrão mínimo de felicidade e realização como pessoa.

Considerando-se então as necessidades básicas do ser humano destaca-se que a saúde é essencial para a manutenção, reprodução e conservação da vida. É com esta compreensão que neste trabalho a saúde é tratada, reconhecendo-a como direito, segundo o que determina a CF/88, em seu art. 196:

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

A partir deste reconhecimento é que foi assumida a direcionalidade deste estudo: analisar se o Poder Judiciário pode intervir na defesa do direito à saúde, ou se ele se encontra limitado a praticar sua intervenção, em face da separação dos três poderes.

Esta direção é que possibilita o entendimento de que a saúde enquanto uma política social pública se expressa no Sistema Único de Saúde - SUS - o que demanda também a ação de instâncias governativas como a que compete ao Poder Judiciário. Neste sentido é que considera-se relevante apresentar o posicionamento de doutrinadores frente a demanda posta de defesa do direito à saúde, que é emanada por usuários deste Sistema.

Compreende-se então que a ampliação deste estudo se explicita na abordagem feita quanto aos atos da Administração Pública. Estes atos são fundamentais para a garantia do acesso à saúde. Além disso, a legislação determina que ao Poder Judiciário, somente é dado verificar, com relação aos atos da Administração sua formalidade legal e o seu abuso do direito, não podendo o mesmo entrar no seu mérito, ou seja, no mérito de, por exemplo, deferir internações de urgências pelo SUS.

Outro aspecto relevante deste estudo é a abordagem sobre os orçamentos públicos, destinados à saúde pública, apreendendo os desvios para outras áreas e, impossibilitando assim, o atendimento ao direito à saúde, uma vez que os recursos do Estado para manter a saúde pública, são muitas vezes escassos.

A continuidade deste estudo contempla o papel do Ministério Público, e se este está legitimado a propor ação civil pública para a defesa da saúde.

Para ampliar o conhecimento e ilustrar a intervenção do Judiciário estão apresentadas três ementas que de julgados jurisprudenciais do Superior Tribunal Federal - STF - e Superior Tribunal da Justiça - STJ, em decisões sobre lides que tiveram por objeto a postulação de direitos referentes a demandas relativas à saúde.

O desenvolvimento destes aspectos constitui o núcleo central deste estudo e na conclusão cuidamos de evidenciar o significado e a importância da intervenção do Judiciário, considerando a sua contribuição para a defesa da vida, no que concerne ao direito à saúde, considerando suas possibilidades de atendimento a demandas dos cidadãos.

CAPÍTULO 1 – PRINCÍPIOS: CONCEPÇÃO E IMPORTÂNCIA NA ORDEM JURÍDICA

1.1 Significado de Princípios

Os princípios são uma condensação de grandes e fundamentais valores, de caráter geral e abstrato, que norteiam e sustentam um arcabouço de uma determinada ordem jurídica. Todo sistema jurídico bem elaborado e consistente, se fundamenta em princípios, que se constituem no alicerce da ciência jurídica. Portanto um ordenamento jurídico avançado e moderno se compõe de princípios, que seguem normas, tendo esta estrutura legal poder de sanção e devendo dessa forma ser respeitado.

Os princípios gerais do direito são valores axiológicos, que se aplicam no ordenamento jurídico, mesmo não sendo eles muitas vezes normas positivadas.

Atualmente ilustres doutrinadores consideram que os princípios têm força vinculativa e normativa, ainda que não positivado, pois tem uma influência decisiva sobre o sistema jurídico, sobre a interpretação e aplicação de outras normas.

Nessa linha de entendimento, o douto constitucionalista Paulo Bonavides, em lição extraordinária, leciona que:

As regras vigem, os princípios valem; e o valor que neles se insere se exprime em graus distintos. Os princípios, enquanto valores fundamentais governam a

Constituição, o regime, a ordem jurídica. Não é apenas a lei, mas o direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência.¹

A esta altura, os princípios se medem normativamente, ou seja, têm alcance de norma e se traduz por uma dimensão valorativa, maior ou menor do que as regras, que a doutrina reconhece e as experiências consagram.

Esta consagração é observada de perto na positividade dos textos constitucionais, donde passam à esfera decisória dos arestos, até constituírem aquela jurisprudência principal, a que se reporta, com toda a argúcia.

Essa jurisprudência tem feito à força dos princípios e o prestígio de sua normatividade – traço coetâneo de um novo Estado de Direito cuja base assenta já na materialidade e preeminência dos princípios.

A importância vital que os princípios assumem para os ordenamentos jurídicos se torna cada vez mais evidente, sobretudo se lhes examinarmos a sua função e a sua presença no corpo das constituições contemporâneas. Nestas aparecem como os pontos axiológicos de mais alto destaque e prestígio com que fundamentam a Hermenêutica dos tribunais, bem como a legitimidade dos preceitos da ordem constitucional.

Os princípios, os direitos e as garantias fundamentais constituem-se em um grande rol, que possuem um caráter histórico, o que denota que passam por um processo de construção, traduzindo assim a busca de mudanças que podem até mesmo significar inovações. Ensina-nos ainda o mestre Paulo Bonavides:

Servindo de pautas ou critérios por excelência para avaliação de todos os conteúdos normativos, os princípios, desde sua constitucionalização, que é ao mesmo passo positividade no mais alto grau, recebem como instância valorativa máxima categoria constitucional, rodeada de prestígio e da harmonia que se confere às normas inseridas na Lei das Leis. Com esta relevância adicional, os princípios se convertem igualmente em norma *normarum*, ou seja, norma das normas.²

1.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O art. 1º inciso III da CF/88 direciona-se no sentido deste princípio fundamental que é o fim supremo de todo o direito. Através da assunção do princípio da dignidade da pessoa

¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 34.

² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 60-61.

humana, a condição humana existencial ganha o *locus* privilegiado, erigindo-se no núcleo central da ordem jurídica.

A pessoa humana torna-se assim, a destinatária privilegiada, dos direitos prestacionais, que lhe devem ser destinados.

A dignidade da pessoa humana é o princípio constitucional, que objetiva garantir o direito de acesso às condições mínimas de uma vida digna (moradia, trabalho, alimento, vestimenta) e ao livre exercício de pensamento, expressão, inclusive à educação e saúde.

Paulo Bonavides argumenta em relação à perspectiva histórica do direito a dignidade da pessoa humana que:

A dignidade da pessoa humana desde muito deixou de ser exclusiva manifestação conceitual daquele direito natural metapositivo, cuja essência se buscava ora na razão divina ora na razão humana, consoante professavam em suas lições de teologia e filosofia os pensadores dos períodos clássico e medievo, para se converter, de último, numa proposição autônoma, do mais súbito teor axiológico, irremissivelmente presa à concretização constitucional dos direitos fundamentais.³

De acordo com as determinações constitucionais entende-se que a dignidade da pessoa humana está fundamentada a partir de uma concepção derivada da filosofia de Kant, que contemporaneamente ainda é reconhecida no mundo jurídico. Segundo essa perspectiva o ser humano jamais deve ser concebido ou tratado como objeto. Ao contrário o ser humano é sujeito de direitos, o que significa que ele é fim e não meio de alcance do interesse público.

Também encontra-se em Ingo Wolfgang Sarlet a perspectiva jurídica de um conceito amplo da dignidade da pessoa humana, que abarca elementos de diversas concepções doutrinárias:

A dignidade da pessoa humana é a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.⁴

Assim concebido, o princípio da dignidade da pessoa humana constitui o cerne essencial intangível dos direitos fundamentais consagrados objetivamente em princípios pela Constituição Cidadã. Disso decorre, que a dignidade da pessoa humana enquanto princípio constitucional, tem a função concomitantemente de ser a medida de todos os demais direitos fundamentais, atuando ainda, como limite a esses direitos.

³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 60-61.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Jurisdição e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Escola Superior de Magistratura, 2006, P; 47.

Pode-se afirmar então, que qualquer ato do Estado, que venha restringir direitos fundamentais, tem no princípio da dignidade humana, a "fronteira", além ou aquém da qual qualquer ação do Estado, deverá ser percebida como maculada pela ilegitimidade.

A dignidade da pessoa humana "consubstancia-se, pois como um princípio cardeal, essencial à democracia, que implica na compreensão de que o ser humano como fundamento e fim da sociedade e do Estado".

Ao ser colocada expressamente na CF/88 como um dos fundamentos do Estado brasileiro, existe a prerrogativa legal de que existe de forma translúcida o firme propósito constituinte de torná-la efetiva, devendo a busca de essa efetividade nortear sempre a atividade daqueles responsáveis pela interpretação de nossa Carta Magna.

1.3 Princípio da Igualdade

Este princípio se inscreve no art. 5º da CF/88, aduzindo expressamente: que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I- homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta CF/88.

A Administração Pública está vinculada a esse princípio, pois deve tratar os cidadãos com igualdade, o que significa que não deve haver prejuízo e/ou benefício injustificado a qualquer cidadão.

Este princípio juntamente com outros, dentre os quais a legalidade, a moralidade, a impessoalidade, devem nortear a Administração Pública, contribuindo para a plenitude da vigência do Estado de Direito. Além disto, cabe a esta Administração tratar sem privilégios, regalias, distinção os cidadãos.

A Administração Pública tem a obrigação de atuar em conformidade com os valores abrigados na CF/88 obedecendo critérios diferenciadores previstos em lei, de forma acima de tudo, lógica e razoável.

O tratamento igualitário dos cidadãos, a partir de parâmetros lógicos e razoáveis, significa a possibilidade de permitir a diferenciação (diferente de discriminação) dos cidadãos pelo legislador, bem como pelo Poder Judiciário.

A possibilidade de estabelecer esta diferenciação significa dizer que não estamos falando aqui de qualquer diferença. Não é qualquer diferença que possibilita fazer esta diferença. O estabelecimento de qualquer diferenciação deve ser, portanto, real e logicamente explicável, como por exemplo, nos casos, em que a lei garante proteção especial aos portadores de necessidades especiais, quando a Administração Pública promove concursos públicos.

A lei não pode atribuir efeitos valorativos, ou depreciativos tomando por referência valores específicos que estejam em desconformidade ou contradição com os valores transmitidos pela CF/88 e no sistema do ordenamento jurídico. Observa-se que não é qualquer situação que se pode autorizar essa diferença. Importa aqui que essa diferença seja relevante para o critério legal estabelecido e que esteja inserida e autorizada pela própria legislação.

Assim a Administração Pública só poderá desigualar o tratamento de seus cidadãos quando fundada em valores supremos do ordenamento jurídico, havendo correlação lógica entre o critério que permite a diferenciação e, a conseqüente desigualdade de tratamento.

Há afirmação – de Bachoff e de Canotilho – no sentido de que anteriormente, os direitos e garantias fundamentais valiam em face da lei; agora, todavia, a lei é que vale em face dos direitos e garantias fundamentais consagrados na Constituição. Na mesma linha de raciocínio, Paulo Bonavides esclarece que:

Como vão longe os tempos em que os princípios, alojados nos Códigos, exercitavam unicamente a função supletiva ou subsidiária, vinculados à ‘questão da capacidade ou suficiência normativa do ordenamento jurídico’, conforme a doutrina positivista da compreensão do Direito como mero sistema de leis, com total exclusão de valores, ou seja, com ignorância completa da dimensão axiológica dos princípios!⁵

Figueiredo⁶ também pondera que, se uma lei violar algum direito ou garantia constitucional, esta lei não atenderá ao princípio da igualdade.

O princípio reclama igualdade não apenas formal, mas também material, passando a ser considerado, também, como poderoso óbice à lei arbitrária. Nesse sentido, tanto o administrador, quanto o legislador, bem como o juiz deve se orientar tendo por parâmetro os relevantes Princípios Constitucionais, impondo-lhes no exercício de suas diferentes funções e atribuições públicas, o respeito à Constituição da República e a Lei.

Assim, ao legislador são impostos limites, devendo o mesmo respeitar a CF/88, o Estado de Direito, bem como os princípios e valores da dignidade da pessoa humana, os

⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 75.

⁶ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 8ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 46-47.

direitos sociais, não podendo atuar de maneira aleatória, de maneira a fugir da observância desse paradigma fundamental, que é respeito ao princípio da igualdade.

Este princípio impõe ao Poder Judiciário, que os magistrados ao tomarem suas decisões, o façam em consonância com a ordem jurídica inaugurada pela CF/88.

Dessa forma ao terem que agir observando estritamente o princípio da igualdade, ficam proibidas ao legislador, ao magistrado, bem como a Administração Pública, quaisquer arbitrariedades, impondo-lhes ainda o dever de tratar, na forma da lei igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

A idéia de igualdade se coaduna com a liberdade e a democracia. Nesse sentido, a democracia não se alcança apenas eliminando os privilégios formais, mas sim, permitindo a todos, condições de igual oportunidade e participação na riqueza social. Trata-se aqui não de uma igualdade utópica, mas sim da defesa da busca de uma igualdade que pelo menos atenuie as diferenças entre as classes sociais; ou, na síntese de Luís Pinto Ferreira:

De tudo isso resulta uma conclusão insofismável condescendente à aceitação da tese de uma democracia socialista, a compatibilidade entre o socialismo e a democracia, a existência de uma civilização democrática e socialista, como afirmou incisivamente Roberto Lira, lutando para que não falte alimento aos famintos, roupas aos maltrapilhos, teto aos desabrigados, remédios aos enfermos, instrução aos ignorantes, liberdade aos oprimidos, iluminando a criação, a cultura e o progresso.⁷

Portanto, a igualdade não deve ser apenas no sentido negativo de limitar o arbítrio dos agentes, mas deve também ter um sentido positivo, qual seja, exercer uma função social que assegure à eliminação as desigualdades fácticas. Nesse sentido incube ao legislador e a outros órgãos do Estado a igualdade de oportunidade em favor do princípio da igualdade albergada na CF/88 (igualdade a favor da igualdade). Como observa José Joaquim Canotilho:

O princípio constitucional da igualdade revela a complexidade do problema da legiferação actualizadora da Constituição dirigente. Esta, ao caracterizar o princípio da igualdade como igualdade jurídica e igualdade social, e ao impor ao legislador o dever de compensação da desigualdade de oportunidades, desencadeia a questão política e econômica da distribuição de recursos, suscita o problema da justiça social, obriga a tomadas de posição quanto ao processo da decisão política, agita, enfim, as concepções globais do Estado e da sociedade.⁸

Como se pode observar, sem isonomia, não há república e não há democracia, pois a idéia de República funda-se em uma organização estatal e social entre iguais e com proibição de privilégios entre os cidadãos. Nesse sentido, os constituintes de 1988, consagraram o Estado Democrático de Direito e sua forma de governo republicano.

⁷ PINTO FERREIRA, Luís. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 86

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 383.

Na extraordinária síntese de Misabel de Abreu Machado Derzi, em nota atualizadora do clássico "Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar" de Aliomar Baleeiro:

Estado Democrático de Direito é estado que mantém clássicas instituições governamentais e princípios como separação de poderes e de segurança jurídica. Erige-se sob o império da lei, qual deve resultar da reflexão e da codificação de todos. Mas não é forma oca de governo, na qual possam conviver privilégios, desigualdades e oligarquias. Nele há compromisso incindível com a liberdade e a igualdade, concretamente concebidas, com a evolução qualitativa da democracia e com erradicação daquilo que Pontes de Miranda chamou de o 'ser oligárquico subsistente em quase todas as democracias'⁹.

Segundo estes autores a CF/88 supõem um constitucionalismo que trabalha essas exigências jurídicas concretas. O Estado deve pôr-se a serviço de uma nova ordem social e econômica, mais justa, menos desigual, em que seja possível a cada homem desenvolver digna e plenamente sua personalidade. Prejudicadas ficam, dessa forma, as teorias de política econômica ou de política fiscal incompatíveis com o Estado Democrático de Direito.

Também estes autores reiteram que se encontra alocados no mencionado art. 5º da CF/88 a defesa da igualdade de direitos de todos perante a lei, referindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País. Desta forma, reforçam que não pode haver distinção de qualquer natureza, o que se traduz na inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I- homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

1.4 Princípio da Legalidade

Segundo Fernanda Marinela de Souza Santos ¹⁰ o princípio da legalidade se constitui na base do Estado Democrático de Direito e garante que todos os conflitos serão resolvidos pela lei, conforme art. 5º II, art. 37, *caput* da CF/88.

Merece destaque o reconhecimento de que o tratamento deste princípio implica a distinção em termos de compreendê-lo no âmbito do direito privado e do direito público.

Desta forma, no âmbito do direito privado, no qual as relações são travadas entre particulares, o princípio da legalidade garante que estes poderão fazer tudo àquilo que a lei

⁹ BALEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel Abreu Machado. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**, 7ª edição. São Paulo: Forense, 2005, p. 10-11.

¹⁰ SANTOS, Fernanda Marinela de Souza, **Resumo de Direito Administrativo**. Disponível em: <intervox.nce.ufjf.br/~diniz/d/direito/adm-Administrativo_Marinela.doc>. Acesso em: 07 jul 2008.

não proibir (relação de não contradição com a lei). Por outro lado, na seara do direito público, tendo em vista o interesse da coletividade, a Administração Pública só pode fazer aquilo que a lei autoriza (relação de estrita subordinação à lei).

Tendo como norte o princípio da legalidade, deve-se distinguir ainda a discricionariedade – que é a liberdade que o ordenamento jurídico confere ao Administrador, para atuar em certas situações, de acordo com o juízo de conveniência e oportunidade, mas sempre dentro dos limites da lei (não cabendo no entendimento majoritário, intervenção judicial quanto ao mérito) - da arbitrariedade - que é a atuação fora dos limites impostos pela lei.

Este princípio está consagrado no art. 5º, II, da CF/88, que dispõe: "Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

Para a vigência do Estado de Direito é essencial este princípio, pois toda a atividade administrativa, incluindo a discricionária, fica balizada pelos ditames legais, ou seja, à administração pública só é dado agir nos limites que a lei autoriza ou ordena.

Não há que se falar aqui, portanto, na lei isolada, mas sim na ordem jurídica como um todo, considerando-se o pressuposto da juridicidade.

Este decorre da soberania popular (art. 1º, § único, da CF/88) ao destituir a figura do Monarca para estabelecer o Estado de Direito. Dessa maneira, o Estado submete-se ao império da lei, pois só a lei é fonte legítima da manifestação do poder estatal. Entende-se então que a administração é vinculada à lei, portanto a lei é a única possibilidade do atuar administrativo.

Este princípio é bem mais amplo do que a sujeição da administração a lei, pois o administrador também está submetido ao Direito, ao ordenamento jurídico, às normas e princípios constitucionais.

Vale lembrar que nas lacunas da lei, aplicam-se os princípios constitucionais e o ordenamento jurídico como todo, podendo dizer da legalidade não estrita, pois a administração pública está vinculada à lei e deve segui-la.

1.5 Princípio da Eficiência

O princípio da eficiência já era considerado, tendo, entretanto, sido inserido na CF/88, pela Emenda Constitucional nº19/98, a partir da qual recebeu nova formulação.

O referido princípio objetiva a racionalização da máquina administrativa e o aperfeiçoamento da prestação do serviço público, que deve visar à prestação de atendimento de qualidade e eficaz.

Atuar eficientemente significa atuar de modo adequado considerando-se os meios, recursos e condições que se possui, ou dispõe e considerando os resultados alcançados. Implica, pois, numa perfeita combinação entre meios e resultados eficientes.

Na perspectiva deste princípio, deve o administrador ter o compromisso de atuar com eficiência, respeitando assim a delegação que lhe foi passada pelos cidadãos.

Direciona-se no sentido da Administração Pública, e não de interesses privados e particulares, visando o bem comum e a principiologia constitucional.

Portanto os cidadãos têm o direito de exigir eficácia, presteza e qualidade nos serviços públicos e, ainda, têm o direito de ter acesso a instituições nas quais possam expor suas insatisfações com a má prestação desses serviços.

1.6 Princípio da Razoabilidade e da Proporcionalidade

Importante entender qual o papel dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade em relação a problemática da improbidade administrativa.

Ao se tomar como referência o art. 37 *caput*, da CF/88, que estabelece que a Administração Pública direta e indireta, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência pode-se numa primeira análise, deduzir que os princípios acima referidos não encontram amparo constitucional. Contudo uma análise mais atenta permite perceber que os princípios da razoabilidade e o da proporcionalidade, são princípios implicitamente protegidos e que decorrem dos princípios da legalidade e da finalidade.

Ao pensar a questão dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, Marino Pazzaglini Filho esclarece-nos:

Que a atuação do agente público e os motivos que a determinam, de um lado, devem ser razoáveis (adequados, sensatos, aceitáveis, não excessivos) e o resultado do agir administrativo, o objeto decorrente da atuação do agente público, de outro, há de ser proporcional (adequado, compatível, apropriado, não excessivo) aos fatos ou motivos que o ensejaram.¹¹

Para Odete Medauar, é melhor englobar no princípio da proporcionalidade, o sentido de razoabilidade. Segundo a referida autora, o princípio da proporcionalidade:

Consiste, principalmente, no dever de não serem impostas, aos indivíduos em geral, obrigações, restrições ou sanções em medidas superiores àquela estritamente necessária ao atendimento do interesse público, segundo critério de razoável adequação dos meios aos fins. Aplica-se a todas as atuações administrativas para que sejam tomadas decisões equilibradas, refletidas com avaliação adequada da relação custo-benefício, aí incluído o custo social.¹²

Por outro lado, Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que apesar da Lei nº 9.784/99 fazer referência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, separadamente, na realidade, o segundo constitui um dos aspectos contido no primeiro.

No entendimento desta referida autora, o princípio da razoabilidade, entre outras coisas, exige proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela deve alcançar, e essa proporcionalidade deve ser medida não pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive; não podendo ser medida pelos parâmetros frios da lei, mas considerando as particularidades do caso concreto.

Do exposto, observa-se que parte da doutrina trata estes dois princípios como sinônimos; outra parte entende tratar-se do mesmo princípio ou entendendo que o princípio da proporcionalidade é mais amplo que o da razoabilidade. Não se pode esquecer ainda que exista um terceiro posicionamento, que admite que o princípio da razoabilidade é mais amplo, englobando, portanto, o princípio da proporcionalidade.

No entendimento desses princípios, é fundamental a percepção de que ambos estão intimamente relacionados ao "poder discricionário" do administrador público. Daí decorre que deve existir uma relação lógica e pertinente entre a finalidade de determinada sanção, o objeto e a conduta do agente visando, desta forma, impor limitações discricionárias. Os

¹¹ FILHO, Marino Pazzaglini. **Crimes de responsabilidade fiscal**. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2007, p. 35.

¹² MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 154.

princípios da razoabilidade e da proporcionalidade visam compatibilizar os meios aos fins desejados, conforme lição de Celso Antônio Bandeira de Mello¹³.

Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade visam compatibilizar os meios aos fins desejados, entre as medidas utilizadas e a sua finalidade, limitando a discricionariedade administrativa.

¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Milheiros, 1998. p. 16

CAPÍTULO 2 – SEPARAÇÃO DOS TRÊS PODERES: SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS

O Estado de Direito Democrático Constitucional se constitui a partir da separação dos poderes, o que foi fundamental para evitar a concentração do poder político nas mãos de uma só pessoa.

Esta separação de poderes, teorizada por Montesquieu, objetiva desde sua origem, que não haja arbitrariedade e tirania dos poderes, estabelecendo três poderes autônomos e independentes entre si, a saber: Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário.

A operacionalização desta divisão de poderes se faz distribuindo o poder através dos órgãos, tendo cada órgão uma função especial, adotando-se assim uns sistemas de controle recíprocos, entre os referidos poderes.

Para a teoria da separação dos poderes, de nada adiantaria excluir o poder absolutista do rei para separá-lo, sem um controle recíproco, pois o risco da tirania iria persistir.

A divisão dos três poderes abordada de uma perspectiva histórica permite-nos perceber que inicialmente buscava enfraquecer o Estado diante do indivíduo.

Na visão de Montesquieu e do Estado Liberal, o que se pretendia era que o próprio poder pusesse limites ao exercício do poder. Para tanto, construiu-se a teoria dos freios e

contrapesos (*checks and balances*), segundo Coelho, cujo objetivo outro não é senão assegurar o exercício independente, porém controlado de cada um dos poderes.¹⁴

Assim, os poderes, apesar de cada um ter sua função especializada, exercem de forma atípica funções de outros poderes, e exercem assim parcialmente um controle sobre a atividade dos outros poderes.

Este sistema, que objetiva estabelecer limites no exercício das funções típicas e atípicas, bem como naquelas funções distribuídas pela Carta Magna, se constitui, pois, no sistema de freios e contrapesos (controle externo).

Ao atuar dentro desses parâmetros, o Poder Executivo quando edita uma medida provisória ou veta uma lei está interferindo na função legislativa. Por outro lado, o Poder Legislativo interfere no Poder Executivo, na medida em precisa ser aprovado pelo poder legislativo, um orçamento do Executivo.

Também nos Julgados de crimes de responsabilidade do Presidente da República, o Poder Legislativo exerce a função do Poder Judiciário. O Poder Judiciário por sua vez também interfere na atribuição do Poder Legislativo, pois o Poder Judiciário faz o controle da constitucionalidade das leis. De maneira semelhante os atos administrativos emanados pelo Poder Executivo passam pelo crivo do Poder Judiciário, de forma que este faz um controle da legalidade daquele.

Como pondera Derly Barreto e Silva Filho¹⁵, em sua excepcional dissertação de mestrado, intitulada "Controle Jurisdicional dos Atos - Interna *corporis* - do Poder Legislativo":

Se pelo mecanismo em referência não se admite a preponderâncias de um órgão sobre outro, logo não se cogita de soberania (incontrastável) de algum poder do Estado relativamente à sua esfera de atividade. Se entendesse que o poder é soberano em sua esfera, resultaria que o objeto da divisão dos poderes seria, o de ter três órgãos distintos, cada um dos quais legislaria, administraria e julgaria no que tange à sua própria atividade. Com isso não só se concluiria que os atos administrativos não poderiam ser revisados pelo Poder Judiciário, como também que os Poderes Executivo e Judiciário não seriam obrigados a cumprir e aplicar as leis, ficando os litígios relativos à atividade parlamentar sujeitos à solução que o Legislativo lhes desse. Ocorre que, estando reciprocamente implicados, os órgãos estatais não têm a competência para auto-adminstrar-se ou autolegislar-se em caráter definitivo. Por conseguinte, em se tratando, por exemplo, de órgão legislativo, não será porque ele legisla com primazia que os seus atos - inclusive aqueles reputados como interna *corporis* - estarão furtados do controle de outros poderes.¹⁶

¹⁴ COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Ed. Saraiva. 2002, p. 135.

¹⁵ SILVA FILHO, Derly Barreto e. **Controle Jurisdicional dos Atos Políticos do Poder Executivo**, in Revista Trimestral de Direito Público 8/1994. Ed. Malheiros, p. 57.

¹⁶ _____. **Controle Jurisdicional dos Atos Políticos do Poder Executivo**, in Revista Trimestral de Direito Público 8/1994. Ed. Malheiros, p. 59.

Assim, as constituições modernas têm criado um controle recíproco, para que não haja uma posição arbitrária, absolutista. Neste sentido Canotilho salienta que:

Independentemente da discussão em torno da fundamentação 'empírica' e 'categorial' (apriorística) da 'divisão de poderes', impõe-se a individualização dos momentos essenciais da "directiva fundamental" da organização do poder político: (1) a 'separação das funções' estaduais e atribuição das mesmas a diferentes titulares (separação funcional, institucional e pessoal); (2) a "interdependência de funções" através de interdependências e de dependências recíprocas (de natureza funcional, orgânica ou pessoal); (3) o 'balanço ou controle' das funções, afim de impedir um 'superpoder', com a conseqüente possibilidade de abusos e desvios. Pode afirmar-se que também entre nós este *principe d'art politique* tem subjacente a idéia de 'constituição mista', a máxima política do 'divide e impera' e a exigência de freios e contrapesos (*cheks and balances, lè pouvoir arrête lè pouvoir*).¹⁷

Faz-se mister entender, que a separação dos poderes não poderá ser inflexível e estática. Com esta compreensão, reconhece-se a dinamicidade existente na mencionada separação, tendo sempre como parâmetro os princípios constitucionais aplicados de forma lógica, adequados ao ordenamento jurídico. Pode-se então, mencionar como exemplo, o princípio da conformação dos atos estatais à Constituição.

No que se refere ainda a divisão dos poderes, deve-se destacar que nos últimos anos, temos observado em nível mundial, naqueles países, onde se observa o Estado Democrático de Direito, assentado sobre a separação de poderes que:

Na realização dos princípios fundamentais de uma constituição, livre nos Estados 'modernos' (segundo a terminologia 'montesquiana'), essa ingerência parcial sempre se fez presente, de modo que não existe incompatibilidade principiológica entre o exercício do controle jurisdicional sobre a atuação dos demais Poderes e o postulado inscrito no art. 2º da nossa Constituição. Ao contrário: nos últimos cem anos cada vez mais o Judiciário é chamado a exercer tal papel.¹⁸

Além disso, conforme dispõe o art. 5º, XXXV da CF/88, que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, deduz-se que há possibilidade do Judiciário atuar mais intensamente, no arbitramento de conflitos, em planos praticamente ilimitados.

A expansão do poder judicial que como mencionamos acima vem se ampliando na grande maioria dos países ocidentais democráticos, é um fenômeno recente, e como tal, tomou conta do final do século passado.

A este processo de ampliação do Poder Judiciário, tem-se chamado Judicialização, entendida com sendo a "reação do Judiciário frente à provocação de um terceiro. Esta

¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente**. 2º edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 495.

ampliação tem por finalidade revisar a decisão de um poder político tomando como base a Constituição. Ao fazer essa revisão, o Judiciário estaria ampliando seu poder com relação aos demais poderes".

Assim, quando o Judiciário é chamado para resolver questões, como, por exemplo, da Saúde Pública, ele é obrigado a decidir sobre um problema, cuja decisão caberia inicialmente Executivo, e não ao Judiciário. Reforça essa tese da Judicialização, a criação da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), que se encontra no art. 102 § 1º da CF/88.

Segundo o entendimento de Flávio Dino de Castro e Costa:

A imensa potencialidade desse instrumento, no tocante ao controle e à implementação de políticas públicas, foi revelada com a recente decisão acerca de interrupção da gravidez de fetos anencefálicos, proferida pelo Ministro Marco Aurélio na ADPF n.54 – posteriormente cassada por questões processuais. Essa decisão alterava radicalmente a feição de uma política pública obviamente relevante, em relação a qual subsistem acentuadas dificuldades de deliberação na instância políticas, em virtude de implicações morais e religiosas. A decisão determinava não só o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, como também o reconhecimento do direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir do laudo médico atestando a deformidade, a anomalia que atingiu o feto. Em sendo um direito constitucional, o Sistema Único de Saúde (SUS) era obrigado a atender às demandas daquela natureza modificando-se uma linha substantiva na política de Saúde no Brasil.¹⁹

Muito tem sido debatido sobre o fenômeno da Judicialização, e nesta perspectiva, questiona-se se o Poder Judiciário pode intervir nas questões dos direitos prestacionais fundamentais. Tem-se questionado muito se o Poder Judiciário tem legitimidade para a aplicação no caso concreto, para decidir de forma imediata com efeitos positivos a favor dos cidadãos, independente da mediação do Poder Legislativo.

A maioria dos doutrinadores entende que não é possível, o Poder Judiciário intervir nas políticas públicas, pois no campo da discricionariedade administrativa, há que ser considerada e levada em conta a teoria da "reserva do possível".

Entende-se por "reserva do possível", o volume do recurso econômico disponível destinado a efetivação dos direitos sociais, ou seja, é a quantidade de recurso financeiro que o Estado possui para atender a população. O aumento da demanda, da realização e efetivação

¹⁸ COSTA E CASTRO, Flávio Dino de. **A função realizadora do poder jurídico e as políticas públicas no Brasil**. Brasília, 2005. p. 32. Disponível em: www.cfj.jus.br/revista/numero28/artigo04.pdf. Acesso em: 04 jul 2008.

¹⁹ COSTA E CASTRO, Flávio Dino de. **A função realizadora do poder jurídico e as políticas públicas no Brasil**. Brasília, 2005. p. 43. Disponível em: www.cfj.jus.br/revista/numero28/artigo04.pdf. Acesso em: 04 jul 2008.

dos direitos sociais, depende da quantidade de recurso econômico disponível para a Administração Pública.

Além do mais, na vida forense, sentenças são proferidas com o fundamento de que o judiciário, como já foi visto, não pode decidir sobre o mérito dos atos da Administração Pública, ou seja, não pode decidir os critérios de conveniência e oportunidade que legitima a Administração Pública, o que impede ou dificulta que os juízes controlem políticas públicas.

Entretanto para Paulo Magalhães da Costa Coelho, a CF/88 estabelece que ao Poder Judiciário é dada uma supremacia com relação ao Poder Executivo. A referência a esta supremacia encontra-se em seu art. 5, XXXV. No entendimento deste autor:

Todavia, a supremacia do controle jurisdicional e também do controle legislativo sobre o Poder Executivo, claramente estabelecido na CRFB, dá-se na relação concreta dos poderes, em razão de uma supremacia fática e política do Poder Executivo sobre os demais.²⁰

Aqui condicionantes históricos e sociais vêm contribuir decisivamente para a inversão do modelo constitucional. A fragilidade das instituições e a tradição autoritária paternalista do Estado e da sociedade, referenciando-se ao Brasil, influem para que o Poder Judiciário não exerça sua competência na plenitude com que outorgada pela CF/88. Parcela significativa desse estado de coisas, todavia, há de ser atribuída à responsabilidade do Poder Judiciário, seja por uma submissão em alguns momentos da história; seja por uma pretensa co-responsabilidade na condução das políticas estabelecida pelos Poderes Executivo e Legislativo; seja por se furtar de sua tarefa de controle do poder político.

Assim, parece que está sendo esquecida que sua atribuição constitucional é julgar a constitucionalidade das leis, os atos administrativos, sejam eles vinculados ou discricionários, ordinários, políticos ou de caráter interno *corporis*, confrontando-os com a Constituição e seus vetores axiológicos.

Disso resulta, evidentemente, um desequilíbrio de poderes nocivo ao Estado e aos direitos e garantias individuais que, por essa razão mesmo, necessita ser mudado.

²⁰ COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002, p. 138.

CAPÍTULO 3 – RESERVA DO POSSÍVEL COMO LIMITE À EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS

Os recursos do Estado são escassos frente às inúmeras demandas que lhe são apresentadas pela sociedade, especialmente pelos seus cidadãos. Cabe então, à Administração Pública reconhecer que estes limites estão postos e tratando-se de especificar a área da saúde pública, ressalta-se que a premência para atender às necessidades dos usuários do SUS, implica no estabelecimento de prioridades. Com a delimitação de prioridades espera-se que ocorra a execução das ações atinentes aos recursos e serviços de saúde.

Em razão da "teoria da reserva do possível", os juízes não deveriam decidir sobre políticas sociais, como por exemplo, as pertinentes ao direito à saúde, que incidem fortemente sobre os gastos orçamentários.

Assim há uma grande divergência doutrinária, pois os direitos sociais "positivos" dependeriam de meios materiais e, conseqüentemente, da mediação legislativa orçamentária.

Existem três correntes que do ponto de vista jurídico tem abordado esta questão:

- 1ª.) a que entende que é passível o judiciário determinar sobre as demandas de direitos sociais, por reconhecer a legitimidade constitucional de que estes são Direitos Fundamentais;
- 2ª.) a que entende que esse direito social depende da "reserva do possível" e da mediação do legislativo, para liberar o orçamento;
- 3ª.) aquela que entende que esse direito social é concebido sob o aspecto do mínimo existencial.

Contudo parcela da doutrina substancial defende que todos os cidadãos têm direito ao mínimo existencial, sendo os direitos sociais mais relevantes, por estarem no rol daqueles necessários à garantia do direito à dignidade humana e do direito da liberdade.

Por estar inserido entre aqueles indispensáveis à dignidade da pessoa humana, esse direito tem validade "*erga omnes*" e seria, portanto, diretamente reivindicável.

3.1 Posição de Canotilho

Canotilho vê a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais dentro de uma "reserva do possível" e aponta a sua dependência dos recursos econômicos. A elevação do nível da sua realização estaria sempre condicionada pelo volume de recursos suscetível de ser mobilizado para esse efeito. Nessa visão, a limitação dos recursos públicos passa a ser considerada verdadeiro limite fático à efetivação dos direitos sociais prestacionais.

3.2 Posição Tephén Holmes e Cass R. Sunstein

No entendimento destes autores, nada que custe dinheiro pode ser absoluto, pois depende de um gasto seletivo dos valores arrecadados dos contribuintes. Desta forma, para serem protegidos pelo Judiciário, devem ser consideradas as conseqüências orçamentárias, pelas quais os Poderes Legislativo e Executivo são responsáveis.

3.3 Posição Gustavo Amaral

Cabe apresentar que este Procurador do Estado do Rio de Janeiro, argumenta que o Poder Judiciário está aparelhado para decidir casos concretos, lides específicas que lhe são postas, tratando da micro justiça, da justiça do caso em concreto. Esta deve ser sempre assegurada a todos que estão ou possam vir a estar em situação similar, sob pena de quebrar-

se a isonomia. Considera também que ao Poder Judiciário cabe apenas, o controle do discurso e das condutas adotadas por aqueles que ocupam a função executiva ou legislativa, não cabendo ao magistrado fazer a mediação fato-norma, seja pela subsunção ou pela concreção.

3.4 Posição de Andreas Krell

Segundo Andreas Krell "na sua visão arrojada", diametralmente oposta à de Gustavo Amaral, o mestre de Universidade Federal de Pernambuco, chega a proclamar a falácia da "reserva do possível", que decorreria de um Direito Constitucional Comparado equivocado. Aduz que não seria difícil a um ente público justificar sua omissão social perante critérios de política monetária e que o condicionamento da realização desses direitos a "caixa Cheios" reduziria a sua eficácia a zero.

Propugna que a resposta coerente à indagação formulada por Amaral, quando propõe o confronto de escolha entre tratar os milhares de doentes vítimas de doenças comuns à pobreza ou um pequeno número de doentes terminais de doenças raras ou de cura improvável, seria tratar todos.

Se os recursos não são suficientes, deve-se retirá-los de outras áreas (transportes, fomento econômico, serviço da dívida) onde sua aplicação não está tão intimamente ligada aos direitos mais essenciais do homem: sua vida, integralidade e saúde. Um relativismo nessa área poderia levar à ponderações perigosas e anti-humanistas do tipo 'por que gastar dinheiro com doentes incuráveis ou terminais?etc.'²¹

3.5 Posição de Robert Alexy

Na defesa de sua perspectiva Robert Alexy, parte da idéia de ponderação dos princípios. Dessa linha de raciocínio, decorre o entendimento que os direitos fundamentais são posições jurídicas tão relevantes, que a sua concessão ou denegação, não podem ficar nas

²¹ BIGOLIN, Giovanni. *A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais*. Revista Doutrina, 2006, p. 05. Disponível em: <www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/constitucional/giovanibigolin.htm>. Acesso em: 01 jul 2008.

mãos das simples maioria parlamentar – a questão de saber quais os direitos fundamentais sociais que o indivíduo possui - é uma questão de ponderação.

No entendimento de Robert Alexy, as condições se encontram satisfeitas na esfera dos direitos sociais, quando correspondem a um padrão mínimo, como é o caso dos direitos a condições existenciais mínimas, direito à formação escolar e profissional, uma moradia simples e um padrão mínimo de atendimento na área da saúde.

Os Direitos Fundamentais - os direitos do homem devem revelar interesses e carências que podem e devem ser protegidos e fomentados pelo Direito. Pondera-se ainda, que, além disso, o interesse e a carência sejam tão fundamentais que a necessidade de seu respeito, proteção e fomento sejam prioridade sobre todos os escalões do sistema jurídico. Daqui se compreende que os direitos sociais visam, que sejam assegurados um mínimo existencial. Robert Alexy junta-se àqueles que propugnam que, a noção de um padrão mínimo de segurança material a ser garantido por meio de direitos fundamentais - que têm por objeto evitar o esvaziamento da liberdade pessoal - assegure de tal sorte, uma liberdade real.

Na esfera de um padrão mínimo em prestações sociais – afirma Robert Alexy – também será mínima a restrição na esfera dos princípios conflitantes com a realização dos direitos sociais.

Daí decorre que, o reconhecimento de um direito subjetivo a prestações sociais básicas, indispensáveis para uma vida com dignidade, sempre deverá prevalecer no caso concreto quando do conflito com o princípio da reserva do possível e do princípio democrático - igualmente fundamentais - mas não absolutos.

3.6 Posição de Sarlet

Segundo Sarlet, os Direitos Fundamentais têm que ser potencializados para que promovam sua eficácia, de acordo com o art. 5º § 1º da CF/88, e o mesmo se dará com os direitos subjetivos a prestações, o que exige consequentemente a análise do caso concreto.

Esse entendimento é a favor de um padrão mínimo de segurança material, pois já que se trata de um Estado não pode oferecer um padrão "ótimo" de bem estar social. Mas deve o Estado efetivar condições mínimas para uma existência com dignidade. Contudo, isso não obsta uma otimização para que o Estado possa alcançar o mencionado padrão.

Constitui critérios fundamentais o direito à vida e, o princípio da dignidade humana, que devem ser protegidos e garantidos.

Para Sarlet, todas as vezes que um direito social subjetivo, que envolva o valor da vida e o princípio da dignidade humana, poderia o Estado reconhecer um direito subjetivo definitivo, ou seja, implicaria impor ao Estado mediante via judicial, a concretização do direito fundamental.

3.7 Posição de Giovanni Binglolin

Segundo Giovanni Binglolin, o Poder judiciário é competente para julgar as causas, pois a sua tarefa é a efetivação dos Direitos Fundamentais sob uma visão da proporcionalidade. A escassez de recurso não pode inibir a intervenção do direito fundamental pelo argumento da reserva do possível, pois se trata de um valor da vida e da dignidade humana.

Percebe-se que o autor, é concordante com Sarlet, quando fala que é possível estabelecer um limite à liberdade do legislador, em se tratando de condições mínimas de existência:

Mesmo em se tratando de escolhas disjuntivas, em que está em conflito o mesmo bem jurídico a ser tutelado, como é o caso de uma fila de pacientes aguardando o órgão a ser transplantado, a escassez natural de recursos inibe a intervenção do poder judiciário sob o argumento da reserva do possível. É que a situação de ameaça à vida dos interessados enquadra-se no parâmetro existencial mínimo, permitindo a tutela imediata do Juiz que poderá reconhecer, acaso devidamente demonstrada, que o critério adotado pela administração (cronológico), pode ser topicamente superado, em face da comprovada urgência de atendimento de um paciente. Esta situação pode ocorrer mesmo em detrimento de outro que esteja em situação estável no aguardo da transferência do órgão.

CAPÍTULO 4 – DIREITOS: EM BUSCA DA EFETIVIDADE

4.1 Direito fundamental ao mínimo existencial

Os direitos sociais, ou de segunda geração, são direitos através dos quais o Estado, por outorgarem ao indivíduo direito a prestações materiais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, liberdades sociais, entre outros, marcam a transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas. Desta forma são concebidos como direitos de cunho positivo.

Diferentes fatores contribuíram para distanciamento entre o que está normatizado na atual Constituição brasileira acerca dos direitos prestacionais e as mudanças operadas efetivamente na vida dos cidadãos brasileiros

Por um lado, os poderes Executivo e Legislativo não se preocupam ou não conseguem implementar as políticas públicas referentes aos direitos fundamentais sociais de maneira satisfatória.

De outro lado, a sociedade carente dos serviços públicos, não consegue exercer sua cidadania de forma democrática e participativa.

A doutrina prega que os direitos sociais em geral, diferentemente dos direitos individuais e políticos, dependem de prestações positivas do Estado para sua implementação,

enfrentando assim, o problema da escassez dos recursos públicos, sempre menores que as necessidades e demandas postas pelos cidadãos.

Esta afirmação não procede, uma vez que os direitos individuais e políticos também demandam prestações estatais, ainda que em nível menor que os direitos sociais.

Por outro lado, não pode prosperar a justificativa, geralmente utilizada com base no argumento da impossibilidade material de angariar recursos, e com isso impossibilitar a mudança social a ser promovida pelo Direito. Na maioria das vezes, o problema reside na eleição de prioridades para a aplicação dos recursos

O mínimo existencial corresponde ao conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna; existência aí considerada não apenas como existência física (sobrevivência e manutenção do corpo), mas também espiritual e intelectual, aspectos fundamentais em um Estado que se pretende, democrático, e demandando a participação dos indivíduos nas deliberações públicas, e por outro lado, liberal, deixando a cargo de cada um o pleno desenvolvimento pessoal.

A noção de mínimo existencial, que garanta o atendimento do núcleo da dignidade do ser humano, constitui um subconjunto, dentro do amplo rol dos direitos sociais, econômicos e culturais, que seja efetivamente exigível do Estado.

O mínimo existencial, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias é capaz de estabelecer uma relação produtiva com a reserva do possível.

A não realização das necessidades compreendidas nesse mínimo existencial constitui uma violação ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, podendo reivindicar judicialmente, a prestação equivalente. Não é possível a ponderação de um princípio, principalmente o princípio da dignidade da pessoa humana, de forma irrestrita e absoluta, a ponto de esvaziar todo o seu conteúdo.

Diante do exposto, conclui-se que à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, o Estado deve garantir as condições mínimas, para que as pessoas possam se desenvolver e tenha chances reais de assegurar por si mesmas sua dignidade, o que implica na garantia da igualdade de oportunidades.

Pretende-se defender que a CF/88 inaugurou um limite de dignidade, do qual ninguém pode ficar aquém dos direitos mínimos ali garantidos, sob pena de se estar ferindo a própria Carta Magna.

Ricardo Lobo Torres é um dos poucos doutrinadores no Brasil, a desenvolver a temática. Em sua concepção, o mínimo existencial representa um conjunto imprescindível de condições iniciais para o exercício da liberdade, que abrange: "os direitos à alimentação,

saúde e educação, embora não sejam originariamente fundamentais, adquirem o *status* daqueles no que concerne à parcela mínima sem a qual o homem não sobrevive".

A garantia do mínimo existencial é bem mais ampla do que a da sobrevivência física, e não pode ser reduzida à noção de um mínimo vital, suficiente para assegurar o exercício das liberdades fundamentais.

Segundo Lobo Torres engloba-se na problemática do mínimo existencial, os direitos econômicos e sociais, que se distinguem dos direitos fundamentais. Neste sentido, pode-se afirmar que dependem da concessão do legislador, não gerando por si só a pretensão às prestações positivas do Estado, além de carecerem de eficácia *erga omnes* se subordinando à idéia de justiça social.

Desta forma, o atendimento aos direitos prestacionais, exige a superação do obstáculo, muitas vezes falacioso e conveniente, da insuficiência de recursos públicos. Caberá ao juiz no caso concreto, avaliar a consistência dessa argumentação, bem como os limites da reserva do possível, sob pena de se comprometer desnecessariamente a efetividade dos direitos sociais.

Contudo, esse princípio não pode ser confundido com os direitos sociais, haja vista que o mínimo existencial não pode ser contra o obstáculo da "reserva do possível", pois o administrador pode alegar em uma situação singular que o direito social não pode ser satisfeito de modo imediato, o que atrapalharia a solução da continuidade de outros programas sociais em virtude da insuficiência de recurso.

Assim o direito ao mínimo existencial não pode ser atrelado a um raciocínio do gênero, por exemplo, se for proposta uma ação civil pública pelo Ministério Público, para que possa ter um atendimento a um programa pré-natal, atendendo a todas as gestantes do Brasil.

Entretanto, não pode ser argumentada pelo administrador, a impossibilidade de atender o pré-natal de uma gestante carente, cuja gravidez é de alto risco. Neste caso, não há arguição da "reserva do possível", pois o descumprimento da norma constitucional art. 196 CF/88, poderá estar deixando de garantir o direito à vida, e deixando assim, de satisfazer o direito do mínimo existencial.

4.2 Mandado de segurança: remédio judicial

A CF/88, de natureza democrática e marcante preocupação social reconheceu em seu Título II os direitos e garantias fundamentais que são objeto de especial preocupação em nosso ordenamento jurídico. Desde logo, cumpre destacar que os termos direito e garantia não são entre si sinônimos, porém, de outra forma, possuem significado diverso. Enquanto que os direitos podem ser satisfatoriamente configurados como "a faculdade reconhecida, natural, ou legal, de praticar ou não praticar certos atos" (Littre *apud* Bonavides)²², as garantias, na lição do grande Rui Barbosa, são "os requisitos de legalidade que os defendem contra a ameaça de certas classes de atentado de ocorrência mais ou menos fácil" (Bonavides).²³

Constituem-se em garantias, no nosso direito, todos os remédios judiciais existentes que visem resguardar direitos. Em especial, aqueles que têm, como peculiar desiderato, o controle do Estado, impedindo-o de violar a esfera de direitos da pessoa (natural ou jurídica).

O art. 5º, da CF/88, que trata dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, dispõe que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos:

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público.²⁴

O mandado de segurança surgiu no Brasil com a Constituição de 1934 e, no dizer de Ferreira Filho é uma criação brasileira. Na Assembléia Constituinte que discutia a Constituição de 1934, foi apresentado um anteprojeto, de João Mangabeira, visando a criação do mandado de segurança para a garantia do direito individual, que continha a proposta:

Toda pessoa que tiver um direito incontestável, ameaçado ou violado por um ato manifestamente ilegal do Poder Executivo, poderá requerer ao Poder Judiciário que o ampare com o mandado de segurança. O juiz, recebendo o pedido, resolverá dentro de setenta e duas horas, depois de ouvida a autoridade coatora. E se considerar o remédio legal, expedirá o mandado, ou proibindo esta de praticar o ato,

²² LITTRÉ *apud* BONAVIDES. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2003. p.483 e 484

²³ BONAVIDES. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2003. p.484

²⁴ BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: DF, 1988.

ou ordenando-lhe restabelecer integralmente a situação, até que a respeito resolva definitivamente o Poder Judiciário.²⁵

O instituto foi inserido no art. 113, inciso 33, da Carta de 1934, nos seguintes termos:

Dar-se-á mandado de segurança para a defesa de direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *habeas corpus*, devendo sempre ser ouvida a pessoa de direito público interessada. O Mandado não prejudica as ações petições competentes.²⁶

O novo instituto foi inicialmente regulado pela lei nº 191, de 16 de janeiro de 1936.

A Constituição de 1937 deu nova redação ao instituto, sem, no entanto, modificar a substância que tomou com a carta de 1946, e o disciplinou no art. 150, § 21, nos seguintes termos: "Conceder-se-á mandado de segurança, para proteger direito individual líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder."²⁷ Esta Constituição silenciou sobre o *writ*, entretanto ele continuou a ser aplicado, tendo em vista a Lei nº 191/36.

No entanto, o Decreto-Lei nº 6, de 16 de novembro de 1937, limitou a sua utilização. De acordo com o Decreto, não se aplicava contra atos do Presidente da República, Ministros de Estado, Governadores e interventores.

Em sentido leigo, na língua inglesa, o vocábulo *writ* significa escrito, lei, regulamento, édito, ordem. Na língua jurídica deve ser entendido como mandado, ordem a ser cumprida. Os *writs* desempenham papel de fundamental importância na garantia dos direitos constitucionais. Para Gouveia²⁸, *writ* é uma garantia de controle, pois cabe ao Poder Judiciário, no policiamento e fiscalização da ilegalidade, apreciar, mediante provocação do interessado, a ameaça ou a lesão de direito ocorrida. Se tratar de direito líquido e certo, é cabível o *mandamus*. Se essa lesão for dirigida à liberdade de locomoção - direito de ir, ficar e vir - cabível é o *habeas corpus*.

²⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 59.

²⁶ BRASIL. **Constituição Federal de 1934**. Rio de Janeiro: RJ, 1934.

²⁷ BRASIL. **Constituição Federal de 1937**. Rio de Janeiro: RJ, 1937.

²⁸ GOUVEIA, Joilson Fernandes. **Do cabimento do Habeas Corpus e do Mandado de segurança nas prisões e detenções disciplinares ilegais na Polícia Militar de Alagoas**. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1594>. Acesso em 19 set 2008.

Na lição de Ackel Filho²⁹, a expressão *writ* encerra a idéia de ordem, pois verdadeiramente se cuida de um mandamento expedido pelo órgão jurisdicional competente, endereçado a quem deve cumprir a lei. Quanto à natureza jurídica do *writ*, na opinião de Hely Lopes Meirelles (citado por Ackel Filho)³⁰ é ação mandamental, pois a sentença quando concessiva do pedido contém sempre uma ordem, positiva, negativa ou permissiva, para que a autoridade coatora pratique, não pratique ou permita que se pratique o ato, de cuja realização, omissão ou pedimento resultou ofensa a direito líquido e certo do postulante.

O Código de Processo Civil (CPC) de 1939 manteve os princípios existentes na época, todavia, restringiu ainda mais o seu alcance, tornando-o incabível quando se tratasse de impostos e taxas, salvo se a lei, visando assegurar a cobrança, estabelecesse providências restritivas da atividade profissional do contribuinte.

A Constituição de 1946 o elevou novamente a nível constitucional e o disciplinou, no seu art. 141, § 24, nos seguintes termos: "Para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder".³¹

A lei nº 1533/51 é a lei básica do mandado de segurança, e praticamente regula toda matéria relativa ao *writ*.

A Emenda Constitucional nº 1, de 1969, restaurou o enunciado da Constituição de 1946. Atualmente, o mandado de segurança está previsto no art. 5º, LXIX, da Constituição de 1988.

4.2.1 Natureza jurídica

A mencionada Lei constitui o diploma fundamental do instituto até os dias atuais, e dispõe no seu 1º art.:

Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas-corpus*, sempre que, ilegalmente ou com abuso do poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

²⁹ ACKEL FILHO, Diomar. **Writs Constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 21

³⁰ ACKEL FILHO, Diomar. **Writs Constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1991. p.24

³¹ BRASIL. **Constituição Federal de 1946**. Rio de Janeiro: RJ, 1946.

§ 1º Consideram-se autoridade para os efeitos desta lei o administradores ou representantes das entidades autárquicas e das pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas do poder público, somente no que entende com essas funções.

§ 2º Quando o direito ameaçado ou violado couber a várias pessoas, qualquer delas poderá requerer o mandado de segurança. Do acima transcrito deduz-se que o mandado de segurança é meio apto para proteger direito líquido e certo, constitucional ou não, outro que não o de locomoção e o de acesso ou correção de dados pessoais.³²

O seu campo é definido por exclusão. Onde não cabe *habeas corpus* ou *habeas data*, cabe mandado de segurança, desde que haja, óbvio, ilegalidade e abuso de poder por parte de autoridade. Portanto, se não ocorrer ato de autoridade que incida, de modo direto, na liberdade de locomoção, configurando prisão ou detenção, nenhum atentado ocorreu contra o direito de ir e vir da pessoa física. E sendo o direito atentado líquido e certo cabível será o mandado de segurança. A regra é, pois, que cabe mandado de segurança contra ato de qualquer autoridade.

Entretanto, esta Lei nº 1.533/51 dispõe, no seu art. 5º, o seguinte:

Não se dará mandado de segurança quando se tratar: I - de ato de que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independente de caução; II - de despacho ou decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modificado por via de correição; III - de ato disciplinar, salvo quando praticado por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade essencial.³³

Tais dispositivos constituem as famosas exceções à regra que, em alguns casos, servem para confirmá-la, noutros se prestam a provocar acirrados debates doutrinários. Analisando-se as disposições acima, conclui-se, num primeiro momento, no caso do inciso I, que a via administrativa deveria ser esgotada para que se conhecesse do mandado de segurança na via judiciária. Ou seja, enquanto coubesse recurso, com efeito suspensivo, no âmbito administrativo, o ato lesivo não poderia ser reclamado no judiciário. Tal dispositivo, porém, é incompatível com a disposição constitucional contida no art. 5º, XXXV, que diz: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".³⁴

A CF/88 consagra o mandado de segurança nos seguintes termos: "conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público".³⁵ O enunciado fala em direito líquido e certo, ilegalidade ou abuso de poder e autoridade pública.

³² BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: DF, 1988.

³³ BRASIL. **Lei 1533** de 31 de Dezembro de 1951. Altera disposições do Código do Processo Civil, relativas ao mandado de segurança. Rio de Janeiro: RJ, 1951.

³⁴ BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: DF, 1988.

³⁵ BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: DF, 1988.

Ilegalidade ou abuso de poder guardam entre si uma relação gênero espécie, ou seja, ilegalidade é gênero do qual abuso de poder é espécie. Não há um caso de abuso de poder que não configure ilegalidade. Pode, no entanto, haver caso de ilegalidade que não configure necessariamente abuso de poder. Exemplo típico é quando o ato ilegal que fere o direito líquido e certo decorra de incompetência do agente.

Acerca de ilegalidade e abuso de poder, Tucci; Tucci (apud Gouveia,)³⁶ ao se referir à primeira diz tratar-se de "desconformidade de atuação ou omissão, do agente do Poder Público, com a lei, qualquer que esta, formalmente considerada, seja

abuso de poder, por sua vez [...] representa a atividade descognitiva da lei; enquanto a ilegalidade revela ação ou inação ao arrepio desta, com abuso de poder o ato é praticado como se lei não houvesse, vale dizer, como se a autoridade legislasse e criasse uma situação não prevista nem autorizada anteriormente³⁷.

Autoridade pública é aquela que detém, na ordem hierárquica, poder decisório e é competente para praticar atos administrativos decisórios. Mandado de segurança é conceituado por Hely Lopes Meirelles³⁸ como o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida em lei, para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerçam.

Para Celso Agrícola Barbi *apud* Ackel Filho³⁹ é ação de cognição, que se exerce através de um procedimento especial da mesma natureza, de caráter mandamental, pois só admite prova dessa espécie, e caracterizado também pela forma peculiar da execução do julgado.

O mandado de segurança, na categoria dos *writs* constitucionais, constitui direito instrumental sumário à tutela dos direitos subjetivos incontestáveis contra ilegalidade ou abuso de poder de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

³⁶ GOUVEIA, Joilson Fernandes. Do cabimento do Habeas Corpus e do Mandado de **segurança** nas prisões e detenções disciplinares ilegais na Polícia Militar de Alagoas. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1594>. Acesso em 19 set 2008.

³⁷ LEYSER, M^a Fátima V R. **Mandado de Segurança individual e coletivo**. São Paulo: WVC, 2002. p. 32.

³⁸ MEIRELLES, Hely L. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública**. 14ed. São Paulo: Malheiros, 1990. p. 15

³⁹ BARBI *apud* ACKEL FILHO, Diomar. **Writs Constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1991. p.24

Na lição de Cretella Júnior⁴⁰ a definição de mandado de segurança não oferece maiores dificuldades, trata-se de modalidade especial de ação de conhecimento. Por isso, basta adotar qualquer dos conceitos que a teoria do processo elaborou para as ações de conhecimento e aplicá-lo, *mutatis mutandis*, ao mandado de segurança.

Na opinião de Meirelles⁴¹, é ação civil de rito sumário especial, como a lei regulamentar o considera. A finalidade deste instituto é a correção de ato de autoridade pública, ato comissivo ou omissivo, marcado pela ilegalidade ou pelo abuso de poder, pois "visa, precipuamente, à invalidação de atos de autoridade ou à supressão de efeitos de omissões administrativas, capazes de lesar direito individual ou coletivo, líquido e certo".

4.2.2 Legitimidade ativa e passiva

Quando a Lei nº 1533/51 se refere, no seu art. 1º, a alguém, atribuiu legitimidade ativa para a impetração do mandado de segurança a quem tivesse direito líquido e certo lesado ou ameaçado de lesão.

Diversamente do *habeas corpus*, tanto pode ser pessoa física como pessoa jurídica, nacional ou estrangeira, órgão público ou universalidade patrimonial privada.

Diferentemente do *habeas corpus* o impetrante do mandado de segurança há que ter legitimidade *ad causam e ad processum*. Por isso, o impetrante deve ter capacidade postulatória ou se fazer representar por quem a tenha, como também se identificar como titular do direito subjetivo material que visa tutelar e o impetrante do *writ*.

Quanto à legitimidade passiva ainda, não há um consenso quanto àquele que se legitima a ocupar o pólo passivo no mandado de segurança. Parte da doutrina entende que o pólo passivo deve ser ocupado pela autoridade coatora. A corrente contrária sustenta que o ato que a autoridade pratica, no exercício de suas funções, vincula a pessoa jurídica de direito público a cujos quadros ela pertence; é ato do ente público e não do funcionário.

Pontes de Miranda (apud Leyser)⁴² a respeito da legitimidade passiva, afirma que o mandado de segurança é impetrado contra o órgão e não contra a pessoa jurídica de direito

⁴⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1998*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995. 6 v. p. 598

⁴¹ MEIRELLES, Hely L. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública*. 14ed. São Paulo: Malheiros, 1990, p.21

⁴² MIRANDA *apud* LEYSER, Mª Fátima V R. *Mandado de Segurança individual e coletivo*. São Paulo: WVC, 2002. p. 72.

público e afirma que esta é a demandada, embora seja o ato do órgão ou do executor. A posição dominante, no entanto, é a de que no pólo passivo deve figurar a pessoa jurídica de direito público, a cujos quadros pertence a autoridade apontada como coatora.

4.2.3 Admissibilidade

O fundamento validante do *mandamus*, os seus pressupostos jurídicos ou requisitos de admissibilidade, têm fulcro, tal como no *habeas corpus*, na ilegalidade e no abuso de poder. Vale dizer: reside na ilegalidade e no abuso de poder, o fundamento do mandado de segurança.

A regra é que cabe o mandado de segurança contra ato de qualquer autoridade, mas a Lei nº 1533/51 o excepciona contra ato que comporte recurso administrativo, com efeito suspensivo, independente de caução; contra decisão ou despacho judicial para qual haja recurso processual eficaz, ou possa ser corrigido prontamente por via de correição; contra ato disciplinar, a menos que praticado por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade essencial que, no entender de Ackel Filho⁴³, diz respeito à legalidade extrínseca e intrínseca do ato. De modo que o controle jurisdicional dos atos disciplinares é maior do que aparenta ser, nele se incluindo, também, a competência da autoridade, que, aliás, é o primeiro requisito a ser observado, em tais casos.

Não há que se olvidar que cabe também o mandado de segurança com pedido de liminar art. 7º, inciso II da lei 1533/51. Os requisitos para o juiz conceder a liminar é a fumaça do bom direito e o perigo da demora. Considerando-se que a ordem judicial na execução do mandado, não cumprida pela autoridade coatora, constitui crime de desobediência art. 330 CP.

⁴³ ACKEL FILHO, Diomar. *Writs Constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1991. p.27.

CAPÍTULO 5 – SAÚDE COMO UM DIREITO SOCIAL E FUNDAMENTAL

O direito à saúde é positivado pela CF/88 e está inserido nas garantias fundamentais.

Esta garantia para ser efetivada exige a ação do Estado, uma vez que se constitui numa garantia positiva. Como direito positivo, distingue-se de outros direitos, como por exemplo, o direito à liberdade (direito negativo) que não exige a ação do Estado para ser efetivada. Sendo a CF/88, a norma suprema de um Estado, estabelece parâmetros aos quais as normas infraconstitucionais devem se pautar, sendo guiadas e conformadas a ela.

Como é sabido, a CF/88 inclui a saúde entre os seus direitos sociais, estando os mesmos garantidos em seu art. 6º. Acresce-se que por estar inserida também entre os direitos fundamentais, garantida que está no artigo 5º caput, da CF/88, daí decorre que a saúde ganha patamar de cláusula pétrea, do que consequentemente decorre a impossibilidade de se admitir emendas tendentes a suprimir a referida garantia fundamental, nos termos do art. 60 § 4º inciso IV da CF/88.

A Constituição ao colocar o direito à saúde, como um direito fundamental do cidadão brasileiro, passou a merecer proteção integral por parte do Estado, devendo ser assegurada mediante assistência que possibilite a efetividade daquele direito em todos os planos, sejam preventivos, curativos ou de recuperação.

Balizado pelo princípio da dignidade da pessoa humana (CF/88, art.1, III), e enunciado dentre o elenco dos direitos e garantias fundamentais à partir da inviolabilidade do

direito a vida – CF/88, art.5 °caput - a expressa relevância da saúde como um direito social, obriga o Estado a assegurá-la, garantindo aos cidadãos a prestação da assistência e serviços destinados à manutenção da saúde.

Desta forma, constitui dever do Estado, garantir a efetividade da saúde pública, proclamada pela CF/88, em seu art. 196, prestando assim assistência aos cidadãos que necessitem destes serviços, quer sejam estes requeridos nos planos que exijam medidas de cunho preventivo ou medidas de recuperação da pessoa agravada em suas condições físicas e/ou psíquicas, de forma a garantir-lhes uma qualidade de vida digna e saudável.

5.1 Princípio da Integralidade

Este princípio é uma diretriz máxima do SUS e está inserido no art. 196 da CF/88.

Este princípio visa atender o ser humano como um todo, nos aspectos biológicos, psicológicos, bem como em seu aspecto social. Portanto este princípio, não visa o atendimento apenas da saúde como um cuidado básico, mas sim seu atendimento na sua integralidade.

Consequentemente a política pública de saúde, deve se integrar com outras áreas para assegurar uma condição de saúde e qualidade de vida digna para o ser humano. Nesse sentido, objetivando garantir tais condições, precisa promover a proteção e recuperação da saúde.

A promoção aqui mencionada implica envolver ações desenvolvidas também em outras áreas, como habitação, meio ambiente, educação, etc.

A proteção está referida à implementação de ações com referência ao saneamento básico, imunizações, ações coletivas e preventivas, vigilância à saúde e sanitária etc.

A recuperação diz respeito ao atendimento médico, tratamento e reabilitação para os doentes. Assim a política relativa à saúde pública deve implantar medidas preventivas, de tratamento e de reabilitação.

Além disso, esse princípio como visa atender o ser humano como um todo, deve promover a saúde na sua totalidade, ou seja, na hipótese de um cidadão necessitar de tratamento especializado de um nível de complexidade mais elevado, com tecnologias mais avançadas, o Estado deverá garantir as condições indispensáveis a este atendimento.

Vale lembrar que este princípio, não fere o princípio da igualdade, mas ao contrário vai ao seu encontro, pois na hipótese supracitada trata os iguais igualmente e os desiguais desigualmente.

CAPÍTULO 6 – ORÇAMENTO NA SAÚDE PÚBLICA

A CF/88, nos seus arts. 165 a 169 estabelece a reserva de legal e a aprovação do projeto orçamentário, devendo o mesmo observar o regular processo legislativo.

Deve ser observada também nesse projeto, a reserva do parlamento, lembrando-se que a aprovação é de competência do Poder Legislativo, passando pelo Poder Executivo para finalmente ser aprovado o orçamento.

Nesse contexto encontra-se também o Plano Plurianual, que tem duração de 4 anos, devendo ser observado o princípio da anualidade, ou seja, deve ser elaborado um plano de quatro anos para o orçamento, sendo renovado a cada exercício financeiro, passando o mesmo por renovação pela autorização legislativa.

Assim, o orçamento deve ser elaborado para vigir por um ano, o que cabe ao Ministro da Fazenda. A competência em termos de discussão e aprovação é da Câmara dos Deputados e do Senado.

Conseqüentemente tem-se intrinsecamente o princípio da legalidade, pois há uma submissão da Administração Pública, que deve respeitar a lei orçamentária.

Dessa forma, o Poder Executivo e a Administração Pública, fazem uma programação constante da lei orçamentária, devendo observar o plano plurianual de médio e longo prazo, sem ferir o princípio da unidade, pois este traduz um planejamento complementar. O plano plurianual e o orçamento anual se integram coerentemente entre si.

O Estado faz um planejamento das verbas destinadas para cada área. Vale lembrar que na área da saúde, os tributos mais adequados para esse fim são o da Previdência Social, utilizando os tributos da União de forma subsidiária.

Assim, quando há decisões judiciais deferindo procedimentos de urgências, internações e fornecimento de medicações, estariam esse poder deslocando as verbas da União, de determinada área para outra, alterando e modificando o seu programa orçamentário.

Sabe-se que é dever do Estado garantir o acesso a serviços e ações de saúde, porém a demanda por tais serviços é maior do que o Estado dispõe, em razão da já mencionada reserva do possível.

Dessa forma, segundo Marcos Lobo de Freitas Levy:

Como os direitos custam dinheiro e dinheiro é um bem finito, por óbvio não se pode dispor do dinheiro que não se tem. Desse modo é imprescindível estabelecer prioridade para os gastos.

Assim, se orçamento do Estado não tem meios de suportar o pagamento a alguém; pode-se uma de duas coisas: ou suplementa-se ou remaneja-se o orçamento ou, se isto não for possível, escolhe-se onde o recurso existente será utilizado. Não há outro meio. Se concluímos que o governo não prioriza o que acreditamos ser mais importante, nas próximas eleições trabalhamos para mudar o governo.

Em outras palavras, a real implementação dos direitos depende de recursos econômicos que, nem sempre estão disponíveis. Se não há recursos para tudo, implementa-se o que for mais importante; o que for possível.

Por outro lado, o governo todos os anos repete a ladainha que serve de intróito para a negociação (ameaça de licenças compulsórias) com os fornecedores de medicamentos para tratamento da AIDS: 'O governo não tem como pagar o preço cobrado pela indústria. Não há verba e poucos medicamentos consomem mais da metade do orçamento do programa de combate à AIDS'.⁴⁴

Este mesmo governo, segundo dados divulgados pelo jornal Folha de São Paulo, gastou em propaganda (para falar de si mesmo) 525 milhões de reais em 2004 e 620 milhões em 2005. Quando os tribunais brasileiros começarem a aplicar o conceito da "reserva do possível", em processos de pedidos de tratamentos patrocinados pelo Estado, talvez a sociedade organizada decida exercer, de fato, a vigilância sobre o uso do dinheiro do contribuinte pelo poder público e verifique que o problema não é de falta de recursos, mas de planejamento e priorização totalmente inadequados (site OAB - SP 51.256, 2007) – esta matéria foi colocada no ar em 19 de junho de 2007).

De certo temos que priorizar os gatos públicos, lembrando-se sempre que - o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana - estão acima de outros direitos, pois sem a vida perecem todos os outros direitos. Em outras palavras, sem a vida de que adiantaria possuir outros direitos.

⁴⁴ LEVY, Marcos Lobo de Freitas. Disponível em: < http://marcoslevy.blogspot.com/2005_11_01_archive.html > Acesso em: 06 jul 2008.

De acordo com a CF/88, no seu art. 196, o Estado não só tem o dever de prestar serviços de saúde pública nos termos de fazer a sua cura, mas como tem o dever também de prevenir as doenças. Além disso, o Estado tem o dever de fazer a demonstração, ou seja, a publicação com os seus gastos públicos, cabendo aos cidadãos vigiar os gastos e cobrar do Poder Executivo, os seus direitos por meio judicial ou por voto, exercendo assim a sua cidadania, pois se sabe que através do voto delegamos ao Poder Executivo, administrar os nossos tributos.

Como o Poder Executivo não fornece totalmente o acesso à saúde tendo muitas deficiências, e gerando insatisfações tanto individuais quanto coletivas, conseqüentemente os cidadãos muitas vezes demandam o Poder Judiciário para intervir e decidir sobre o caso concreto.

Baseando-se no art. 196 da CF/88, conclui-se que este determina que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Porém a Administração Pública alega que está impossibilitada, em determinadas situações, de fornecer medicamentos, internações e outros procedimentos de urgências, pois carece em alguns casos de recursos humanos, materiais, ou financeiros. Alega ainda, que quando o Juiz defere esse tipo de pedido, desencadeia sérios problemas para Administração Pública, pois traz um prejuízo para o funcionamento da estruturas governantes.

Segundo Carvalho e Henriques

Por mais que uma norma jurídica tenha sido inserida no próprio Texto Constitucional, ela somente poderá alcançar sua real efetividade se estiverem presentes as condições fáticas e jurídicas capazes de lhe conferir esta eficácia, pois ninguém é obrigado a coisas impossíveis.⁴⁵

Os direitos sociais, por mais legítimos que sejam, não podem ser concebidos em termos absolutos num confronto com as prerrogativas e encargos governamentais. Ainda que se admita que a saúde e a dignidade humana sejam preceitos constitucionais fundamentais, há que se ter em mente que a Administração Pública deve agir na supremacia do interesse público, além dos princípios da razoabilidade e da moralidade.

⁴⁵ CARVALHO, Ivana Carolina Mariz e HENRIQUES, Juliana Mancini. A Judicialização da Saúde. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=61821> Acesso em 11 jul 2008.

Em razão do Poder Judiciário não poder deixar de apreciar os pedidos, pois o art. 5º, inciso XXXV da CF/88, diz que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça direito. Isso significa que todo o cidadão tem o direito de ir a instâncias do Poder Judiciário, pleitear o seu pedido e que o juiz, não poderá alegar que por aquele ou esse motivo, não pode tomar decisão no caso em concreto; ou seja, o juiz tem o dever de tomar uma decisão, podendo ser negativa ou positiva.

Também há que se destacar que a CF/88, em seu art. 5º § 1º., garante que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Isto significa que o Poder Judiciário pode e deve apreciar os direitos sociais, dentre os quais estão inseridos o direito à saúde, podendo até mesmo alocar recursos públicos.

O direito à saúde trata-se de direito fundamental social, cuja efetividade é imprescindível para que o indivíduo tenha uma vida digna.

E é por meio do SUS que o Estado deve tornar efetivo este direito, proporcionando aos seus usuários um atendimento médico, hospitalar e farmacêutico integral e de qualidade. Além do que, o Poder Judiciário deverá atuar sempre que o Estado se mostrar inerte no campo da efetivação destes direitos, decidindo de forma razoável, atendendo estritamente às necessidades demonstradas, respeitando, naturalmente, a infra-estrutura disponibilizada.

CAPÍTULO 7 – ATOS DA ADMINISTRAÇÃO

Ato da administração é todo ato praticado no exercício da função administrativa. A divisão dos Poderes do Estado, à partir do Executivo, Legislativo e Judiciário, permite afirmar que em sentido amplo o Executivo é que exerce a função administrativa.

No que tange à função executiva, os atos que a caracterizam, substancial e substantivamente, são os atos administrativos.

Pelo critério funcional, o ato administrativo é somente aquele praticado no exercício da função administrativa. Como, entretanto, a distribuição das funções entre os três Poderes não é rígida; cada um dos destes, ou seja, o Executivo, Legislativo e o Judiciário, exercem a sua função preponderante, porém, desempenha ao lado destas, atribuições dos outros poderes. Neste sentido, todos exercem algumas atribuições tipicamente administrativas.

A função administrativa caracteriza-se por ser imediata, concreta, e subordinada. Imediata, pois atende aos interesses públicos individuais e coletivos em conformidade com lei; concreta, pois aplica as leis nos casos concretos; subordinada porque está sujeita a controle jurisdicional.

O ato administrativo é a declaração do Estado ou do seu representante, produzindo efeitos jurídicos imediatos de acordo com a lei, observado o regime jurídico de direito público e sujeito ao controle pelo Poder Judiciário.

Miguel Reale conceitua ato Administrativo como sendo:

Toda forma de realização, em casos concretos, de interesses configurados tipicamente em lei, em virtude de decisão unilateral, espontânea ou requerida, de

agente do Poder Público, em virtude e nos limites de sua competência, com relevância jurídica fora da órbita da Administração.⁴⁶

Destacamos também o conceito proposto por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, senão vejamos:

Pode-se definir o ato administrativo como a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário.⁴⁷

O ato da administração pública está obrigado a cumprir a vontade da lei, não dispondo de autonomia da sua vontade. Os atos jurídicos têm a presunção de legitimidade, ou seja, há sempre a pressuposição de que está o ato em conformidade com a lei. Da mesma forma tem também a presunção de veracidade, ou seja, todos os atos administrativos são dotados de fé pública.

A Administração Pública goza implicitamente ainda, da pressuposição de que todos os atos administrativos praticados pelo Estado têm um consentimento de toda a população, sendo estes, uma das formas de expressão da soberania.

Os atos administrativos são guiados pelo princípio da legalidade, ou seja, os atos dos administradores não podem ultrapassar os limites da lei vigente.

Em razão do princípio da legalidade, a que está submetida a Administração Pública, os atos administrativos podem ser distinguidos em atos vinculados e atos discricionários. Vinculado é todo aquele ato administrativo, em que a lei descreve a situação a ser seguida, sem margem para o administrador optar por outra solução. Já os atos discricionários, permitem certa margem para o administrador optar por uma dentre duas ou mais soluções em determinado o caso concreto, considerados os critérios da oportunidade, da conveniência, da justiça e da equidade.

Os atos discricionários não são totalmente livres de parâmetros normativos, pois sob alguns aspectos a lei impõe limitações, como a competência, a forma e a finalidade. O abuso do ato administrativo ou a não conformidade com a lei, o sujeita à correção judicial.

É de importância significativa, distinguir se um ato é vinculado ou discricionário, pois quando o ato é vinculado, caberá ao judiciário examinar a conformidade do ato com a lei, e caso reconheça a inconformidade, decretará a nulidade do mesmo. Já os atos discricionários embora sejam passíveis de exame pelo judiciário, este terá que respeitar a discricionariedade administrativa nos seus limites, ou seja, nos limites em que a lei impõe. O legislador quando

⁴⁶ REALE, Miguel. **Revogação e anulamento do ato administrativo**. Rio de Janeiro, Forense, 1980, p. 24.

⁴⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 1ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 1991.

estabelece para a Administração Pública a discricionariedade do ato, deixa um espaço para livre decisão desta Administração, legitimando a sua opção. Dessa forma, o Poder Judiciário não pode invadir o espaço de livre opção que o legislador deixou, pois estaria substituindo a sua escolha.

O Poder Judiciário pode então, apreciar a legalidade do ato e verificar se esse ato não ultrapassou os limites da discricionariedade; se ultrapassou o limite pode o Poder Judiciário invalidar este ato.

Contudo a Administração Pública nos atos discricionários deverá atender ao princípio da razoabilidade, pois se esse ato não estiver em consonância com este princípio não estará em consonância também com a lei, assim poderá o Poder Judiciário intervir.

São elementos do ato administrativo:

- 1) realização por agente do estado, agindo nesta qualidade;
- 2) regência pelo direito público, com sujeição da administração à lei, consagrando os princípios da legalidade (*lato sensu*) e da reserva legal (*strictu sensu*);
- 3) unilateralidade, observando-se quanto a este aspecto a existência de divergências doutrinárias, sendo que alguns autores incluem entre os atos administrativos, os atos bilaterais, ou seja, os contratos administrativos;
- 4) realização no exercício de função administrativa, incluindo-se aqui o seu exercício também pelo Poderes Legislativo e Judiciário;
- 5) disposição para o caso concreto, distinguindo-se, neste aspecto, dos atos normativos. O ato administrativo é espécie do gênero ato jurídico, sendo a substância, a essência do conceito a mesma do Direito Privado e cuja consequência é a produção de efeitos jurídicos concretos e imediatos;
- 6) sujeição ao controle jurisdicional.

Cabe ressaltar, por ter importância para este estudo, os seguintes atributos dos atos administrativos:

- 1) a presunção de legitimidade, de conformidade com a lei;
- 2) a imperatividade, isto é, a força de criar deveres unilateralmente, diferentemente do direito privado;
- 3) a executoriedade ou auto-executoriedade, ou seja, o poder público pode exercê-lo, praticá-lo diretamente, inclusive através de coerção material, como por exemplo, no embargo de obra, dispensada a autorização judicial.

CAPÍTULO 8 – MINISTÉRIO PÚBLICO E SAÚDE PÚBLICA

É atribuição do Ministério Público, a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, conforme dispõe art. 127 CF/88.

Isto significa que é papel do Ministério Público defender os direitos à Saúde Pública em caráter individual e coletivo, haja vista que a saúde é um e direito social e é também, um direito indisponível

Assim como diz Manoel Jorge e Silva Neto:

Efetivamente, a essencialidade da atuação do Ministério Público no processo judicial se relaciona à natureza do interesse posto em lide, sendo impositivo que officie, quer na condição de custos legis (órgão-fiscal, quando, por exemplo, emite pareceres ou exara despachos com o propósito de assegurar a fiel observância da lei), quer assumindo a posição de órgão-agente (quando propõe ações civis públicas, apenas para citar uma das atuações), toda vez que os fatos sobre os quais verse a lide guardem vinculação com os interesses sociais e individuais indisponíveis, ou mesmo aqueles que, não marcados pelo signo da indisponibilidade, a lei considera necessária a sua intervenção.⁴⁸

O Ministério Público é legitimado para propor ação civil pública, para defender direitos individuais e coletivos, referindo-se a saúde pública, como são direitos individuais indisponíveis. Dessa forma pode o Ministério Público propor, por exemplo, uma ação civil pública para garantir as demandas de medicamentos para hipertensão indicados para idosos.

Além do mais, o Ministério Público quando atua na fiscalização da lei, está cuidando do problema social. Sendo assim, a sua ação se coloca como parte da estrutura social e parte

⁴⁸ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 449.

da estrutura jurídica. Assim, o Ministério Público coloca em conformidade a lei e aquilo que na realidade o indivíduo recebe.

A postura do Ministério Público nesse momento histórico é a postura de uma superestrutura, na qual atua de forma distinta do Poder Executivo, do Poder Legislativo, e do Poder Judiciário, pois não julga, não faz as leis e nem exerce a parte administrativa.

Cabe, pois, ao Ministério Público defender a sociedade de acordo com a lei, e desenvolver o próprio regime democrático, conforme preceitua art. 127 da CF/88. Também é competência deste Ministério, atuar na conscientização da sociedade civil difundindo os valores democráticos, principalmente no que tange aos direitos humanos e sociais.

Nos dizeres de João Cândio de Mello (2001):

Cabe ao Ministério Público atuar comunitariamente na organização e conscientização da sociedade civil, colaborando na formação de organismos de base e difundindo os valores democráticos, sobretudo no que tange ao campo dos direitos humanos e sociais. Questionar os padrões de efetividade do ordenamento jurídico, denunciando a distância existente entre a igualdade jurídico-formal e as desigualdades socio-econômicas.

Utilizar o novo instrumental jurídico que está à sua disposição para, na defesa dos interesse coletivos e difusos, abrir espaço de participação no judiciário, órgão do aparelho repressivo do Estado, reproduzidor da ideologia de classe dominante, transformando-o "num *locus* político privilegiado como arena de luta, confronto e negociação de interesse", contribuindo, dessa forma, para a gradativa absorção do Judiciário pela sociedade civil e alargando o acesso à justiça.⁴⁹

Sendo assim, o Ministério Público promove a efetiva fiscalização dos Três Poderes e o controle da constitucionalidade das leis sob a visão do interesse popular. Consequentemente, o Ministério Público promove a defesa da ordem jurídica, buscando a efetivação do direito como instrumento de transformação social, objetivando concretizar os legítimos anseios da sociedade.

E é neste contexto que o Ministério Público está legitimado a defender os interesses individuais e coletivos, quando se tratar de uma norma constitucional fundamental, guiada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, tratando-se de um direito indisponível que é o direito à vida.

⁴⁹ MELLO JÚNIOR, João Cândio de. **A função de controle dos atos da administração pública pelo Ministério Público**. Belo Horizonte: Líder Cultura Jurídica, 2001, p. 92.

CAPÍTULO 9 – JULGADOS DO SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL E SUPERIOR TRIBUNAL DA JUSTIÇA

A coleta de três jurisprudências no site do Superior Tribunal Federal - STF - e Superior Tribunal da Justiça - STJ -, no período de 01 a quatro de julho de 2008, foi feita com o objetivo de ilustrar e analisar a atuação do Poder Judiciário, no que se refere à possibilidade de sua intervenção no âmbito da política pública de saúde. A ementa de cada jurisprudência contribui para a ampliação do conhecimento sobre a intervenção do Poder Judiciário, sinalizando assim o cumprimento de suas competências, o que fica demonstrado com os comentários que elaborei.

9.1 RMS n. 23.184 - RS. Relator Ministro JOSÉ DELGADO. Primeira Turma

Direito à Saúde: Dever do Estado: Decisões Importantes

RMS n. 23.184 - RS. Relator Ministro JOSÉ DELGADO. Primeira Turma. Unânime. Data do julgamento: 27.02.2007.

Constitucional - Recurso em mandado de segurança - Autoridade coatora - Secretário de Estado da Saúde - Pessoa pobre - Doença grave - Medicamento - Fornecimento pelo Estado - Obrigatoriedade - Legitimidade ativa *ad causam* - Ministério Público - CF/1988, arts. 5º, caput; 6º; 196, e 227 - CPC, art. 515, § 3º - Aplicabilidade.

Processual Civil e Constitucional. Recurso ordinário em mandado de segurança. SUS. Fornecimento gratuito de medicamento, pelo Estado, à pessoa hiposuficiente portadora de doença grave. Obrigatoriedade. Legitimidade passiva. Secretário de

Estado da Saúde. Possibilidade. Aplicação do direito à espécie. Art. 515, § 3º, do CPC. Inexistência de supressão de instância. Efetividade. Afastamento das delimitações. Proteção a direitos fundamentais. Direito à vida e à saúde. Dever constitucional. Arts. 5º, caput, 6º, 196 e 227 da CF/1988. Precedentes desta Corte Superior e do colendo STF.

1. A proteção do bem jurídico tutelado (vida e saúde) não pode ser afastada por questões meramente formais, podendo o Secretário de Estado da Saúde figurar no pólo passivo de ação mandamental objetivando o fornecimento de medicamento à hipossuficiente, portadora de doença grave (hepatite B crônica).
2. A necessidade de dar rápido deslinde à demanda justifica perfeitamente o julgamento da ação pelo mérito. O art. 515, § 3º, do CPC permite, desde já, que se examine a matéria de fundo, visto que a questão debatida é exclusivamente de direito, não havendo nenhum óbice formal ou pendência instrumental para que se proceda à análise do pedido merital. Não há razão lógica ou jurídica para negar à esta Corte Superior a faculdade prevista pelo aludido dispositivo legal. Impõe-se, para tanto, sua aplicação. Inexistência de supressão de instância.
3. "Uma vez conhecido o recurso, passa-se à aplicação do direito à espécie, nos termos do art. 257, RISTJ e também em observância à regra do § 3º do art. 515, CPC, que procura dar efetividade à prestação jurisdicional, sem deixar de atentar para o devido processo legal" (REsp n. 469.921/PR, 4ª Turma, DJ de 26.05.2003, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).
4. Os arts. 196 e 227 da CF/1988 inibem a omissão do ente público (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) em garantir o efetivo tratamento médico à pessoa necessitada, inclusive com o fornecimento, se necessário, de medicamentos de forma gratuita para o tratamento, cuja medida, no caso dos autos, impõe-se de modo imediato, em face da urgência e conseqüências que possam acarretar a não-realização.
5. Constitui função institucional e nobre do Ministério Público buscar a entrega da prestação jurisdicional para obrigar o Estado a fornecer medicamento essencial à saúde de pessoa carente, especialmente quando sofre de doença grave que se não for tratada poderá causar, prematuramente, a sua morte.
6. O Estado, ao negar a proteção perseguida nas circunstâncias dos autos, omitindo-se em garantir o direito fundamental à saúde, humilha a cidadania, descumpre o seu dever constitucional e ostenta prática violenta de atentado à dignidade humana e à vida. É totalitário e insensível.
7. Pela peculiaridade do caso e em face da sua urgência, não se afastar as delimitações na efetivação da medida sócio-protetiva pleiteada, não padecendo de ilegalidade a decisão que ordena à Administração Pública a dar continuidade a tratamento médico.
8. Legitimidade ativa do Ministério Público para propor ação civil pública em defesa de direito indisponível, como é o direito à saúde, em benefício de pessoa pobre.
9. Precedentes desta Corte Superior e do colendo STF.
10. Recurso provido.

Comentários

Como se pode verificar o Relator Ministro JOSÉ DELGADO da primeira turma, deferiu o pedido do recurso provido para o fornecimento de medicamentos para pessoa de doença grave (hepatite B crônica) pelo o SUS, alegando que o Estado tem o dever de fornecer medicamento gratuito, pois este é um Direito Constitucional fundamental. O Ministro alegou

também a urgência de fornecer a medicação, pois a pessoa corria risco de morte. Levou em consideração o princípio da igualdade e da dignidade humana, pois se trata de uma pessoa carente precisando de medicamentos para a sua sobrevivência digna.

Além disso, o Ministro JOSÉ DELGADO alegou a função institucional, ou seja, o papel do Ministério Público de buscar a prestação jurisdicional sempre que se tratar de Direito Indisponível, como é o direito à vida e a saúde. Nesse sentido, o Ministério Público é legitimado a propor também Ação Civil Pública em defesa dos cidadãos com relação à saúde.

9.2 RE-AgR 393175 / RS - RIO GRANDE DO SUL

RE-AgR 393175 / RS - RIO GRANDE DO SUL
AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO
Relator(a): Min. CELSO DE MELLO
Julgamento: 12/12/2006 Órgão Julgador: Segunda Turma

Publicação
DJ 02-02-2007 PP-00140
EMENT VOL-02262-08 PP-01524

Parte(s)
AGTE.(S) : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADV.(A/S) : PGE-RS - KARINA DA SILVA BRUM
AGDO.(A/S) : LUIZ MARCELO DIAS E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S) : LÚCIA LIEBLING KOPITKE E OUTRO(A/S)

Ementa
PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO - PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES - DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, "CAPUT", E 196) - PRECEDENTES (STF) - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir,

ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, "caput", e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. MULTA E EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE RECORRER. - O abuso do direito de recorrer - por qualificar-se como prática incompatível com o postulado ético-jurídico da lealdade processual - constitui ato de litigância maliciosa repellido pelo ordenamento positivo, especialmente nos casos em que a parte interpõe recurso com intuito evidentemente protelatório, hipótese em que se legitima a imposição de multa. A multa a que se refere o art. 557, § 2º, do CPC possui função inibitória, pois visa a impedir o exercício abusivo do direito de recorrer e a obstar a indevida utilização do processo como instrumento de retardamento da solução jurisdicional do conflito de interesses. Precedentes.

Decisão

A Turma, por votação unânime, negou provimento ao recurso de agravo e, por considerá-lo manifestamente infundado, impôs, à parte agravante, multa de 1% sobre o valor da causa, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Cezar Peluso. 2ª Turma, 12.12.2006.

AI-AgR 597182 / RS - RIO GRANDE DO SUL

AG.REG.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO

Relator(a): Min. CEZAR PELUSO

Julgamento: 10/10/2006 Órgão Julgador: Segunda Turma

Publicação

DJ 06-11-2006 PP-00042

EMENT VOL-02254-07 PP-01384

Comentários

Como pode se verificar o Relator CELSO DE MELLO, por votação unânime da turma, negou o pedido do recurso de provimento do Estado, e ainda, arbitrou uma multa de 1% sobre a causa. O relator alegou que o Estado estava promovendo a ação para protelar o

fornecimento de medicação, ao agir, dessa forma usa-se de litigância de má-fé O Ministro CELSO DE MELLO utiliza do princípio de integralidade e do princípio da igualdade, haja vista que se trata de uma pessoa carente necessitando de remédios, e este deve ser fornecido na sua integralidade. Ele alega que a CF/88 não pode ser uma norma programática, ou seja, não pode ser uma norma dirigente e sim efetiva, pois não podemos transformar em promessa a CF/88. Segundo ele o Estado tem o dever de implementar as políticas sociais e econômicas que visem a garantir o acesso a saúde, farmacêutica e médico-hospitalar.

9.3 Processo Resp684646/RS: Recurso Especial 2004/0118791-4

Processo Resp684646/RS: Recurso Especial 2004/0118791-4

Relator(a) Ministro Luiz Fux (1122)

Órgão Julgador T1- Primeira Turma

Data do Julgamento 05/05/2005

Data da Publicação/Fonte DJ30.05.2005.p.247

Ementa

RECURSO ESPECIAL. SUS. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. PACIENTE PORTADOR DO VÍRUS HIV. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER DO ESTADO.

1. Ação ordinária objetivando a condenação do Estado do Rio Grande do Sul e Município de Porto Alegre ao fornecimento gratuito de medicamento não registrado no Brasil, mas que consta de receituário médico, necessário ao tratamento de paciente portador do vírus HIV.

2. O sistema Único de Saúde – SUS visa a integralidade da assistência à saúde, seja individual ou coletiva, devendo atender aos que dela necessitem em qualquer grau de complexidade, de modo que, restando comprovado o acometimento do indivíduo ou de um grupo por determinada moléstia, necessitando de determinado medicamento para debelá-la, esta deve ser fornecido, de modo a atender ao princípio maior, que é a garantia à vida digna.

3- Configurada a necessidade do recorrente de ver atendida a sua pretensão, posto legítima e constitucionalmente garantida, uma vez assegurado o direito à saúde e, em última instância, à vida. A saúde, como de sabença, é direito de todos e dever do Estado.

4. Precedentes desta Corte, entre eles, *mutadis mutandis*, o Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº83/MG, Relator Ministro Edson Vidigal, corte do Estado garantir, mediante a implantações de políticas sociais e econômicas, o acesso universal e igualitário à saúde, bem como os serviços e medidas necessários à sua promoção, proteção e recuperação (CF/88, art. 196). 2. O não preenchimento de mera formalidade – no caso, inclusão de medicamento em lista prévia – não pode, por si só, obstaculizar o fornecimento gratuito de medicação a portador de moléstia gravíssima, se comprovada a respectiva necessidade e receita, aquela, por médico para tanto capacitado. Precedente desta Corte. 3. Concedida tutela antecipada no sentido de, considerando a gravidade da doença enfocada, impor ao Estado, apenas ao cumprimento de obrigação que a própria Constituição Federal lhe reserva, não se evidenciar plausível a alegação de que o cumprimento da decisão poderia inviabilizar a execução dos serviços públicos.

5- Ademais, o STF sedimentou entendimento no sentido de que "PACIENTE COM HIV/AIDS- FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS- DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) – PRECEDENTES (STD) – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. – O Direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 169). Traduz bem jurídico constitucional tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. – O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas- representa consequência constitucional indissociável direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE – O Caráter programático da regra inscrita no art. 169 da carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converte-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES – O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamento a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade e preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, *caput*, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem a não a consciência da sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF." (RE271286 AgR/RS, Relator Min. CELSO DE MELLO, Segunda turma, DJ de 24.11.2000).

6. Recursos especiais desprovidos

Comentários

Como podemos observar a decisão do STF foi favorável ao cidadão brasileiro, haja vista este tem seu direito e sua garantia albergado na CF/88, garantia esta que se encontra nos direitos fundamentais e é valorizado pelo princípio da dignidade da pessoa humana. A efetividade ao direito à saúde é dever do Estado, não podendo ser omissão, sendo assim, considera que o Poder Jurídico é legitimado para intervir nesse mérito.

Essa Corte leva em consideração o princípio da integralidade, devendo ser atendido o direito à saúde, mesmo em qualquer grau de complexidade, para quem necessite dela; visa

também o princípio da igualdade, da universalidade, pois em se tratando de medicamentos mais especializados, ao os garantir estará tratando os iguais igualmente e os desiguais desigualmente. Estará garantida a universalidade que proclama que todos têm direito à saúde, a integralidade e a equidade, sobre os quais se centram o SUS, conforme propugna nossa Carta Magna – a nossa Constituição Cidadã.

CONCLUSÃO

Analisando todos os problemas que norteiam esse tema concluimos que o Poder Judiciário é legitimado para decidir questões que envolvam a política de saúde pública.

Tratando-se de um Estado Democrático, obedecendo a divisão dos Poderes conforme estudado, há casos em que essa função é exercida de forma atípica.

Essa divisão existe, bem como o exercício de funções atípicas, mas faz-se necessário para o que o Estado atue com equilíbrio, que se façam com eficácia o controle das políticas públicas através do Poder Judiciário, uma vez que é a este que o cidadão recorre, exercendo assim sua cidadania, para além do voto na escolha dos seus legítimos representantes.

Nós elegemos representantes, e uma das formas de cobrar os nossos direitos é chamar o Poder Judiciário para a tomada de decisões, quando outros poderes não o fazem, devendo este ao atuar, o fazer tendo em vista os princípios constitucionais da razoabilidade, da igualdade, da universalidade, da eficiência, e da integralidade.

O Poder Judiciário quando conhecer e julgar uma lide tem que verificar a real necessidade e urgência baseando-se em um laudo ou receituário médico, pois cabe a ele aplicar a lei dentro da razoabilidade, assegurando, porém a integralidade do atendimento à saúde.

Além do mais se tratando de saúde, consideramos que o Poder Judiciário pode legitimamente intervir nos atos administrativo discricionários, pois se trata de agir para proteger um dos bens mais preciosos que é a vida, valorado acima de outros valores, uma vez que sem sua real proteção, perecem todos os outros direitos.

Quanto a alegação da "reserva do possível" e do orçamento público como óbices para o atendimento à saúde, quando há deferimento do juiz nessas situações em concreto, há de se reconhecer que as prioridades foram atendidas, devendo ainda a população exigir que o Poder Público invista mais nesta área do que em outras.

Finalmente, quanto ao papel do Ministério Público verificamos que este não só é legitimado a propor ação civil pública, mas também de intervir nas ações individuais de direitos indisponíveis (Fundamentais).

Além de ter uma função social de defender a sociedade brasileira, o Ministério Público tem a função de promover a fiscalização dos três Poderes no controle Jurisdicional, atuando no sentido de garantir um equilíbrio entre os mesmos.

Vivemos em uma democracia e queremos uma sociedade mais justa, mais participativa e consciente dos seus direitos.

Os julgados jurisprudenciais têm sido no sentido de preservar a saúde, como um valor maior garantido pela CF/88 e concebido como direito do cidadão e dever do Estado. Inquestionável, portanto, que a atuação dos magistrados assumam papel de especial relevância. Isto porque, na condição de intérpretes e aplicadores últimos do Direito, a eles compete assegurar o máximo de efetividade às normas constitucionais.

É inconcebível que a efetividade dos direitos fundamentais fique sob a responsabilidade e a cargo exclusivo da Administração Pública e do Legislativo, desobrigando o Poder Judiciário.

A solidificação e aperfeiçoamento do Estado Social e Democrático de Direito e, conseqüentemente, a concretização e efetivação dos direitos fundamentais da sociedade é obrigação comum de todos os Poderes do Estado, que devem atuar de forma integrada. Isso significa dizer, que se um dos poderes constituídos não desempenhar a contento seu mister constitucional, cabe aos demais suprir essa lacuna, de forma que a sociedade brasileira usufrua, de todos os direitos sociais que lhe foram assegurados pela Carta Magna.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKEL FILHO, Diomar. **Writs Constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1991.

BALEEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel Abreu Machado. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. 7ª edição. São Paulo: Forense, 2005.

BIGOLIN, Giovani. **A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais**. Revista Doutrina, 2006. Disponível em: www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/constitucional/giovanibigolin.htm. Acesso em: 01 jul 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: DF, 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARVALHO, Ivana Carolina Mariz e HENRIQUES, Juliana Mancini. **A Judicialização da Saúde**. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=61821 Acesso em 11 jul 2008

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Saraiva, 2002.

COSTA E CASTRO, Flávio Dino de. **A função realizadora do poder jurídico e as políticas públicas no Brasil**. Brasília, 2005. p. 40-53, jan/mar. Disponível em: www.cjf.jus.br/revista/numero28/artigo04.pdf. Acesso em: 04 de julho de 2008.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1998**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995. 6 v.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 1ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 1991.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1996.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 8º Ed. São Paulo Milheiros, 2006.

FILHO, Marino Pazzagli. **Crimes de responsabilidade fiscal**. 3º Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GOUVEIA, Joilson Fernandes. **Do cabimento do Habeas Corpus e do Mandado de segurança nas prisões e detenções disciplinares ilegais na Polícia Militar de Alagoas**. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1594>. Acesso em 19 set 2008.

JUS NAVEGANDI. Disponível em: < <http://jus.uol.com.br/> > Acesso em: 02 jul 2008.

LEVY, Marcos Lobo de Freitas. Disponível em: http://marcoslevy.blogspot.com/2005_11_01_archive.html. Acesso em: 06 jul 2008.

LEYSER, Mª Fátima Vaqueiro Ramalho. **Mandado de Segurança individual e coletivo**. São Paulo: W V C, 2002

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1990.

_____. **Direito Administrativo Brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Milheiros, 1998.

MELLO JÚNIOR, João Cancio de. **A função de controle dos atos da administração pública pelo Ministério Público**. Belo Horizonte: Líder Cultura Jurídica, 2001.

MINISTÉRIO PÚBLICO RIO GRANDE DO SUL. **O A saúde como garantia fundamental e a política pública como seu limite**. Disponível em: www.mp.rs.gov.br/dirhum/doutrina/id537.htm. Acesso em: 04 jul 2008.

PINTO FERREIRA, Luís. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1996.

REALE, Miguel. **Revogação e anulamento do ato administrativo**. Rio de Janeiro, Forense, 1980.

SANTOS, Fernanda Marinela de Souza. **Resumo de Direito Administrativo**. Disponível em: <intervox.nce.ufrj.br/~diniz/d/direito/adm-Administrativo_Marinela.doc>. Acesso em: 07 jul 2008

SARLET, Ingo Wolfgang. **Jurisdição e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Escola Superior de Magistratura, 2006.

SILVA FILHO, Derly Barreto e. **Controle Jurisdicional dos Atos Políticos do Poder Executivo**, in Revista Trimestral de Direito Público 8/1994. Ed. Malheiros.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 06 jul 2008.