

29/10/2013

SEGUNDA TURMA

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 581.352 AMAZONAS

RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO
AGTE.(S) : ESTADO DO AMAZONAS
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO
AMAZONAS
AGDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO
AMAZONAS

E M E N T A: AMPLIAÇÃO E MELHORIA NO ATENDIMENTO DE GESTANTES EM MATERNIDADES ESTADUAIS – DEVER ESTATAL DE ASSISTÊNCIA MATERNO-INFANTIL RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL – OBRIGAÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, INCLUSIVE AOS ESTADOS-MEMBROS – CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO ESTADO-MEMBRO – DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819) – COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) – A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCAÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDER COMPROMETER O NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197) – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO ESTADO – A TEORIA DA “RESTRICÇÃO DAS

RE 581352 AGR / AM

RESTRICÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) – **CARÁTER COGENTE E VINCULANTE** DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, **INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM** DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE **NA ÁREA DA SAÚDE** (CF, ARTS. 196, 197 E 227) – **A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS”** – **A COLMATAÇÃO** DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS **COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL** FUNDADA EM COMPORTAMENTO **AFIRMATIVO** DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E **DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL** DO DIREITO – **CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE** DA OMISSÃO DO ESTADO: **ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL** QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA **DE CERTOS** PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (**PROIBIÇÃO** DE RETROCESSO SOCIAL, **PROTEÇÃO** AO MÍNIMO EXISTENCIAL, **VEDAÇÃO** DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE **E PROIBIÇÃO** DE EXCESSO) – **DOCTRINA** – **PRECEDENTES** DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL **EM TEMA** DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS **DELINEADAS** NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (**RTJ** 174/687 – **RTJ** 175/1212-1213 – **RTJ** 199/1219-1220) – **POSSIBILIDADE JURÍDICO-PROCESSUAL** DE UTILIZAÇÃO DAS “**ASTREINTES**” (CPC, ART. 461, § 5º) **COMO MEIO COERCITIVO INDIRETO** – **EXISTÊNCIA**, NO CASO EM EXAME, **DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL** – **AÇÃO CIVIL PÚBLICA**: INSTRUMENTO PROCESSUAL ADEQUADO À PROTEÇÃO JURISDICIONAL DE DIREITOS REVESTIDOS **DE METAINDIVIDUALIDADE** – **LEGITIMAÇÃO ATIVA** DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CF, ART. 129, III) – **A FUNÇÃO INSTITUCIONAL** DO MINISTÉRIO PÚBLICO **COMO “DEFENSOR DO POVO”** (CF, ART. 129, II) – **DOCTRINA** – **PRECEDENTES** – **RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO**.

RE 581352 AGR / AM

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **acordam** os Ministros do Supremo Tribunal Federal, **em Segunda Turma**, sob a Presidência da Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, **por unanimidade** de votos, **em negar provimento** ao agravo regimental, **nos termos** do voto do Relator.

Brasília, 29 de outubro de 2013.

CELSO DE MELLO – RELATOR

29/10/2013

SEGUNDA TURMA

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 581.352 AMAZONAS

RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO
AGTE.(S) : ESTADO DO AMAZONAS
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO
AMAZONAS
AGDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO
AMAZONAS

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO – (Relator): Trata-se de recurso de agravo, tempestivamente interposto pelo Estado do Amazonas, contra decisão que conheceu e deu provimento ao recurso extraordinário deduzido pelo Ministério Público estadual (fls. 820/848).

Postula-se, nesta sede recursal, seja reformado o ato decisório ora questionado (fls. 850/858).

Por não me convencer das razões expostas, submeto, à apreciação desta colenda Turma, o presente recurso de agravo.

É o relatório.

29/10/2013

SEGUNDA TURMA

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 581.352 AMAZONAS

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO – (Relator): Não assiste razão à parte recorrente, eis que a decisão agravada ajusta-se, com integral fidelidade, à diretriz jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal firmou na matéria ora em exame.

Com efeito, o recurso extraordinário deduzido nestes autos foi interposto contra acórdão, que, confirmado pelo E. Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, em sede de embargos de declaração (fls. 591/595), está assim ementado (fls. 569):

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÕES DE FAZER. AMPLIAÇÃO E MELHORIA NO ATENDIMENTO DE GESTANTES EM MATERNIDADES ESTADUAIS. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA INFÂNCIA E DA ADOLESCÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DAS FUNÇÕES ESTATAIS.

1. *A ação civil pública que tem por escopo impor obrigações de fazer consistentes em ampliar e melhorar o atendimento de gestantes em maternidades estaduais deve ser proposta perante o Juizado da Infância e da Adolescência do local onde ocorreu a omissão a ser corrigida, porquanto, em última análise, visa a proteger o direito fundamental à vida e à saúde de crianças e adolescentes (Lei 8.069/90, arts. 7º, 148, IV, 208, parágrafo único e 209).*

2. *Não cabe ao Ministério Público ou ao Poder judiciário impor as necessidades sociais que o Poder Executivo deve prioritariamente atender. Pensar diversamente implicaria violar o princípio da separação das funções estatais (Constituição Federal, art. 5º, LV) e a iniciativa do Poder Executivo quanto aos projetos de lei que disponham sobre a fixação de despesas públicas (Constituição Federal, arts. 165 e 167).” (grifei)*

RE 581352 AGR / AM

O Ministério Público do Estado do Amazonas, parte ora recorrida, sustentou que o acórdão por ele impugnado em sede recursal extraordinária **teria transgredido** os preceitos **inscritos** nos arts. 129, inciso II, 196, 197 e 227, **todos** da Constituição da República.

O Ministério Público Federal, **em manifestação** da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. WAGNER DE CASTRO MATHIAS NETTO, **opinou pelo provimento** do apelo extremo em questão, **em parecer** assim ementado (fls. 807):

“Recurso Extraordinário. Ação Civil Pública. Atendimento hospitalar pré e perinatal. Observância às diretrizes do Sistema Único de Saúde. Obrigação de fazer oriunda de mandamento normativo. Adequação da via. Pelo provimento do recurso.” (grifei)

O exame desta causa **convence-me da inteira correção** dos fundamentos **invocados** pelo Ministério Público Federal **e que informam e dão consistência** ao seu douto parecer.

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

Isso significa, portanto, que a pretensão recursal extraordinária deduzida pelo Ministério Público – **que dispõe** de plena legitimidade ativa “*ad causam*” **para propor** ação civil pública **visando** à defesa do direito à saúde (AI 655.392/RS, Rel. Min. EROS GRAU – AI 662.339/RS,

RE 581352 AGR / AM

Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – RE 462.416/RS, Rel. Min. GILMAR MENDES, v.g.) – **tem o beneplácito** da jurisprudência constitucional desta Suprema Corte:

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

1. Esta Corte já firmou a orientação de que o Ministério Público detém legitimidade para requerer, em Juízo, a implementação de políticas públicas por parte do Poder Executivo de molde a assegurar a concretização de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos garantidos pela Constituição Federal, como é o caso do acesso à saúde.

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

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

4. Agravo regimental não provido.”

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

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

1. O direito a saúde é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas

RE 581352 AGR / AM

públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço.

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

3. *Agravo regimental improvido."*

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

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

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

RE 581352 AGR / AM

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

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

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

“ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

RE 581352 AGR / AM

ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBITRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA 'RESERVA DO POSSÍVEL'. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO 'MÍNIMO EXISTENCIAL'. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO)."

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

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

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

RE 581352 AGR / AM

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

- **Se o Estado deixar de adotar** as medidas necessárias à **realização concreta** dos preceitos da Constituição, **em ordem** a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, **abstendo-se**, em conseqüência, **de cumprir o dever de prestação** que a Constituição lhe impôs, **incidirá em violação negativa** do texto constitucional. Deste **'non facere'** ou **'non praestare'**, resultará a **inconstitucionalidade por omissão**, que pode ser **total**, quando é **nenhuma** a providência adotada, ou **parcial**, quando é **insuficiente** a medida efetivada pelo Poder Público.

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

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

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

RE 581352 AGR / AM

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

Corretíssima, portanto, a r. sentença do ilustre magistrado de primeiro grau, que bem examinou a controvérsia constitucional, dirimindo-a com apoio em fundamentos que têm o beneplácito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (fls. 498/502).

Vale destacar, por oportuno, fragmento dessa decisão (fls. 501):

“Todos os estabelecimentos de saúde pública ou conveniados com o SUS – Sistema único de Saúde, são obrigados a prestar atendimento às gestantes, crianças e adolescentes, dando-lhes tratamento especial e adequado, procedendo a exames, diagnósticos e terapêutica recomendados, bem como prestar orientação aos pais, sobre anormalidades detectadas em seus metabolismos.

Como vemos, a presente Ação Civil Pública visa, objetivamente, resgatar a ofensa a direitos das parturientes e neonatos, que por negligência e falta de estrutura hospitalar da rede de saúde pública do Estado, o qual vem incorrendo na oferta irregular no atendimento público na área da saúde, conforme constam das irregularidades apontadas na Exordial de fls. 01/30.

É patente a dificuldade de acesso, atendimento e serviços na saúde pública. Pois, os pacientes percorrem longos e tortuosos caminhos em busca da recuperação de sua saúde e, na maioria das vezes, têm encontrado obstáculos quase que intransponíveis, em detrimento aos seus direitos fundamentais.

RE 581352 AGR / AM

Ademais, a salvo as questões de cumprimento de prazos determinados na medida liminar, a aplicação de multa pecuniária e a discussão sobre o princípio da separação dos poderes, sob argumento de que não pode o Poder Judiciário erigir prioridades para a administração, obrigando o Estado ao cumprimento de suas finalidades programáticas; em nenhum momento, o Requerido contestou as irregularidades apontadas pelo autor no sistema de saúde materno-infantil, objeto da presente ação.”
(grifei)

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

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

Cabe referir, neste ponto, **ante a extrema pertinência** de suas observações, **a advertência** de LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN, ilustre Procuradora Regional da República (“Políticas Públicas – A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público”, p. 59, 95 e 97, 2000, Max Limonad), **cujo magistério**, a propósito **da limitada** discricionariedade governamental **em tema de concretização** das políticas públicas constitucionais, **corretamente assinala**:

“Nesse contexto constitucional, que implica também na renovação das práticas políticas, o administrador está vinculado às

RE 581352 AGR / AM

políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal; a sua omissão é passível de responsabilização e a sua margem de discricionariedade é mínima, não contemplando o não fazer.

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

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

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

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à "reserva do possível" (LUÍS FERNANDO SGARBOSSA, "Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos", vol. 1, 2010, Fabris Editor; STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, "The Cost of Rights", 1999, Norton, New York; ANA PAULA DE BARCELLOS, "A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais", p. 245/246, 2002, Renovar; FLÁVIO GALDINO, "Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos", p. 190/198, itens ns. 9.5 e 9.6, e p. 345/347, item n. 15.3, 2005, Lumen Juris), notadamente em sede de efetivação e implementação (usualmente onerosas) de determinados direitos cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações

RE 581352 AGR / AM

estatais **positivas** concretizadoras de tais prerrogativas individuais **e/ou** coletivas.

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

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

Cumpr advertir, desse modo, **que a cláusula** da “reserva do possível” – **ressalvada** a ocorrência de **justo** motivo **objetivamente aferível** – **não pode** ser invocada, pelo Estado, **com a finalidade** de exonerar-se, **dolosamente**, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, **notadamente** quando, **dessa conduta governamental negativa**, **puder resultar** nulificação **ou, até mesmo, aniquilação** de direitos constitucionais **impregnados** de um sentido de essencial fundamentalidade.

Tratando-se de típico direito de prestação positiva, **que se subsume** ao conceito de liberdade real **ou** concreta, **a proteção** à saúde – que compreende **todas** as prerrogativas, individuais **ou** coletivas, **referidas** na Constituição da República (**notadamente** em seu art. 196) – **tem por**

RE 581352 AGR / AM

fundamento regra constitucional cuja densidade normativa **não permite** que, **em torno** da efetiva realização de tal comando, o Poder Público **disponha** de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação, **e de cujo exercício** possa resultar, *paradoxalmente*, **com base em simples alegação** de mera conveniência **e/ou** oportunidade, **a nulificação mesma** dessa prerrogativa essencial.

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

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

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

A impostergabilidade da efetivação desse dever constitucional **autoriza o acolhimento** do pleito recursal que o Ministério Público do Estado do Amazonas **deduziu** na presente causa.

Tal como pode enfatizar em decisão por mim proferida **no exercício da Presidência** do Supremo Tribunal Federal, **em contexto assemelhado** ao da presente causa (**Pet 1.246/SC**), **entre proteger a inviolabilidade** do direito à vida e à saúde – **que se qualifica** como direito subjetivo

RE 581352 AGR / AM

inalienável **a todos** assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, “*caput*”, e art. 196) – **ou fazer prevalecer**, contra essa prerrogativa fundamental, **um interesse financeiro e secundário** do Estado, **entendo**, uma vez configurado esse dilema, que razões de ordem ético-jurídica **impõem, ao julgador, uma só e possível opção**: aquela **que privilegia** o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas.

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

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

Cumprir não perder de perspectiva, por isso mesmo, que o direito público subjetivo à saúde **representa** prerrogativa jurídica **indisponível**, assegurada **à generalidade** das pessoas **pela própria** Constituição da República. **Traduz** bem jurídico constitucionalmente tutelado, **por cuja integridade deve** velar, **de maneira responsável**, o Poder Público, **a quem incumbe formular – e implementar –** políticas sociais e econômicas **que visem a garantir**, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar.

RE 581352 AGR / AM

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

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

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

- O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

- O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no

RE 581352 AGR / AM

plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

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

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

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

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

Vê-se, desse modo, que, **mais do que a simples posituação** dos direitos sociais – **que traduz estágio necessário** ao processo de sua afirmação constitucional **e que atua como pressuposto indispensável** à sua eficácia jurídica (JOSÉ AFONSO DA SILVA, “Poder Constituinte e Poder Popular”, p. 199, itens ns. 20/21, 2000, Malheiros) –, **recai**, sobre o Estado, **inafastável vínculo institucional** consistente em conferir **real efetividade** a tais prerrogativas básicas, **em ordem** a permitir, **às pessoas**,

RE 581352 AGR / AM

nos casos **de injustificável inadimplemento** da obrigação estatal, **que tenham elas acesso** a um sistema organizado de garantias instrumentalmente vinculadas **à realização**, *por parte das entidades governamentais*, **da tarefa** que lhes impôs a **própria** Constituição.

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

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

Entendo, *por isso mesmo*, como já **anteriormente** assinalado, **que se revela acolhível** a pretensão recursal **deduzida** pelo Ministério Público do Estado do Amazonas, **notadamente** em face da jurisprudência que se formou, **no Supremo Tribunal Federal**, sobre a questão ora em análise.

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

RE 581352 AGR / AM

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

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

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

As situações configuradoras **de omissão inconstitucional** – **ainda que se cuide de omissão parcial** derivada **da insuficiente concretização**, pelo Poder Público, do conteúdo material da norma impositiva fundada na Carta Política – **refletem comportamento estatal que deve ser repellido, pois a inércia do Estado qualifica-se** como uma das causas geradoras **dos processos informais de mudança da Constituição, tal como o revela** autorizado magistério doutrinário (ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, “Processos Informais de Mudança da Constituição”, p. 230/232, item n. 5, 1986, Max Limonad; JORGE MIRANDA, “Manual de Direito Constitucional”, tomo II/406 e 409, 2ª ed., 1988, Coimbra

RE 581352 AGR / AM

Editora; J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “**Fundamentos da Constituição**”, p. 46, item n. 2.3.4, 1991, Coimbra Editora).

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

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

A percepção da gravidade e das consequências lesivas derivadas do gesto infiel do Poder Público que transgride, por omissão ou por insatisfatória concretização, os encargos de que se tornou depositário, por efeito de expressa determinação constitucional, foi revelada, entre nós, já no período monárquico, em lúcido magistério, por PIMENTA BUENO (“Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império”, p. 45, reedição do Ministério da Justiça, 1958) e reafirmada por eminentes autores contemporâneos em lições que acentuam o desvalor jurídico do comportamento estatal omissivo (JOSÉ AFONSO DA SILVA, “Aplicabilidade das Normas Constitucionais”, p. 226, item n. 4, 3ª ed., 1998, Malheiros; ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, “Processos Informais de Mudança da Constituição”, p. 217/218, 1986, Max Limonad; PONTES DE MIRANDA, “Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969”, tomo I/15-16, 2ª ed., 1970, RT, v.g.).

O desprestígio da Constituição – por inércia de órgãos meramente constituídos – representa um dos mais graves aspectos da patologia

RE 581352 AGR / AM

constitucional, pois reflete **inaceitável** desprezo, **por parte** das instituições governamentais, **da autoridade suprema** da Lei Fundamental do Estado.

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

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

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

- A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.

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

RE 581352 AGR / AM

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

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

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

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

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

Refiro-me ao princípio da proibição do retrocesso, que, em tema de direitos fundamentais de caráter social, impede que sejam

RE 581352 AGR / AM

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

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

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

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

RE 581352 AGR / AM

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

RE 581352 AGR / AM

prática numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura a simples desse núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado.” (grifei)

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

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

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

.....
Em grande medida, os direitos sociais traduzem-se para o Estado em obrigação de fazer, sobretudo de criar certas instituições públicas (sistema escolar, sistema de segurança social, etc.). Enquanto elas não forem criadas, a Constituição só pode fundamentar exigências para que se criem; mas após terem sido

RE 581352 AGR / AM

*criadas, a Constituição passa a proteger a sua existência, como se já existissem à data da Constituição. As tarefas constitucionais impostas ao Estado em sede de direitos fundamentais no sentido de criar certas instituições ou serviços não o obrigam apenas a criá-los, **obrigam-no também a não aboli-los uma vez criados.***

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

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

As razões ora expostas convencem-me da inteira procedência da pretensão recursal deduzida pelo Ministério Público do Estado do Amazonas, **seja** em face das considerações que expendeu no recurso extraordinário em causa, **seja**, ainda, **em virtude** dos próprios fundamentos **que dão suporte** ao parecer do ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. WAGNER DE CASTRO MATHIAS NETTO, que, no ponto, **assim se pronunciou** (fls. 809, 810 e 818):

“Nesse contexto, é perfeitamente possível ao Poder Judiciário, através da regular prestação jurisdicional, condenar o Estado a uma obrigação de fazer, em ação civil pública, na tutela de interesses difusos, coletivos e individuais – indisponíveis ou homogêneos – bem como das respectivas e necessárias políticas públicas, cuja razão de existir é a sociedade.

Admitir tese diversa, imunizando a atuação do Estado, em razão da estratégia política assumida, a qualquer controle judicial

RE 581352 AGR / AM

ou à efetividade que lhe é inerente, redundaria em liberdade irrestrita ao administrador, com a minimização ou mesmo supressão de normas constitucionais e dispositivos legais, relegando seu cumprimento a plano secundário, a depender da discricionariedade administrativa e das prioridades estabelecidas pelo poder público.

Esta, por certo, não é a finalidade da Carta Política, que, estruturando o poder e definindo as fronteiras de seu exercício, não deve, simplesmente e sem maiores conseqüências, sucumbir às opções governamentais, estas sim obrigatoriamente limitadas aos parâmetros constitucionais vigentes.

.....
Assim, comprovada a inação governamental abusiva, que redundou, concretamente, em negativa de garantia inerente ao núcleo da dignidade da pessoa humana, afigura-se viável a pretensão deduzida na ação civil pública.” (grifei)

Isso significa, portanto, considerada a indiscutível primazia constitucional reconhecida à assistência materno-infantil (ANA MARIA MOREIRA MARCHESAN, “O princípio da prioridade absoluta aos direitos da criança e do adolescente e a discricionariedade administrativa”, “in” RT 749/82-103), que a ineficiência administrativa, o descaso governamental com direitos básicos do cidadão, a incapacidade de gerir os recursos públicos, a incompetência na adequada implementação da programação orçamentária em tema de saúde pública, a falta de visão política na justa percepção, pelo administrador, do enorme significado social de que se reveste a saúde da criança e da gestante (art. 227 da Constituição da República), a inoperância funcional dos gestores públicos na concretização das imposições constitucionais estabelecidas em favor das pessoas carentes **não podem nem devem representar obstáculos à execução, pelo Poder Público, notadamente pelo Estado, das normas inscritas nos arts. 196, 197 e 227 da Constituição da República, **que traduzem e impõem**, ao Estado, um inafastável dever de cumprimento obrigacional, sob pena de a ilegitimidade **dessa inaceitável omissão governamental importar em grave vulneração** a um direito**

RE 581352 AGR / AM

fundamental da cidadania e que é, no contexto que ora se examina, o direito à saúde, cuja amplitude conceitual **abrange**, na globalidade de seu alcance, o “*dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde (...) além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência (...)*” (**CE**, art. 227).

Entendo, assim, **não assistir razão** ao acórdão proferido pelo E. Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, pois o eventual acolhimento de seus argumentos certamente conduziria a resultado **inaceitável sob a perspectiva constitucional** do direito à vida, à saúde e à assistência materno-infantil.

Observo, ainda, que o Ministério Público do Estado do Amazonas **também postulou a imposição de multa cominatória** ao Estado do Amazonas, **no valor** de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) **por dia de atraso na adoção** das medidas de ampliação e de melhoria no atendimento a gestantes e a recém-nascidos em maternidades estaduais.

Cabe enfatizar, neste ponto, **que a aplicação de multa cominatória, como meio coercitivo indireto, “por tempo de atraso”, destinada** a conferir efetividade à tutela jurisdicional específica, em ordem a possibilitar a obtenção do resultado prático decorrente da condenação judicial relativa à execução de obrigação de fazer, **encontra pleno suporte** em nosso ordenamento positivo (**CPC**, art. 461, §§ 4º e 5º).

É de ressaltar, por oportuno, **que as “astreintes” podem** ser legitimamente impostas às pessoas jurídicas de direito público, **consoante adverte** autorizado magistério doutrinário (LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA, “**Algumas Questões sobre as Astreintes (Multa Cominatória)**”, “in” Revista Dialética de Direito Processual nº 15, p. 95/104, item n. 7, junho/2004; GUILHERME RIZZO AMARAL, “**As Astreintes e o Processo Civil Brasileiro: multa do artigo 461 do CPC e outras**”, p. 99/103, item n. 3.5.4, 2004, Livraria do Advogado

RE 581352 AGR / AM

Editora; EDUARDO TALAMINI, “Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e de não Fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84)”, p. 246/247, item n. 9.3.4, 2ª ed., 2003, Editora Revista dos Tribunais, v.g.).

Esse entendimento doutrinário, por sua vez, reflete-se na jurisprudência firmada pelos Tribunais, cujas decisões (RE 488.208/SC, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RT 808/253-256 – RE 370/297-299 – Ag 743.420-AgRg/PR, Rel. Min. NILSON NAVES – REsp 201.378/SP, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES – REsp 611.434/RN, Rel. Min. FELIX FISCHER – REsp 769.532/PE, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA – REsp 784.188/RS, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI – REsp 810.017/RS, Rel. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, v.g.) reconhecem a possibilidade jurídico-processual de condenação da Fazenda Pública na multa cominatória prevista no § 5º do art. 461 do CPC, tal como esta Suprema Corte já o proclamou:

“LEGITIMIDADE JURÍDICA DA IMPOSIÇÃO, AO PODER PÚBLICO, DAS ‘ASTREINTES’.

- Inexiste obstáculo jurídico-processual à utilização, contra entidades de direito público, da multa cominatória prevista no § 5º do art. 461 do CPC. A ‘astreinte’ – que se reveste de função coercitiva – tem por finalidade específica compelir, legitimamente, o devedor, mesmo que se cuide do Poder Público, a cumprir o preceito. Doutrina. Jurisprudência.”

(RE 495.740-TAR/DE, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Também correta, quanto a esse tópico, a r. sentença proferida pelo magistrado estadual de primeiro grau.

Cumprir referir, finalmente, que, ao contrário do alegado pelo Estado do Amazonas na presente sede recursal, não há que se cogitar, na espécie, de aplicação da denominada teoria da causa madura, que supõe a existência – incorrente no caso – de sentença meramente terminativa, vale

RE 581352 AGR / AM

dizer, de sentença que extinguiu o processo, **sem** resolução de mérito (CPC, art. 515, § 3º).

Com efeito, o ilustre magistrado **de primeiro grau** – **ao examinar a causa sob os seus diversos aspectos, notadamente** aqueles de caráter fático-probatório, **havendo inclusive reconhecido** que o próprio Estado do Amazonas, “*em nenhum momento (...) contestou as irregularidades apontadas pelo autor no sistema de saúde materno-infantil, objeto da presente ação*” (fls. 501 – grifei) – **veio a proferir sentença definitiva, veiculadora** de resolução jurisdicional **do mérito** da causa, **plenamente ajustável** ao que dispõe o art. 269, inciso I, do CPC (fls. 498/502).

Como **precedentemente** assinalado, **por tratar-se**, no caso, *de sentença definitiva completa*, **inexiste** obstáculo processual a que, **provido** o recurso extraordinário **deduzido** pelo Ministério Público estadual, seja invalidado o acórdão recorrido e restaurada, *em sua integralidade*, a sentença definitiva emanada do magistrado de primeira instância, que efetivamente julgou o fundo da controvérsia.

Diversa, porém, seria a situação processual se o acórdão recorrido **houvesse meramente reconhecido** a ilegitimidade ativa “*ad causam*” do Ministério Público para o ajuizamento da ação civil pública, **hipótese em que, provido** o apelo extremo do “*Parquet*”, **caberia** a esta Corte **determinar o regular prosseguimento da causa** no primeiro grau de jurisdição, **como já tive o ensejo de decidir** nesta Suprema Corte (RE 591.304/SE, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RE 608.870/PE, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*).

Essa, no entanto, não é a hipótese ora em exame, como **anteriormente** ressaltado, **motivo pelo qual** se revela plenamente legítimo *o julgamento monocrático* (fls. 820/848) de que ora se recorre.

RE 581352 AGR / AM

Sendo assim, e tendo em consideração as razões expostas, nego provimento ao presente recurso de agravo, mantendo, em consequência, por seus próprios fundamentos, a decisão ora agravada.

É o meu voto.



SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 581.352

PROCED. : AMAZONAS

RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO

AGTE.(S) : ESTADO DO AMAZONAS

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAZONAS

AGDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS

Decisão: A Turma, por votação unânime, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. **2ª Turma**, 29.10.2013.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Teori Zavascki.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Mário José Gisi.

Ravena Siqueira
Secretária Substituta