
DIREITO DO ESTADO EM DEBATE

REVISTA JURÍDICA
DA PROCURADORIA-GERAL
DO ESTADO DO PARANÁ

2010

DIREITO
DO ESTADO
EM DEBATE

Conselho Editorial

Aldacy Rachid Coutinho
Carlos Frederico Marés de Souza Filho
Celso Luiz Ludwig
Érica de Oliveira Hartmann
Eros Belin de Moura Cordeiro
Eroulths Cortiano Junior
Fernando Borges Mânica
Guilherme Roman Borges
Henrique Guelber de Mendonça
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho
Jair Lima Gevaerd Filho
Joe Tennyson Velo
José Antônio Peres Gediél
Jozélia Nogueira
Lauri Caetano da Silva
Leila Cuéllar
Manoel Caetano Ferreira Filho
Marcia Carla Pereira Ribeiro
Ricardo Saavedra Hurtado
Rodrigo Luís Kanayama
Rodrigo Xavier Leonardo
Roland Hasson
Safira Orçatto Merelles do Prado
Sandro Marcelo Kozikoski

Comissão Editorial

Alexandre Pydd
Ana Elisa Perez Souza
Guilherme Freire de Melo Barros
Luiz Henrique Sormani Barbugiani
Luyza Marks de Almeida
Paulo Sergio Rosso
Roberto Altheim
Vitor Acir Puppi Stanislawczuk

DIREITO DO ESTADO EM DEBATE

REVISTA JURÍDICA

DA PROCURADORIA GERAL

DO ESTADO DO PARANÁ

2010

REVISTA JURÍDICA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
DO PARANÁ.

Curitiba : PGE, 1987-

(anual)

Continuação da Revista da Procuradoria Geral do Estado do Paraná, v. 1-6
(1987-1997)

ISSN : 1981-3465

1. DIREITO – PERIÓDICOS. I. CURITIBA (PR).
PROCURADORIA GERAL.

CDD - 340.05

CDU - 34 (05)



Antônia Schwinden (*Coordenação*), Glauce Midori Nakamura (*Capa*),
Tatiane Buzzatto (*Editoração Eletrônica*)

Apresentação

Por que uma Revista da Procuradoria Geral do Estado?

O Estado e o Direito são irmãos gêmeos, filhos da modernidade. Essa irmandade os fez tão próximos que imediatamente se nota que o princípio mais firme que rege a organização estatal é a legalidade. O velho Estado liberal moldado para ser o guardião dos direitos de liberdade, igualdade propriedade e segurança, tinha na legalidade a sua força e era a partir dela que dizia o Direito na lei e no julgamento dos fatos segundo a lei. Aquele Estado liberal precisava apenas de técnicos de direito que pudessem, tomados os fatos, dizer o Direito. O Poder Executivo do Estado apenas tinha a função de organizar seus instrumentos de coerção para garantir a lei e a sentença. Isso tudo porque no já longínquo século XIX se acreditava que a felicidade humana proporcionada pela liberdade e igualdade faria alcançar o equilíbrio da sociedade: era a fé cívica na autorregulação. Não eram necessários advogados públicos nem procuradorias gerais para defender o Estado.

Quando, como nos contava Karl Polanyi, a autorregulação se mostrou não só ineficiente, mas nefasta e perversa para com a felicidade humana, o Estado foi reformado e as Constituições passaram a admitir sua intervenção na ordem econômica e social. Era o fim do absolutismo da autorregulação; a ordem econômica e social exigia a participação de Estado para regular assuntos tão transcendentais como saúde, previdência, e logo educação, segurança pública, e ainda contratos de trabalho, uso da terra e sua função social, transporte, turismo, diversão, lazer e quantos mais importem para a vida em sociedade. Um pouco mais tarde, uma nova crise, para além da econômica e social, se apresentou com muita força, exigindo intervenção mais poderosa do Estado: a crise ambiental. O Estado deixava de ser o ente acima dos contratos e juridicamente irresponsável.

Nesse momento nascem, como tábua salvadora, não só do autorregulado capitalismo como da própria humanidade a beira de uma anunciada

desgraça, o que viria a se chamar, ainda com conceito indefinido, com elogios ou críticas, políticas públicas. O Estado passou a agir, interferir, contratar, negociar, regular, conceder. O Estado passou a ser proprietário, contratante, consumidor, arrendatário.

Se o princípio da legalidade para o Estado era apenas sua ação garantidora das leis, manifestada principalmente pelo Poder Judiciário, neste novo modelo passa a ser muito mais do que isso. O Estado não precisa somente de juízes, precisa de advogados que não se limitam a defendê-lo nos contratos nem na responsabilidade que passa a ter por atos legais ou ilegais, contratuais ou extracontratuais, mais ainda, advogados que lhe indiquem o caminho da legalidade de suas políticas públicas. O princípio da legalidade passou a fazer parte da essência existencial do Estado e cada vez mais as políticas públicas determinam a sua ação e, por trás de cada política pública está a lei gerando o império necessário da legalidade. Intérprete da lei e da legalidade os advogados públicos, estaduais, municipais ou federais têm que estar preparados e atentos, teórica, política e tecnicamente para responder a cada uma das indagações, interpretações, orientações e, por fim, à defesa dos atos que criam, aplicam, ampliam as políticas públicas, dentro da mais estrita legalidade.

Assim, todas as Procuradorias Gerais dos Estados e a do Paraná, muito especialmente, têm que estar em permanente aprimoramento, estudo, reflexão, tratando desde as normas que regem o funcionalismo até os complexos temas interdisciplinares da proteção cultural ou ambiental. E isso, somado ao hábito de produzir petições, pareceres, arrazoados e ler tantas quantas teorias, teses jurídicas se apresentarem, faz com que a produção intelectual de seus integrantes se pareça a uma academia jurídica.

Mas não nos confundamos, enquanto a aparência é muito próxima à acadêmica, a essência não, porque leva à razão prática do direito em juízo, isto quer dizer, a dura tarefa dos advogados chamados de procuradores do Estado não é apenas a elaboração teórica descomprometida e marcada pela inconsistente “neutralidade” acadêmica, a produção teórica aliada à prática da defesa do

Estado, da chamada coisa pública, paga pelo erário, tem um compromisso, um lado, a defesa desse mesmo erário, da ação pública, da intervenção na ordem econômica e social e, como diz a Constituição federal de 1988, um compromisso com a erradicação da pobreza e das desigualdades sociais e regionais.

Daí a importância de publicar revistas especializadas como esta. Os procuradores do Estado e os demais teóricos do direito público têm uma permanente dívida de pensar e refletir a defesa do interesse público, e colocar a reflexão na prática. Esta dívida é impagável porque se renova a cada desigualdade e injustiça, a cada foco de crise cultural ou ambiental, a cada ameaça a direitos fundamentais ou à biodiversidade. E uma revista serve exatamente para que as ideias fluam, o debate esquentado, a razão floresça e as soluções surjam, não necessariamente das páginas escritas, mas das críticas, reflexões, dos debates e aprofundamentos que as leituras trazem.

Portanto, sem mais delongas, à leitura!

Curitiba, agosto de 2010.

Marco Antonio Lima Berberi

Procurador-Geral

Carlos Frederico Marés de Souza Filho

Procuradores do Estado do Paraná

Sumário

Apresentação	5
---------------------------	----------

Marco Antonio Lima Berberi

Carlos Frederico Marés de Souza Filho

I – Doutrina

Cumprimento de sentença em ações de medicamentos:

possibilidades de revisão em procedimento específico

Izabella Maria Medeiros e Araújo Pinto e Rafael Soares Leite 13

A prerrogativa processual da Fazenda Pública de obter

efeito suspensivo automático nos embargos à execução

Daniela Luiz 39

O direito fundamental à saúde na perspectiva da

Constituição Federal: uma análise comparada

Marcelene Carvalho da Silva Ramos 53

Democracia e tutela jurisdicional sob a ótica

hermenêutica de Ronald Dworkin

Alessandro Antonio Passari 93

II – Jurisprudência

Ação Rescisória nº 1.376: responsabilidade civil do

Estado; fuga de preso; nexo causal

Luiz Henrique Sormani Barbugiani 119

III – Pareceres

Consulta sobre o momento oportuno em concurso público
para aferição de compatibilidade entre a deficiência física
e as atribuições de cargo público no caso de candidato portador
de deficiência

José Anacleto Abduch Santos 129

Contratos de publicidade e propaganda; inobservância da

Lei de Responsabilidade Fiscal

Lilian Didoné Calomeno e Sergio Botto de Lacerda 149

DOCTRINA

2010

Cumprimento de Sentença em Ações de Medicamentos: possibilidades de revisão em procedimento específico

Izabella Maria Medeiros e Araújo Pinto

Rafael Soares Leite¹

Introdução

Diante da generosa leitura do conteúdo jurídico do direito à saúde feita nos últimos anos pela jurisprudência pátria, as ações para tutela desse direito têm seguido uma tendência de vertiginoso crescimento, a engrossar as estatísticas dos Tribunais. Em consequência à proliferação de liminares determinando o fornecimento de medicamentos pelo Poder Público, o impacto financeiro sobre os orçamentos governamentais adquire ainda maior relevância².

Essas ações têm por objeto compelir o Estado a fornecer medicamentos ou tratamentos para o restabelecimento da saúde do

¹ Procuradores do Estado do Paraná. Agradecemos ao colega Guilherme Freire de Melo Barros pela revisão do texto e pela valiosa contribuição na compreensão de algumas nuances teóricas sobre o tema.

² Em que pese a ausência de um banco de dados sistematizados que ofereça estatísticas confiáveis do volume das ações judiciais de medicamentos no Brasil, insta apontar que o Ministério da Saúde gastou, em 2008, R\$ 52 milhões com a compra de medicamentos determinada pela Justiça, o triplo do que havia gasto no ano anterior. Todavia, registre-se o excepcional caso de São Paulo, em que houve uma queda de 22,5%. As autoridades atribuem essa queda ao desbaratamento de condutas criminosas por pessoas que forjavam receita médica para obrigar o Estado ao seu cumprimento. Disponível em <http://www4.ensp.fiocruz.br/visa/noticias/noticia.cfm?noticia=1649>. Acesso em 14/06/2009.

beneficiário, às quais nos referiremos adiante como “ações de medicamentos”. Pouco se tem analisado a respeito da fase de cumprimento de sentença dessas ações. Diversas sentenças determinam o fornecimento com termo de início, mas sem data conclusiva, prolongando seus efeitos por prazo indeterminado, rumo a um futuro incerto. Porém, casos existem em que as enfermidades e agravos podem regredir, reabilitando significativamente o beneficiário dessas ações judiciais, a implicar a desnecessidade de seu uso contínuo ou a redução da dosagem utilizada. Em outras situações, o advento de uma técnica inovadora, um medicamento genérico ou o reconhecimento científico da ineficácia ou prejudicialidade de certo tratamento altera drasticamente as circunstâncias fáticas.

Com a identificação de cura e reabilitação dos beneficiários da tutela jurisdicional, os avanços da tecnologia médica e o aprimoramento da racionalidade na assistência farmacêutica, surge para o Estado o legítimo interesse em rever o conteúdo da sentença ou, ao menos, rediscutir os seus limites. Porém, a questão se torna demasiadamente sensível, à medida que adentra no árido campo da revisão da sentença e alteração dos pressupostos fáticos da causa de pedir, flertando, mas não se confundindo, com o debate sobre a relativização da coisa julgada.

A tese ora apresentada busca investigar, no campo da processualística, os instrumentos oferecidos pelo direito para veicular essa pretensão estatal. Pretende-se, desse modo, resguardar o interesse público e aplicar *in concreto* o princípio constitucional da eficiência, estancando o erário de desperdícios injustificados ou de desvios irregulares.

A tutela específica das obrigações como conteúdo decisório de sentenças de procedência do dever de fornecer medicamentos

A decisão que obriga o ente público a fornecer medicamento ou tratamento é típica hipótese de tutela específica das obrigações de fazer, não fazer e de entrega de coisa, prevista nos artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil.

Tal imposição deriva do dever jurídico genericamente previsto no art. 196 da Constituição Federal, que estabelece a universalidade do

direito à saúde e o dever do Estado de garanti-lo mediante políticas sociais e econômicas que assegurem a redução do risco de doença e o amplo acesso às ações e serviços de saúde. Sendo assim, constitui-se numa obrigação de fazer, e não numa obrigação de entrega de coisa, pois o direito sob tutela corresponde ao direito à saúde, não havendo um direito a receber determinado medicamento.

Eduardo Talamini adverte que a distinção entre o dever de fazer e o dever de dar nem sempre é clara: “Há casos em que em um mesmo dever reúnem-se a imposição de uma atividade (que não se confunde com a simples entrega de coisa ou pagamento) com a imposição de entrega ou transferência patrimonial de uma coisa corpórea ou de dinheiro”³.

Embora a distinção possa parecer estéril, diante do tratamento dado às obrigações de entrega de coisa pela Lei nº 10.444/02, que lhes aplicou regime semelhante ao das obrigações de fazer e não fazer conferido pela Lei nº 8.952/94, a diferenciação adquire relevância quando se analisa a natureza continuativa da obrigação.

Ora, se o direito à saúde é uma obrigação permanente do Estado, que deverá orientar as políticas públicas para a promoção, proteção e recuperação da saúde, o estado de doença do beneficiário não o é. A indicação do medicamento ou tratamento pelo médico pressupõe a possibilidade de regressão do quadro de patologia ou até mesmo de total reabilitação. Destarte, a obrigação do Estado não é uma obrigação estática – de entregar o medicamento –, mas, sim, a de prover o beneficiário com o adequado tratamento, na exata medida da sua necessidade⁴.

³ TALAMINI, E. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 132.

⁴ Cabe aqui esclarecer que não adentraremos na interminável discussão acerca das obrigações de cada um dos entes federados no Sistema Único de Saúde, alimentada pela ausência de uma regulamentação que delimite claramente o papel da União, dos Estados e dos Municípios. A situação em análise pressupõe o esgotamento desta discussão no processo de conhecimento e na sua (aparente) superação com o trânsito em julgado da sentença.

Feitas estas considerações iniciais, passemos a analisar o instituto da tutela específica.

Desde o Código Civil de 1916, o direito positivo brasileiro sinalizava a primazia da tutela específica das obrigações em detrimento da tutela ressarcitória pelo equivalente monetário. Exemplo disso são os artigos 1.056 e 1.534⁵, que estabeleciam a responsabilidade por perdas e danos se frustrado o cumprimento da obrigação na espécie ajustada.

Embora exista quem não consiga visualizar, nessas disposições, a preferência pela tutela específica, a maior parte da doutrina entende que: “A previsão, no direito obrigacional, de que o inadimplemento gera direito a indenização (...) jamais pôde ser interpretada como impedimento de, antes, o titular do direito exigir o cumprimento do dever tal como originalmente estabelecido”⁶.

O Código de Processo Civil de 1973, da mesma forma, continha dispositivos em seu texto originário que priorizavam a tutela específica da obrigação, a exemplo do art. 639, já revogado, que assegurava à parte prejudicada pelo inadimplemento da obrigação a obtenção de uma sentença que produzisse o mesmo efeito do contrato a ser firmado.

Essa prioridade natural de que goza a tutela específica das obrigações sobre a tutela pelo equivalente se justifica em virtude da correspondência lógica entre a titularidade de um direito e a proteção a um determinado bem da vida. Evidente, pois, que a conversão em perdas e danos não é o principal resultado desejado pelo titular do direito violado, sendo preferível a realização material e específica do bem da vida sob tutela.

⁵ Art. 1.056. Não cumprindo a obrigação, ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos, responde o devedor por perdas e danos. Art. 1.534. Se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente, no lugar onde se execute a obrigação.

⁶ TALAMINI. op. cit. p. 36.

No entanto, até a reforma processual de 1994, não havia no ordenamento pátrio medidas coercitivas ou executivas, ou procedimentos específicos⁷ que pudessem assegurar a tutela jurisdicional específica da obrigação.

Assim diagnostica Clayton Maranhão⁸:

Seguramente, um dos maiores defeitos do sistema processual brasileiro estava em não predispor técnicas efetivas e adequadas de tutela jurisdicional preventiva. Por isso a afirmação no sentido de que o direito objetivo apenas prometia tutela após a violação dos direitos, nunca antes.

No mesmo sentido é a constatação de Talamini: *“Portanto, sob o prisma do direito material, sempre houve a absoluta preferência pelo resultado (e pelo cumprimento) específico. Faltavam – é verdade – instrumentos processuais que refletissem de modo mais claro tal desígnio do ordenamento substancial.”*⁹

O direito processual brasileiro caracterizava-se pela profunda distinção entre a fase cognitiva e a fase executória, sendo pressuposto da satisfatividade da tutela jurisdicional a cognição exauriente. O processo de execução adquire relevo neste cenário, constituindo-se numa nova relação jurídica processual, com nova causa de pedir (consistente no título executivo) e com necessidade de nova citação.

Essa dualidade entre processo de conhecimento e processo de execução encontra suas raízes na dicotomia entre Direito e Sociedade que marcou o Estado Liberal, quando imperavam os ideais de liberdade, o individualismo e a igualdade formal. Desde então, os institutos de direito

⁷ À exceção das ações de conteúdo patrimonial, das quais são exemplo as ações possessórias.

⁸ MARANHÃO, C. **Tutela jurisdicional do direito à saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 37.

⁹ TALAMINI. Op. cit. p. 37.

processual se alicerçavam na realização dos direitos patrimoniais e no dogma da neutralidade da jurisdição.

Ovídio Baptista da Silva ilustra tal conjuntura com perfeição:

não há necessidade, realmente, de grande esforço dialético para demonstrar que a separação radical entre ‘processo de conhecimento’ e ‘processo de execução’ corresponde a uma manifestação moderna, fruto das concepções liberais dos séculos XVIII e XIX, dessa mesma idéia de atividade jurisdicional como simples *ius dicere*, muito próximo da atividade arbitral, em que o magistrado se vê despojado de seus poderes de império, reduzido, como desejava o pensamento individualista e liberal da Revolução Francesa, a simples funcionário público servil aplicador da lei, a quem se negava, até mesmo, a faculdade de interpretá-la¹⁰.

Com a evolução do Estado Social e o surgimento de novas demandas e necessidades, o descompasso entre o direito positivo e os direitos emergentes evidenciava-se paulatinamente. O processo cautelar serviu, nesse contexto, como “válvula de escape”, sendo utilizado de forma pródiga e atípica para corrigir estas distorções.

Finalmente, a partir da reforma processual de 1994, que deu nova redação ao art. 461 do Código de Processo Civil, o direito processual civil brasileiro passa a ter instrumentos jurídicos capazes de realizar o direito em espécie e concretizar a primazia da tutela específica das obrigações sobre a tutela pelo equivalente.

O juiz é investido de poderes para tanto, podendo determinar providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

¹⁰ Apud: MARANHÃO, C. Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer e tutela específica da obrigação de entrega de coisa. In: MARINONI, L. G.; DIDIER Jr. F. (Coord.). **A segunda etapa da reforma processual**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 135.

Ainda, há a possibilidade de concessão de tutela jurisdicional com base em cognição sumária, o que representa a maior mudança com relação ao regime anterior. Se, numa análise perfunctória, for possível verificar a relevância do fundamento da demanda, e se houver justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz antecipar o provimento final e conceder a tutela liminarmente.

A principal característica dos provimentos concessivos de tutela do art. 461, pois, é o caráter mandamental e executivo *lato sensu* da decisão, de forma que podem ser executados no próprio processo em que conferidos, tendo em vista a sua natureza satisfativa.

Supera-se, com isso, a dicotomia entre processo de conhecimento e processo de execução e o julgador é retirado da posição de inércia e neutralidade anteriormente ocupada e retoma seu poder de império. Ao invés de só dizer o direito, adquire o juiz instrumentos processuais capazes de efetivamente concretizá-lo.

No entanto, se, de um lado, esse sistema possibilita a realização dos direitos de forma mais consentânea com as necessidades da sociedade moderna, acompanhando, com maior proporção, o dinamismo das novas relações sociais, por outro, o modelo não adquiriu imunidade a distorções.

Como a decisão proferida no processo de conhecimento, por si só, possibilita a satisfação do direito, não se instaura uma fase executiva, de liquidação ou de cumprimento de sentença, o que impede ao obrigado discutir os termos do adimplemento da obrigação após o trânsito em julgado.

Tal distorção exsurge especialmente nas obrigações de trato sucessivo ou nas chamadas relações jurídicas continuativas, como ocorre nas ações de medicamento. Nessas ações, como já aduzido, pleiteia-se a tutela específica da obrigação de o Poder Público garantir a todos o direito à saúde, consubstanciada, no caso concreto, no dever de fornecer o medicamento ou tratamento necessitado pelo requerente.

Se deferida a antecipação de tutela, como é de regra, o Estado fornece o medicamento *ab initio*, a partir de uma cognição sumária e, após regular instrução, permanece fornecendo-o com fulcro na sentença judicial

transitada em julgado. Tendo a decisão – tanto a antecipatória quanto a final – caráter satisfativo, não se instaura a fase executiva posterior, pois absolutamente desnecessária para o cumprimento do preceito. Tal atributo, no entanto, acaba por engessar nos limites formais do processo uma obrigação que é, por sua natureza, continuada, fazendo com que o dever do Estado de fornecer o medicamento se prolongue indefinidamente, sem que este possa verificar se persiste a necessidade do beneficiário.

Essa situação, certamente, não deve prosperar. Não se pode admitir que demandas irregulares sejam acobertadas pela universalidade do direito à saúde e pela efetividade da tutela jurisdicional, pois não é no sentido do injusto que se orienta o Direito e a evolução dos seus institutos. Todas as reformas pelas quais passou o direito processual buscaram equacionar as distorções entre o direito positivo e o direito material, aproximando o direito presente nos códigos e legislações às reais necessidades do homem comum.

Cumpre-nos, portanto, investigar como se deve compreender a coisa julgada na ação de medicamento, para que possamos conduzir o raciocínio à solução deste problema.

Efeitos da coisa julgada nas relações jurídicas de trato sucessivo

Inerente à ideia de coisa julgada é o caráter de estabilidade que se espera do pronunciamento judicial. A instauração de uma demanda e o desenvolvimento de uma relação processual orientam-se pela busca de um ato final: a sentença, derradeira manifestação do Estado-juiz que resolve a lide, tutelando o interesse de uma ou outra parte, ou até de ambas, ainda que parcialmente.

Após o percurso do processo – por vezes longo, tortuoso, fatigante – a expectativa mínima é que o conteúdo do decisório prolongue no tempo, de modo a evitar que as partes tenham que novamente debater em juízo sobre o ponto de conflito. O acerto seria garantido pelo efeito objetivo da coisa julgada – não mais recorrível, ela se torna definitiva e

indiscutível¹¹ pelos sujeitos de direito abrangidos por ela. Se inconformidade havia por alguma das partes, deverá ela ser silenciada pelo manto de autoridade oficial de que passa a gozar a sentença¹².

É nesse sentido que Pontes de Miranda percebe a finalidade desse instituto processual:

O que se decidiu e chegou a ser coisa julgada impõe-se ao futuro, pela firmeza, estabilidade (necessária à ordem extrínseca), que se fazem indispensáveis para se pôr termo à vacilação, à dúvida, ou ao distúrbio oriundos da instabilidade quanto à verdade intrínseca¹³.

É esse o conteúdo do princípio da imodificabilidade da sentença definitiva, de origem romana¹⁴. Porém, por vezes, a categoria dos “efeitos da coisa julgada” pode não se encaixar com perfeição em situações em que a relação de direito material possui um caráter dinâmico e complexo, desenvolvendo-se no tempo e não se restringindo ao cumprimento de uma obrigação episódica. Se nas sociedades modernas do século XIX e início do século XX relações dessa natureza eram poucas o suficiente para

¹¹ Por indiscutibilidade, quer-se dizer que “não pode mais haver controvérsia a respeito do que consta da sentença, de modo que nenhuma ação pode ser proposta para outra solução, ou para outras soluções. Contra a res iudicata somente pode ocorrer que haja algum pressuposto para a propositura da ação rescisória (art. 485), dentro do prazo preclusivo (art. 495).” (MIRANDA, P. de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo V. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 150.)

¹² “A coisa julgada, justamente em face destas considerações, é fenômeno que diz respeito à estabilização de um reconhecimento judicial e suficiente de um direito”. (BUENO, C. S. **Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário**. I. Tomo I. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 386)

¹³ MIRANDA, P. de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo V. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 152.

¹⁴ MIRANDA. Op. cit, p. 191.

receber mínima ou nenhuma atenção da nascente doutrina de processo civil, a realidade contemporânea – uma sociedade de riscos, complexa e em permanente busca de segurança – é repleta de exemplos de relações jurídicas denominadas trato sucessivo ou execução continuada.

Nessas relações, o vínculo jurídico não se resume a algumas obrigações a serem cumpridas em um único momento, mas se expande para formar um plexo recíproco de obrigações sucessivas que vinculam sujeito ativo e passivo – em muitas ocasiões, recambiando-se continuamente nessa posição – durante um considerável lapso de tempo, quando não abrangendo toda a vida de um ou de ambos. Cite-se, como exemplo, o dever de alimentos, o contrato de locação, os planos de saúde e a previdência complementar.

Em relações jurídicas mantidas por longa duração, espera-se naturalmente que as vicissitudes do tempo inevitavelmente alterem as circunstâncias fáticas que determinaram o direito como foi posto – isto é, a primeira definição de direitos e obrigações entre os sujeitos. Desse modo, ainda que o Direito confira o manto da estabilidade ao conteúdo do vínculo obrigacional (seja por meio do ato jurídico perfeito, seja pelo direito adquirido, seja pela coisa julgada), a realidade pode sobrepor-se às formas jurídicas, impedindo a uma parte o cumprimento de sua obrigação ou retirando da outra a legitimidade do título jurídico que lhe era antes conferido.

Desse modo, é certo que as transformações sociais, políticas e econômicas terão reflexos nas relações jurídicas. Diversos elementos abordados nas obrigações definidas no direito dependem da dinâmica verificada nos distintos setores da economia e estão igualmente sujeitos a rupturas e reformulações de ordem político-jurídica. Ao engessar a possibilidade de revisão de situações e relações jurídicas peculiares, o direito, sob o pretexto da “estabilidade”, não apenas correria o risco de provocar uma injustiça, como alcançaria um quadro de ineficiência, visto que os ganhos de uma parte poderão superar demasiadamente as perdas de outra.

Essa visão isolacionista e autônoma do direito desvinculá-lo-ia absolutamente do contexto social e econômico. O apego excessivo à noção de segurança e estabilidade jurídicas serviu para ressaltar no campo do direito, no decorrer de sua evolução, sua natureza manifestamente falha para alcançar relações sociais e econômicas de longa duração.

Com base nessa realidade dinâmica é que se concluiu:

Há regras jurídicas que projetam no tempo os próprios pressupostos, admitindo variações dos elementos quantitativos e qualitativos, de modo que a incidência delas não é instantânea, como a sucessão causa mortis, as obrigações do locatário e a transmissão da propriedade. A aplicação da lei que incidiu no momento da exigibilidade da pretensão, como se fosse de uma vez por todas, dentro do tempo, transformaria em regra de incidência instantânea, permanente e imutável, a regra que, de si mesma, atende à modificação futura das circunstâncias. Portanto, a imutabilidade feriria a regra, em vez de obedecer ao que ela estatui. É o direito material que determina a qualidade das suas regras, de modo que a coisa julgada formal ou material não é ofendida por essa mutabilidade, nem pela conseqüente alterabilidade dos termos da interpretação ou versão executiva inicial da sentença¹⁵.

Ao identificar esse problema (não sem antes ter que superar uma resistência pelos ardentes defensores do paradigma liberal-clássico), o direito material tem buscado e admitido soluções, ainda que permaneça uma relativa precariedade dos parâmetros normativos propostos. O direito privado moderno resgatou a cláusula do *rebus sic stantibus* do pensamento dos juristas medievais e aperfeiçoou-a; o direito administrativo recepcionou esse influxo para formular a teoria da imprevisão no âmbito dos contratos de direito público. Aprofunda-se, portanto, o estudo de mecanismos para alteração de contratos acabados – os assim conhecidos “atos jurídicos perfeitos”.

Todavia, como alterar uma sentença transitada em julgado quando os pressupostos de fato e até de direito que influíram a análise do julgador

¹⁵ MIRANDA, p. 193.

deixaram de existir ou sofreram uma alteração significativa a ponto de ensejar uma rediscussão da decisão judicial?

A formulação do problema também não passa despercebida pela processualística civil. Além de previsão em legislação esparsa e específica sobre revisão de situações jurídicas relativamente estáveis¹⁶, o próprio Código de Processo Civil adotou uma cláusula de escape, de modo a admitir situações em que uma das partes possa reinaugurar uma controvérsia previamente decidida.

Com o desenvolvimento de diversas explicações para essa alterabilidade da sentença na dogmática alemã¹⁷, mostrou-se mais plausível a posição, ainda que minoritária, de Josef Kohler: a sentença é proferida sobre o pressuposto de que, mudando as circunstâncias, ocorra a modificação. Constitui esse dado uma reserva implícita, explicitada com outro e posterior julgado. Transpõe-se, assim, para o processo civil, uma cláusula *rebus sic stantibus* implícita, em que pese o apontamento de Pontes de Miranda de que não há sentença com reserva. Esse entendimento foi amplamente adotado por setor da doutrina para justificar a revisão de sentença em relações jurídicas continuativas.

Como esclarece Sérgio Porto, acompanhando Moacyr Amaral Santos¹⁸,

¹⁶ Cite-se, a título de exemplo, o art. 15 da Lei n.º 5.479/68 (Lei de Alimentos), art. 68 da Lei n.º 8.245/1991 referente à ação revisional de aluguéis de imóveis urbanos, art. 6º, V, do Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90).

¹⁷ Para maior detalhamento sobre as diversas formulações teóricas e sua crítica, v. MIRANDA, p. 195-200.

¹⁸ SANTOS, M. A. **Comentários ao Código de Processo Civil. v. IV:** arts. 332-475. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 484.

com isto, permite-se a adaptação da situação fática, não obstante eventual trânsito em julgado de decisão anterior, a um novo tempo ou a novas circunstâncias, haja vista que esta traz embutida em si a cláusula rebus sic stantibus, a qual traduz a idéia, segundo ensina Plácido e Silva, de que persistirá o ajuste se subsistirem as condições econômicas ocorrentes ao tempo de sua celebração¹⁹.

Nesse ponto, convém analisar atentamente o seguinte dispositivo do CPC:

Art. 471. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo:

I – se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença;

II – nos demais casos prescritos em lei.

Em primeiro lugar, é importante destacar que o texto faz referência a categorias semânticas com significado próprio no direito processual, que devem ser explicitadas para melhor compreensão do raciocínio aqui desenvolvido.

A primeira parte do caput do art. 471 reforça a regra da estabilidade dos efeitos da coisa julgada, pois estipula como padrão que “nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas”.

Como aponta Moacyr Amaral Santos,

concretizando a afirmação de que a coisa julgada se projeta para o futuro, fazendo-se inviolável, no mesmo ou em outro processo, relativo à mesma lide, o artigo que se examina prescreve que ‘nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide’. A vedação se impõe ao juiz do processo, em que as questões foram decididas, como a qualquer outro juiz, em outro processo, a que

¹⁹ PORTO, S. G. **Comentários ao Código de Processo Civil. v. 6:** do processo de conhecimento, arts. 444 a 495. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 181.

se apresenta a mesma lide. O que ficou decidido, com autoridade de coisa julgada material, é imutável e indiscutível perante o mesmo ou outro juiz, no mesmo ou em outro processo²⁰.

Todavia, já na parte seguinte, inclui um conceito que dá margem a uma possível confusão: “relativas à mesma lide”.

É motivador de confusão, pois considera que uma modificação no estado de fato ou de direito, colocada no primeiro inciso desdobrador do artigo, não criaria uma nova lide, mas sim refletiria sobre aquela lide preexistente, que fora, de certa forma, decidida pela sentença transitada em julgado.

É por essa razão que autores como Pontes de Miranda reconhecem no dispositivo o alcance restrito à coisa julgada formal, não se referindo à coisa julgada material, vislumbrando no dispositivo a regra da preclusividade das resoluções judiciais, fazendo expressa referência não só à sentença como também às decisões interlocutórias²¹. É esse também o entendimento de Sérgio Porto²².

No art. 471, o CPC opta, portanto, por um conceito estático de lide. Ainda que baseada em relações continuativas, a lide não se modifica, mesmo que os seus pressupostos fáticos e jurídicos (“estado de fato ou de direito”, na locução adotada pela lei) se alterem após a sentença.

Desse modo, se a lide é delimitada pela ação, e o CPC concebe que a lide não se altera, eventual pleito de modificação da sentença não se trataria de uma nova ação, mas de um incidente processual repetitivo, isto é, sobre uma ação já proposta e julgada. E, reflexamente, por não existir uma nova ação, permaneceria a mesma causa de pedir e (ou) o mesmo pedido?

²⁰ SANTOS. Op. cit. p. 482.

²¹ MIRANDA. Op. cit., p. 191-192.

²² PORTO. Op. cit., p. 206.

Essa perspectiva estática choca-se com a compreensão de parte da doutrina, não se coadunando, por exemplo, com a definição de Cassio Scarpinella Bueno:

“Lide”, na terminologia empregada pelo Código de Processo Civil, deve ser entendida como “mérito”, como “objeto litigioso”, ou, ainda, como “pedido” – nomenclatura preferida por este Curso – pedido este para o qual se predestina a finalidade primeira da atividade jurisdicional, que é o julgamento para os fins do art. 269,I²³.

Se a lide deve ser compreendida como o próprio conflito em que se encontram autor e réu, expresso no pedido, é certo que uma pretensão baseada na mudança do estado de fato ou de direito faz um outro pedido, uma outra pretensão, um outro objeto litigioso. Portanto, nova lide.

Nesse sentido, Bueno entende que a alteração desses pressupostos a que alude o art. 471 muda a própria causa de pedir, o que enseja a instauração de um novo processo, distinto do anterior. Tratando-se de uma nova demanda – isto é, uma nova ação – não haveria quaisquer impedimentos a uma nova sentença e, por conseguinte, a uma nova coisa julgada²⁴. E assim tem compreendido também outras vozes da doutrina processual contemporânea²⁵.

²³ BUENO. Op. cit, p. 385.

²⁴ BUENO. Op. cit., p. 399.

²⁵ “Em outros termos: a alteração das circunstâncias de fato constitui alteração da causa de pedir, formando outra (nova) ação e abrindo ensejo a outra (nova) coisa julgada. Assim, quando são alteradas as circunstâncias de fato, será formada outra (nova) coisa julgada, que deverá conviver em harmonia com a coisa julgada respeitante às circunstâncias anteriores. Portanto, não é correto dizer, apenas porque as circunstâncias que fundaram a sentença podem variar, que não se forma coisa julgada em relação a ela, ou, o que é pior, que esta não transita em julgado. Não há aqui que se falar em ofensa à coisa julgada, já que a nova ação (proposta com base em nova causa de pedir) ainda não foi examinada pela jurisdição.” (ARENHART, S. C.; MARINONI, L. G. **Processo de conhecimento**. 7. ed. ver. E atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 659.)

A prevalecer a concepção desses autores – isto é, que mudanças de estado de fato e de direito levam a uma demanda fundamentada em nova causa de pedir e, por conseguinte, não estaria vinculada ou constrangida pela coisa julgada anterior – é de se perguntar se o art. 471 possui algum escopo maior, pois pareceria superficial, apenas explicitando o óbvio, ou pior, embaralhando ainda mais definições sedimentadas.

Contudo, seja pelo posicionamento clássico de que, nas relações continuativas, as sentenças eram proferidas com a cláusula implícita de reserva *rebus sic stantibus*, seja pelo entendimento recente que dispensa a alusão a esse instituto do direito civil, pois o fundamento residiria na mudança dos pressupostos fáticos e seus reflexos sobre a causa de pedir, ressaltamos que ambas as premissas conduzem à mesma conclusão: é possível alterar o conteúdo da relação jurídica definida na sentença, por meios processuais adequados, desde que surjam fatos supervenientes que tornem legítima essa pretensão.

Registramos aqui outra confusão a que alude, de forma uníssona, a doutrina consultada sobre a relação entre sentenças suscetíveis de modificação e coisa julgada material²⁶. Para esses autores, não haveria uma vedação de nova declaração posterior à sentença, ainda que transitada em julgado, quando configurada uma mudança de circunstâncias. Assim, a decisão de mérito transitada em julgado se sujeita à revisão²⁷. Em realidade, essa sentença é suscetível a um “processo de integração, decorrente da

²⁶ PORTO, p. 180; MIRANDA, p. 194.

²⁷ E assim também entende o Superior Tribunal de Justiça (STJ): “A coisa julgada material se forma sobre a sentença de mérito, mesmo que contenha decisão sobre relações continuativas; todavia, modificadas as situações fáticas ou jurídicas sobre as quais se formou a anterior coisa julgada material, tem-se uma nova ação, fundada em novos fatos ou em novo direito.” (Resp 13431 / RJ. 3 Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi. Julgado em 27/11/2007. Publicado no Dje em 26/11/2008.)

situação superveniente, a que deve o juiz atender, tendo em vista a natureza continuativa da relação jurídica decidida”²⁸.

Ressaltadas as possibilidades e dúvidas de ordem dogmática engendradas pelo dispositivo, passamos à análise dos requisitos legais para que seja autorizada a revisão da coisa julgada. O CPC admite a revisão da sentença passada em julgado, desde que:

- a lide sobre a qual recaiu a decisão refira-se a uma relação jurídica continuativa;
- haja modificação no estado de fato ou de direito.

O que se entende por relação jurídica continuativa?²⁹

Para Moacyr Amaral dos Santos, com base em Pontes de Miranda, trata-se de “relações jurídicas reguladas por regras jurídicas que projetam no tempo os próprios pressupostos, admitindo variações dos elementos qualitativos e qualificativos.”³⁰

Pode-se compreendê-las também como “relações nas hipóteses em que as variações pelo transcurso do tempo são da essência do negócio jurídico”³¹.

No direito civil, invoca-se a definição de Maria Helena Diniz que, embora se refira especificamente a contratos, pode ser facilmente transposta para alcançar quaisquer relações jurídicas de igual natureza:

os contratos de execução continuada são os que se protraem no tempo, caracterizando-se pela prática ou abstenção de atos reiterados, solvendo-se num

²⁸ Frederico Marques apud SANTOS. Op. cit., p. 484.

²⁹ A doutrina socorre, por vez, com outras locuções de idêntico conteúdo semântico (“relações de trato sucessivo”, “relações de execução continuada”). É de salientar que Santos denomina “sentenças determinativas” as sentenças proferidas sobre relações continuativas. SANTOS. Op. cit., p. 483.

³⁰ SANTOS, M. A. Op. cit., p. 181.

³¹ PORTO, Op. cit. 207.

espaço mais ou menos longo de tempo. Ocorrem quando a prestação de um ou de ambos os contraentes se dá a termo³².

Com base em Caio Mário da Silva Pereira apud Diniz, podemos concluir que relações jurídicas continuativas são aquelas que sobrevivem com a persistência da obrigação, muito embora ocorram soluções periódicas, até que, pelo implemento de uma condição ou decurso de um prazo, cessa a própria relação³³.

A modificação no estado de fato ou de direito consiste em uma alteração das circunstâncias fáticas e de alterações do status jurídico do sujeito, da relação ou do objeto sobre o qual recai essa relação³⁴, a exigir uma redefinição judicial do conjunto dos direitos e obrigações determinado na sentença anterior, transitada em julgado.

Como aponta Santos: “Se, no desenvolvimento da relação no tempo, após a prolação da sentença, verificar-se a mutação do estado de fato ou de direito, a essa a sentença terá que se adaptar.”³⁵

Uma divergência que repercute na doutrina e alcança cada vez mais os Tribunais refere-se à alteração legislativa e o impacto sobre a coisa julgada. Por aproximar da acalentada discussão sobre relativização da coisa julgada – que, embora se avizinha muito ao tema exposto nessa tese,

³² DINIZ, M. H. Curso de direito civil brasileiro. v. 3: Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 6. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 76.

³³ DINIZ. Op. cit., p. 77.

³⁴ “A possibilidade de modificação da dimensão dos efeitos da sentença não decorre apenas da modificação dos fatos, mas também poderá decorrer da modificação do estado de direito, como, por exemplo, quando, por circunstância superveniente, extingue-se o direito que suportara a pretensão originária.” (PORTO. Op. cit., p. 208.)

³⁵ SANTOS. Op. cit., p. 484.

não se mistura com ele – fazemos aqui simplesmente o seu registro, sem desenvolvê-lo, embora ciosos da repercussão do debate³⁶.

Em conclusão, para as “relações jurídicas continuativas”, o sistema processual admite sua revisão³⁷ diante de alteração dos pressupostos fáticos ou do estado de direito, bastando à parte interessada provocar a instância judicial que, verificando a razão do pleito, poderá modificar a sentença, ainda que transitada em julgado.

A existência do interesse jurídico do Estado em rever a sentença em ação de medicamentos no curso de seu cumprimento

Em prosseguimento, insta apontar algumas situações que podem levar o Estado a pleitear a revisão de sentença transitada em julgado. Pretendemos, de forma panorâmica, elencar algumas situações em que a alteração das circunstâncias fáticas ligadas ao medicamento conduz o Estado a se insurgir contra a sentença proferida, com o desiderato de rever os seus termos.

A revisão da sentença de medicamentos constitui-se, reflexamente, como uma forma de o Estado controlar e provocar uma reanálise das obrigações

³⁶ O art. 471, I, do CPC nada dispõe sobre a alteração do estado de direito em virtude da edição de novas leis. Deveríamos entender que a revisão é viável independentemente da forma como ocorreu a alteração do estado de direito? Resolve-se no âmbito da lei ordinária (CPC) ou haveria uma vedação constitucional no art. 5º, XXXVI, que impediria a interpretação do dispositivo por essa linha? Deixamos aqui indagações para reflexões, sem nos aventurar em respondê-las, dado o restrito objeto de nossa investigação.

³⁷ “Quando, em caso de condenação a prestações periódicas futuras, as circunstâncias se alterarem de tal maneira, que não mais se justifiquem as prestações, no todo, ou em parte, ou a própria condenação, ou a duração delas, - cabe à parte reclamar pela chamada ação de modificação.” (MIRANDA. Op. cit., p. 194)

fixadas, de modo a impedir que perpetue financiando medicamentos ou tratamentos quando eles não mais se fizerem necessários. Com a eliminação de encargos que se demonstrem injustificados, em longo prazo, poderá o Estado reduzir a carga sobre o erário, ao que poderá reverter a verba para outras finalidades do Sistema Único de Saúde (SUS), homenageando o princípio da eficiência consagrado no art. 37, caput, da Constituição.

Em regra, a revisão da sentença possui uma das três seguintes finalidades: i) agravação; ii) redução; ou iii) exoneração do encargo.

Por certo, a primeira finalidade – agravação do encargo – certamente dispensa o processo de revisão. Embora seja um aparente absurdo que o Estado ingresse com medida judicial para ampliar os termos de uma condenação que pesa sobre si próprio, não podemos ignorar, por exemplo, a possibilidade de que, administrativamente, o beneficiário de uma ação de medicamentos solicite uma ampliação da dosagem e obtém o deferimento do seu requerimento, sem intervenção judicial. Conceba-se, ainda, a situação em que uma lei superveniente expanda o tratamento e inclua o beneficiário em um programa, que vai além daquele reconhecido no dispositivo da sentença.

São situações que – não obstante prescindam do processo de revisão judicial – resolvem-se em favor do beneficiário e agravam o encargo atribuído ao Estado, ampliando suas obrigações. Por cautela, no caso de ampliação em sede administrativa, é recomendável que seja feito o registro nos autos judiciais, de modo a alertar o Estado-juíz sobre a extensão sponte propria realizada pelo Estado. Se porventura novo pedido for solicitado pelo beneficiário, o registro lá estará.

Quando aplicada à ação de medicamentos, a segunda finalidade – redução do encargo – admite a revisão para que se reduza a dosagem (por exemplo, de cinco aplicações/mês para três aplicações/mês), concentração de componentes da fórmula do medicamento (por exemplo, de 50mg para 25mg) ou a rotina do tratamento oferecido. Sua utilização se justifica quando há registros de melhora progressiva do beneficiário e se verifica

a desnecessidade em se continuar aplicando determinada dosagem. Contudo, considerando que a rediscussão judicial poderá trazer custos à máquina judiciária e eventualmente ao próprio Estado, deve-se perquirir sobre a relação custo/benefício e os ganhos de eficiência decorrentes da propositura de medida.

Por fim, a última finalidade – exoneração do encargo – pode ser a que maior número de possibilidades apresenta ao Estado. A revisão feita com esse propósito busca retirar a obrigação estipulada em sentença, mas não, necessariamente, sem substituí-la por outra. Em razão da evolução da pesquisa biomédica e farmacêutica, é possível que o tratamento ou medicamento determinado em sentença judicial demonstre-se derradeiramente ineficaz, inútil ou até prejudicial para a cura e reabilitação do beneficiário. Sem sentido, portanto, que seja mantida a obrigação do Estado em fornecer o medicamento ou aplicar o tratamento quando essa situação se configurar. Todavia, isso poderá implicar a sua substituição por outro.

É também o caso quando a medicina encontra outros meios – terapêuticos ou farmacêuticos – menos gravosos ao Estado e que conduzam a igual ou maior eficácia do medicamento pleiteado e obtido pela via judicial. Nesse cenário, existe um manifesto interesse do Estado em pleitear a revisão para exonerá-lo daquela obrigação fixada na sentença.

Outra hipótese refere-se à situação em que o uso continuado do medicamento resulta em reabilitação completa do beneficiário, ou que o medicamento se torna desnecessário em determinada fase de sua patologia. Recaindo a alteração fática sobre as condições de saúde do paciente, não há porque também não se abrir ao Estado a possibilidade de revisão de cumprimento da sentença quando a necessidade daquele medicamento simplesmente deixa de existir.

Pode-se ainda conceber, quando a sentença alcança certo grau de detalhamento, a revisão para substituir um medicamento especificamente registrado e de domínio de determinada empresa farmacêutica por outro genérico e de custo mais acessível ao Estado, quando a situação assim permitir.

Enfim, a ligeira evolução da medicina moderna, bem como o natural intento por maior controle do Estado sobre essas “relações jurídicas continuativas” decorrentes de sentenças judiciais, levarão ao aumento da gama de possibilidades de veiculação da revisão de sentença. Buscamos aqui apresentar apenas um limitado rol ilustrativo de situações, tentando demonstrar a utilidade desse instrumento para reduzir ineficiências decorrentes de sentenças judiciais.

Procedimento

O Código fala simplesmente em “revisão”, sem estabelecer a disciplina e o rito a ser seguido. A revisão deverá ocorrer por meio de uma nova ação? É um mero incidente processual? Exige-se o ato citatório? Admite ampla dilação probatória? Rediscute-se a matéria de direito, ainda que se invoque somente a modificação do “estado de fato”? O CPC não responde expressamente essas questões e, ao definir que se “trata da mesma lide”, dificulta ainda mais o encaixe da revisão no arcabouço conceitual do processo civil.

De tudo o que foi exposto, conclui-se que a possibilidade de “revisão” do julgado não é hipótese de exceção à imutabilidade da sentença, pois, de fato, não se busca nova decisão sobre questões já decididas, relativas à mesma lide, como define com impropriedade o legislador.

Como dito alhures, tratando-se de relação jurídica continuativa, a sentença transita em julgado apenas em relação à situação de fato existente no momento em que proferida, o que não implica modificação ou relativização da coisa julgada. A sentença primeira permanece inalterada, mas cessa sua eficácia preclusiva quando, por fatos supervenientes, altera-se o estado de fato e de direito, o que demanda a adequação do julgado às novas circunstâncias.

Sendo assim, há nova lide e novas questões a serem decididas, razão pela qual se entende que a ação revisional é ação autônoma, com objeto próprio e causa de pedir distinta da ação originária. É o que professa Moacyr Amaral dos Santos: “A ação de revisão ou modificação deverá

ser manifestada em processo distinto do em que foi proferida a sentença revisionanda, perante o juiz de primeiro grau que a proferiu, ainda que esta tenha sido objeto de recurso e por este afinal decidida”³⁸.

De regra, a ação deve se processar sob o rito ordinário, com necessidade de citação da parte contrária para resposta, nos termos da nova ação. Admite-se ampla dilação probatória, haja vista terem sido modificadas as circunstâncias fáticas presentes na demanda originária. Entende-se, ainda, ser possível discutir matéria de direito, quando a alteração da matéria fática gera reflexos na situação jurídica.

Cumpre-nos, ainda, analisar as características e os efeitos da sentença decorrentes da ação de revisão, isto é, da sentença proferida em decorrência das alterações fáticas. A sentença na ação de revisão tem eficácia *ex nunc*, não podendo, por óbvio, retroagir para modificar os efeitos pretéritos da sentença anteriormente prolatada. Isto porque a ação de revisão não tem por objeto a impugnação da sentença, o que a distingue dos recursos e da ação rescisória³⁹. Portanto, a nova decisão não retira a validade da outra, substituindo, dali em diante, a normatização da relação jurídica em comento.

Por fim, ressalta-se que poderão ser propostas tantas ações de revisão quanto forem as mudanças dos pressupostos fáticos. Desse modo, não há uma limitação ao número de ações revisionais, pois dependerá sempre das circunstâncias de fato supervenientes⁴⁰.

Como se vê, a revisão das sentenças proferidas em ações de medicamento se mostra um instrumento processual apto a corrigir as distorções apontadas, evitando que situações irregulares sejam ocultadas

³⁸ SANTOS. Op. cit. p. 484.

³⁹ MIRANDA. Op. cit. p. 198.

⁴⁰ Idem. Ibidem. p. 202.

sob o manto da coisa julgada. Desta forma, abre-se a oportunidade ao ente público obrigado ao fornecimento de medicamento de reanalisar a situação de fato que originou a demanda, de verificar se persistem as circunstâncias que a definiram e de discutir judicialmente os termos do seu adimplemento, impedindo que a obrigação se perpetue quando não mais necessária.

Conclusão

Considerando o que foi exposto, apresentamos as seguintes conclusões:

1. A ação de medicamentos tem como objetivo a tutela específica de uma obrigação de fazer: proporcionar ao beneficiário o medicamento ou tratamento necessário ao restabelecimento de sua saúde ou redução de seu sofrimento.
2. Diante da natureza mandamental e executiva *lato sensu* da sentença na tutela específica de medicamentos, não se instaura uma fase executiva, de liquidação ou de cumprimento de sentença, o que impede ao obrigado discutir os termos do adimplemento da obrigação após o trânsito em julgado.
3. A sentença é proferida sobre o pressuposto de que, mudando as circunstâncias fáticas, ocorrerá a modificação da relação jurídica, tal como se contivesse uma cláusula *rebus sic stantibus*. De igual forma, é certo que a alteração da causa de pedir implica, por si só, a caracterização de nova demanda, a permitir a modificação ou extinção da relação jurídica estabelecida.
4. A relação jurídica entre o Estado e o beneficiário de uma ação de medicamentos caracteriza-se como uma relação jurídica continuativa, isto é, aquela que sobrevive com a persistência da obrigação, muito embora ocorram soluções periódicas, até que, pelo implemento de uma condição ou decurso de um prazo, cessa a própria relação.

5. Nos termos do art. 471 do Código de Processo Civil, para as relações jurídicas continuativas admite-se a revisão do conteúdo obrigacional diante de alteração dos pressupostos fáticos ou do estado de direito, bastando à parte interessada provocar a instância judicial que, verificando a razão do pleito, poderá modificar a sentença, ainda que transitada em julgado.
6. O Estado tem manifesto interesse de agir para propor a ação de revisão para reduzir ou exonerar a obrigação de fornecer medicamento/tratamento quando novas circunstâncias fáticas levarem à irrazoabilidade em se manter o tratamento, homenageando o princípio constitucional da eficiência na Administração Pública.
7. O instrumento processual é a ação de revisão de medicamentos, independente da ação anterior, permitindo ampla rediscussão da matéria quanto ao fato novo posterior à sentença, seguindo-se, em regra, sob o rito ordinário.

Referências

- ARENHART, S. C.; MARINONI, L. G. **Processo de conhecimento**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- BUENO, C. S. **Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário**. 1. Tomo 1. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. v. 3. 6 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1989.
- MARANHÃO, C. Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer e tutela específica da obrigação de entrega de coisa. In: MARINONI, L. G.; DIDIER Jr. F. (Coord.). **A segunda etapa da reforma processual**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 113/160.
- MARANHÃO, C. **Tutela jurisdicional do direito à saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MARINONI, L. G. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MIRANDA, P. de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo V. Rio de Janeiro: Forense, 1974.
- SANTOS, M. A. dos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. IV: arts. 332-475. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- TALAMINI, E. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

A Prerrogativa Processual da Fazenda Pública de Obter Efeito Suspensivo Automático nos Embargos à Execução

Daniela Luiz¹

Introdução

As recentes alterações legislativas pelas quais passou o processo civil brasileiro, mais especificamente o processo de execução, trouxeram consigo diversas alterações no que concerne à defesa manejada pelo executado. Todavia, conforme se demonstrará aqui, algumas dessas alterações não são aplicáveis à Fazenda Pública, eis que, tratando-se de pessoa jurídica de direito público, a sua atividade deve pautar-se pelas regras do regime jurídico administrativo.

Uma das alterações introduzidas pela Lei nº 11.382/2006 foi a transmutação do conteúdo do artigo 739 para o recém-criado artigo 739-A, segundo o qual os embargos do executado não mais terão efeito suspensivo automático, mas apenas se estiverem presentes os requisitos previstos no § 1º do supracitado artigo.

Todavia, para a Fazenda Pública, a concessão do efeito suspensivo continua sendo automática no que tange à parte controversa da demanda, em respeito aos princípios da isonomia e da supremacia do interesse público, sendo necessária para a garantia do sistema constitucional de pagamento de precatórios e de requisição de pequeno valor (art. 100, caput e § 1º da Constituição Federal).

¹ Procuradora do Estado do Paraná.

Das prerrogativas processuais da Fazenda Pública como instrumentos para a concretização dos princípios da isonomia e da supremacia do interesse público

A lei processual civil previu certas regras diferenciadas à Fazenda Pública quando esta for parte de uma relação jurídica processual, uma vez que, quando estiver atuando em juízo, o ente público está, em verdade, a defender o erário, vale dizer, o conjunto de receitas públicas cuja contribuição adveio de toda a coletividade.

Importante observar que o ente público não representa os interesses individuais de alguém ou de algum grupo isolado. Ao demandar ou ser demandada, a Fazenda Pública está a defender os interesses de todos os sujeitos que habitam determinado município, estado ou país. Isso, portanto, é que deve ficar muito claro: o que a Fazenda Pública protege não é o interesse de um ou outro governante, mas, sim, a massa de recursos que foi arrecadada de todos os particulares.

Assim, em razão dessa peculiaridade, a Fazenda Pública é uma parte na relação jurídica processual diferenciada das demais, com o que deve ser lhe dado um tratamento diferente, em certas situações. Para Leonardo José Carneiro da Cunha:

Para que a Fazenda Pública possa, contudo, atuar da melhor e mais ampla maneira possível, é preciso que se lhe confirmem condições necessárias e suficientes a tanto. Dentre as condições oferecidas, avultam as prerrogativas processuais, identificadas, por alguns, como privilégios. Não se trata, a bem da verdade, de privilégios. Estes – os privilégios – consistem em vantagens sem fundamento, criando-se uma discriminação, com situações de desvantagens. As vantagens processuais conferidas à Fazenda Pública revestem o matiz de prerrogativas, eis que contêm fundamento razoável, atendendo, efetivamente, ao princípio da igualdade, no sentido aristotélico de tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual².

² CUNHA, L. J. C. da. **A fazenda pública em juízo**. 7. ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 34.

A legalidade das prerrogativas da Fazenda Pública em juízo são justificadas, ainda, em razão dos princípios da isonomia material e da supremacia do interesse público³ haja vista que a lei processual civil apenas previu regras diferenciadas para o ente público para que este possa ter condições, dada a sua peculiaridade, de atuar de forma a sempre proteger os interesses de toda a coletividade.

O princípio da isonomia justifica a existência das prerrogativas, na medida em que estas são necessárias para se adaptar às peculiaridades do ente público no processo em que este é parte. Já a supremacia do interesse público, por sua vez, justifica as prerrogativas em razão destas existirem apenas e tão somente em decorrência de que “os interesses públicos têm supremacia sobre os individuais”⁴. Tais considerações serão abordadas com mais detalhes a seguir.

Do princípio da igualdade material

Durante muito tempo, aplicou-se o princípio da igualdade segundo o seu conceito formal, isto é, a todos eram atribuídos os mesmos direitos e deveres, a partir da qual surgiu a máxima de que todos são iguais perante a lei. Entretanto, ocorreu uma mudança de paradigma no princípio da isonomia (baseada nos ensinamentos de Aristóteles), com o que se passou a entender que todos são iguais perante a lei, mas somente na medida de suas desigualdades. Nas palavras de Canotilho: “*Exige-se uma igualdade material, devendo tratar-se por igual o que é igual e desigualmente o que é desigual.*”⁵

³ Esses princípios serão trabalhados com mais detalhes no capítulo 3 deste trabalho.

⁴ DI PIETRO, M. S. Z. **Direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 62.

⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1996, p. 564.

O tratamento isonômico atribuído às pessoas não poderia ser cego, devendo ser analisada a situação concreta de cada sujeito; na medida em que as pessoas são diferentes entre si, cada qual deve receber tratamento específico, conforme sejam suas diferenças.

Conforme nos ensina Francisco Amaral:

Com o constitucionalismo liberal firma-se o princípio da igualdade de todos perante a lei (geral e abstrata), que o princípio democrático estende aos direitos políticos da cidadania. E com o Estado social advoga-se a igualdade de condições efetivas de exercício dos direitos, pois não basta a todos atribuir idênticos direitos quando divergem as situações concretas em que se encontram e que a esse exercício podem constituir obstáculo⁶.

Sem pretensão de esgotar o assunto, ao contrário, mas apenas para fazer a diferenciação que ora se afigura necessária, o princípio da igualdade formal se diferencia do da igualdade material, eis que aquele busca a isonomia pura, sem se atentar às condições individuais de cada sujeito; já este tem sua base fincada na incessante busca pela justiça social, com o que não se atrela a um postulado formal e abstrato de isonomia, atentando muito mais às condições peculiares de cada sujeito, para buscar a aproximação econômica, social e jurídica entre as pessoas.

A igualdade material se justifica na medida em que existem desigualdades entre as pessoas, vale dizer, ninguém é igual a ninguém, a diferença é a normalidade. Assim, como “(...) *existem desigualdades, é que se aspira à igualdade real ou material que busque realizar a igualização das condições desiguais, do que se extrai que a lei geral, abstrata e impessoal que incide em todos igualmente, levando em conta apenas a igualdade dos indivíduos e não a igualdade dos grupos, acaba por gerar mais desigualdades e propiciar a injustiça, (...)*”⁷.

⁶ AMARAL, F. **Direito civil**: introdução. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 24.

⁷ SILVA, J. A. da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 213-214.

Diante de tal perspectiva, vê-se que a aplicação do princípio da igualdade material deve atingir todas as relações jurídicas protegidas pelo direito, dentre elas, a relação jurídica processual. Para tanto, deve haver uma atividade exaustiva dos aplicadores do direito, no sentido de reconhecer as especificidades de cada parte atuante no processo. Vale dizer, não são todas as regras do Código de Processo Civil e das demais leis afins que serão aplicadas indistintamente para os postulantes, sendo necessário se analisar a situação de cada uma das partes do processo para se definir quais regras serão aplicadas.

Nas palavras de Leonardo José Carneiro da Cunha:

Considerando, porém, que se deve, na aplicação do princípio da isonomia, levar na devida conta a idéia aristotélica de conferir tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, há regras, no processo, que se apresentam diferenciadas, com vistas a alcançar equilíbrio e adaptar-se às peculiaridades daquela parte que detém uma nota marcante e diferenciada em relação às demais⁸.

Para a Fazenda Pública, não é diferente. Algumas situações demandam a existência de normas processuais diferenciadas para o ente público, tendo em conta as regras do regime jurídico administrativo a que este deve de submeter. Diante disso, “há regras especiais conferidas à Fazenda Pública, dentre as quais sobressai a prerrogativa de prazos diferenciados, a fim de se atender à sua situação no processo, que revela diferente da situação dos particulares ou das empresas privadas”⁹.

Vale dizer, toda vez que alguma regra processual colocar em xeque a defesa do interesse público, é necessária a presença de regramento apto a fazer jus à Fazenda Pública e a toda a ordem jurídica que a envolve.

⁸ CUNHA. Op cit, p. 31.

⁹ CUNHA. Op cit, p. 31.

Do princípio da supremacia do interesse público

A Fazenda Pública, sendo regida pelo regime jurídico administrativo, deve pautar a sua atuação segundo regras e princípios prefixados em lei. Dentre essas normas, certamente a que mais se destaca é o princípio da supremacia do interesse público, o qual *“determina privilégios jurídicos e um patamar de superioridade do interesse público sobre o particular. Em razão desse interesse público, a Administração terá posição privilegiada em face de terceiros, além de prerrogativas e obrigações que não são extensíveis aos particulares.”*¹⁰

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, *“o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem.”*¹¹

O princípio da supremacia do interesse público é a base sobre a qual se fundam todas as demais normas de ordem pública, eis que os interesses da coletividade sempre devem prevalecer sobre os individuais. *“Daí resulta o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, constituindo um dos alicerces de todo o direito público. É bem verdade que não há norma constitucional que albergue tal princípio. Sua consolidação, todavia, decorre, como visto, de uma idéia antiga e praticamente universal, segundo a qual se deve conferir prevalência ao coletivo em detrimento do individual.”*¹²

Segundo nos ensina Maria Sylvia Zanella di Pietro, esse princípio *“está presente tanto no momento da elaboração da lei como no momento da sua execução em concreto pela Administração Pública. Ele inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação.”*¹³

¹⁰ MARINELA, F. **Direito Administrativo**. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 24.

¹¹ MELLO, C. A. B. de. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 59.

¹² CUNHA. Op cit, p. 32.

¹³ DI PIETRO. Op cit p. 62.

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello:

O indispensável, em suma, é prevenir-se contra o erro de, consciente ou inconscientemente, promover uma separação absoluta entre ambos, ao invés de acentuar, como se deveria, que o interesse público, ou seja, o interesse do todo, é ‘função’ qualificada dos interesses das partes, uma forma, específica, de sua manifestação¹⁴.

Ademais, outro princípio que segue ao lado da supremacia do interesse público é o da indisponibilidade desse interesse, com o que a Administração Pública tem o dever de atender às exigências previstas em lei para a defesa do interesse público, o qual não pode ser livremente disposto pelo administrador. Maria Sylvia Zanella di Pietro afirma que *“a Administração Pública não é titular do interesse público, mas apenas a sua guardiã; ela tem que zelar pela sua proteção. Daí a indisponibilidade do interesse público”*¹⁵.

A Fazenda Pública, portanto, tem o dever de atuar em defesa do interesse de toda a coletividade, o que, em última instância, visa à consagração da dignidade de todos os seus administrados.

No processo civil não é diferente. A consecução do interesse público é a razão maior de toda a atuação da Administração Pública, sendo assim também quando atua no processo judicial. Diante disso, as regras de processo civil devem ser adequadas a essa circunstância para o fim de legitimar a presença de certas regras processuais próprias quando a Fazenda Pública for parte no processo.

Uma das situações que justificam a presença de regras processuais próprias à Fazenda Pública litigante em juízo é quando esta figura no pólo

¹⁴ MELLO. Op cit, p. 57.

¹⁵ DI PIETRO. M. S. Z. **Discrecionariedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991, p. 160.

passivo de uma execução. Isso porque a execução contra o ente público em nada se assemelha à execução em face de um particular, tendo em vista que a Fazenda Pública se submete às normas de garantia do sistema constitucional de pagamento de precatórios e de requisição de pequeno valor previstas no art. 100, caput e § 1º da Constituição Federal, com o que a sua defesa – mais precisamente os embargos à execução – deve ter uma disciplina diferenciada, conforme veremos a seguir.

Dos embargos à execução proposta contra a Fazenda Pública. Da necessidade de um regime jurídico diferenciado

O Código de Processo Civil prevê duas técnicas de execução de sentença, quais sejam: “a) processo autônomo de execução: a efetivação é objeto de um processo autônomo, instaurado com essa preponderante finalidade; b) fase de execução: a execução ocorre dentro de um processo já existente como uma de suas fases”¹⁶.

Contra a Fazenda Pública, adota-se o regime previsto no artigo 730 do Código de Processo Civil, em que o ente público é citado para opor embargos. Isto porque a execução em face do ente público processa-se em ação autônoma e não como mera fase processual.

Em outras palavras, não se aplica o regime do cumprimento da sentença na execução contra a Fazenda Pública. Esta não tem o prazo de quinze dias para pagar, sob pena de sujeitar-se a uma multa de 10% sobre o valor devido. Não se aplica, em suma, o disposto no art. 475-J do CPC para a execução proposta em face da Fazenda Pública. O procedimento, não custa repetir, está previsto nos arts. 730 e 731 do CPC¹⁷.

¹⁶ DIDIER JR, F.; CUNHA, L. J. C. da; et al. **Curso de direito processual civil. Execução.** v. 5. Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 29.

¹⁷ DIDIER JR, F.; CUNHA, L. J. C. da; et al. *Op cit*, p. 708.

Essas regras diferenciadas justificam-se pelo fato de que a execução judicial em face da Fazenda Pública opera-se somente pelo procedimento dos precatórios. Não há qualquer pagamento que possa ser realizado senão nos termos do art. 100 da Constituição Federal.

Diante dessa premissa é que se pode dizer, desde já, que o artigo 739-A do Código de Processo Civil, que previu a presença de certos requisitos para a concessão de efeito suspensivo nos embargos à execução, não se aplica à Fazenda Pública, para quem a suspensão sempre será automática. Explique-se.

O art. 100, §§ 1º e 3º da Constituição Federal, prevê que os pagamentos efetuados pela Fazenda Pública, em decorrência de sentença judicial, somente poderão ser efetuados após o trânsito em julgado desta. Isto é, só será possível a realização do pagamento se não houver mais possibilidade de se discutir a questão nos autos.

Na execução contra a Fazenda Pública, em que pese já existir um título executivo, ainda há a possibilidade de se questionar o valor executado por meio de ação autônoma, qual seja, os embargos. Assim, se a Fazenda Pública não concordar com o valor cobrado pelo suposto credor, interporá uma ação judicial – os embargos – que detém aptidão para alterar o *quantum* executado. A execução, portanto, em que pese seja considerada definitiva pelo ordenamento¹⁸, não possui valor definitivo, haja vista que este ainda pode ser modificado de acordo com o que restar decidido na sentença proferida nos embargos.

Diante disso, a única interpretação que pode ser dada ao dispositivo constitucional é de que o trânsito em julgado que ali se exige refere-se ao trânsito dos embargos à execução, eis que, sem estes, o valor do débito ainda pode ser modificado e, desse modo, não é possível a expedição de precatório.

¹⁸ Nos termos do art. 587 do CPC: “É definitiva a execução fundada em título extrajudicial; é provisória enquanto pendente apelação da sentença de improcedência dos embargos do executado, quando recebidos com efeito suspensivo (art. 739)”.

Nas palavras de Fredie Didier:

O trânsito em julgado a que se refere o § 1º do art. 100 da Constituição Federal é o da sentença que julgar os embargos à execução. É isso porque o valor a ser incluído no orçamento deve ser definitivo, não pendendo qualquer discussão a seu respeito. Observe-se, por exemplo, que a Lei nº 11.439/2006, que dispõe sobre as diretrizes para a elaboração da Lei Orçamentária de 2007, estabelece, em seu art. 25, que tal Lei Orçamentária somente incluirá dotações para o pagamento de precatórios cujos processos contenham certidão de trânsito em julgado da decisão exequenda e, igualmente, certidão de trânsito em julgado dos embargos à execução ou, em seu lugar, certidão de que não tenham sido opostos embargos ou qualquer impugnação aos respectivos cálculos¹⁹.

Ora, não há como se aceitar a expedição de precatório, bem como de requisição de pequeno valor, sem que o valor do débito seja definitivo. Não se está a tratar de verba de particular, a qual pode ser livremente disposta. Trata-se de verba pública, a qual, portanto, é indisponível, com o que apenas pode ser expedido o ofício requisitório para o Tribunal quando o débito for líquido e certo. Nesse sentido já se manifestou o STJ, no julgamento do REsp nº 331.002-0, relatado pelo Ministro Francisco Peçanha Martins, no qual se afirmou que “(...) *Precatório é ordem de pagamento de verba pública, cuja emissão só é possível se o débito for líquido e certo, circunstâncias inexistentes enquanto não transitada em julgado a decisão*”.

Diante disso, não há como se chegar a outra conclusão senão a de que o art. 739-A do Código de Processo Civil não se aplica às execuções contra a Fazenda Pública, tendo em vista que esta não poderá efetuar qualquer pagamento antes do trânsito em julgado dos embargos. O efeito suspensivo, nesses casos, será automático.

Não há como se determinar à Fazenda Pública que esta realize qualquer pagamento se ainda houver incertezas quanto ao valor do débito, vale dizer, se a sentença dos embargos ainda não tiver transitado em julgado.

¹⁹ DIDIER JR, F.; CUNHA, L. J. C. da; et al. Op cit, p. 711.

A norma que exige decisão trânsita em julgado é de hierarquia constitucional e, como tal, está no ápice da pirâmide kelseniana das normas jurídicas. Sendo assim, todas as demais regras do ordenamento devem ser com ela compatíveis, inclusive o Código de Processo Civil. Desse modo, no confronto entre a regra que prevê requisitos para a concessão de efeito suspensivo aos embargos e a que determina que a Fazenda Pública apenas será obrigada a pagar após o trânsito em julgado, esta é que deverá prevalecer.

De outro modo, a execução contra a Fazenda Pública segue procedimento diferenciado daquele observado pelos demais sujeitos do processo, qual seja, o previsto no artigo 730 do Código de Processo Civil.

No procedimento de execução contra os particulares, há duas previsões: a) em se tratando de cumprimento de sentença, o CPC prevê que o devedor deve pagar o débito no prazo de 15 dias, sob pena de incidir multa e, a requerimento do credor, ser expedido mandado de penhora e avaliação; b) em caso de execução de título extrajudicial, o CPC prevê que o devedor será citado para, no prazo de 3 (três) dias, efetuar o pagamento da dívida.

Todavia, no caso de execução em face da Fazenda Pública, esta não é citada para pagar, mas sim para embargar. Apenas se não houver a oposição dos embargos é que se seguirá a expropriação contra o ente público, isto é, haverá a expedição de precatório.

Desse modo, pode-se concluir que só haverá a expedição de ofício requisitório ao Presidente do Tribunal de Justiça, autorizando a inscrição do débito na ordem cronológica dos pagamentos, quando não houver a interposição de embargos. Em sendo estes interpostos, não ocorrerá tal expedição.

Importante observar que a suspensão automática da execução não impede a incidência da regra encartada no § 3º do art. 739-A, o qual prevê que: “Quando o efeito suspensivo atribuído aos embargos disser respeito apenas a parte do objeto da execução, essa prosseguirá quanto à parte restante”.

Desse modo, concordando a Fazenda Pública com parte do valor que está sendo executado, este *quantum* incontroverso pode ser executado desde já. Esse é também o entendimento de Fredie Didier: *“Quando os embargos forem parciais, a execução, nos termos do § 3º do art. 739-A do CPC, prosseguirá quanto à parte não embargada. Tal regra aplica-se aos embargos opostos pela Fazenda Pública. Nesse caso, a execução deve prosseguir relativamente ao valor equivalente à parte incontroversa, expedindo-se, quanto a essa parte, o precatório.”*²⁰

Essa situação, em alguns casos, pode levar à expedição de dois precatórios ou duas requisições de pequeno valor. Explique-se: caso os embargos da Fazenda Pública sejam julgados improcedentes, a dívida será paga de maneira fracionada: o primeiro pagamento ocorrerá logo após a interposição dos embargos, quando houver a concordância expressa da Fazenda Pública quanto à parte incontroversa da demanda; o segundo ocorrerá após o trânsito em julgado dos embargos.

Todavia, ao contrário do que possa parecer em um primeiro momento, a expedição de dois precatórios, ou duas requisições de pequeno valor, está em conformidade com o disposto no art. 100, § 4º²¹ da Constituição Federal. Vale dizer, não há proibição geral ao fracionamento dos precatórios. Segundo este parágrafo, não se permite o parcelamento quanto este decorrer de conduta de má-fé, com objetivo único de burlar a ordem cronológica de pagamento dos precatórios. Se o fracionamento decorrer de um ato de boa-fé, decorrente do mecanismo judicial de impugnação dos débitos, o fracionamento é permitido. *“Em tal situação, não está havendo o fracionamento vedado no parágrafo 4º do art. 100 da Constituição Federal, eis*

²⁰ DIDIER JR, F.; CUNHA, L. J. C. da; et al. Op cit, p. 711.

²¹ Constituição Federal, art. 100, § 4.º São vedados a expedição de precatório complementar ou suplementar de valor pago, bem como fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução, a fim de que seu pagamento não se faça, em parte, na forma estabelecida no § 3.º deste artigo e, em parte, mediante expedição de precatório.

que não se trata de intenção do exequente de repartir o valor para receber uma parte por requisição de pequeno valor e a outra, por precatório.”²²

Esse é também o entendimento de Antônio Flávio de Oliveira²³:

É importante advertir que não há uma vedação ao fracionamento ou parcelamento do precatório, este, aliás, é até objeto de tratamento pela própria Constituição. O que se pretende com a vedação que está prevista no art. 100, § 4º, da CF, é que a realização de parcelamento seja de alguma forma utilizada para burlar a ordem cronológica de pagamento dos precatórios, ou, ainda, que este parcelamento possa comprometer o planejamento de contas públicas.

O § 4º do art. 100, da CF, portanto, não é empecilho para que se conceda efeito suspensivo automático aos embargos opostos pela Fazenda Pública. O valor incontroverso será pago desde já pela Fazenda Pública, sendo o restante levado à análise pelo juízo, não sendo possível o pagamento do *quantum* controverso antes do trânsito em julgado da sentença dos embargos.

Notas conclusivas

1. Deve haver a previsão de certas prerrogativas processuais para a Fazenda Pública quanto esta atuar em juízo, tendo em vista que seu objetivo único é a proteção do direito da coletividade.
2. As prerrogativas processuais da Fazenda Pública justificam-se pelos princípios da igualdade de direito material e pela supremacia do interesse público.
3. O princípio da igualdade material justifica a aplicação de normas diferenciadas à Fazenda Pública, na medida em que se trata de pessoa jurídica de direito público; assim, sendo diferente dos

²² DIDIER JR, F.; CUNHA, L. J. C. da; et al. Op cit, p. 711.

²³ OLIVEIRA, A. F. de. **Precatórios**: aspectos administrativos, constitucionais, financeiros e processuais. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 245.

entes de direito privado, deve receber um tratamento singular pelo processo civil.

4. O princípio da supremacia do interesse público, por sua vez, justifica a presença de certas prerrogativas processuais, tendo em vista que estas são necessárias para que se possa fazer valer o interesse público em detrimento do interesse dos particulares.
5. Uma das prerrogativas processuais da Fazenda Pública é a inaplicabilidade do art. 739-A do CPC. Vale dizer, os embargos opostos pela Fazenda Pública detém efeito suspensivo automático.
6. Não pode haver a expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor pela Fazenda Pública antes do trânsito em julgado da sentença dos embargos à execução, nos termos do art. 100, §§ 3º e 4º da Constituição Federal.
7. Na execução contra a Fazenda Pública, esta é citada para embargar. Apenas se não houver a interposição de embargos, ou se estes forem julgados improcedentes, é que poderá haver a expedição de precatório.
8. Pode haver a execução desde já, independentemente do julgamento dos embargos, do valor incontroverso da demanda.

O Direito Fundamental à Saúde na Perspectiva da Constituição Federal¹: uma análise comparada²

Marcelene Carvalho da Silva Ramos³

Introdução

Contextualizando o direito à saúde no âmbito da teórica contemporânea dos direitos fundamentais.

Como se sabe, a dogmática constitucional contemporânea classifica os direitos fundamentais em dois grandes grupos: os direitos fundamentais na condição de direitos de defesa e os direitos fundamentais como direitos a prestações – de natureza fática e jurídica. Os direitos fundamentais prestacionais, por sua vez, dividem-se em direitos a prestações em sentido amplo – direitos de proteção e direitos à participação na organização e

¹ Conferência proferida no Seminário “O SUS e o Poder Judiciário no Paraná – Discutindo as políticas de Assistência Farmacêutica”, realizado em 25-6 de novembro de 2004, pela Procuradoria Geral do Estado do Paraná e Secretaria de Estado da Saúde.

² O texto original da conferência foi atualizado por meio de análise do direito comparado, em especial o Português.

³ Procuradora do Estado do Paraná, doutoranda em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Mestre em Direito do Estado (Direito Constitucional) pela UFPP, Master em Teorías Críticas del Derecho y la Democracia en Iberoamérica pela Universidade Internacional de Andalucía – Espanha e Professora de Direito Constitucional e de Processo Constitucional da UniCuritiba.

procedimento – e os direitos a prestações em sentido estrito, ou direitos fundamentais sociais (direitos a prestações materiais sociais)⁴.

Os direitos fundamentais de defesa são próprios do Estado Liberal de Direito e exigem uma abstenção estatal, ou seja, sua não intervenção na esfera dos direitos de liberdade dos cidadãos; e os direitos fundamentais de ação ou a prestações exigem ações dos poderes públicos, consistentes em prestações fáticas ou jurídicas e são direitos próprios do Estado de Direito Democrático e Social. Não obstante a divisão dos direitos fundamentais em direitos de defesa, de omissão estatal (liberdade abstrata) e os direitos fundamentais prestacionais, que impõem a atuação estatal, a fim de se assegurar a igualdade de condições ao livre desenvolvimento da personalidade humana (liberdade real), há uma nítida interpenetração dos direitos fundamentais⁵.

De outro vértice, os direitos fundamentais são a um só tempo direito objetivo e direito subjetivo, detendo, portanto, duplo caráter. São direitos subjetivos porque garantem um direito individual e impõem um dever estatal de assegurar tal direito. São direitos objetivos porque integram o ordenamento jurídico objetivo da coletividade⁶.

⁴ INGO W. S. In: **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2. ed. 2001, p. 170.

⁵ Nesse sentido, Konrad Hesse In: Elementos de Direito Constitucional, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1998, p. 235: “Como direitos do homem e do cidadão, os direitos fundamentais são, uma vez, direitos de defesa contra os poderes estatais. Eles tornam possível ao particular defender-se contra prejuízos não autorizados em seu status jurídico-constitucional pelos poderes estatais no caminho do direito. Em uma ordem liberal constitucional são necessários tais direitos de defesa, porque também a democracia é domínio de pessoas sobre pessoas, que está sujeito às tentações do abuso de poder, e porque poderes estatais, também no estado de direito, podem fazer injustiça”.

⁶ Konrad Hesse, In: op. cit, p. 228. “Por um lado eles são direitos subjetivos, direitos do particular, e precisamente, não só nos direitos do homem e do cidadão no sentido restrito..., mas também lá onde eles, simultaneamente, garantem um instituto jurídico ou a liberdade de um âmbito de vida.... Por outro, eles são elementos fundamentais da ordem objetiva da coletividade. Isso é reconhecido para garantias, que não contêm, em primeiro lugar, direitos individuais, ou, que em absoluto, garantem direitos individuais, não obstante estão, porém, incorporadas no catálogo de direitos fundamentais da Constituição.”

Os direitos prestacionais ou direitos a ações positivas do Estado compreendem as prestações em sentido amplo – os direitos à proteção e os direitos à organização e procedimento – e os direitos a prestação em sentido estrito ou propriamente os direitos fundamentais sociais. Aos direitos a prestações correspondem, portanto, posições jurídicas fundamentais distintas, conforme o seu objeto, podendo-se classificá-los em direitos a prestações jurídicas ou normativas e direitos a prestações fáticas ou materiais. Com isso, os direitos prestacionais não se restringem a prestações materiais, mas integram também direitos de proteção a posições jurídicas do cidadão em face do Estado, assim como direitos de participação na organização e procedimentos dos direitos fundamentais, sendo que estes reportam-se ao Estado de Direito de matriz liberal na condição de garantes da liberdade e igualdade na sua dimensão defensiva.

Já a existência de direitos a prestações em sentido estrito dá-se no âmbito do Estado Social, são, aliás, direitos típicos do Welfare State e importam na sua atuação no sentido da criação, fornecimento e distribuição de prestações materiais, constituindo-se naqueles direitos fundamentais a prestações fáticas que o indivíduo, caso dispusesse dos recursos necessários e em existindo no mercado uma oferta suficiente, poderia obter também de particulares⁷. São os denominados direitos fundamentais sociais e, assim como ocorre com os direitos de defesa e os direitos a prestações, há uma íntima interpenetração entre os direitos a prestações em sentido amplo e em sentido restrito, assim como em torno de sua igual dignidade como direitos fundamentais⁸.

⁷ Cfr. Robert Alexy, In: *Teoria de Los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 482 (tradução livre). Os direitos a prestações em sentido estrito são direitos do particular a obter através do Estado bens sociais (saúde, educação, segurança social), que não os pode obter no comércio privado, seja pela escassez dos seus recursos financeiros, seja por resposta insatisfatória do mercado (cuidados de saúde privados, seguros privados, ensino privado). São direitos sociais, indistintamente, todos aqueles que dependem da providência estatal, ou seja, da ação positiva do Estado, a quem cabe assegurar prestações existenciais dos cidadãos.

⁸ Cfr. Ingo Sarlet, In: *A Eficácia...*, p. 195.

Os direitos fundamentais sociais são, também, em alguma medida, dependentes da organização e do procedimento para sua realização, bem como podem ser considerados como parâmetro para a formatação das estruturas organizatórias e dos procedimentos, servindo, para além disso, como diretrizes para a aplicação e interpretação das normas procedimentais, servindo como garantias procedimentais. Em sentido estrito, os direitos à organização e ao procedimento asseguram ao indivíduo que o legislador dite normas de organização conformes ao direito fundamental (ALEXY e CANOTILHO) e facilite procedimentos que possibilitem uma participação na formação da vontade estatal. Nesse contexto, para a garantia do acesso aos bens sociais é indispensável a preexistência de instituições, esquemas organizacionais e procedimentais que forneçam o suporte logístico, institucional e material assegurador da dinamização dos direitos sociais.

Para o juspublicista germânico Alexy, os direitos fundamentais são posições jurídicas tão importantes, que a outorga (ou não outorga) não pode ficar livremente franqueada à disposição parlamentar. E, que a questão acerca de quais são os direitos fundamentais sociais que o indivíduo possui definitivamente resulta basicamente da ponderação entre princípios, de um lado o princípio da liberdade fática, de outro, os princípios formais de competência do legislador democraticamente legitimado e o princípio da divisão de poderes e, ainda, princípios materiais que, sobretudo, refiram-se à liberdade jurídica de outros e também a outros direitos fundamentais sociais e a bens coletivos⁹.

⁹ Robert Alexy, in *Teoria de los Derechos Fundamentales*, p. 494. Diversamente do que ocorre no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, a Lei Fundamental de Bonn – ao contrário também das Constituições dos Estados-federados alemães – é cautelosa na formulação dos direitos a prestações, só explicitando um direito fundamental social no sentido de direito subjetivo à prestação para o direito da mãe à proteção e assistência por parte da comunidade (art.6, § 4, LF), por isso, eles têm que ser deduzidos de outras disposições jusfundamentais. Isso porque, tanto do ponto de vista de seu texto como de sua gênese, a Lei Fundamental alemã tem primariamente o caráter de uma Constituição burguesa e de Estado de Direito voltada para os direitos de defesa. Alexy alerta que ocorre colisão entre direitos fundamentais sociais de uns e os direitos de liberdade de outros também devido aos custos financeiros decorrentes do cumprimento dos direitos fundamentais sociais, já que o Estado só pode distribuir aquilo que consegue arrecadar com os tributos sem lesionar os direitos fundamentais dos contribuintes e que, as colisões entre direitos fundamentais sociais e bens coletivos resultaria da absorção de grande parte do orçamento público para a realização de ambos, em face dos seus efeitos financeiros (p. 493-494).

Como resultado dessa ponderação entre princípios, deverão estar presentes condições que assegurem e satisfaçam direitos fundamentais sociais mínimos, ou seja, direito a um mínimo vital, que garantam um padrão mínimo de saúde, educação, moradia, trabalho, lazer, segurança, previdência social, que renda homenagem ao princípio da dignidade humana. Assim, uma tal compreensão de direito subjetivo vinculante *prima facie* (ou seja, de princípio) dos direitos sociais fundamentais significa que, para além do caráter programático das normas que vinculam esses direitos, a sua cláusula restritiva, qual seja, a reserva do possível – aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade – não pode ter como consequência a ineficácia desse direito e sim, deve-se compreender que tal cláusula expressa a necessidade de ponderação desse direito¹⁰.

Já no direito português, pode-se afirmar¹¹, com base nos acórdãos n^{os} 39/84 e 101/92 proferidos pelo Tribunal Constitucional, que os direitos

¹⁰ Cfr. Robert Alexy, In: *Teoria ...*, p. 499

¹¹ J. J. Gomes Canotilho, In: *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, Coimbra, 1998, 2. Ed. p. 434. Com fundamento ainda no acórdão n^o 39/84, do Tribunal Constitucional, referente à extinção legal do Serviço Nacional de Saúde de Portugal, Canotilho ressalta que assim se revela a *força jurídico-constitucional dos direitos sociais*: (i) os direitos fundamentais sociais consagrados constitucionalmente dispõem de *vinculatividade normativo-constitucional*, não são, portanto, meros “programas” ou linhas de direção política”; (ii) as normas garantidoras de direitos sociais devem servir de *parâmetro de controlo judicial* quando estejam em causa a apreciação da constitucionalidade de medidas legais ou regulamentares restritivas destes direitos; (iii) as *normas de legislar* acopladas à consagração de direitos sociais são autênticas *imposições legiferantes*, cujo não cumprimento poderá justificar a *inconstitucionalidade por omissão*; (iv) as *tarefas* constitucionalmente impostas ao Estado para a concretização destes direitos devem traduzir-se na edição de *medidas concretas e determinadas* e não em promessas vagas e abstratas; (v) a produção de medidas concretizadoras dos direitos sociais não está à livre *disponibilidade do legislador*, inobstante sua *liberdade de conformação*, quer quanto às soluções normativas concretas, quer quanto ao modo de organização e ritmo de concretização.

sociais são compreendidos como autênticos direitos subjetivos inerentes ao espaço existencial do cidadão, independentemente da sua justicialidade e exequibilidade imediatas. Assim, o direito à segurança social, o direito à saúde são direitos com a mesma dignidade subjetiva dos direitos, das liberdades e garantias, e, portanto, nem o Estado nem terceiros podem agredir posições jurídicas incrustadas no âmbito de proteção destes direitos.

No desenvolvimento da compreensão dos direitos sociais no Brasil, destaca-se, primeiramente, que a doutrina aponta para o duplo caráter dos direitos fundamentais, concebendo-os a um só tempo como direitos subjetivos – aptos a outorgar aos seus titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos públicos – e como direitos objetivos – como elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva, formadores da base do ordenamento jurídico do Estado de Direito democrático¹².

Considera-se, ainda, que os direitos de defesa são insuficientes para assegurar a liberdade real, que depende de ações positivas do Estado, de intervenção e não de abstenção, pois, cuida-se, não só de ter liberdade em relação ao Estado, mas de desfrutar dessa liberdade por meio das prestações advindas do Estado. Cuida, assim a moderna dogmática dos direitos fundamentais sociais, da possibilidade de o Estado obrigar-se à criação dos pressupostos fáticos necessários ao exercício efetivo dos direitos constitucionalmente assegurados e sobre a possibilidade de o titular do direito impor sua pretensão a prestações em face do Estado.

É, pois, ponto nuclear da teoria dos direitos fundamentais do Estado Social – que pretende superar o choque entre liberdade jurídica e liberdade real – que os direitos fundamentais não têm só um caráter delimitador negativo, mas também o caráter de facilitador de prestações sociais pelo Estado,

¹² Por todos: Ingo W. Sarlet. In: *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*.

cabendo a este buscar os meios de criar os pressupostos sociais necessários para a realização desses direitos fundamentais e favorecê-los. Também, os direitos fundamentais sociais visam assegurar, mediante prestações materiais, a compensação das desigualdades sociais, proporcionando o exercício de liberdade e igualdade reais e efetivas, o que pressupõe um comportamento ativo do Estado, já que a igualdade material não se oferece simplesmente por si mesma, devendo ser devidamente implementada¹³.

O Direito Fundamental à Saúde como positivado na CF/88

Vimos que a doutrina nacional reconhece o caráter complementar entre os direitos de defesa e os direitos sociais a prestações materiais, rechaçando qualquer dualidade ou dicotomia entre eles, além de atribuir a mesma dignidade a ambas as categorias (ou dimensões) dos direitos fundamentais. Entretanto, reafirma suas distinções, que se revelam para além de seu objeto – abstenção ou ação estatal – na esfera da densidade normativa e da eficácia das normas que os consagram e que deságuam, principalmente, no problema central do reconhecimento de um direito individual subjetivo a prestações materiais.

Vem da doutrina, em especial a alemã e a lusitana, a compreensão de que os direitos fundamentais a prestações podem ser concebidos como direitos originais e direitos derivados a prestações. Aqueles são definidos como posições jurídicas que podem ser deduzidas diretamente das normas constitucionais que consagram direitos sociais, independentemente da atuação legislativa. Estes dependem da prévia existência de um sistema de prestações estatais e se caracterizam como direitos de igual acesso a elas. É que as normas constitucionais que veiculam direitos fundamentais podem

¹³ Ingo W. Sarlet. In: *A Eficácia...*, p. 202.

ser de eficácia plena e aplicabilidade imediatas ou de eficácia limitada e aplicabilidade mediata, dependentes, estas, de integração legislativa.

Por outro lado, o conteúdo da prestação não pode ser estabelecido e definido de forma geral e abstrata, dada a especificidade de cada direito fundamental prestacional. Saliente-se, também, que cada direito social à prestação apresenta um vínculo diferenciado em relação às categorias de prestações estatais referidas (direito ao trabalho, assistência social, aposentadoria, educação, saúde, moradia etc.). É a forma de positivação no texto constitucional das diferentes espécies de prestações que efetivamente irá constituir o objeto dos direitos sociais, bem como a sua concretização pelo legislador.

Assim, somente em alguns casos é que os direitos sociais conferem aos cidadãos um direito imediato a uma prestação efetiva, sendo necessário que tal decorra expressamente do texto constitucional. É o que sucede designadamente no caso do direito à saúde, que deve ser realizado por meio de um serviço nacional de saúde, de acesso universal e gratuito, nos termos preconizados constitucionalmente.

Com relação à eficácia¹⁴ das normas constitucionais veiculadoras do direito fundamental à saúde, vê-se já no Preâmbulo da Constituição Federal, e ainda no art. 3.º, inc. III, que os direitos sociais prestacionais encontram-se intimamente vinculados às funções do Estado na sua expressão como Estado Democrático Social, que deve zelar por uma adequada e justa distribuição e redistribuição dos bens existentes, a fim de reduzir as desigualdades sociais.

¹⁴ Reafirme-se, ainda quanto à eficácia do direito fundamental à saúde, a regra principiológica de maximização da eficácia e de vinculação aos poderes públicos (e também no âmbito das relações privadas) contida no art. 5º, § 1º, CF.

Sendo assim, é extrema de dúvidas que a Lei Maior brasileira¹⁵ positivou o direito à saúde como direito fundamental social, incluindo-o no Catálogo dos Direitos Fundamentais, no artigo 6º, Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo II – Dos Direitos Sociais. Assim é que o constituinte de 1988 inscreveu: “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”¹⁶.

¹⁵ Germano Schwartz, in *Direito à Saúde: Efetivação em uma Perspectiva Sistêmica*, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2001, I. ed., p.p 43-48. A Constituição Imperial de 1824, assim como a Republicana de 1891 nada dispuseram acerca do direito à saúde. Somente com a Constituição de 1934, e o surgimento de um suposto Estado Social brasileiro, o tema foi tratado e apenas do ponto de vista da competência concorrente da União e dos Estados para legislar sobre o tema (art. 10, II). As Constituições de 1937 e 1946 novamente silenciaram sobre o direito à saúde. No plano internacional, Constituição Italiana de 1948 foi pioneira, adotando a orientação da OMS (Organização Mundial da Saúde), que passou a adotar a concepção de saúde como bem-estar físico e mental e não só como ausência de doença, como ocorria com a concepção do Estado Liberal (que tinha como objetivo tratar da doença para repor o trabalhador em seu posto de trabalho, visando o acúmulo de capital). A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, elencou, em seu artigo 25, a saúde como elemento da cidadania. A partir daí, as Constituições contemporâneas recepcionaram o tema, com destaque para a Constituição Portuguesa de 1976 e o Direito alemão. Contudo, a Constituição Brasileira de 1967, em seu art. 8º, XIV, apenas delegava à União a competência de estabelecer planos nacionais de educação e saúde, sem avanços mais significativos no que respeita à proteção da saúde. Somente com a Constituição de 1988 o direito à saúde foi positivado como direito fundamental social.

¹⁶ Para a doutrina, o *atributo social* do direito determina, de maneira objetiva, a obrigação ao Estado de assegurar aos indivíduos um conjunto de regras de proteção e atendimento que possibilite a plena realização da condição humana. E que, o constituinte, adotando uma visão moderna da função do Estado, procurou assegurar direitos básicos inerentes à dignidade humana, com o que os indivíduos passaram a ser titulares de uma espécie de crédito junto ao Estado, que lhes é devedor de determinadas prestações sociais.

De acordo com a Teoria da Geração de Direitos Humanos de Norberto Bobbio, In: *A Era dos Direitos*, Editora Campos, Rio de Janeiro, 9ª Ed., 1992, p. 217, o direito à saúde é direito de 1ª, 2ª, 3ª, 4ª, e 5ª gerações. Assim, como direito de 1ª. Geração protege a vida prevalecendo a autonomia da vontade; como direito de 2ª. Geração, tipifica o direito à saúde como direito social; como direito de 3ª. Geração, o direito à saúde constitui direito coletivo e difusos (transindividual); como direito de 4ª. Geração, o direito à saúde remete aos direitos de bioética, biotecnologia e bioengenharia; e finalmente, como direito de 5ª. Geração, o direito à saúde está abrangido pelos direitos de realidade virtual, revolução cibernética e internet. (Cfr. também Germano Schwartz, in *Direito à ...* pp. 52-56.)

Insculpiu, ainda, o legislador constituinte, agora fora do Catálogo: “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 igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

Oportuno destacar que o direito à saúde tem duas faces: uma, a da preservação da saúde; outra, a da proteção e recuperação da saúde. O direito à preservação da saúde tem como contrapartida as políticas que visam à redução do risco de doença, situando-se o próprio direito a um meio ambiente sadio. Está aqui uma prevenção genérica, não individualizável, da doença. O direito à proteção e recuperação da saúde é o direito individual à prevenção da doença e seu tratamento traduz-se no acesso aos serviços e ações destinados à recuperação do doente. Enquanto o primeiro é típico direito de solidariedade, o segundo é típico direito fundamental à prestação positiva.

A saúde é, ainda, direito individual, coletivo, metaindividual (transindividual e difuso).

Ainda acerca da positivação do direito à saúde na Carta Democrática brasileira, é de se ressaltar o que dispõe o art. 197: “Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.” Assim, o atendimento à saúde reclama serviços e ações de prevenção, tratamento e recuperação, em termos individualizados, o que requer a intervenção legislativa que os regulamente, fiscalize e controle. Tal como ocorreu com a edição da Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90).

Prevê, ainda, o art. 198/CF: “Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:...”. Os serviços e as ações de saúde pública dão-se por um Sistema Único de Saúde – SUS, mantido pelo Poder Público. Os incisos e parágrafos do artigo

198 tratam da descentralização dos serviços de saúde, do atendimento integral, da participação da comunidade nos serviços e ações voltadas ao atendimento da saúde e do seu financiamento (cfr. art.195).

O artigo 199 e seus parágrafos dispõem acerca da liberdade conferida à iniciativa privada para, de forma complementar, participar do sistema único de saúde, por meio de contrato de direito público ou convênio, seguindo as diretrizes do SUS, proibindo a ela auxílios e subvenções, como também vedando a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde, salvo expressa disposição legal. O artigo 200, caput, estabelece a competência e atribuições do SUS – Sistema Único de Saúde, remetendo a sua disciplina à lei, nos termos dos artigos 23, II e 24, XII, todos da Constituição Federal¹⁷.

Como bem observa INGO SARLET, é nos arts. 196 e ss. que o direito à saúde encontrou sua maior concretização ao nível normativo-constitucional¹⁸. Entretanto, como ocorre com os demais direitos sociais prestacionais, o direito à saúde tem sido considerado, no nosso ordenamento jurídico, como dependente de intermediação legislativa, negando-se-lhe a natureza de norma de eficácia plena. Remanesce, assim, a questão da exigibilidade perante o Estado de tais prestações materiais, isto é, se vinculam juridicamente os poderes públicos – e, portanto, se são ou não sindicáveis judicialmente.

Especificamente no que respeita ao direito à saúde, constitui exigência de um Estado democrático, que inclui valores essenciais como a dignidade

¹⁷ Eis o arcabouço normativo-constitucional da proteção jurídica do direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro, com destaque ainda para o art. 5º, § 1º, já referido e a regra inserida pela Emenda Constitucional n. 41/03, que preceitua: “Art 5º - (...) § 3º- Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

¹⁸ Ingo W. Sarlet. In: op. cit., p. 301.

humana, o reconhecimento de um direito originário a prestações, no sentido de um direito subjetivo individual a prestações materiais, ainda que no nível de um mínimo vital, para a proteção da vida humana, diretamente deduzido da Constituição.

Reconhece-se, por outro lado, que mesmo tendo o cidadão um direito a prestações existenciais mínimas, decorrentes do direito à vida, não se pode impor ao poder público o modo de realizar este direito, porquanto os órgãos estatais dispõem de um indispensável espaço de discricionariedade, que, no entanto, não é absoluto, condicionado que está à realização do núcleo essencial do direito fundamental positivado.

Contudo, assegurar ao indivíduo, mediante a prestação de recursos materiais essenciais, uma existência digna é objetivo comum dos direitos fundamentais sociais, daí a íntima vinculação entre os direitos à saúde e o direito à vida, e ainda, o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo que este constitui fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inc. III, CF) e, bem assim, fim da ordem econômica (art. 170, caput).

Entretanto, as normas consagradoras de direitos sociais ainda são, para grande parte da doutrina, normas programáticas, que veiculam programas constitucionais de atuação dos poderes públicos dependentes de providências integrativas. Todavia, toda norma constitucional é dotada de eficácia jurídica e deve ser interpretada e aplicada em busca de sua máxima eficácia. Todas as normas constitucionais são dotadas de um mínimo de eficácia (eficácia negativa, derogatória), variável de acordo com seu grau de densidade normativa e nessa medida, direta e imediatamente aplicáveis. É nesse ponto que releva destacar, que a Carta Federal de 1988, de forma inovadora, dispôs em seu art. 5º, § 1º, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Dessa forma, a aplicabilidade imediata das normas de direito fundamental desloca a doutrina dos “direitos fundamentais dentro da reserva de lei” para a doutrina da reserva de lei dentro dos direitos fundamentais”. Contrapõe-se à doutrina que defende a dependência legal (por meio da *interpositio legislatoris*) dos direitos fundamentais que pressupõem prestações do Estado, concebendo-os como *leges imperfectae*,

posicionando-os como problema de competência constitucional, atribuindo ao legislador, respeitadas as condições orçamentárias, garantir as prestações sociais.

Como vimos acima, é notadamente a forma de positivação dos direitos fundamentais sociais no texto constitucional que confere a tais normas sua densidade normativa, sendo que, de acordo com as técnicas de positivação, decorrem posições jurídicas distintas. Com isso, a sua carga eficaz está diretamente vinculada a sua positivação jurídico-constitucional, dentre as possibilidades de conformação jurídica dos direitos sociais: como normas programáticas, como normas de organização, como garantia institucional e como direitos subjetivos públicos.

Diante do princípio da aplicabilidade imediata inscrito no artigo 5º, § 1º da Constituição Federal, poder-se-ia advogar a tese da eficácia plena de todas as normas de direitos fundamentais, inclusive os direitos sociais, como o fazem os que propugnam a inexistência em nossa Constituição de normas programáticas. Entretanto, isso equivaleria a tornar dispensáveis – e até mesmo inaplicáveis à espécie os institutos de cunho jurídico-processual (mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade por omissão)¹⁹.

Diante disso, é plausível concluir que o art. 5º, § 1º, CF, contém um postulado de otimização das normas consagradoras dos direitos fundamentais, inclusive, dos direitos sociais – neles compreendido o direito fundamental à saúde – impondo aos Poderes Públicos a tarefa de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais, vinculando-os. Assim, a vinculatividade normativo-constitucional dos direitos fundamentais sociais impõe aos poderes públicos a realização destes direitos por meio de medidas políticas, legislativas e administrativas concretas e determinadas²⁰.

¹⁹ Ingo W. Sarlet, In: *A Eficácia ...*, p. 244.

²⁰ J.J. Gomes Canotilho in *Direito Constitucional ...*, p. 471. A vinculação do legislador, juízes e administração aos direitos fundamentais, no direito português decorre diretamente de regra constitucional (art. 18/I, CP).

No Brasil, na ausência de norma expressa, pode-se asseverar, que a vinculatividade da Administração Pública aos direitos fundamentais, inclusive sociais, decorre da própria regra que determina sua aplicação imediata (art. 5º, § 1º), assumindo a função de reforçar o caráter vinculante das normas de direitos fundamentais (reforço da eficácia vinculante), que ressalta o dever específico dos poderes públicos de respeitar e promover os direitos fundamentais, tomando-as como parâmetro na concretização de tais direitos.

No que concerne ao âmbito da vinculação do legislador aos direitos fundamentais, especialmente no que respeita aos direitos sociais – com destaque para o direito fundamental à saúde – há que atentar para a imposição constitucional a ele dirigida, de concretização de tais direitos, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade por omissão decorrente da inércia (total ou parcial).

Destarte, o Poder Executivo e todos os órgãos da Administração Pública encontram-se vinculados aos direitos sociais, em decorrência do princípio da máxima eficácia plasmado no art. 5º § 1º o que significa que os órgãos administrativos devem executar apenas as leis que àqueles sejam conformes, bem como executar estas leis de forma constitucional, isto é, aplicando-as e interpretando-as em conformidade com os direitos fundamentais²¹.

Alerta ainda, Ingo Sarlet, que os Tribunais, como órgãos do Estado, estão submetidos à Constituição, devendo respeitar os direitos fundamentais, quer no processo, quer no conteúdo de suas decisões, assumindo especial relevância a função do controle de constitucionalidade dos atos dos órgãos estatais, o que lhes confere o poder/dever de não aplicar os atos contrários à Constituição, de modo especial os ofensivos aos direitos fundamentais, inclusive declarando-lhes a inconstitucionalidade.

²¹ Ingo W. Sarlet, In: *A Eficácia ...* p. 331.

Bem assim, é dever dos tribunais interpretarem e aplicarem as leis em conformidade com os direitos fundamentais e, ainda, de colmatar eventuais lacunas à luz das normas de direitos fundamentais²².

Todavia, ante o fato de os direitos fundamentais sociais (v.g. o direito à saúde) exigirem prestações do Estado diretamente vinculadas à destinação, distribuição e redistribuição, bem como à criação de bens materiais, põe-se em relevo sua dimensão econômica. O caráter prestacional dos direitos sociais assume especial relevância no âmbito de sua eficácia e efetivação, significando que a efetiva realização das prestações reclamadas não é possível sem que se despenda algum recurso, dependendo, em última análise, da conjuntura econômica²³.

Assim, diante da questão econômica que envolve os direitos sociais, a doutrina e a jurisprudência alemãs condicionaram a efetivação dos direitos fundamentais sociais à “reserva do financeiramente possível”, tendo consignado a Corte Constitucional daquele país, no julgamento acerca de vagas nas universidades, que pretensões destinadas a criar os pressupostos necessários para o exercício de determinado direito estão submetidos à reserva do possível²⁴.

Com efeito, a cláusula restritiva da reserva do possível constitui limite fático e jurídico à efetivação dos direitos sociais, apresentando-se sob duas faces: por um lado, o Estado possui uma capacidade limitada de recursos materiais disponíveis e, por outro lado, deve ter a capacidade jurídica de dispor dos recursos existentes.

Para além da existência dos meios materiais efetivos e do poder de sua disposição, a pretensão deve ser razoável, e o que constitui o razoável numa

²² Cfr. Ingo Sarlet, In: *A Eficácia ...* p. 335.

²³ Cfr. Ingo W. Sarlet, In: *A Eficácia ...* pp. 263-4.

²⁴ Gilmar Ferreira Mendes, In: *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, São Paulo: Celso Bastos Ed., 1998, pp. 43-4.

pretensão que reclama prestação material, está diretamente relacionado à afetação material dos recursos, o que requer uma opção, que em derradeira análise cabe ao legislador e ainda ao administrador, por meio da opção de políticas públicas.

Entretanto, ao deixar à competência do legislador ordinário a opção quanto à escolha e direcionamento da destinação dos recursos materiais no que respeita aos direitos sociais, pode-se incorrer no risco de sua não concretização pela escassez dos recursos. De outra face, outorgá-la ao Poder Executivo, concedendo-lhe o poder amplamente discricionário de deixar de concretizar o direito social alegando impedimento de ordem financeira, não se afigura adequado. Ao Judiciário, todavia, a doutrina mostra reservas quanto a conferir-lhe o poder de remanejar verbas públicas.

Vê-se, pois, que os argumentos que refletem a preocupação com a questão orçamentária como restrição à efetivação dos direitos sociais fundamentais, como o direito à saúde, choca-se com a garantia constitucional de proteção à vida e à dignidade humana. Assim, por mais que os poderes públicos, como destinatários precípuos de um direito à saúde, venham a opor os habituais argumentos da ausência de recursos e da incompetência dos órgãos judiciários para decidirem sobre a alocação e destinação de recursos públicos, há que se ter presente que está em jogo a preservação do bem maior da vida humana.

Oportuno se afigura trazer à discussão o princípio da proibição de retrocesso²⁵, que visa impedir o legislador de abolir determinadas posições jurídicas por ele próprio criadas. A proibição do retrocesso social é princípio constitucional que decorre da democracia e do Estado Social e significa

²⁵ Acerca da proibição de retrocesso ver Ingo W. Sarlet, In: *A eficácia ...*, p. 275. Por todos: Canotilho, In: *Direito Constitucional...* pp. 320-1, para quem a proibição de retrocesso social decorre do princípio da democracia econômica e social, significando que os direitos sociais e econômicos, uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma *garantia institucional* e um *direito subjetivo*.

que, os direitos sociais, uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir uma garantia institucional não podendo ser eliminados ou reduzidos ao ponto de atingir o núcleo essencial do direito consagrado constitucionalmente. A liberdade de conformação do legislador encontra seu limite no núcleo essencial já realizado, transformando o direito social, nessa medida, em direito de defesa, impondo ao Estado que se abstenha de atentar contra ele.

É cabível concluir que, independentemente da questão orçamentária, os direitos sociais constituem direitos fundamentais subjetivos vinculantes, oponíveis ao Estado e plenamente jurisdicizados, sendo que, para além de assegurarem o mínimo vital, representam a derradeira garantia da dignidade humana, em ordenamentos jurídicos que consagram um Estado de Direito Democrático, como o brasileiro.

Um indispensável olhar sobre a jurisprudência acerca do direito à saúde

O Poder Judiciário pátrio, como se infere dos julgados acerca do direito à saúde a seguir colacionados, evoluiu de uma posição inicial (desde o advento da Constituição Federal de 1988) mais conservadora²⁶ para posicionamentos mais progressistas, acolhedores dos direitos fundamentais sociais como direitos subjetivos individuais, decorrentes das normas constitucionais inscritas nos artigos 6º e 196 da Carta Republicana, que

²⁶ Que consistem na exigência de preenchimento de requisitos impostos pela legislação que criou o SUS – Serviço Único de Saúde (Lei Orgânica da Saúde – Lei n.º 8.080, de 19/09/90) e por decretos e regulamentos que orientam o procedimento e atendimento ao serviço de saúde pública, evidenciando a exigência da intermediação legiferante e consequente observação das prescrições legais e normas infralegais.

asseguram o direito à saúde e impõem ao Poder Público um dever político-constitucional impostergável, que se negligenciado, em última ratio, afronta o próprio direito à vida. Confira-se

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA – ESCLEROSE MÚLTIPLA – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO PELO ESTADO – IMPETRANTE NÃO INTEGRADO AO SERVIÇO ÚNICO DE SAÚDE (SUS) – INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. SEGURANÇA DENEGADA.^{27 28} Todavia, de uma posição absolutamente conservadora, compreendendo as normas constitucionais veiculadoras do direito fundamental à saúde como normas de cunho meramente programáticos, os Juízes e Tribunais brasileiros passaram a posicionar-se de forma extremada, impondo aos poderes públicos das três esferas republicanas os mais variados ônus financeiros, consistentes v.g. na dispensação de medicamentos de altíssimo custo e eficácia muitas vezes não comprovada, ou ainda, no fornecimento de próteses e tratamentos médicos financeiramente exorbitantes, mesmo à vista de similares economicamente mais baixos e, portanto, mais viáveis, em detrimento da execução de programas de assistência à saúde e prevenção de doenças de caráter mais abrangente e urgente. Veja-se:

*EMENTA: CONSTITUCIONAL. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO (INTERFERON BETA). PORTADORES DE ESCLEROSE MÚLTIPLA. DEVER DO ESTADO. DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA E À SAÚDE (CF. ARTS. 6º E 196) PRECEDENTES DO STJ E STF*²⁹.

²⁷ No mesmo sentido, os seguintes julgados: TJ/PR, MS n.º 070.086.100, Des. Rel. Ivan Bortoleto, Dj de 05/08/1999. No mesmo sentido: TJ/PR MS n.º 067.579.600, MS n.º 074.853.800, MS n.º 069.321.800.

²⁸ Essa decisão foi reformada pelo STJ, no RMS n. 11.129/PR.

²⁹ STJ, RMS n.º 11.129/PR, Min Rel. Francisco Peçanha Martins, Dj de 18/02/2002.

EMENTA: CONSTITUCIONAL – DIREITOS FUNDAMENTAIS À SAÚDE E À VIDA – PORTADOR DE HIPERTENSÃO PULMONAR PRIMÁRIA DE GRAU SEVERO – DOENÇA GRAVE – FORNECIMENTO DE SILDENAFIL (VIAGRA) E ILOPROST (ILOMEDINE) – DEVER DO ESTADO – AUTORIZAÇÃO DA AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA – REGISTRO DO MEDICAMENTO PELO MINISTÉRIO DA SAÚDE – IRRELEVÂNCIA – TERAPIA CONVENCIONAL SEM PERSPECTIVA DE SOBREVIVÊNCIA – DIREITO LÍQUIDO E CERTO CONFIGURADO – JUSTO RECEIO. CONCESSÃO DA SEGURANÇA, CONFIRMANDO A LIMINAR DEFERIDA.”³⁰

Predomina nos julgamentos acima ementados, o entendimento acerca da ilegalidade das exigências dos Poderes Públicos ao cumprimento de formalidades burocráticas que impeçam a proteção dos direitos fundamentais à vida (art. 5º, caput, CF/88) e à saúde (arts. 6º e 196, CF/88), com fundamento no Estado Democrático e nos princípios informadores do ordenamento jurídico, pena de ofensa ao princípio da dignidade humana.

Todavia, uma tal imposição indiscriminada de ônus financeiros de altíssima monta – que consiste na dispensação de medicamento caros, no fornecimento de próteses com similares de menor custo ou tratamentos no exterior – não raras vezes sem comprovação de eficácia terapêutica, com a consequente redução de recursos financeiros para a execução de políticas públicas de saúde mais amplas e indispensáveis, estava levando as administrações públicas a sofrerem a inversão do risco de lesão à saúde e à ordem pública, na medida em que os recursos públicos são finitos e as receitas e despesas públicas estão previamente orientadas pelas leis orçamentárias respectivas, sem olvidar a incidência do princípio da legalidade restrita a que se subordinam os administradores públicos.

³⁰ Na mesma direção, as seguintes decisões: TJ/PR, MS n.º 137.626.300, Des. Rel. Luiz Cezar de Oliveira, Dj de 15/05/2003. No mesmo sentido: TJ/PR MS n.º 127.201.300, MS n.º 146.245.700, MS n.º 149.645.900, STJ RESP 430.526, RESP 325.337.

A partir disso, constata-se nova alteração no posicionamento jurisprudencial, que mais atualmente³¹ parece ter encontrado um “caminho do meio”, abandonando a concessão indiscriminada e irrazoável de prestações materiais que envolvem o direito à saúde, para adotar uma postura que, ao tempo em que reconhece no direito à saúde um direito fundamental social, não o compreende mais como apenas um direito individual, mas prestigia sua dimensão subjetiva pública, portanto, direito de todos e de cada um, porém, rendendo-se à evidência de que compete à Administração Pública, por meio de aplicação de critérios médico-científicos, fixar e autorizar os tratamentos e remédios que devem ser fornecidos à população; e que, ainda, a racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente visam atingir o maior número possível de beneficiários; sendo finalmente que as diretrizes da política social e econômica traçadas pelo Estado têm por objetivo assistir a saúde de toda a população.

³¹ “ADMINISTRATIVO. RETINOSE PIGMENTAR. TRATAMENTO MÉDICO EM CUBA. EFICÁCIA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. AUSÊNCIA DE PROVA CABAL DO DIAGNÓSTICO DA PATOLOGIA E EFICÁCIA DO TRATAMENTO EM CUBA 1. O rito especialíssimo do mandado de segurança não comporta a realização de perícia técnica apta a comprovar o diagnóstico da patologia e a eficácia do tratamento realizado em Cuba. 2. Produção comprobatória que se justifica em face de manifestação do Conselho Brasileiro de Oftalmologia e do Presidente da Fundação Brasileira de Reabilitação Visual asseverando a inexistência, na literatura médica, de comprovação científica que abone a terapia adotada em Cuba para combater a retinose pigmentar, bem como, a possibilidade do tratamento almejado ser realizado aqui no Brasil. 3. Definidas pela Administração as metas prioritárias na área de saúde pública, dentro do âmbito da discricionariedade de que dispõe e sem ofensa aos limites legais e constitucionais, não cabe ao Judiciário perquirir os critérios adotados, tampouco substituí-los. Daí porque, na espécie, não padece de ilegalidade a Portaria nº 763, de 07.04.1994, editada pelo Ministério da Saúde, que proibiu o custeio de tratamento médico no exterior por conta do Estado. 4. Apelação e remessa oficial providas” (TRF 1.ª Região, MS n.º 8.895/DF. Dj de 22/10/2003).

É precisamente o que se constata em decisão do presidente do Superior Tribunal de Justiça, confirmada pela Corte Especial:^{32 33}

Ao tomar conhecimento da situação de saúde de Paulo Sérgio Zabel, paciente do SUS, que teve o seu pedido de fornecimento de prótese de esfíncter artificial negado pela Secretaria Municipal de Saúde, por não se encontrar na listagem oficial do Ministério da Saúde, o Ministério Público Federal ajuizou Ação Civil Pública contra a União, o Estado de Santa Catarina e o Município de Jaraguá do Sul-SC, com pedido de antecipação de tutela para assegurar a qualquer paciente o efetivo fornecimento de prótese devidamente preceituada por médico. (...)

Em contexto mais abrangente, ressaltou que tanto a Constituição Federal quanto a legislação infraconstitucional pertinente asseguram a todos o direito à saúde, sendo dever do Estado garanti-la.

O Juiz de 1º grau concedeu a tutela antecipada para garantir aos usuários do Sistema Único de Saúde – SUS em Jaraguá do Sul-SC o recebimento de prótese devidamente prescrita, independentemente de constarem da lista oficial do Ministério da Saúde, bem como intervenção cirúrgica e materiais necessários, sob pena de pagamento de multa diária no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

A União interpôs Agravo de Instrumento e formulou pedido de Suspensão de Tutela Antecipada no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, sem sucesso, razão pela qual foi providenciado este novo Pedido de Suspensão.

³² Decisão confirmada pela Corte Especial do STJ, nos autos de STA n. 81, conforme noticiado no site http://www.stj.gov.br/webstj/Noticias/detalhes_noticias.asp?seq_noticia=14473.

³³ Confira-se ainda a seguinte decisão: STJ, RESP 616.460/DF, Min. Rel. Teori Albino Zavascki, Dj de 21/03/2005. “(...) Entretanto, que elementos temos no mandado de segurança para duvidar do ato da autoridade que diz que o tratamento pretendido não é recomendável cientificamente? Que autoridade, nós, juízes, temos para duvidar disso? Não vejo como não considerar legítima a opção do administrador, ainda mais fundada no parecer. Ponhamo-nos no papel de quem tem o dever técnico de administrar a escassez de recursos num País pobre como o nosso, e de fazer as opções políticas para dar-lhes destinação. Portanto, não há como ter presente, no caso, direito líquido e certo a obter do Estado a liberação de vultuosa quantia necessária ao atendimento individual da impetrante. Não há dúvida de que a saúde é um direito fundamental, mas, também é certo, não se trata de direito absoluto. (...)”

Mediante decisão de fls. 111/115, indeferi o pedido.

Dá a interposição deste Agravo Interno pela União.

Afirma que a determinação para o fornecimento de medicamentos não constantes da listagem oficial de forma genérica e indiscriminada implica invasão na esfera de competência da Administração Pública, na medida em que anula os critérios direcionadores das políticas públicas que visam à saúde de toda a população.

O Estado, segundo aduz, no exercício do seu dever constitucional, não tem em vista as necessidades clínicas isoladas, mas sim o contexto geral, atrelado às políticas sociais e econômicas. Pelo que, sustentando flagrante potencial lesivo na decisão liminar à ordem e à saúde públicas, pede a reconsideração da decisão de fls. 111/115, a fim de que seja determinada a suspensão dos efeitos da liminar concedida nos autos do Agravo de Instrumento nº 2003.04.01.042893-9 do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Decido. Após uma análise mais detida do caso, com os novos argumentos trazidos pela agravante, consigno presentes os pressupostos autorizadores do pedido de suspensão. Com efeito, compete à Administração Pública, através da aplicação de critérios médico-científicos, fixar e autorizar os tratamentos e remédios que devem ser fornecidos à população no País, buscando garantir a segurança, a eficácia terapêutica e a qualidade necessárias. Tal atividade envolve uma gama de procedimentos técnicos e de caráter oficial, inerentes à política nacional de saúde e realizados por diversos órgãos governamentais, objetivando restringir a possibilidade de riscos graves aos pacientes e, sempre que viável, uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de que seja atingido o maior número possível de beneficiários.

Dessa forma, a decisão liminar reclamada, a meu sentir, efetivamente afronta a ordem administrativa, na medida em que interfere em matéria de política nacional de saúde, de seara exclusiva da Administração Pública.

Por outro lado, também tenho por configurada a potencialidade lesiva à própria saúde pública, uma vez que a liminar privilegia os pacientes necessitados do fornecimento indiscriminado de prótese e de cirurgia para esse fim, podendo inviabilizar a realização de outros tratamentos à população carente.

Nesse sentido, inclusive, já me pronunciei por ocasião do julgamento do STA/59, em sessão realizada pela Corte Especial em 25.10.2004. Eis a Ementa do julgado (disponível no site do STJ, Ato nº 135/2004) “SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA.DEFERIMENTO. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAÇÃO. DECISÃO GENÉRICA. SAÚDE PÚBLICA. LESÃO RECONHECIDA. AGRAVO REGIMENTAL.

1. A imposição do fornecimento gratuito, aleatório e eventual de medicação não especificada ou sequer discriminada tem potencial suficiente para inviabilizar o aparelho de aquisição e distribuição de medicamentos à população carente e, por isso, o próprio sistema de saúde pública. 2. Agravo Regimental não provido.”

Posto isso, reconsidero a decisão de fls. 111/115, para suspender os efeitos da decisão proferida na Ação Civil Pública nº 2003.72.09.00197-8/SC, em trâmite no juízo da 1ª Vara da Justiça Federal de Jaraguá do Sul-SC.

Considerações finais

A dogmática constitucional contemporânea classifica os direitos fundamentais em dois grandes grupos: os direitos fundamentais na condição de direitos de defesa e os direitos fundamentais como direitos a prestações – de natureza fática e jurídica. Os direitos fundamentais prestacionais, por sua vez, dividem-se em direitos a prestações em sentido amplo – direitos de proteção e direitos à participação na organização e procedimento – e os direitos a prestações em sentido estrito, ou direitos fundamentais sociais (direitos a prestações materiais sociais).

Os direitos fundamentais de defesa são próprios do Estado Liberal de Direito e exigem uma abstenção estatal, ou seja, sua não intervenção na esfera dos direitos de liberdade dos cidadãos; e os direitos fundamentais de ação ou a prestações exigem ações dos poderes públicos, consistentes em prestações fáticas ou jurídicas e são direitos próprios do Estado de Direito Democrático e Social.

Inobstante a divisão dos direitos fundamentais em direitos de defesa, de omissão estatal (liberdade abstrata) e os direitos fundamentais prestacionais, que impõem a atuação estatal, a fim de se assegurar a igualdade de condições ao livre desenvolvimento da personalidade humana (liberdade real), há uma nítida interpenetração dos direitos fundamentais³⁴.

³⁴ Cfr. HESSE, K. In: Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha, Fabris, Porto Alegre, 1998, p. 235: “Como direitos do homem e do cidadão, os direitos fundamentais são, uma vez, direitos de defesa contra os poderes estatais. Eles tornam possível ao particular defender-se contra prejuízos não autorizados em seu status jurídico-constitucional pelos poderes estatais no caminho do direito. Em uma ordem liberal constitucional são necessários tais direitos de defesa, porque também a democracia é domínio de pessoas sobre pessoas, que está sujeito às tentações do abuso de poder, e porque poderes estatais, também no estado de direito, podem fazer injustiça.”

Os direitos fundamentais são a um só tempo direito objetivo e direito subjetivo, destacando, portanto, seu duplo caráter. São direitos subjetivos porque garantem um direito individual e impõem um dever estatal de assegurá-los. São direitos objetivos porque integram o ordenamento jurídico objetivo da coletividade.

Assim, a doutrina aponta para o duplo caráter dos direitos fundamentais, concebendo-os a um só tempo como direitos subjetivos – aptos a outorgar aos seus titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos públicos – e como direitos objetivos – como elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva, formadores da base do ordenamento jurídico do Estado de Direito democrático e pertencentes a toda a coletividade³⁵.

Os direitos prestacionais ou direitos a ações positivas do Estado compreendem as prestações em sentido amplo – os direitos à proteção e os direitos à organização e procedimento –, e os direitos à prestação em sentido estrito ou propriamente os direitos fundamentais sociais.

Aos direitos a prestações correspondem, portanto, posições jurídicas fundamentais distintas, conforme o seu objeto, podendo-se classificá-los em direitos a prestações jurídicas ou normativas e direitos a prestações fáticas ou materiais. Com isso, os direitos prestacionais não se restringem a prestações materiais, mas integram também direitos de proteção a posições jurídicas do cidadão em face do Estado, assim como direitos de participação na organização e procedimentos dos direitos fundamentais.

³⁵ Cfr. HESSE, K. In: *Elementos de Direito Constitucional* ..., p. 228; “Por um lado eles são direitos subjetivos, direito do particular, e precisamente, não só nos direitos do homem e do cidadão no sentido restrito..., mas também lá onde eles, simultaneamente, garantem um instituto jurídico ou a liberdade de um âmbito de vida... Por outro, eles são elementos fundamentais da ordem objetiva da coletividade. Isso é reconhecido para garantias, que não contêm, em primeiro lugar, direito individuais, ou que em absoluto, garantem direitos individuais, não obstante estão, porém, incorporadas no catálogo de direitos fundamentais da Constituição.”

Os direitos a prestações em sentido amplo, que englobam os direitos de proteção e de participação na organização e procedimento, reportam-se ao Estado de Direito de matriz liberal na condição de garantes da liberdade e igualdade na sua dimensão defensiva.

A existência de direitos a prestações em sentido estrito são típicos direitos do Estado Social e importam na sua atuação no sentido da criação, fornecimento e distribuição de prestações materiais, constituindo-se naqueles direitos fundamentais a prestações fáticas que o indivíduo, caso dispusesse dos recursos necessários e em existindo no mercado uma oferta suficiente, poderia obter também de particulares³⁶. São os denominados direitos fundamentais sociais.

Assim como ocorre com os direitos de defesa e os direitos a prestações, há uma íntima interpenetração entre os direitos a prestações em sentido amplo e em sentido restrito, bem assim em torno de sua igual dignidade como direitos fundamentais³⁷.

Os direitos à proteção destinam-se a proteger posições jurídicas fundamentais do indivíduo contra ingerências de terceiros em determinados bens pessoais. Decorre do direito à proteção que o Estado tem a obrigação de adotar medidas positivas com vistas a garantir e proteger de forma efetiva a fruição dos direitos fundamentais dos indivíduos, em face inclusive do dever geral de efetivação dos direitos fundamentais, até mesmo de forma preventiva.

Os direitos fundamentais são, em alguma medida, dependentes da organização e do procedimento para sua realização, bem como podem ser considerados como parâmetro para a formatação das estruturas organizatórias e dos procedimentos servindo, para além disso, como

³⁶ Cfr. ALEXY, R. In: *Teoria de Los Derechos Fundamentales*, Estudios de Derechos. Constitucionales, Madrid, 1997, p. 482 (tradução livre).

³⁷ Cfr. SARLET, I. In: *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1997 p. 195.

diretrizes para a aplicação e interpretação das normas procedimentais, e assim, como garantias procedimentais. Em sentido estrito, os direitos à organização e ao procedimento asseguram ao indivíduo que o legislador dite normas de organização conformes ao direito fundamental e facilite procedimentos que possibilitem uma participação na formação da vontade estatal.

Nesse contexto, como bem reconhece a doutrina, para a garantia do acesso aos bens sociais é indispensável a preexistência de instituições, esquemas organizacionais e procedimentais que forneçam o suporte logístico, institucional e material assegurador da dinamização dos direitos sociais.

Diversamente do que se dá no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, a Lei Fundamental de Bonn – ao contrário também das Constituições dos Estados-federados alemães – é cautelosa na formulação dos direitos a prestações, só explicitando um direito fundamental social no sentido de direito subjetivo à prestação para o direito da mãe à proteção e assistência por parte da comunidade (art. 6º, § 4, LF), por isso, eles têm que ser deduzidos de outras disposições jufundamentais. Isso porque, tanto do ponto de vista de seu texto como de sua gênese, a Lei Fundamental alemã tem primariamente o caráter de uma Constituição liberal e de Estado de Direito voltada para os direitos de defesa.

Para o juspublicista ALEXY, os direitos fundamentais são posições jurídicas tão importantes, que a outorga (ou não outorga) não pode ficar livremente franqueada à disposição parlamentar. E, portanto, a questão acerca de quais são os direitos fundamentais sociais que o indivíduo possui definitivamente é uma questão basicamente de ponderação entre princípios, de um lado o princípio da liberdade fática, de outro, os princípios formais de competência do legislador democraticamente legitimado e o princípio da divisão de poderes e, ainda, princípios materiais que, sobretudo, refiram-se à liberdade jurídica de outros e também a outros direitos fundamentais sociais e a bens coletivos³⁸.

³⁸ ALEXY, R. In: *Teoria de los Derechos Fundamentales...*, p. 494.

No resultado dessa ponderação entre princípios deverão estar presentes condições que assegurem e satisfaçam direitos fundamentais sociais mínimos, ou seja, direito a um mínimo vital, que garantam v.g. uma moradia digna, a educação escolar, a formação profissional e um padrão mínimo de assistência médica.

A propriedade de direito subjetivo vinculante *prima facie* dos direitos sociais fundamentais significa que, para além do “caráter programático”³⁹ desses direitos, a sua cláusula restritiva, qual seja, a reserva do possível – aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade – não tem como consequência a ineficácia do direito e sim tal cláusula expressa a necessidade de ponderação desse direito.

Os direitos a prestações em sentido estrito são direitos do particular a obter por meio do Estado bens sociais (saúde, educação, segurança social), que não os pode obter no comércio privado, seja pela escassez dos seus recursos financeiros, seja por resposta insatisfatória do mercado (cuidados de saúde privados, seguros privados, ensino privado). São direitos sociais, indistintamente, todos aqueles que dependem da providência estatal, ou seja, da ação positiva do Estado, a quem cabe assegurar prestações existenciais dos cidadãos.

Convergem os direitos fundamentais sociais para a associação de três níveis nucleares: (i) direitos sociais originários – se os particulares podem obter diretamente das normas constitucionais pretensões prestacionais; (ii) direitos sociais derivados – que se reconduzem ao direito de exigir uma atuação legislativa concretizadora das normas constitucionais sociais, sob pena de omissão inconstitucional, e no direito de exigir e obter a participação igual nas prestações criadas pelo legislador (ex: prestações médicas e

³⁹ Não meramente programáticos no sentido de destituídos de eficácia jurídica e sim, referente aos programas e às políticas públicas de que dependem os direitos fundamentais sociais para sua efetivação.

hospitales existentes); (iii) a dimensão objetiva – ou vinculatividade jurídica das normas consagradoras de direitos fundamentais, obrigando os poderes públicos, independentemente de direitos subjetivos, a políticas sociais ativas conducentes à criação de instituições (ex: hospitais), serviços (ex: serviços de segurança social) e fornecimento de prestações sociais⁴⁰.

Com base nos acórdãos n.º 39/84 e n.º 101/92 proferidos pelo Tribunal Constitucional português, os direitos sociais são compreendidos como autênticos direitos subjetivos inerentes ao espaço existencial do cidadão, independentemente da sua justiciabilidade e exequibilidade imediatas. Assim, o direito à segurança social, o direito à saúde, são direitos com a mesma dignidade subjetiva dos direitos, liberdades e garantias. Nem o Estado nem terceiros podem agredir posições jurídicas incrustradas no âmbito de proteção destes direitos.

Com fundamento ainda no acórdão n.º 39/84, do Tribunal Constitucional português, referente à extinção legal do Serviço Nacional de Saúde de Portugal, revela-se a força jurídico-constitucional dos direitos sociais (i) os direitos fundamentais sociais consagrados constitucionalmente dispõem de vinculatividade normativo-constitucional, não são, portanto, meros “programas” ou linhas de direção política”; (ii) as normas garantidoras de direitos sociais devem servir de parâmetro de controlo judicial quando esteja em causa a apreciação da constitucionalidade de medidas

⁴⁰ Em outro contexto STARCK, C. In: *Jurisdição Constitucional e Tribunais Comuns*, Anuário Português de Direito Constitucional, vol. IV/2004/2005, Coimbra, janeiro de 2008, pp. 24 e 28, fala em re-subjetivação da dimensão objetiva dos direitos fundamentais: “quando o juiz ignora o conteúdo da norma que consagra o direito fundamental, não só atenta contra o direito constitucional objetivo, como, com a sua sentença, lesa, enquanto titular do poder público, o direito fundamental cuja observância por parte também do poder judicial o cidadão tem a faculdade jurídico-constitucional de exigir. Opera-se assim uma mutação, que não se fundamenta com maior detalhe, da decisão valorativa, jurídico-objetiva, contida nos direitos fundamentais, numa pretensão jurídico-subjetiva”.

legais ou regulamentares restritivas destes direitos; (iii) as normas de legislar acopladas à consagração de direitos sociais são autênticas imposições legiferantes, cujo não cumprimento poderá justificar a inconstitucionalidade por omissão; (iv) as tarefas constitucionalmente impostas ao Estado para a concretização destes direitos devem traduzir-se na edição de medidas concretas e determinadas e não em promessas vagas e abstratas; (v) a produção de medidas concretizadoras dos direitos sociais não está à livre disponibilidade do legislador, inobstante sua liberdade de conformação, quer quanto às soluções normativas concretas, quer quanto ao modo de organização e ritmo de concretização⁴¹.

Considera-se, ainda, que os direitos de defesa são insuficientes para assegurar a liberdade real, que depende de ações positivas do Estado, de intervenção e não de abstenção, pois, cuida-se, não só de ter liberdade em relação ao Estado, mas de desfrutar dessa liberdade por meio das prestações advindas do Estado.

Cuida, assim, a contemporânea dogmática dos direitos fundamentais sociais, da possibilidade de o Estado obrigar-se à criação dos pressupostos fáticos necessários ao exercício efetivo dos direitos constitucionalmente assegurados e sobre a possibilidade do titular do direito impor sua pretensão a prestações em face do Estado. É ponto nuclear da teoria dos direitos fundamentais do Estado Social – que pretende superar o choque entre liberdade jurídica e liberdade real – que os direitos fundamentais não têm só um caráter delimitador negativo, mas também, o caráter de facilitador de prestações sociais pelo Estado, cabendo a este buscar os meios de criar os pressupostos sociais necessários para a realização desses direitos fundamentais e favorecê-los.

⁴¹ CANOTILHO, J. J.; GOMES, In: *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador – Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*, Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

Também, os direitos fundamentais sociais visam assegurar, mediante prestações materiais a compensação das desigualdades sociais, proporcionando o exercício de liberdade e igualdade reais e efetivas, o que pressupõe um comportamento ativo do Estado, já que a igualdade material não se oferece simplesmente por si mesma, devendo ser devidamente implementada⁴².

Vê-se também no Preâmbulo da Constituição Federal e em seu art. 3.º, inc. III, que os direitos sociais prestacionais encontram-se intimamente vinculados às funções do Estado na sua expressão como Estado Social, que deve zelar por uma adequada e justa distribuição e redistribuição dos bens existentes, a fim de reduzir as desigualdades sociais. Da mesma forma, Portugal instituiu um Estado Social Democrático com a Constituição de 1976.

Os direitos fundamentais a prestações *stricto sensu* comportam os direitos fundamentais sociais propriamente ditos, ou seja, direitos a prestações fáticas, que se reconduzem ao que JELLINEK denomina de *status positivus socialis* dos indivíduos. Entretanto, os direitos fundamentais sociais não se restringem à dimensão prestacional, abrangendo também as liberdades sociais (v.g. direito de greve e de liberdade sindical), que se reportam a um *status negativus socialis* ou *status libertatis socialis*⁴³.

A doutrina reconhece o caráter complementar entre os direitos de defesa e os direitos sociais a prestações materiais, rechaçando qualquer dualidade ou dicotomia entre eles, além de atribuir a mesma dignidade a ambas as categorias (ou dimensões) dos direitos fundamentais⁴⁴. Entretanto, reafirma suas distinções, que se revelam para além de seu objeto – abstenção

⁴² SARLET, I. In: *A Eficácia ...*, p. 202.

⁴³ Ver em MIRANDA, J. In: *Manual de direito Constitucional*, v. IV, Coimbra, 2000.

⁴⁴ Cfr. MIRANDA, J. In: *Manual de Direito Constitucional*, v. IV, Coimbra, 2000.

ou ação estatal – na esfera da densidade normativa e da eficácia das normas que os consagram e que deságuam, principalmente, no problema central do reconhecimento de um direito individual subjetivo a prestações materiais.

Os direitos fundamentais a prestações podem ser concebidos como direitos originais e direitos derivados a prestações. Aqueles são definidos como posições jurídicas que podem ser deduzidos diretamente das normas constitucionais que consagram direitos sociais, independentemente da atuação legislativa. Estes dependem da prévia existência de um sistema legal de prestações estatais e se caracterizam como direitos de igual acesso a elas.

O conteúdo da prestação não pode ser estabelecido e definido de forma geral e abstrata, dada a especificidade de cada direito fundamental prestacional. Saliente-se, também que cada direito social prestacional apresenta um vínculo diferenciado em relação às categorias de prestações estatais referidas (direito ao trabalho, assistência social, aposentadoria, educação, saúde, moradia etc.). É a forma de positivação no texto constitucional das diferentes espécies de prestações que efetivamente irão constituir o objeto dos direitos sociais, bem como a sua conformação pelo legislador.

Assim, somente em alguns casos é que os direitos sociais conferem aos cidadãos um direito imediato a uma prestação efetiva, sendo necessário que tal decorra expressamente do texto constitucional. Em geral, os direitos sociais prestacionais são dependentes de intermediação legislativa, negando-se-lhe a natureza de norma de eficácia plena. Explica-se, assim, a recorrente questão da exigibilidade perante o Estado de tais prestações materiais, isto é, se estão vinculadas juridicamente ou não – e, portanto, se são ou não sindicáveis judicialmente independentemente de interposição legislativa.

Por outro lado, o atributo social do direito determina, de maneira objetiva, a obrigação ao Estado de assegurar aos indivíduos um conjunto de regras de proteção e atendimento que possibilite a plena realização da condição humana. Saliente-se, também, que o constituinte adotando uma

visão moderna da função do Estado, procurou assegurar direitos básicos inerentes à dignidade humana, com o que os indivíduos passaram a ser titulares de uma espécie de crédito junto ao Estado, que lhes é devedor de determinadas prestações sociais.

Não se pode olvidar, que constitui exigência de um Estado Democrático, que inclui valores essenciais como a dignidade humana, o reconhecimento de um direito originário a prestações, no sentido de um direito subjetivo individual a prestações materiais, ainda que no nível de um mínimo vital, para a proteção da vida humana, diretamente deduzido da Constituição.

Por outro prisma, mesmo tendo o cidadão um direito a prestações existenciais mínimas, decorrente do direito à vida, não significa impor ao poder público o modo de realizar este direito, porquanto os órgãos estatais dispõem de um indispensável espaço de discricionariedade, que, no entanto, não é absoluto, condicionado que está à realização do núcleo ou conteúdo essencial do direito fundamental positivado.

Assegurar ao indivíduo, mediante a prestação de recursos materiais essenciais, uma existência digna é objetivo comum dos direitos fundamentais sociais, daí a íntima vinculação entre os direitos fundamentais sociais e o princípio da dignidade da pessoa humana. A dignidade da pessoa humana, aliás, constitui fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inc. III, CF) e também fim da ordem econômica (art. 170, caput). É, ainda, princípio fundamental da República portuguesa, a teor do art. 1º, CRP.

Alguns direitos sociais em muitos casos são consagrados em normas programáticas, que veiculam programas constitucionais de atuação dos poderes públicos dependentes de providências integrativas.

Contudo, isso não lhes retira a eficácia, já que toda norma constitucional é dotada de eficácia jurídica e deve ser interpretada e aplicada em busca de sua máxima eficácia. Já é consenso doutrinário que as normas constitucionais são dotadas de, ao menos, uma eficácia mínima (eficácia negativa, derogatória), variável de acordo com seu grau de densidade normativa e nessa medida, direta e imediatamente aplicáveis,

no sentido de impedir que o legislador aniquile o conteúdo social do direito fundamental.

Ao contrário da Constituição brasileira, que nenhuma diferenciação expressa de regime faz acerca dos direitos fundamentais (mas os positiva de forma diferenciada), a Carta portuguesa elegeu diferentes regimes para os direitos fundamentais. Assim, há que se distinguir entre o regime comum aplicável a todos os direitos fundamentais (direitos de liberdade e direitos sociais e quaisquer outros previstos na ordem jurídica portuguesa) e o regime específico dos direitos, liberdades e garantias por um lado e o regime específico dos direitos económicos, sociais e culturais, por outro⁴⁵.

É nesse ponto que releva destacar, que a Carta Federal de 1988, de forma inovadora, dispôs em seu art. 5º, § 1º, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. E a Carta portuguesa prescreve no seu art. 18º/1, que “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”.

A aplicabilidade imediata das normas de direito fundamental, desloca a doutrina dos “direitos fundamentais dentro da reserva de lei” para a doutrina da reserva de lei dentro dos direitos fundamentais⁴⁶.” Contrapõe-se à doutrina que defende a dependência legal dos direitos

⁴⁵ Cfr. JORGE MIRANDA, In: *Manual...* v. IV, p. 145-147: “nos regimes específicos distinguem-se: a) Regime material ou de fundo; b) Regime orgânico ou de competência; c) Regime de revisão constitucional”. Sendo que, há “ainda regras materiais próprias de apenas certos direitos, liberdades e garantias: os direitos, liberdade e garantias pessoais, segundo o art. 20.º, n. 5; os direitos, liberdades e garantias insusceptíveis de suspensão, conforme o art. 19.º, n. 6; e os direitos sujeitos aos poderes de regulação de órgãos independentes da Administração”.

⁴⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes In: *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Almedina, Coimbra, 1998.

fundamentais que pressupõem prestações do Estado (interpositio legislatoris), concebendo-os como *leges imperfectae*, posicionando-os como problema de competência constitucional, atribuindo ao legislador, respeitadas as condições orçamentárias, garantir as prestações sociais.

É precisamente, como já se afirmou a forma de configuração dos direitos fundamentais sociais no texto constitucional que conferem a tais normas sua densidade normativa: de acordo com as técnicas de positivação decorrem posições jurídicas distintas. Com isso, a sua carga eficaz está diretamente vinculada a sua positivação jurídico-constitucional, dentre as possibilidades de conformação jurídica dos direitos sociais: como normas programáticas, como normas de organização, como garantia institucional e como direitos subjetivos.

Diante do princípio da aplicabilidade imediata insculpido no artigo 5º, § 1º da Constituição Federal, e também no artigo 18º/1, da Constituição da República Portuguesa, poder-se-ia advogar a tese da eficácia plena de todas as normas de direitos fundamentais, inclusive os direitos sociais, e ainda propugnar a inexistência em nossa Constituição de normas programáticas. Entretanto, isso equivaleria a tornar dispensáveis – e até mesmo inaplicáveis à espécie os institutos constitucionais de cunho jurídico-processual (mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade por omissão)⁴⁷.

Diante disso, é plausível concluir que tanto o art. 5º, § 1º, CF, como o art. 18º/1, CRP, contêm um postulado de otimização das normas consagradoras dos direitos fundamentais, inclusive, dos direitos sociais impondo aos Poderes Públicos a tarefa de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais.

⁴⁷ SARLET, I. In: *A Eficácia ...*, p. 244.

De outro vértice, a vinculatividade normativo-constitucional dos direitos fundamentais sociais impõe aos poderes públicos a realização destes direitos por meio de medidas políticas, legislativas e administrativas concretas e determinadas⁴⁸. A vinculação do legislador, juízes e administração aos direitos fundamentais, no direito português, decorre diretamente de regra constitucional (art. 18º/1, CP).

No Brasil, à ausência de norma expressa, pode-se asseverar que a vinculatividade da Administração Pública aos direitos fundamentais, inclusive sociais, decorre da própria regra que determina sua aplicação imediata (art. 5º, § 1º), assumindo a função de reforçar o caráter vinculante das normas de direitos fundamentais (reforço da eficácia vinculante)⁴⁹, que ressalta o dever específico dos poderes públicos de respeitar e promover os direitos fundamentais, tomando-as como parâmetro na concretização de tais direitos.

No âmbito da vinculação do legislador aos direitos fundamentais, especialmente no que respeita aos direitos sociais, há que atentar para a imposição constitucional a ele dirigida, de concretização de tais direitos, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade por omissão decorrente da inércia (total ou parcial).

Também o Poder Executivo e todos os órgãos da Administração Pública encontram-se vinculados aos direitos sociais, em decorrência do princípio da máxima eficácia insculpido no art. 5º, § 1º, o que significa que os órgãos administrativos devem executar apenas as leis que àqueles sejam conformes, bem como executar estas leis de forma constitucional, isto é, aplicando-as e interpretando-as em conformidade com os direitos fundamentais⁵⁰. A prescrição também encontra-se plasmada no art. 18º/1, CRP, como já se referiu acima.

⁴⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes, In: *Direito Constitucional ...*, p. 471.

⁴⁹ OTERO, P. In: *Instituições Políticas e Constitucionais*. Almedina, Coimbra, 2007.

⁵⁰ SARLET, I. In: *A Eficácia ...* p. 331.

Da mesma forma os Tribunais, como órgãos do Estado, estão submetidos à Constituição, devendo respeitar os direitos fundamentais, quer no processo, quer no conteúdo de suas decisões, assumindo especial relevância a função do controle de constitucionalidade dos atos dos órgãos estatais, o que lhe confere o poder/dever de não aplicar os atos contrários à Constituição, de modo especial os ofensivos aos direitos fundamentais, inclusive declarando-lhes a inconstitucionalidade. Bem assim, é dever dos tribunais interpretar e aplicar as leis em conformidade com os direitos fundamentais e, ainda, colmatar eventuais lacunas à luz das normas de direitos fundamentais.

Pelo fato de os direitos fundamentais sociais exigirem prestações do Estado diretamente vinculadas à destinação, distribuição e redistribuição, bem como à criação de bens materiais, põe-se em relevo sua dimensão econômica. O caráter prestacional dos direitos sociais assume especial relevância no âmbito de sua eficácia e efetivação, significando que a efetiva realização das prestações reclamadas não é possível sem que se despenda algum recurso, dependendo, em última análise, da conjuntura econômica⁵¹.

Diante disso, a doutrina e a jurisprudência alemãs condicionaram a efetivação dos direitos fundamentais sociais à “reserva do financeiramente possível”, tendo consignado a Corte Constitucional daquele país, no julgamento acerca de vagas nas universidades, que pretensões destinadas a criar os pressupostos necessários para o exercício de determinado direito estão submetidas à reserva do possível⁵².

A reserva do possível constitui limite fático e jurídico à efetivação dos direitos sociais, apresentando-se sob duas faces: por um lado, o Estado

⁵¹ Cfr. SARLET I. In: *A Eficácia...* p. 263-4.

⁵² MENDES, G. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, São Paulo: Celso Bastos Ed., 1998. p. 43-4.

possui uma capacidade limitada de recursos materiais disponíveis e, por outro lado, deve ter a capacidade jurídica de dispor dos recursos existentes.

Para além da existência dos meios materiais efetivos e do poder de sua disposição, a pretensão deve ser razoável, e o que constitui o razoável numa pretensão que reclama prestação material está diretamente relacionado à afetação material dos recursos, o que requer uma opção, que em derradeira análise cabe ao legislador.

Entretanto, ao deixar à competência do legislador ordinário a opção quanto à escolha e direcionamento da destinação dos recursos materiais no que respeita aos direitos sociais, pode-se incorrer no risco de sua não-concretização pela escassez dos recursos; também outorgá-la ao Poder Executivo concedendo-lhe o poder amplamente discricionário de deixar de concretizar o direito social alegando impedimento de ordem financeira, não se afigura adequado. Ao Judiciário, todavia, a doutrina mostra reservas quanto a conferir-lhe o poder de remanejar verbas públicas.

Os argumentos que refletem a preocupação com a questão orçamentária como restrição à efetivação dos direitos fundamentais sociais chocam-se com a garantia constitucional de proteção à vida e à dignidade humana. Assim, por mais que os poderes públicos, como destinatários precípuos dos direitos fundamentais, inclusive os sociais, venham a opor os habituais argumentos da ausência de recursos e da incompetência dos órgãos judiciais para decidirem sobre a alocação e destinação de recursos públicos, há que se ter presente que está em jogo a preservação do bem maior da vida humana de forma digna.

Também já se sublinhou que o princípio da proibição de retrocesso visa impedir o legislador de abolir determinadas posições jurídicas por ele próprio criadas. A proibição do retrocesso das posições jusfundamentais conquistadas legalmente é princípio constitucional que decorre da Democracia e do Estado Social e significa que os direitos sociais, uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir uma garantia institucional não podendo ser eliminados ou reduzidos a ponto de atingir o

núcleo ou conteúdo essencial do direito consagrado constitucionalmente, sem a criação de esquemas alternativos compensatórios⁵³.

A liberdade de conformação do legislador encontra seu limite no núcleo essencial do direito fundamental já realizado, transformando o direito social, nessa medida, em direito de defesa, impondo ao Estado que se abstenha de atentar contra ele⁵⁴.

À guisa de conclusão

(1) É possível concluir que, independentemente da questão orçamentária, os direitos sociais constituem direitos fundamentais subjetivos vinculantes, oponíveis ao Estado e plenamente jurisdicionados, sendo que, para além de assegurarem o mínimo vital, representam a derradeira garantia da dignidade humana, em ordenamentos jurídicos que consagram um Estado Democrático de Direito

(2) É preciso manter constante vigilância sobre a questão, para que o direito fundamental à saúde não perca as posições jurídicas já alcançadas,

⁵³ MIRANDA, J. In: *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra, 2000.

⁵⁴ E como alerta BARROSO, L. R. In: “A doutrina brasileira de efetividade”, *Temas de Direito Constitucional*, tomo III, Renovar, Rio de Janeiro, 2005, p.71. “Efetividade, em suma, significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social” (...) e “há de se assentar sobre alguns pressupostos indispensáveis. É preciso que haja, da parte do constituinte, *senso de realidade*, para que não pretenda normatizar o inalcançável, o que seja materialmente impossível em dado momento e lugar. Ademais, deverá ele atuar com boa *técnica legislativa*, para que seja possível vislumbrar adequadamente as posições em que se investem os indivíduos e os bens jurídicos e condutas exigíveis. Em terceiro lugar, impõe-se ao Poder Público *vontade política*, a concreta determinação de tornar realidade os comandos constitucionais. E por fim, é indispensável o consciente *exercício de cidadania*, mediante a exigência, por via de articulação política e de medidas judiciais, da realização dos valores objetivos e dos direitos subjetivos constitucionais”.

sob pena de ferir-se o princípio da proibição do retrocesso social, corolário do Estado Democrático de Direito brasileiro, que tem por fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) e objetivos fundamentais de realizar a justiça social e reduzir as desigualdades sociais (art. 3º, I e III, *in fine*, CF).

(3) Assim, em decorrência dos direitos fundamentais à vida e à saúde (arts. 5º, caput, e 6º, CF), especialmente quanto a este último, que o constituinte garantiu como direito a todos e dever do Estado – mediante políticas sociais e econômicas, que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção e recuperação (art. 196), pela descentralização de ações e serviços públicos, determinada pela Carta Federal (art. 198) e efetivada pela Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90) – que cabe aos Poderes Públicos, por seus agentes, a consecução de medidas que assegurem o cumprimento dos preceitos constitucionais, inclusive, por meio do fornecimento de próteses ou a dispensação de medicamentos indispensáveis ao tratamento médico, sob comprovação de eficácia terapêutica, prova da inexistência de produtos médicos similares de menor custo financeiro e, ainda, apenas pelo exato tempo realmente necessário para o tratamento.

(4) Em face da dimensão econômica do direito fundamental à saúde, que não merece ser olvidada, diante, ainda, do princípio da legalidade a que está submetido o administrador público, a teor do que dispõe a Carta Federal no art. 37, caput, e ainda, as disposições constitucionais que tratam das finanças públicas e que condicionam os gastos públicos à prévia existência da correspondente receita pública, nos moldes das leis orçamentárias, é possível concluir que a efetivação do direito fundamental à saúde depende da participação de todos os atores da cena social, para que as políticas públicas de saúde decorram de opções do administrador público e do legislador, tendo em vista critérios médico-científicos de absoluta seriedade e que possam atender a toda a população, sem perder de vista aquilo que é razoável exigir da sociedade, ou seja, que os recursos financeiros de saúde sejam aplicados, quando desbordarem de tais critérios,

mediante a comprovação da real carência de recursos financeiros, da efetiva necessidade da prestação material de saúde, bem como, da eficácia terapêutica do tratamento solicitado – administrativa ou judicialmente. Só assim, estar-se-á rendendo homenagem à democracia sanitária, com a consequente redução da complexidade da questão sanitária.

(5) Pode-se afirmar que a saúde no Estado Democrático brasileiro é direito de todos e dever estatal vinculante, não-só aos poderes públicos (Executivo, Legislativo e Judiciário), nas três esferas republicanas, como também aos particulares e a toda a sociedade, e, dada a complexidade da questão sanitária, sua efetivação (efetividade do direito à saúde) não comporta solução unívoca e sim, exige a participação e colaboração de todos os poderes públicos e de todos os cidadãos e, ainda, de toda a sociedade organizada e suas instituições, relevante ainda o papel do Poder Judiciário, especialmente no que respeita a assegurar o acesso às prestações materiais de saúde, por meio de tratamentos médicos de comprovada eficácia terapêutica às pessoas comprovadamente deles necessitadas, tudo em reverência ao bem jurídico maior – a vida e a existência humana digna – fundamento da Democracia.

Democracia e Tutela Jurisdicional sob a Ótica Hermenêutica de Ronald Dworkin

Alessandro Antonio Passari¹

Introdução

Uma das marcas desse início de século XXI é a de ter a democracia como um de seus ideais políticos mais fortes. O Estado de Direito, que tem em suas origens a luta contra o absolutismo e a defesa da liberdade, caminhou no sentido de uma maior universalização de ideais democráticos, tais como a defesa da igualdade e de outros direitos humanos fundamentais.

No entanto, a democracia apresenta diversos desafios a serem superados, dentre outros, o problema da supremacia da vontade popular², o dilema entre a supremacia da liberdade ou da igualdade, problemas decorrentes da identificação do Estado democrático com determinada forma de Estado e de governo, a tensão entre constitucionalismo e democracia.

O presente trabalho tem como pano de fundo a tensão entre constitucionalismo e democracia (tensão esta que pode ser discutida sob

¹ Bacharel em Física pela USP e em Direito pela PUC/SP. Mestrando em Direito do Estado pela UFPR. Advogado. Curitiba-PR, Brasil.

² Nesse sentido, desde o problema de compatibilizar o sistema representativo com o tamanho dos Estados contemporâneos até mesmo o problema do descrédito do próprio sistema representativo – sobre este último tema, veja DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 300.

diversos enfoques, seja filosófico, sociológico, econômico, jurídico etc.) e como objetivo discutir as ideias de Ronald Dworkin sobre o Direito (ideias que ajudam a entender melhor a relação de complementaridade entre constitucionalismo e democracia). Difícil de classificar qual o enfoque dado por Dworkin, uma vez que sua obra esbanja erudição e sutileza de raciocínio.

Taking Rights Seriously escancara a ligação entre a filosofia, o direito e a política, tão onerosa aos juristas, a qual se confirma e avança em *A Matter of Principle*, rumo à configuração de uma opção epistemológica hermenêutica-crítica. A adoção deste paradigma consolida-se em *Law's Empire*³.

O trabalho de Dworkin, focado no ato decisório do juiz, é de grande valor para entendermos o papel da tutela jurisdicional no Estado Democrático de Direito, uma vez que o Poder Judiciário pode constituir-se em importante componente para a defesa das minorias e a defesa dos cidadãos contra o arbítrio do Estado, sem os quais não se pode falar em verdadeira democracia.

Constitucionalismo e Democracia

O último quarto do século XX foi marcado pelo aparecimento de democracias constitucionais no lugar de onde antes havia ditaduras, governos militares ou comunistas, como na América Latina e no sul e leste europeu. É opinião majoritária, pelo menos no ocidente, de que a união dos ideais democráticos e constitucionais numa democracia constitucional representa uma forma de governo mais interessante do que um governo constitucional não democrático ou uma democracia pura.

Apesar de o Estado Constitucional ter surgido paralelamente ao Estado Democrático e, em parte, sob influência dos mesmos princípios⁴, o matrimônio entre constitucionalismo e democracia pode acarretar tensões

³ CHUEIRI, V. K. **Filosofia do Direito e Modernidade**: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. Curitiba: J. M. Editora, 1995. p. 64.

⁴ DALLARI, D. de A. Obra citada, p. 197.

quando o fortalecimento do ideal constitucional (governo limitado) se torne um freio para o ideal democrático (governo do povo) e vice-versa⁵. Ou seja, o desafio da democracia constitucional é conciliar a tensão fruto de uma sociedade organizada no consenso popular, mas cuja vontade dos indivíduos é limitada por normas constitucionais de difícil modificação.

Concepções teóricas recentes, frequentemente denominadas neoconstitucionalismo, buscam enfrentar o problema acima exposto enfatizando a relação entre direito e moral. O que o neoconstitucionalismo traz de novo e que o diferencia do jusnaturalismo é a vinculação do direito não a uma moral universal que o homem pode e deve descobrir, mas a uma moral decorrente de valores políticos e justificada de forma procedimental. O reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais, o reconhecimento do pluralismo político e jurídico e a ponderação de interesses são algumas das principais características do neoconstitucionalismo.

Nesse contexto, o freio que o constitucionalismo impõe à democracia se dá por meio de valores políticos cujo consenso se efetiva no próprio procedimento democrático, e não pela via de uma moral metafísica ou abrangente. É nesse sentido que Carlos Santiago Nino afirma que o valor da democracia reside em sua natureza epistêmica com respeito à moralidade social. A democracia seria o procedimento mais confiável para poder dar acesso ao conhecimento dos princípios morais, uma vez que se faça uma diferenciação entre os padrões morais, limitando o valor epistêmico da democracia a aqueles que são de natureza intersubjetiva⁶. O constitucionalismo, dessa forma, não representaria um exaurimento do potencial democrático, uma vez que os valores político-morais que o fundamentam são decorrentes do próprio procedimento democrático.

⁵ NINO, C. S. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1997. p. 13.

⁶ *Idem*, p. 154.

Dworkin também é um autor comprometido, de acordo com o contexto neoconstitucionalista, com a vinculação entre direito, moral e política nos termos acima expostos. Segundo Dworkin, ao fixar direitos jurídicos, os juízes tomam em consideração as tradições morais da comunidade, pelo menos do modo como estas são capturadas no conjunto do registro institucional que é sua função interpretar⁷.

Para não cair no erro de considerar Dworkin um autor jusnaturalista é preciso considerar que a moralidade a que faz referência deve ser entendida dentro do quadripé⁸ princípios, direito institucional, teoria política e moralidade. A moralidade a que o juiz faz uso é aquela que visa proteger o direito institucional em que se insere e que seja coerente com princípios jurídicos aceitos por este direito institucional. É dessa forma que é possível Dworkin afirmar que o juiz, ao fixar direitos, leva em consideração as tradições morais da comunidade, mesmo que discorde de tais tradições.

Para usar uma expressão de Miguel Reale, a *bilateralidade atributiva do direito*⁹ põe em relevo a sua radical eticidade, não restando dúvida de que as conjunturas político-morais de cada época são aspectos pertinentes à realidade jurídica.

O que é justo ou injusto não é algo que se mostra de forma clara, como uma verdade matemática, que foi a pretensão do jusnaturalismo em suas várias fases históricas¹⁰. É claro que não existe nenhum ordenamento

⁷ *But when Hercules fixes legal rights he has already taken the community's moral traditions into account, at least as these are captured in the whole institutional record that it is his office to interpret.* DWORKIN, R. **Taking Rights Seriously**. Cambridge, Massachusetts: Havard University Press, 1997. p. 125-126.

⁸ Conforme a tese dos direitos de Dworkin desenvolvida na obra *Taking Rights Seriously*. A tese dos direitos será descrita no item 5 deste trabalho.

⁹ REALE, M. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1999, capítulo XLV.

¹⁰ BOBBIO, N. **Teoria da Norma Jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru-SP: EDIPRO, 2001, p. 56.

jurídico perfeitamente justo, mas a justiça deve permanecer como um ideal a ser buscado, negar isso ao direito seria reduzir por demais o papel do homem como agente criador do direito e agente transformador da sociedade em que vive. O mérito das teorias chamadas de neoconstitucionalistas e, em particular, a obra de Dworkin, é o de articular o papel da moral no direito sem considerá-la como tendo uma validade em si, com superioridade hierárquica às leis feitas pelo homem, como o faz o jusnaturalismo, seja em sua vertente religiosa (origem do direito natural é transcendental), de lei natural em sentido estrito (origem do direito natural é fruto das leis da natureza) ou racionalista (origem do direito natural decorre da razão).

O referencial hermenêutico

O Direito pode ser estudado sob diversos pontos de vista, por exemplo, o normativo, como o faz Bobbio em sua obra *Teoria da Norma Jurídica*, também, fenômenos outros que a normatização podem ser tomados como elementos característicos da experiência jurídica, citem-se, por exemplo, a teoria do direito como instituição e a teoria do direito como relação¹¹. Quanto a Dworkin, é ele próprio, em sua obra, *O Império do Direito*, quem explicita como analisará o Direito:

Este livro adota o ponto de vista interno, aquele do participante; tenta apreender a natureza argumentativa de nossa prática jurídica ao associar-se a essa prática e debruçar-se sobre as questões de acerto e verdade com as quais os participantes deparam. Estudaremos o argumento jurídico formal a partir do ponto de vista do juiz, não porque apenas os juízes são importantes ou porque podemos compreendê-los totalmente se prestamos atenção ao que dizem, mas porque o argumento jurídico nos processos judiciais é um bom paradigma para a exploração do aspecto central, proposicional, da prática jurídica. Os cidadãos, os políticos e os professores de direito também se preocupam com a

¹¹ *Idem*, p. 28.

natureza da lei e a discutem, e eu poderia ter adotado seus argumentos como nossos paradigmas, e não os do juiz. Mas a estrutura do argumento judicial é tipicamente mais explícita, e o raciocínio judicial exerce uma influência sobre outras formas de discurso legal que não é totalmente recíproca¹².

Assim, nota-se que Dworkin se propõe a analisar o Direito sob o paradigma hermenêutico do juiz, em especial, nas situações em que este tem de decidir sobre casos difíceis, quais sejam, aqueles casos em que, para julgar/decidir determinada demanda, a regra ou princípio a ser utilizado não é obtido de forma fácil ou imediata, mas demanda um bom trabalho interpretativo por parte do juiz¹³.

Para Dworkin, mesmo nos casos difíceis, já existe um direito previamente estabelecido e o juiz, fazendo uso de um conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, encontrará a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica da sua comunidade e chegará à melhor solução fornecida pelo direito ao caso difícil. Mesmo nos casos difíceis, o dever do juiz é o de descobrir qual é o direito previamente estabelecido e não o de inventar novos direitos.

É este processo de solucionar controvérsias buscando a melhor interpretação possível, fazendo um uso coerente de princípios, abarcados dentro de uma teoria política geral que permite explicar a solução de casos passados e de casos hipotéticos, e que esteja de acordo com a moralidade da comunidade, que Dworkin chama de direito como integridade.

¹² DWORKIN, R. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 19.

¹³ É óbvio que qualquer processo de subsunção de um fato a uma norma demanda uma certa dose de interpretação, porém, os casos difíceis a que se refere Dworkin são aqueles nos quais o ato interpretativo se dá com maior dificuldade.

O direito como integridade

“Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade.”¹⁴ O direito como integridade é inflexivelmente interpretativo, sendo tanto o produto da interpretação da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração, uma vez que o juiz, na solução de casos difíceis, deve continuar interpretando aquilo que já foi anteriormente interpretado, seja por outros, seja até mesmo o que ele próprio afirma já ter interpretado com sucesso no passado.

O direito como integridade se volta para decisões passadas com o intento de estabelecer uma coerência entre elas e as sentenças hodiernas. Porém, a integridade não exige coerência de princípio em todas as etapas históricas do direito de uma comunidade. Exige, de outra forma, uma coerência horizontal (e não vertical) ao longo de toda a gama de normas jurídicas que a comunidade agora faz vigorar. Assim, ao decidir, por exemplo, uma demanda por indenização por danos sofridos, o juiz deve avaliar se a comunidade aceitou o princípio de que as pessoas naquela situação específica têm direito a ser indenizadas, e não somente se no passado pessoas que sofreram danos foram indenizadas.

Mais que interpretação, o direito como integridade exige uma interpretação criativa, cuja estrutura formal está na ideia de intenção, não “porque pretenda descobrir os propósitos de qualquer pessoa ou grupo histórico específico, mas porque pretende impor um propósito ao texto, aos dados ou às tradições que está interpretando”.¹⁵ Dessa forma, o juiz, em

¹⁴ DWORKIN, R. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 272.

¹⁵ *Idem*, p. 275.

seu processo interpretativo, é ao mesmo tempo crítico e autor. Dworkin explica este processo fazendo um paralelo com o que ele chama de “romance em cadeia”.

No romance em cadeia cada escritor, que já possui em mãos um capítulo anteriormente escrito por outro, tem que dar continuidade a este trecho escrito, respeitando a exigência de que o que venha a escrever tenha ligação com o capítulo anterior. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, como se fosse obra de um único autor. Para conseguir realizar tal intento, cada autor deve adotar um ponto de vista sobre o romance que se vai formando aos poucos, alguma teoria que lhe permita trabalhar elementos como personagens, trama, gênero, tema e objetivo, para decidir o que considerar como continuidade e não como um novo começo¹⁶. A interpretação que cada autor realizará para seguir com o projeto será submetida à prova por duas dimensões.

A primeira dimensão é a da adequação. A interpretação dada por cada autor deve ser coerente com as interpretações dadas pelos autores anteriores. Porém, é perfeitamente aceitável admitir pequenos erros ou alterações em alguns elementos da trama. Ademais, a interpretação deve ter um poder explicativo geral, não podendo deixar sem explicação aspectos importantes da trama, ou dando excessivo valor a aspectos secundários. A segunda dimensão se dá quando o interprete se deparar com uma situação na qual ache que mais de uma interpretação se ajuste ao texto. Neste caso terá que decidir qual das interpretações se ajusta melhor à integridade do texto. Isso será feito mediante a avaliação de seus juízos estéticos mais profundos sobre a importância, o discernimento, o realismo ou a beleza das diferentes ideias que se poderia esperar que o romance expressasse¹⁷.

¹⁶ *Idem*, p. 277.

¹⁷ *Idem*, p. 278.

O juiz, ao decidir um caso difícil, está na mesma situação do romancista em cadeia. Deve dar continuidade à interpretação sobre os direitos e deveres legais dos indivíduos da comunidade a partir do pressuposto de que esse conjunto de direitos e deveres foram criados por um único autor, a comunidade personificada. Porém, diferentemente do que ocorre no romance em cadeia, a integridade do direito não se mantém pela avaliação de juízos estéticos e estilísticos, mas sim, pela avaliação dos princípios jurídicos aceitos pela comunidade, de seus valores morais atuais, abarcados numa teoria política que amalgame esses princípios e valores de forma a guardar coerência com as decisões passadas e dar continuidade construtiva à prática jurídica da comunidade.

A tese dos direitos

O direito como integridade, tal como exposto por Dworkin na obra *O Império do Direito* não é de fácil assimilação, e estimula algumas críticas cuja resposta exige um olhar com maior profundidade na obra do autor.

Uma primeira crítica a ser feita é a do papel do precedente na decisão dos casos difíceis. É preciso explicar, por exemplo, o papel dos precedentes no caso destes serem considerados injustos. Outra crítica é de como não dizer que, ao emitir julgamentos de moralidade política no julgamento de um caso difícil, o juiz não estaria decidindo por meio de critérios pessoais. Dworkin não passou alheio a estas provocações, em sua obra, *Taking Rights Seriously*, pela elaboração de sua tese dos direitos, tenta superar estes problemas. É o que passaremos a discutir ao longo deste item.

Dworkin não concorda com a solução dada pelo positivismo jurídico que permite ao juiz o uso da discricionariedade quando se deparar com um caso difícil. Para o autor, sempre haverá uma resposta certa dada previamente pelo direito. O erro do positivismo é fazer com que o efeito de uma regra sobre o direito seja determinado pelo significado das palavras.

Desta forma, caso se trate de palavras cujo sentido é vago, o impacto da regra sobre o direito torna-se indeterminado¹⁸.

A alternativa dado por Dworkin é afirmar que a interpretação, em sua busca por princípios que melhor se encaixam ao caso, é capaz de superar a indeterminação com que se apresenta a regra. Neste momento é preciso esclarecer melhor o que se deve entender por princípios na terminologia de Dworkin.

Argumentos de princípio e argumentos de política

Dworkin faz a distinção entre argumentos de princípio e argumentos de política. Argumentos de política justificam uma decisão política mostrando que tal decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. Argumentos de princípio justificam uma decisão política mostrando que a decisão respeita ou protege algum direito individual ou coletivo. Ou seja, os argumentos de princípio, ou simplesmente princípios, são proposições que descrevem direitos. Os argumentos de política, ou simplesmente políticas, são proposições que descrevem objetivos.

Assim, os princípios devem ser entendidos como um conjunto de normas que se diferenciam das regras jurídicas e das políticas, estas últimas entendidas como um tipo de norma que representa um objetivo coletivo da comunidade, seja de ordem econômica, política ou social. Como observa Vera Karam, citando Eros Grau, é possível identificar no texto constitucional brasileiro a existência de princípios e políticas¹⁹. O termo *princípio* vai se opor ao de *política* “ao dizer respeito a um tipo de

¹⁸ CHUEIRI, V. K. Obra citada, p. 95.

¹⁹ CHUEIRI, V. K. Obra citada, p. 73, nota de rodapé / GRAU, E. **A ordem econômica na constituição de 1988**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 102.

norma cuja observação é um requisito de justiça ou equidade, ou ainda, de alguma outra dimensão da moral”²⁰.

Conforme foi visto na metáfora do romance em cadeia, as interpretações devem guardar um poder explicativo geral, de maneira a manter coerência com as interpretações anteriormente feitas e de forma que possa incorporar alguma pequena diferença feita na trama. Isso para não se perder o sentido geral da mesma, ou, no caso da prática jurídica, o juiz deve ser capaz de incorporar dentro de uma teoria política geral alguma mudança interpretativa que possa fazer. Por exemplo, se decide contra o aborto tendo como argumento o princípio da dignidade da pessoa humana, e, posteriormente, decide a favor do aborto no caso de gravidez decorrente de estupro, seja utilizando o mesmo princípio ou algum outro, o juiz deve decidir amparado numa teoria política que explique a diferença dos dois casos, de forma a justificar as decisões anteriores, justificar a decisão atual e justificar situações hipotéticas semelhantes.

É o que Dworkin chama de doutrina da responsabilidade política (*doctrine of political responsibility*)²¹. Os juízes, assim como qualquer outra autoridade política, devem tomar somente as decisões políticas que possam justificar no âmbito de uma teoria política que também justifique as outras decisões que eles se propõem a tomar. A doutrina da responsabilidade política só se faz possível se os juízes fundamentam suas decisões em argumentos de princípio e não em argumentos de política. De fato, um argumento de princípio pode oferecer uma justificação para uma decisão particular, segundo a teoria da responsabilidade, somente se for possível mostrar que o princípio citado é compatível com decisões anteriores que não foram refeitas, e com decisões que a instituição está preparada para tomar em circunstâncias hipotéticas. Isso não ocorre em decisões

²⁰ CHUEIRI, V. K. Obra citada, p. 72.

²¹ DWORKIN, R. **Taking Rights Seriously**. p. 87.

fundadas em argumentos de política. Neste caso o juiz pode tomar uma decisão fundamentando-se, por exemplo, na vantagem econômica global que aquela decisão acarretará, mesmo não havendo decisões anteriores ou situações hipotéticas que sustentem a mesma política.

Note que aqui começa a se formar o quadripé (princípios, teoria política, direito institucional e moralidade) anteriormente referido. Os juízes, ao interpretar um caso difícil, o fazem por meio de princípios, e a escolha dos princípios não é aleatória, mas se dá de forma a manter a coerência de uma teoria política geral que o juiz possua.

Aceitar a discricionariedade do juiz na resolução de casos difíceis é, para Dworkin, não entender a distinção entre argumentos de princípio e argumentos de política. E esta distinção pode não ser tão simples de se perceber. Para tanto, é preciso diferenciar com clareza o que são direitos individuais e objetivos sociais.

Um objetivo político, ou objetivo social, é uma justificativa política genérica no sentido de que uma teoria política toma um certo estado de coisas como um objetivo político se, para essa teoria, este objetivo é capaz de promover ou proteger este estado de coisas. Um direito individual refere-se a um estado de coisas cuja especificação exige alguma oportunidade, recurso ou liberdade para indivíduos determinados, ou seja, um direito individual é um objetivo político individuado. Um objetivo político não será chamado de direito a não ser que ele tenha um certo peso contras os outros objetivos em geral, ou seja, na medida em que não possa ser invalidado mediante o apelo a qualquer objetivo rotineiro da administração política, mas somente por um objetivo de urgência especial. Dessa forma, um objetivo político será tido como direito dependendo de seu lugar ou função dentro de uma determinada teoria política.

O uso de políticas é perfeitamente justificado no legislativo uma vez que os legisladores são eleitos e responsáveis pelo eleitorado que o elegeu. Ao Judiciário cabe apenas utilizar argumentos de princípio, mesmo que derivados de argumentos de política nos programas legislativos. E isso serve como um reforço do ideal democrático. Para Dworkin, a democracia representativa talvez não cumpra com perfeição o objetivo de oferecer

uma expressão exata dos diferentes interesses que devem ser levados em consideração no processo legislativo, mas é mais eficiente neste objetivo do que permitir que juízes, não eleitos, isolados em seus gabinetes e sem sofrerem cobrança alguma de eleitores, lobistas ou grupos de pressão, compilem melhor esses diferentes interesses.

Ademais, o uso de argumentos de política pelo Judiciário poderia causar sacrifícios individuais que soam injusto ao bom-senso, como, por exemplo, tomar os bens de um indivíduo e dá-los a outro apenas para melhorar a eficiência econômica global. O juiz, ao usar argumentos de política, criando novos direitos, estaria punindo a parte perdedora, não por ter violado algum dever que tivesse, mas por ter violado um novo dever, criado pelo juiz após o fato.

O quadripé princípios, direito institucional, teoria política e moralidade política

Os juízes, ao se utilizarem de argumentos de princípio, decidem os casos difíceis pela confirmação ou negação de direitos concretos. Além de concretos²², os direitos devem ser institucionais²³ e não *background rights*²⁴, mais que isso, devem ser um tipo especial de direitos institucionais, devem ser direitos institucionais jurídicos.

²² Na terminologia de Dworkin, um direito abstrato é um objetivo político geral, cujo enunciado não indica como este objetivo geral deve ser pesado ou harmonizado com outros objetivos políticos. Os direitos concretos são objetivos políticos definidos com maior precisão, de modo que expressam com mais clareza o peso que possuem quando comparados a outros objetivos políticos em ocasiões específicas.

²³ Direitos que fornecem uma justificação para uma decisão tomada por alguma instituição política específica.

²⁴ Direitos que fornecem uma justificação para as decisões políticas tomadas pela sociedade em abstrato.

Ao tratar dos direitos institucionais, Dworkin faz uma crítica a Hebert Lionel Adolphus Hart, a quem sucedeu em sua *Chair of Jurisprudence*, em Oxford, e a cujas teorias considera a versão contemporânea do positivismo. Dworkin, criticando Hart, defende que o juiz não é livre para legislar, de modo intersticial, em um contexto de textura aberta de regras imprecisas, uma vez que, entre duas interpretações possíveis, o juiz deve escolher aquela que protege as regras do direito institucional à qual está inserido²⁵.

Direitos institucionais são aqueles direitos que decorrem das regras de uma determinada instituição. Exemplo, um jogador de xadrez (a instituição aqui é o jogo de xadrez) tem um direito institucional (ou seja, um direito advindo das regras daquele jogo) de ganhar um ponto em um torneio sempre que der xeque-mate em seu adversário. Nenhum jogador pode argumentar que conquistou o direito de ser declarado vencedor devido a suas virtudes morais. Em uma democracia um cidadão tem o direito institucional, por exemplo, de ver cumpridas as leis que protegem sua liberdade de expressão.

Algumas instituições possuem um maior grau de autonomia que outras, no sentido de insular o dever institucional da maior parte da moralidade política de fundo (*background political morality*)²⁶. Por exemplo, pode-se dizer que o jogo de xadrez é uma instituição com grande autonomia, porém, mesmo no jogo de xadrez, algumas regras vão exigir uma interpretação ou uma elaboração antes que uma autoridade possa aplicá-las a determinadas circunstâncias. Num exemplo dado pelo próprio Dworkin²⁷, suponha que uma determinada regra de um torneio de xadrez estipule que o árbitro deve impor uma penalidade caso um dos jogadores

²⁵ DWORKIN, R. **Taking Rights Seriously**. p. 102. Dworkin faz referência à obra **The Concept of law** de Hart.

²⁶ *Idem*, p. 101.

²⁷ *Idem*, p. 102.

irrite de maneira não razoável o outro durante a partida. A linguagem utilizada na formulação da regra não determina o que significa irritação não razoável. No entanto, a interpretação que o árbitro fará sobre o que é irritação não razoável não é totalmente livre, mas estará subordinada àquilo que se entende ser o jogo de xadrez. Sendo o xadrez um jogo intelectual, a interpretação dada pelo árbitro deve proteger a aptidão intelectual dos participantes (assim, o árbitro não poderia dizer que um comportamento irritante é razoável na medida em que tem o efeito de diminuir a importância da aptidão intelectual do jogador). É esse o sentido que se quer dar ao dizer que a interpretação deve sempre proteger o direito institucional.

Como foi visto, a estrutura institucional das regras não é capaz de dar todas as respostas em todas as situações, mas isso não quer dizer que a decisão será feita num contexto de textura aberta de regras imprecisas. O juiz deve incorporar à sua decisão uma teoria geral de por que, no caso da sua instituição, as regras confirmam ou negam direitos concretos. Tal teoria deve examinar o empreendimento como um todo e não apenas as regras, mais uma vez, a analogia com o romance em cadeia é uma boa forma de se entender esse processo.

Ao elaborar uma teoria política geral que justifique a confirmação ou negação de direitos a um caso específico, o juiz também terá que emitir julgamentos de moralidade política. Para citar um exemplo dado por Dworkin, as regras da *legislature* não decidem, por exemplo, se o cidadão tem direito a uma legislação sobre o salário mínimo. Espera-se que os cidadãos recorram a considerações gerais de moralidade política quando argumentam em favor de tais direitos. Assim, para além de um problema de ajustamento entre uma teoria e as regras da instituição, o juiz em alguns momentos de sua carreira vai se deparar com uma questão de filosofia política. O juiz deverá gerar possíveis teorias que justifiquem diferentes aspectos do sistema, contrastando-as com a estrutura institucional como um todo. Assim, em seu processo hermenêutico, o juiz deve referir-se alternadamente à teoria política e ao pormenor institucional de forma a encontrar a melhor teoria possível. Vê-se que aqui se completa o quadripe anteriormente mencionado: princípios, direito institucional, teoria política e moralidade.

A beleza da teoria de Dworkin é a de vencer a dicotomia positivista entre questões de direito (no sentido positivista) e questões de justiça.

A regra jurídica positiva que serve de significação do direito nos sistemas positivistas e que é ontologicamente neutra, transferindo para outra instância – para fora do sistema – as questões substantivas da justiça, se *prostitui* na tese dos direitos. (...) Ao ser compreendida de forma mais aberta, a regra jurídica desmistifica-se, abandonando a onipotência que o positivismo lhe atribui e tornando-se uma fonte extraordinária de direitos morais²⁸.

Trazer a moralidade política para dentro do Direito também tem o mérito de afirmar que os homens possuem direitos morais contra o Estado e que as minorias, em alguns casos, podem ter direitos prevalecidos sobre a maioria, e o que é mais forte, a defesa desses direitos não significa o enfraquecimento da democracia, mas, pelo contrário, o seu fortalecimento.

A aplicação coerente dos princípios que fundamentam determinado direito institucional é direito de todos aqueles que estão submetidos àquele direito institucional, e este direito deve ser defendido contra qualquer opinião incoerente, mesmo que esta opinião incoerente seja popular (diga-se, da maioria). É nesse sentido que se pode dizer que a prevalência de direitos da minoria sobre a maioria pode servir como fortalecimento da democracia, e é neste sentido que se pode entender a afirmação de Nino de que a democracia é o procedimento mais confiável para poder dar acesso ao conhecimento dos princípios morais²⁹. Aplicar coerentemente os princípios que fundamentam os Estados democráticos é também um processo de conhecimento da moral da comunidade (diga-se, não uma moral metafísica, mas uma moral constituída no próprio procedimento democrático) na medida

²⁸ CHUEIRI, V. K. Obra citada, p. 86.

²⁹ NINO, C. S. Obra citada, p. 154.

em que a aplicação desses princípios exige interpretação e elaboração por parte do aplicador, podendo este chegar à conclusão de que o que a moralidade da comunidade diz que deve ser num caso específico não é aquilo o que a maioria pensa o que a moralidade da comunidade quer dizer. É por isso que as quatro pernas do quadripé princípios, direito institucional, teoria política, e moralidade devem ser vistas não como componentes estanques, mas como que aglutinados numa teia na qual cada componente condiciona e limita a outra no processo de argumentação jurídica. Só dessa forma é possível entender o direito como integridade.

Anteriormente neste texto foram levantados dois problemas que a tese dos direitos de Dworkin deve enfrentar. Um é o de explicar o papel dos precedentes no caso de estes serem considerados injustos, outro é o de como não dizer que, ao emitir julgamentos de moralidade política, o juiz não estaria decidindo mediante critérios pessoais. Vamos começar tratando deste último problema.

Mais um pouco de moralidade política

O problema levantado no parágrafo anterior pode ser superado ao se considerar que os quatro componentes do quadripé princípios, direito institucional, teoria política e moralidade política se articulam simultaneamente. Assim, o juiz, ao fazer julgamentos de moralidade política, deve fazê-lo não de acordo com suas próprias convicções, mas de acordo como são capturadas no registro institucional que é sua função interpretar. Entender as consequências dessa afirmação exige uma certa sutileza de raciocínio que pode ser melhor apreendida a partir de um exemplo dado por Dworkin, por isso vou me dar ao luxo de fazer uma citação um pouco extensa:

Suponha que possam ser apresentadas duas justificações coerentes para decisões passadas da Suprema Corte que aplicam a cláusula do devido processo legal. Uma das justificações contém algum princípio de extrema liberalidade que não pode ser conciliado com o direito penal da maioria dos estados, mas a outra não contém tal princípio. Hércules (um juiz hipotético) não pode fazer uso da primeira justificação de forma a decidir casos de aborto em favor do aborto, mesmo que

ele próprio seja extremamente liberal. Suas próprias convicções políticas, que favorecem a justificação mais liberal dos casos anteriores, devem sucumbir, pois são incompatíveis com as tradições populares que dão forma ao direito penal que sua justificação também deve explicar.

É claro, a técnica de Hércules pode às vezes requerer uma decisão que se oponha à moralidade popular em algum ponto. Suponha que todas as justificações dadas para casos constitucionais passados possuam um princípio liberal suficientemente forte para exigir uma decisão favorável ao aborto. Hércules deve, então, emitir uma decisão favorável ao aborto, não importando o quão intensamente a moralidade popular condene o aborto. Neste caso, ele não aplica suas próprias convicções contra as da comunidade. Ao contrário, ele julga que a moralidade da comunidade é incoerente neste aspecto: a moral constitucional da comunidade, que é a justificação que deve ser dada por sua constituição como interpretada pelos juízes, condena que se julgue os casos de aborto de forma diferente do que ela propugna. (...) Os indivíduos têm um direito à aplicação consistente dos princípios sobre os quais se assentam as suas instituições. É esse direito institucional, como definido pela moralidade constitucional da comunidade, que Hércules deve defender contra qualquer opinião incoerente, não importa o quão popular³⁰. (Tradução livre)

³⁰ DWORKIN, R. **Taking Rights Seriously**. p. 126: *Suppose two coherent justifications can be given for earlier Supreme Court decisions enforcing the due process clause. One justification contains some principle of extreme liberality that cannot be reconciled with the criminal law of most of the states, but the other contains no such principle. Hercules cannot seize upon the former justification as license for deciding the abortion cases in favor of abortion, even if he is himself an extreme liberal. His own political convictions, which favor the more liberal justification of the earlier cases, must fall, because they are inconsistent with the popular traditions that have shaped the criminal law that his justification must also explain. Of course, Hercules' techniques may sometimes require a decision that opposes popular morality on some issue. Suppose no justification of the earlier constitutional cases can be given that does not contain a liberal principle sufficiently strong to require a decision in favor of abortion. Hercules must then reach that decision, no matter how strongly popular morality condemns abortion. He does not, in this case, enforce his own convictions against the community's. He rather judges that the community's morality is inconsistent on this issue: its constitutional morality, which is the justification that must be given for its constitution as interpreted by its judges, condemns its discrete judgment on the particular issue of abortion. (...) Individuals have a right to the consistent enforcement of the principles upon which their institutions rely. It is this institutional right, as defined by the community's constitutional morality, that Hercules must defend against any inconsistent opinion however popular.*

Note, a partir desse exemplo, que os julgamentos de moralidade política que os juízes devem emitir não são oriundos nem de suas convicções pessoais, nem das convicções da maioria, mas de um esforço interpretativo que busca guardar coerência com decisões passadas, coerência com princípios constitucionalmente amparados, coerência com o que o direito institucional em jogo diz e, além de tudo, o juiz deve emitir seu julgamento dentro de uma teoria política geral que de conta de todos estes aspectos (conforme a teoria da responsabilidade política anteriormente citada).

Esse conjunto de fatores, que deve estar presente na argumentação jurídica, garante não somente a proteção de que o juiz não vai emitir juízos de moralidade pessoais, como também garante a proteção de que a própria comunidade, numa situação específica qualquer, não vai ser incoerente com os princípios morais que ela própria construiu ao longo do tempo. Os casos de crimes em que há uma grande comoção popular, sendo o acusado amplamente rechaçado pela opinião pública devido a uma cobertura sensacionalista feita pela mídia, são bons exemplos de como a comunidade pode emitir juízos de valor incoerentes com sua própria moral. Nesses casos o juiz não pode deixar de aplicar as regras permitidas pelo devido processo legal, como, por exemplo, conceder *habeas corpus* quando o direito o permite, ou aplicar as regras de diminuição da pena quando o direito também o permite, só porque isso vai contra a opinião popular.

É claro que os juízes também são falíveis e poderão emitir julgamentos errados. O argumento da falibilidade usado contra a teoria da argumentação jurídica de Dworkin poderia levar a duas alternativas a essa teoria. Primeira, nos casos difíceis, uma vez que os juízes poderão tomar decisões erradas, eles devem tomar suas decisões baseados em argumentos de política ou simplesmente não tomar decisão alguma. Como ressalta Dworkin³¹, esta alternativa é perversa e não resolve o problema. A outra alternativa seria

³¹ DWORKIN, R. **Taking Rights Seriously**. p. 130.

submeter a decisão dos casos difíceis a outras pessoas. Mas a pergunta que se faz é: submeter a quem? Não há razão para acreditar que qualquer outro grupo de pessoas terá maior capacidade de argumentação moral, ainda mais ao se pensar que nestes casos as técnicas de argumentação jurídica estariam sendo desprezadas. Mais interessante que isso seria alterar as técnicas de seleção dos juízes. Poderia se pensar, por exemplo, em algum processo de seleção que permitisse que as diferentes tendências ideológicas dos juízes da Suprema Corte, ou, no nosso caso, do Supremo Tribunal Federal, refletissem melhor as diferentes tendências ideológicas que a sociedade apresenta. Uma vez que erros serão cometidos, mas não sabemos quando e nem como, a melhor alternativa que temos até o momento é confiar nas técnicas de decisão judicial para que reduza ao máximo o número de erros.

O outro problema que foi prometido enfrentar foi o de explicar o papel dos precedentes no caso de estes serem considerados injustos, ou seja, quando a história institucional apresenta uma parte desta história como um equívoco. Passemos a enfrentá-lo.

Erros na história institucional

Em seu trabalho de exegese o juiz pode chegar à conclusão de que há um equívoco na história constitucional, ou seja, que a aplicação de um certo precedente a um caso atual não é mais justo. Não há problema que isto ocorra, contanto que seja em um número muito reduzido de vezes, caso contrário a exigência de coerência exigida pela teoria da argumentação jurídica de Dworkin teria seu valor suprimido. Diante deste problema Dworkin desenvolveu uma teoria dos erros institucionais³², teoria esta dividida em duas partes.

³² DWORKIN, R. **Taking Rights Seriously**. p. 184-192.

Na primeira parte o juiz deve distinguir, no precedente em debate, as consequências jurídicas que continuam sendo válidas para aquela decisão em particular das consequências jurídicas que poderão ou não acarretar influência sobre outras decisões. Dessa forma, diminuir o poder de influência de uma determinada decisão não significa dizer que esta decisão foi revogada.

Na segunda parte da teoria dos erros o juiz deve ser capaz de demonstrar, recorrendo à moralidade atual da comunidade (com todos os requisitos que a argumentação jurídica, na concepção de Dworkin, o exige – o quadripé discutido acima) que a aplicação deste precedente não se coaduna mais com esta moral, embora no passado tenha sido diferente.

Padrões vagos

Dworkin, em sua obra, também fornece uma contribuição muito interessante para entendermos melhor os padrões vagos, ou cláusulas vagas. Cite-se como exemplo destas cláusulas o art 5º, LIV, de nossa Constituição Federal, que garante o devido processo legal; ou o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, ao dispor que, na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

A aplicação da teoria da argumentação jurídica desenvolvida por Dworkin exige que o juiz deva estar preparado para formular questões de moralidade política ao ter que tomar uma decisão na qual esteja envolvida uma cláusula vaga. Isso exige uma interpretação liberal destas cláusulas, uma vez que uma interpretação restritiva limitaria os direitos dispostos por elas aos reconhecidos por um grupo limitado de pessoas em um momento determinado da história (o momento em que as cláusulas foram editadas).

Aqueles que defendem uma interpretação restritiva das cláusulas vagas assim o fazem por não distinguirem a diferença entre conceitos e concepções. Enquanto o conceito tem a ver com o significado dado a determinado termo, que pode variar ao longo do tempo, concepção tem a ver com a interpretação dada àquele termo numa situação particular.

As cláusulas vagas referem-se a conceitos e não a concepções. Isso acarreta que se a moralidade da comunidade alterar, por exemplo, o significado daquilo que é considerado cruel, a interpretação de uma cláusula que contenha o termo crueldade deverá ser alterada de acordo com moralidade da comunidade. Para dar um exemplo de Dworkin, se a Suprema Corte tiver que decidir se a pena de morte é cruel tendo em vista uma norma que proíbe punição cruel, a decisão não tem que levar em conta se quando a norma foi editada a pena de morte era uma prática corriqueira e amplamente aceita. O que a Suprema Corte tem de levar em conta é se para a moralidade da comunidade atual a pena de morte é considerada cruel ou não.

Como bem afirma Dworkin, a própria prática de chamar essas cláusulas de vagas envolve um erro. As cláusulas são vagas somente se forem consideradas como tentativas frustradas de se estabelecer concepções particulares. E, entendendo-as como se referindo a conceitos, um maior detalhamento em seu texto não necessariamente as tornariam mais precisas³³.

Note que considerar as cláusulas vagas como se referindo a conceitos e não a concepções implica uma atitude liberal totalmente de acordo com a teoria da argumentação jurídica desenvolvida por Dworkin, que exige julgamentos de moralidade política quando o juiz tiver que decidir sobre casos difíceis.

Considerações finais

O reconhecimento de que os homens têm direitos morais contra o Estado e de que nem sempre a vontade da maioria se coaduna com a moral estabelecida por ela própria, ou seja, o reconhecimento de que a defesa

³³ DWORKIN, R. **Taking Rights Seriously**. p. 136.

de direitos da minoria não implica incompatibilidade com o procedimento democrático, é fundamental para que se estabeleça uma relação de complementaridade entre o ideal constitucional (governo limitado) e o ideal democrático (governo do povo).

Sem o reconhecimento de um direito liberal, sensível às mutações de todas as ordens pelas quais a sociedade passa, essa relação de complementaridade não se faz possível.

O direito como integridade, tal qual desenvolvido por Dworkin, tem o mérito de focar numa das questões mais desafiadoras para a filosofia do direito: a da interpretação. Ponto de grande interesse na teoria da argumentação jurídica desenvolvida por Dworkin é o da inserção de julgamentos de moralidade política no ato interpretativo, mais do que isso, por meio de um esquema que mantém a imparcialidade do ato interpretativo até o limite do possível, mesmo diante de julgamentos morais por parte do juiz. A exigência da coerência, o reconhecimento de princípios que refletem a moralidade da comunidade e a proteção do direito institucional são os termos que compõem a equação da interpretação que o juiz deve realizar, e o que mais importa, esta equação está de acordo com o sonho da democracia.

Não existe tutela jurisdicional sem o ato interpretativo/decisório do juiz, é por isso que é de grande interesse uma obra que nos ajuda a entender como adequar este ato aos ideais democráticos.

Referências

- BOBBIO, N. **Teoria da Norma Jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru, SP: EDIPRO, 2001.
- DALLARI, D. de A. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CHUEIRI, V. K. **Filosofia do Direito e Modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos**. Curitiba: J. M. Editora, 1995.
- DWORKIN, R. **Taking Rights Seriously**. Cambridge, Massachusetts: Havard University Press, 1997.
- DWORKIN, R. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- GRAU, E. **A ordem econômica na constituição de 1988**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.
- HART, H. L. A. **The concept of law**. Oxford: Clarendon Press, 1975.
- NINO, C. S. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1997.
- REALE, M. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1999.

JURISPRUDÊNCIA

2010

Ação Rescisória nº 1.376

Relator: Min. Gilmar Mendes

Tribunal Pleno

Data de julgamento: 09/11/2005

Publicação: 22/09/2006

Responsabilidade Civil do Estado. Fuga de Preso. Assalto. Ausência de Nexo Causal.

Luiz Henrique Sormani Barbugiani¹

O acórdão trata, basicamente, de duas matérias, uma preliminar, relacionada com a natureza jurídica do depósito do montante em dinheiro, especificado no artigo 488, II, do CPC, como requisito de admissibilidade da ação rescisória, referindo-se a discussão à possibilidade ou não de dispensá-lo no caso de solicitação de justiça gratuita por declaração singela de ausência de condições de subsistência. A outra matéria circunscreve-se ao mérito da ação rescisória, ao debater acerca da existência ou não de erro de fato no julgamento que se deseja rescindir atinente ao nex

¹ Procurador do Estado do Paraná. Pós-Graduado Lato Sensu em Direito Processual Civil pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

causal, considerado ausente em sede de recurso extraordinário, no tocante à conduta descrita nos autos e contrariamente ao decidido na sentença de primeiro grau, na apelação e nos embargos infringentes.

A ação rescisória, quanto à questão preliminar aventada, foi julgada, por maioria de votos, no sentido de que a assistência judiciária e a justiça gratuita englobavam o depósito exigido pelo artigo 488, II, do CPC, que, portanto, não seria imprescindível.

No tocante ao mérito da ação rescisória, houve julgamento, também por maioria de votos, pela improcedência dos pedidos, salientando a ausência de nexo causal entre o assalto realizado nas dependências da empresa, um dos autores da ação, e a fuga de preso que participou do evento, depois de vários meses do fato reputado como uma das causas do dano pelos requerentes.

O presente caso é emblemático no âmbito da responsabilidade civil e, por consequência, referência no que pertine ao estudo do tema inserido dentre um dos tópicos do Direito Civil e, por esse motivo, a análise do julgado se circunscreverá a esse aspecto, devido a sua importância e interesse na defesa do Estado do Paraná.

Observe-se que, apesar da conotação civilista da responsabilidade civil, quando ela permeia a atuação de entes estatais, surge um aspecto público regulado mais precisamente pelo Direito Constitucional, insculpido no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.

O teor do acórdão demonstra que a ação de indenização originária visava à declaração e condenação do Estado do Paraná em decorrência da “hipótese de falta de serviço pela ausência de vigilância dos agentes do réu”, ou seja, pleiteava-se indenização em virtude de roubo realizado por quadrilha, em que um de seus componentes logrou êxito em escapar de um presídio estadual e participou do delito depois de aproximadamente vinte e um meses após esse fato.

O cerne da questão submetida ao crivo do Poder Judiciário, portanto, envolve a tentativa de responsabilização do Poder Público por ato de terceiro, alheio aos seus quadros, e que, após ter sido detido e condenado

pela Justiça, realizou uma fuga do presídio onde se encontrava e, quase dois anos após, veio a cometer outro delito.

A doutrina e a jurisprudência, ao estabelecer as premissas acerca da responsabilidade civil, refutam a configuração do nexo causal em circunstâncias como a narrada no julgado, visto que causas indiretas na linha de atuação daquele que cometeu o ilícito não devem ensejar responsabilização, sob pena de desvalorização do instituto jurídico conhecido como responsabilidade civil.

Como elementos da responsabilidade observam-se a conduta, o nexo causal e o dano. Na doutrina e jurisprudência existem correntes que defendem a teoria objetiva do risco administrativo e a teoria subjetiva. No primeiro caso, bastaria a demonstração do dano e da conduta diretamente relacionada com o dano, cabendo ao Poder Público, para escapar da responsabilização, desconstituir o nexo causal por meio de prova da culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior. No segundo, além da demonstração dos três elementos, tornar-se-ia necessário comprovar que a conduta foi voluntária, ou seja, decorreu de culpa ou de dolo do agente do Poder Público.

Pergunta-se: como se pode verificar a adequação dessas duas teorias em relação à situação narrada no julgado do Supremo Tribunal Federal?

Ao analisar detidamente o caso, percebe-se que não se trata propriamente de responsabilidade objetiva, visto que, ainda que se possa demonstrar o dano, não houve conduta de agente estatal que possa ser ligada diretamente ao fato cometido por terceiro (detento que escapou da prisão e cometeu delito) ou nexo causal dessa fuga com o dano sofrido pelos autores do pedido de indenização.

Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello apresenta entendimento aplicável à hipótese vertente, ao afirmar que “(...). De fato, na hipótese cogitada o Estado não é o autor do dano. Em rigor, não se pode dizer que o causou. Sua omissão ou deficiência haveria sido condição do dano, e não causa. Causa é o fator que positivamente gera um resultado.

Condição é o evento que não ocorreu, mas que, se houvera ocorrido, teria impedido o resultado.”²

Se a indenização fosse possível em relação a fatos muito distanciados na linha espaço-tempo, seriam passíveis de responsabilização os genitores daquele que cometeu o ato ilícito, os professores que, ao longo do estudo, perceberam a sua índole e nada fizeram, o empresário que o demitiu e, diante do desemprego, o impeliu para o crime, todos aqueles que não ofereceram ou recusaram um emprego ao cidadão, a universidade que não o aprovou num vestibular e, portanto, não lhe proporcionou capacitação técnica, entre tantas outras hipóteses cogitáveis.

Da mesma forma, o referido doutrinador preconiza que

(...), solução diversa conduziria a absurdos. É que, em princípio, cumpre ao Estado prover a todos os interesses da coletividade. Ante qualquer evento lesivo causado por terceiro, como um assalto em via pública, uma enchente qualquer, uma agressão sofrida em local público, o lesado poderia sempre arguir que o ‘serviço não funcionou’. A admitir-se responsabilidade objetiva nestas hipóteses o Estado estaria erigido em segurador universal! (...)”³

A questão é polêmica, entretanto, o bom senso deve prevalecer, a fim de que maiores injustiças não sejam perpetradas a pretexto de ressarcir um dano individual em prejuízo de toda a coletividade.

Ora, se um crime cometido anos depois de uma evasão do presídio pudesse gerar responsabilidade do Estado, poder-se-ia autorizar a responsabilização do construtor do presídio, solidariamente com o arquiteto e engenheiro, que não estabeleceram no projeto a segurança desejada, ou do fornecedor do concreto que não impediu que um túnel fosse cavado, sem a preocupação de sequer apontar para a qualidade ou não do material

² MELLO, C. A. B. de. **Curso de direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 978.

³ *Ibidem*, p. 979.

utilizado ou do projeto implementado, apenas embasando o fundamento da responsabilidade na indicação de um ato do qual teria, em tese, derivado um dano qualquer.

Na continuidade do raciocínio, não demoraria muito para vozes abalizadas reputarem como corresponsáveis pelo fato todos os sonegadores de tributos, sob o argumento de estes serem parte integrante do orçamento estatal e, quando minguados, ocasionam a prestação de serviço ineficiente e, assim por diante, num círculo vicioso infundável, com o ajuizamento de diversas ações judiciais, com o total abarrotamento da máquina judicial.

Percebe-se, por conseguinte, que não é propriamente o dano e a conduta que estabelecem a responsabilidade ou não de uma pessoa ou ente, mas sim a inte-relação e proximidade do dano com a ação ou omissão em virtude de se tratar de sua decorrência lógica.

Voltando ao caso narrado, salienta-se que, ainda que o julgado em comento, tenha se manifestado reconhecendo a aplicação da responsabilidade objetiva à situação e, em seguida, afastando-a, diante da ausência de comprovação do nexo de causalidade entre o dano e o evento, na realidade, a responsabilidade deveria ter sido aferida pela teoria subjetiva, visto que se refere à pretensa omissão dos agentes estatais em impedir a fuga de presidiário.

Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece essa impropriedade, tendo em vista que na omissão não há ato estatal que tenha gerado qualquer dano, mas sim inércia, numa situação em que deveria efetivamente agir, por óbvio, desde que tal ação seja exigida por previsão legal:

(...). Quando o dano foi possível em decorrência de uma *omissão* do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade *subjetiva*. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja *obrigado a impedir* o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se *descumpriu dever legal* que lhe impunha obstar ao evento lesivo. (destaques no original)⁴

⁴ *Ibidem*, p. 976-977.

Na situação descrita de evasão do detento, ocorre que, além do nexos causal restar prejudicado, constata-se o fato de o Estado não ser responsabilizado pela fuga caso tenha adotado todas as medidas a seu alcance para impedir que eventos como esse viessem a ocorrer, não se concebendo que venha a ser responsabilizado, por exemplo, pelo arrebatamento de presos realizado por quadrilhas especializadas e terceiros alheios aos quadros dos servidores estatais.

O supramencionado autor, sensível a essas ponderações, já se manifestou em relação à responsabilidade por omissão do Estado declarando que “(...), descabe responsabilizá-lo se, inobstante atuação compatível com as possibilidades de um serviço normalmente organizado e eficiente, não lhe foi possível impedir o evento danoso gerado por força (humana ou material) alheia.”⁵

Alguns poderiam argumentar que a construção do presídio seria um ato estatal gerador de dano em potencial para a população local (o que por si só seria muito discutível), confundindo eventual responsabilidade por omissão na fuga de presos com a responsabilidade por ato comissivo, contudo, no caso objeto de análise, vislumbra-se que não se cogita sequer da malfadada responsabilidade objetiva por ato comissivo, uma vez que, além de não ter sido gerado risco algum para a população próxima à penitenciária, decorreram quase dois anos até que o preso evadido viesse a causar prejuízo aos requerentes.

A questão da impossibilidade de atribuição de responsabilidade objetiva ao Estado, no tocante à evasão de presos em situação equivalente à discutida no Supremo Tribunal Federal, foi muito bem delineada pelo supracitado estudioso:

(...), se a lesão sofrida não guardar qualquer vínculo com este pressuposto, não haverá falar em responsabilidade objetiva.

⁵ Ibidem, p. 978.

Então, se os evadidos de uma prisão vierem a causar danos em locais afastados do prédio onde se sedia a fonte do risco, é óbvio que a lesão sofrida por terceiros não estará correlacionada com a situação perigosa criada por obra do Poder Público. Nesta hipótese só caberá responsabilizar o Estado se o serviço de guarda dos delinquentes não houver funcionado ou houver funcionado mal, pois será caso de responsabilidade por comportamento omissivo, e não pela geração de risco oriundo de guarda de pessoas perigosas⁶.

Apesar do equívoco, na ótica da doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, na aplicação ao caso concreto da teoria da responsabilidade objetiva ao invés da subjetiva, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal foi muito bem lançada e atingiu, guardada as devidas proporções, a mesma sistemática defendida nos ensinamentos desse administrativista. Saliente-se que não há comprovação do nexo de causalidade entre o ato indicado e o dano ocorrido e, por consequência, o Estado não poderia ser responsabilizado por ato de quadrilha em que, inclusive, existiam outros indivíduos que não se evadiram da instituição carcerária do Estado e, da mesma forma, participaram do assalto.

Por fim, o Pretório Excelso, recentemente, no AI 740695⁷ reafirmou a necessidade de demonstração do nexo causal, inclusive na aplicação da

⁶ Ibidem, p. 983.

⁷ CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. MORTE DE INTERNO EXTRAMUROS FORA DO PRESÍDIO. ART. 37, § 6.º, CF/88. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL. FATOS E PROVAS. SÚMULA STF 279. 1. Ausência de comprovação do requisito de nexo causal entre qualquer ação ou omissão do Estado e a morte do filho da autora. Precedentes. 2. Incidência da Súmula STF 279 para aferir a alegada ofensa ao artigo 37, § 6.º, da Constituição Federal – responsabilidade objetiva do Estado. 3. Inexistência de argumento capaz de infirmar o entendimento adotado pela decisão agravada. 4. Agravo regimental improvido. (AI 740695 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 01/12/2009, DJe-237 DIVULG 17-12-2009 PUBLIC 18-12-2009 EMENT VOL-02387-14 PP-02657).

teoria da responsabilidade objetiva, não bastando a mera prova de dano e de ato estatal antecedente para se configurar o dever de indenizar.

Referência Bibliográfica

MELLO, C. A. B. de. **Curso de direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

PARECERES

2010

Consulta sobre o Momento Oportuno em Concurso Público para a Aferição de Compatibilidade entre a Deficiência Física e as Atribuições de Cargo Público no caso de Candidato Portador de Deficiência

José Anacleto Abduch Santos

Senhor Procurador-Chefe:

Consulta a XXXXXXXX sobre aspectos concernentes à reserva de vagas em concursos públicos no âmbito do Estado do Paraná para portadores de deficiência física, especialmente no tocante ao momento oportuno para avaliação da compatibilidade da deficiência com as funções do cargo que irá exercer.

Formula para tal, algumas questões específicas que serão respondidas a seguir.

Da Reserva de Vagas para Pessoas Portadoras de Deficiência Física em Concursos Públicos

A adequada compreensão de qualquer fenômeno jurídico demanda considerar contextos e conjunturas fáticas e jurídicas. Neste sentido, compreender, para o fim de dar adequada aplicação à norma constitucional que determina a reserva de vagas para pessoas portadoras de deficiência física em concursos públicos importa considerar a razão do tratamento diferenciado imposto constitucionalmente.

A regra constitucional da reserva de vagas implementa uma modalidade de discriminação compensatória, ou seja, institui uma forma de ação afirmativa estatal destinada a reduzir ou minorar as desigualdades

sociais, notadamente a desigualdade oriunda da diminuição das capacidades físicas dos portadores de deficiência. A essência da ação afirmativa estatal é efetivamente atribuir uma certa vantagem competitiva aos portadores de deficiência física, de modo a possibilitar a sua inclusão concreta. Assim, a noção de vantagem competitiva e de adequação do processo de seleção às necessidades especiais dos candidatos portadores de deficiência é fundamental para conferir efetividade à norma constitucional.

A essência da discriminação compensatória neste caso é a de, ao conferir condições diferenciadas de participação nos concursos públicos, possibilitar uma forma de inclusão social dos portadores de deficiência, notadamente pela inclusão nos quadros de servidores públicos do Estado (no seu sentido amplo).

A premissa fundamental nesse processo é a de que a análise do desempenho dos candidatos às vagas reservadas se dará à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, respeitadas as características e peculiaridades de cada candidato e de cada forma de deficiência física. Inegável, pois, que competirá à Administração conduzir o certame, desde a elaboração do edital (no que tange à reserva de vagas para deficientes) até a fase de julgamento das suas diversas fases, assegurar a acessibilidade dos portadores de deficiência aos cargos públicos.

Assegurar a efetiva acessibilidade dos portadores de deficiência aos cargos públicos, importa, além de reservar as vagas na forma constitucionalmente preceituada, em estabelecer critérios de seleção (físicos e intelectuais) razoáveis e proporcionais, e oferecer aos candidatos especiais condições igualmente especiais para que possam demonstrar suas aptidões e capacidades na plenitude. Em juízo de ponderação axiológica, prevalecerá, pois, a norma que preceitua a reserva de vagas e o princípio de proteção ao direito do deficiente sobre outros princípios a que deve respeito a Administração Pública, como, por exemplo, o da economicidade. Assim, resta evidente que o custo (sob a perspectiva apenas econômica) da seleção ou mesmo do posterior exercício das atribuições do cargo público de candidato portador de necessidades especiais pode ser maior. No

entanto, o propósito da norma constitucional é o de assegurar a referida inclusão, o que implica que nesta hipótese que o princípio da eficiência (realizar a ação estatal pelo menor custo) cederá lugar ao valor jurídico que a Constituição pretendeu assegurar: implementar a discriminação compensatória, de modo a conferir possibilidades concretas de inclusão dos portadores de deficiência física.

Das Normas que Regem a Matéria

O fundamento de validade de todas as normas que regulam a matéria concernente ao direito dos deficientes a reserva de vagas em concursos públicos destinados ao provimento de cargos e empregos públicos é a norma contida no artigo 37, inciso VIII da Constituição Federal, que dispõe que “a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”. Na esteira da Constituição Federal, a Carta Magna do Estado repete a norma no artigo 27, VIII.

A Lei Federal nº 7853/89 versa sobre normas gerais sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência e sua integração social fornecendo elementos norteadores das condutas administrativas. Ao dispor sobre normas gerais no âmbito de sua competência, a lei fixa elementos norteadores para o processo legislativo e para os procedimentos administrativos no âmbito dos Estados, constituindo um referente fundamental e inafastável. No entanto, as disposições desta lei aplicáveis aos Estados membros são somente aquelas com caráter de normas gerais (ressalte-se que algumas das normas têm aplicação restrita aos entes federais, por expressa disposição).

A Lei Federal nº 8112/90, embora referida por diversas vezes na consulta formulada e nos documentos que a instruem, não tem aplicação em relação ao Estado do Paraná (especialmente no tocante à questão em exame). Em primeiro lugar, porque a competência para disciplinar o regime jurídico dos servidores públicos do Estado é estadual, em decorrência do princípio federativo. Em segundo lugar, porque a lei federal expressamente

dispõe (e não poderia dispor diversamente) que as normas nela contidas estabelecem o regime jurídico dos servidores públicos civis da *União, das autarquias e das fundações públicas federal*.

A norma constitucional (federal e estadual) acima referida, de eficácia limitada, foi regulamentada no Estado do Paraná pela Lei Estadual nº 13.456/89 que disciplina especificamente em 10 artigos as regras a serem observadas pelo administrador em relação ao provimento de cargos e empregos públicos por deficientes:

Art. 12º O provimento de cargos e empregos públicos, nos órgãos e entidades da administração direta, indireta e fundacional, obedecido o princípio do concurso público de provas ou de provas e títulos, far-se-á com reserva do percentual mínimo de 5% (cinco por cento) para pessoa portadora de deficiência.

Art. 13º Fica assegurado à pessoa portadora de deficiência o direito de se inscrever no concurso público em igualdade de condições com os demais candidatos, para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que é portador.

§ 1º O candidato portador de deficiência, em razão da necessária igualdade de condições, concorrerá a todas as vagas, sendo reservado, no mínimo o percentual de cinco por cento em face da classificação obtida.

§ 2º Caso a aplicação do percentual de que trata o parágrafo anterior, resulte em número fracionado, este deverá ser elevado até o primeiro número inteiro subsequente.

Art. 14. Não se aplica o disposto no artigo anterior nos casos de provimento de:

I - cargo em Comissão ou função de confiança, de livre nomeação e exoneração;

II - cargo ou emprego público integrante de carreira que exija aptidão plena do candidato.

Art. 15. Os editais de concursos públicos deverão conter:

I - O número de vagas existentes, bem como o total correspondente a reserva destinada à pessoa portadora de deficiência;

II - as atribuições e tarefas essenciais dos cargos;

III - previsão de adaptação das provas, do curso de formação e do estágio probatório, conforme a deficiência do candidato; e

IV - exigência de apresentação, pelo candidato portador de deficiência, no ato da inscrição, de laudo médico atestando a espécie e o grau ou nível da deficiência, com expressa referência ao código correspondente, da Classificação Internacional de Doença – CID, bem como a provável causa da deficiência.

Art. 16. É vedado à autoridade competente obstar a inscrição da pessoa portadora de deficiência em concurso público para ingresso em carreira da Administração Pública Estadual direta e indireta.

§ 1º No ato da inscrição, o candidato portador de deficiência que necessite de tratamento diferenciado nos dias do concurso deverá requerê-lo no prazo determinado em edital, indicando as condições diferenciadas de que necessita para a realização das provas.

§ 2º. O candidato portador de deficiência que necessitar de tempo adicional para a realização das provas deverá requerê-lo, com justificativa acompanhada de parecer emitido por especialista da área de sua deficiência, no prazo estabelecido no edital do concurso.

Art. 17. A pessoa portadora de deficiência, resguarda as condições especiais previstas nesta lei, participará de concurso em igualdade de condições com os demais candidatos no que concerne:

I - ao conteúdo das provas;

II - a avaliação e aos critérios de aprovação;

III - ao horário e ao local de aplicação das provas; e

IV - a nota mínima exigida para todos os demais candidatos.

Art. 18. A publicação do resultado final do concurso será feita em duas listas, contendo, a primeira, a pontuação de todos os candidatos, inclusive a dos portadores de deficiência e a segunda, somente a pontuação destes últimos.

Art. 19. O órgão responsável pela realização do concurso terá a assistência de equipe multiprofissional.

Art. 20. Na hipótese da pessoa portadora de deficiência ser considerada inapta, o órgão que realizou a inspeção constituirá de ofício, no prazo de 30 (trinta) dias, Junta Médica para os exames, comunicando o fato ao Conselho Estadual dos Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência.

§ 1º Da Junta Médica farão parte, no mínimo, um (01) médico clínico, dois (02) médicos especialistas na deficiência de que é portador o candidato e um (01) médico com conhecimentos de reabilitação da mesma deficiência.

§ 2º É facultado ao candidato indicar um médico, a seu critério para integrar a Junta Médica.

Art. 21. Mantida pela Junta Médica a inaptidão, poderá o candidato, não sendo unânime o laudo, recorrer no prazo de 30 (trinta) dias, ao Secretário de Estado da Administração, que decidirá ouvido o Conselho Estadual dos Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência.

O Decreto Estadual nº 2.508/2004, ao regulamentar a lei estadual, assim dispõe sobre candidatos portadores de deficiência:

Art. 33. No concurso público será reservado um percentual mínimo de 5% (cinco por cento) das vagas ofertadas para pessoas portadoras de deficiência, na forma em Lei.

Parágrafo único. A pessoa portadora de deficiência participará de concurso em igualdade de condições com os demais candidatos no que concerne:

I – ao conteúdo das provas;

II – a avaliação e aos critérios de aprovação;

III – ao horário e ao local de aplicação das provas; e

IV – nota mínima exigida para todos os demais candidatos.

Art. 34. Para efeito de identificação do candidato como pessoa portadora de deficiência, serão adotados os seguintes conceitos internacionalmente aceitos:

I – deficiência física – alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, amputação ou ausência de membro ou segmento de membro, paralisia cerebral, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções.

II – deficiência auditiva – perda parcial ou total das possibilidades auditivas sonoras, variando de graus e níveis na forma seguinte:

- a) de 25 a 40 decibéis (db) - surdez leve;
- b) de 41 a 55 decibéis (db) - surdez moderada;
- c) de 56 a 70 decibéis (db) - surdez acentuada;
- d) de 71 a 90 decibéis (db) - surdez severa;
- e) acima de 91 decibéis (db) - surdez profunda; e
- f) anacusia

III – deficiência visual – acuidade visual igual ou menor que 20/200 no melhor olho, após a melhor correção, ou campo visual inferior a 20° (Tabela de Snellen), ou ocorrência simultânea de ambas as situações;

IV – deficiência mental – funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e com limitações associadas de duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como:

- a) comunicação;
- b) cuidado pessoal;
- c) habilidades sociais;
- d) utilização da comunidade saúde e segurança
- e) habilidades acadêmicas;
- f) lazer e trabalho;

V – deficiência múltipla – associação de duas ou mais deficiências.

Art. 35. O interdito legalmente não poderá concorrer às vagas reservadas ao portador de deficiência, independente do nível de deficiência em que estiver enquadrado.

Art. 36. Os portadores de processos mórbidos degenerativos ou progressivos já instalados, com a evolução e prognósticos comprovados, independentemente desses processos acometerem órgãos, membros ou funções, não serão enquadrados como pessoas portadoras de deficiência.

Art. 37. O portador de deficiência ao efetivar sua inscrição, especificará:

I – ser portador de deficiência, indicando-a em campo próprio e anexando laudo médico atestando a espécie e o grau ou nível de deficiência, com expressa referência ao código correspondente da Classificação Internacional de Doença – CID, bem como a provável causa da deficiência;

II – sendo a inscrição realizada por processo eletrônico (internet), no período de inscrições, o candidato enviará o laudo médico à unidade executora do concurso público, através de correspondência com Aviso de Recebimento – AR.

III – na falta do laudo médico, ou não contendo este as informações indicadas no inciso I, o requerimento de inscrição será processado como de candidato não portador de deficiência, mesmo que declarada tal condição posteriormente; e

IV – estar ciente:

a) das atribuições do cargo para o qual pretende se inscrever, descritas no Edital do Concurso;

b) de que deverá submeter-se à avaliação médica para a verificação da compatibilidade de sua deficiência com o exercício das atribuições do cargo/função ou emprego.

Art. 38. No ato de inscrição, o candidato portador de deficiência que necessitar de tratamento diferenciado para a realização das provas e/ou etapas, deverá requerê-lo no prazo determinado em edital, indicando essas condições diferenciadas.

Art. 39. O candidato portador de deficiência que necessitar de tempo adicional para a realização das provas deverá requerê-lo com justificativa acompanhada de parecer emitido por especialista da área de sua deficiência, no prazo estabelecido no edital de concurso.

Art. 40. Não será permitida a intervenção de terceiros para auxiliar o candidato portador da deficiência na realização das provas ou no exercício das funções inerentes ao cargo ou função a ser exercida pelo candidato, se aprovado.

Parágrafo único Durante a realização da prova escrita/objetiva, ao candidato portador de deficiência visual que não requerer prova em Braille, será permitida a presença de um acompanhante, sendo vedada ao mesmo qualquer manifestação em relação às questões formuladas, devendo o mesmo somente observar se a alternativa escolhida pelo candidato foi marcada no cartão resposta corretamente pelo fiscal responsável.

Art. 41. Não é um impeditivo à realização das provas bem como ao exercício do cargo ou função, a utilização de material tecnológico de uso habitual ou a necessidade de preparação do ambiente físico.

Art. 42. A deficiência existente, quando da nomeação para o cargo/função ou emprego, não poderá ser argüida ou utilizada para justificar mudança de função.

A Consulta Formulada

Feitas as considerações acima, cumpre responder a consulta formulada pela XXXXX. A questão posta diz respeito ao momento “oportuno para ocorrer a avaliação da compatibilidade da pessoa portadora de deficiência com as funções que virá a exercer e a legislação que fundamenta esta escolha”.

Com o fito de dirimir esta questão central, a consulente formula algumas questões objetivas versando sobre o tema:

1. O Decreto Federal nº 3.298/99 tem natureza de norma de caráter geral e, por isto, é aplicável no âmbito estadual (art.43)?
2. Se o decreto citado na questão anterior é norma abrangente aos Estados é possível aplicá-lo quando remete ao artigo 20 da Lei nº 8112/90, especificamente definindo o momento da avaliação motivo da presente consulta, como posterior ao da nomeação?
3. Por outro lado, se os “Estados membros exercem competência legislativa para as questões estaduais o regulamento da Lei Federal nº 7853/89 não poderia interferir na autonomia legislativa dos Estados em matéria de competência concorrente, tendo o Estado autonomia para particularizar o que dispõe a política nacional definida pelas normas gerais contidas na lei federal”. Assim, o Decreto Federal (nº 3298/99) não alcançaria apenas a Administração Pública Federal?

O Decreto Federal nº 3298/99 regulamenta a Lei nº 7853/89, que estabelece normas gerais que asseguram o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiências, e sua efetiva integração social. Nesse sentido, as normas do decreto que se coadunarem com a noção norma geral têm aplicação em relação aos Estados. Não parece ser este o caso da norma do artigo 43, que remete a análise dos aspectos relativos ao potencial do trabalho do candidato portador de deficiência aos requisitos do artigo 20 da Lei Federal nº 8112/90. Ora, esta lei federal não dispõe acerca de normas gerais, ao contrário, dispõe exclusivamente sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União. Em não tendo o

legislador estendido os efeitos da lei aos Estados (e não poderia tê-lo feito, em face do princípio federativo) não pode o titular do Poder Executivo fazê-lo no exercício de competência regulamentar. Assim, somente tem aplicação aos Estados Membros as disposições do Decreto que se limitem a regulamentar as normas de conteúdo geral fixadas pela lei. Inúmeras das disposições do decreto têm, portanto, aplicação em relação aos Estados, notadamente aquelas que estabelecem diretrizes ou fundam bases jurídicas. Com foco na consulta, não se pode estabelecer objetivamente que a intenção normativa foi a de remeter a avaliação da capacidade física do candidato ao período do estágio probatório. De qualquer sorte, em relação ao momento de aferição da aptidão física do candidato não tem aplicação para o Estado o aludido Decreto Federal nº 3298/99, eis que o Estado conta com disciplina própria, como adiante se demonstrará.

As normas gerais fixadas pela Lei Federal nº 7853/89 e pelo Decreto Federal nº 3298/99, que de resto regulamentam o disposto na Constituição instituem um comando, uma diretriz aos Estados membros: toda a conduta da Administração deverá buscar a integração da pessoa portadora de deficiência, e, ao reverso, deverá evitar toda e qualquer forma de ação que obste injustificadamente o provimento de cargos ou de empregos públicos por pessoa portadora de deficiência. Os procedimentos administrativos e critérios de aferição e de avaliação não constituem normas gerais, e portanto integram o âmbito de reserva de competência legislativa estadual naquilo que não conflitam com as disposições das normas federais e com a Constituição.

4. Por outro lado, a avaliação de compatibilidade da pessoa portadora de deficiência com as funções que esta virá a exercer, se efetivada em momento anterior ao da nomeação do candidato aprovado, não o constitui em condição de desigualdade aos demais candidato no que concerne à avaliação e aos critérios de aprovação (art. 19 – Lei Estadual nº 13.456/02), pois acrescentaria uma etapa eliminatória pela qual os demais candidatos não teriam que passar?

Como posto pelas normas estaduais acima transcritas, todos os candidatos (especiais ou não) irão se submeter a duas avaliações que incluirão a aferição da aptidão física para o exercício das atribuições do cargo público pretendido: uma integrante do concurso público, como fase, e uma decorrente do processo do estágio probatório. São, pois, fases distintas de natureza jurídica e finalidade igualmente distintas. Assim, não há que se falar em remessa de avaliação ao período do estágio probatório, pelo fato de que serão objetivamente duas as avaliações.

A rigor, pode-se inferir que se tratam de dois momentos absolutamente distintos: o da inspeção médica (que incluiu o exame de aptidão física) a que se submete o candidato no certame; e o do estágio probatório. São fases complementares e que objetivam alcançar o interesse público consubstanciado em ter no quadro funcional servidores aptos para o exercício das funções do cargo, porém, aferidas em momentos distintos. Evidente que a noção de aptidão para o exercício do cargo deverá ser relativizada e adequada à especial condição do portador de deficiência. A aptidão que se exigirá do candidato ou servidor especial será, por evidente, distinta da aptidão a ser exigida dos demais candidatos ou servidores.

As normas estaduais afastam dúvidas que poderiam surgir da análise das normas gerais fixadas pela legislação federal. Partindo da Lei nº 13666/02 tem-se que:

Art. 5º – O provimento no cargo se dará na classe inicial, atendidos os seguintes requisitos para a investidura:

I - existência de vaga no cargo e na classe de ingresso;

II - aprovação em concurso público de provas ou provas e títulos;

III - registro profissional regular no órgão de classe para as funções cujo exercício profissional esteja regulamentado por Lei; e

IV - outros requisitos vinculados ao exercício do cargo/função, previstos em legislação e contemplados no edital de regulamentação do concurso público.

Parágrafo Único – A comprovação do preenchimento dos requisitos I a IV do caput deste artigo precederá a nomeação.

Art. 6º – A inspeção médica realizada por órgão de perícia oficial do Estado precederá sempre o ingresso no serviço público estadual, podendo integrar a inspeção, o exame psicológico.

§1º – A inspeção médica e, se exigido no concurso, o exame psicológico, terão caráter eliminatório.

A primeira inferência é no sentido de que a inspeção médica precederá o ingresso no serviço público estadual, e terá caráter eliminatório. Assim, se previsto no edital, todos os candidatos deverão se submeter à inspeção médica.

O Decreto Estadual nº 2508/2004, ao regulamentar a Lei Estadual nº 13.666/02, sobre o ingresso de portadores de deficiência dispõe:

Art. 37. O portador de deficiência ao efetivar sua inscrição, especificará:

I – ser portador de deficiência, indicando-a em campo próprio e anexando laudo médico atestando a espécie e o grau ou nível de deficiência, com expressa referência ao código correspondente da Classificação Internacional de Doença – CID, bem como a provável causa da deficiência;

II - sendo a inscrição realizada por processo eletrônico (internet), no período de inscrições, o candidato enviará o laudo médico à unidade executora do concurso público, através de correspondência com Aviso de Recebimento – AR.

III - na falta do laudo médico, ou não contendo este as informações indicadas no inciso I, o requerimento de inscrição será processado como de candidato não portador de deficiência, mesmo que declarada tal condição posteriormente; e

IV – estar ciente:

a) das atribuições do cargo para o qual pretende se inscrever, descritas no Edital do Concurso;

b) de que deverá submeter-se à avaliação médica para a verificação da compatibilidade de sua deficiência com o exercício das atribuições do cargo/função ou emprego.

A inspeção médica, no âmbito do Estado do Paraná, aferirá como fase do concurso público, de caráter eliminatório, se o candidato detém as condições físicas necessárias para o exercício das funções do cargo.

Não há que se falar em desigualdade entre os portadores de deficiência e os demais candidatos, eis que todos serão submetidos à inspeção médica, e todos terão aferida a compatibilidade entre sua condição física e as atribuições do cargo. E a etapa é eliminatória para todos, nos termos da lei.

Um exemplo pode tornar clara a necessidade desta fase eliminatória para todos os candidatos: um candidato não portador de deficiência é aprovado em todas as fases anteriores em concurso público para o provimento de cargo de piloto de avião. Na inspeção médica, constata-se ser portador

de daltonismo ou outra doença visual (que não caracterize deficiência nos termos da lei), mas que, porém, o incapacite para a pilotagem. Deverá ser eliminado do certame. Outro exemplo emblemático diz respeito ao exame de caráter psicológico, que sabidamente tem eliminado corretamente inúmeros candidatos em concursos públicos.

A inspeção médica do portador de deficiência tem a mesma natureza jurídica da inspeção do candidato não portador de deficiência e em ambas as situações destinam-se a aferir a capacidade de exercício das atribuições do cargo.

As normas estaduais não divergem do entendimento esposado pelos Tribunais Superiores, notadamente o Superior Tribunal de Justiça, que assim trata a matéria:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. DEFICIENTE FÍSICO. EXAME DE APTIDÃO FÍSICA.

– A reserva de percentual de cargo para as pessoas portadoras de deficiência física, nos termos do art. 37, VIII, da CF, não afasta a exigência de aprovação em etapa do concurso público em que se avalia a capacitação física do candidato, indispensável para o desempenho do cargo de Técnico em Segurança Legislativa.

– Recurso desprovido. RMS 10481 / DF; RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 1998/0098509-3

CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. TÉCNICO DO TESOUREIRO NACIONAL. RESERVA DE PERCENTUAL DE VAGAS. DEFICIENTE FÍSICO. COMPATIBILIDADE ENTRE AS ATRIBUIÇÕES DO CARGO E A DEFICIÊNCIA. MATÉRIA DE FATO. SÚMULA 07/STJ.

A legislação ordinária, ao definir os limites de alcance da garantia constitucional que prevê a reserva de percentual de vagas em concurso público para provimento de cargo ou emprego público a portadores de deficiência física, condicionou o acesso à compatibilidade entre as atribuições do cargo e as deficiências das quais os candidatos são portadores, estabelecendo um percentual máximo de 20% das vagas oferecidas no edital do certame.

– A decisão que assegura o aproveitamento de portador de deficiência física em concurso público, ao concluir pela compatibilidade das atribuições do cargo a ser provido com a deficiência de que o candidato é portador, não pode ser objeto de revisão por via de recurso especial porque, para tanto, seria imprescindível o revolvimento de todo o quadro fático, o que é defeso nesta instância especial.

(Recurso especial não conhecido. REsp 184500 / RJ; RECURSO ESPECIAL – 1998/0057222-8)

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PARA SERVIDOR PÚBLICO. REGRA GERAL. DEFICIENTE FÍSICO. RESERVA DE VAGAS. CRITÉRIOS DETERMINANTES.

I. A APROVAÇÃO EM CONCURSO E CONDIÇÃO GERAL PARA A INVESTIDURA EM CARGO OU EMPREGO PÚBLICO (CF, ART. 37, II), MESMO OS DEFICIENTES FÍSICOS PARA OS QUAIS A LEI DEVE ESTABELECEER CONDIÇÕES E CRITÉRIOS QUE PERMITAM O NORMAL DESEMPENHO DO EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES DO CARGO OU EMPREGO – CF, ART. 37, VIII.

II. NO CASO, O IMPETRANTE DEIXOU DE PROVAR QUE A DEFICIÊNCIA DE QUE É PORTADOR PERMITE-LHE EXERCER NORMALMENTE AS FUNÇÕES DO CARGO DE AUDITOR FISCAL.

III. SEGURANÇA DENEGADA QUE SE MANTÉM.

(RMS 5524 / PR; RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – 1995/0012151-4)

Portanto, a resposta à questão é não, a inspeção médica inclui a aferição da capacidade de exercer as atribuições do cargo e não provoca desigualdade em relação aos demais candidatos uma vez que todos deverão se submeter a ela. Evidente que a adequada aferição pressupõe que a Administração detenha as informações necessárias sobre a deficiência e sobre as atribuições dos cargos em questão. A análise dos dados coletados na inspeção médica será procedida na conformidade das normas estaduais, e, agora sim, na conformidade das normas gerais fixadas pela legislação federal, no que couber.

5. Se a questão anterior for considerada positiva, não nos remete a inferir que a Lei Estadual (nº 13.456/02, art. 21 e 22) conflita com o disposto na legislação federal?

Admitida a possibilidade de aferição da compatibilidade entre deficiência e atribuição do cargo público em inspeção médica, percebe-se que as disposições dos artigos 21 e 22 da Lei Estadual nº 13.456/02, ao revés de imporem ônus aos portadores de deficiência, asseguram um direito de revisão administrativa da decisão não previsto

para os demais candidatos. Com efeito, a inspeção de que trata o artigo 20 não é outra que não a inspeção médica a que devem ser submetidos todos os candidatos. O procedimento previsto nos dispositivos em questão buscam assegurar a correção do resultado da inspeção médica, com transparência e atenção ao comando constitucional. Nesta linha, a desigualdade vem em favorecimento dos portadores de deficiência, e não em seu desfavor (não há previsão legal de procedimento similar em relação aos demais candidatos declarados inaptos na inspeção de saúde). Logo, as referidas disposições se coadunam e não conflitam com as normas gerais previstas na legislação federal.

6. É possível disciplinar o estágio probatório como momento para realizar a avaliação em tela respaldando-se nos princípios constitucionais, principalmente no de igualdade de condições ou seria necessária uma alteração dos artigos 20 e 21 da Lei Estadual nº 13.456/02?

Não se pode confundir o propósito do estágio probatório com a aferição da compatibilidade entre condição física do candidato e atribuições do cargo público pretendido realizada como fase eliminatória do concurso público. São, como dito, fases distintas e necessárias no processo de seleção e devem ser mantidas de forma independente e complementar com vistas ao interesse público e ao direito dos candidatos.

A análise de compatibilidade entre as atribuições do cargo público e a deficiência deve ser realizada preliminarmente, quando da inspeção médica.

Carece de substrato jurídico afirmar que o Estado estaria obrigado a transferir a análise desta compatibilidade para o período do estágio probatório por força do disposto no Decreto Federal nº 3298/99, que, por seu turno, remete a questão ao disposto no artigo 20 da Lei Federal nº 8112/90. Esta interpretação não guarda consonância com a Constituição Federal.

A competência para legislar sobre a proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência é concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal. A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados (art. 24, §§ 1º e 2º

da Constituição Federal). A competência suplementar dos Estados significa “o poder de formular normas que desdobrem o conteúdo de princípios ou normas gerais ou que supram a ausência ou omissão destas¹.”

A competência concorrente da União para legislar (editar normas gerais) não está posta de forma isolada no texto constitucional, mas convive de forma harmônica com as demais normas e princípios constitucionais. Dentre os princípios constitucionais, ainda que não se cogite de hierarquia, tem relevância, visto que princípio fundamental, o princípio federativo. Na perspectiva do Estado Federal, os Estados membros detêm autonomia, “que é o governo próprio dentro do círculo de competências traçadas pela Constituição”². Dispor sobre o regime jurídico de seus servidores integra o rol de competências dos Estados membros.

Decreto regulamentador federal não pode, sob a perspectiva constitucional, determinar que se aplica a Estado membro norma que se dirige aos servidores públicos da União. Perceba-se que a lei federal não determina a aplicação nos Estados da norma referida no Decreto, hipótese que ao menos poderia ensejar o argumento da legalidade.

A fixação pela lei estadual de que haverá inspeção médica para aferir preliminarmente a compatibilidade da deficiência com as atribuições do cargo não viola qualquer preceito de ordem geral fixado na legislação federal. Não se pode, *a priori*, afirmar que esta inspeção possa obstar a inserção das pessoas portadoras de deficiência.

É evidente que a análise mais acurada da compatibilidade em exame ocorrerá no período do estágio probatório. Demonstrada a incompatibilidade ou a impossibilidade do portador de deficiência (apesar de adotadas pelo Poder Público todas as medidas que favoreçam o exercício das atribuições pela pessoa portadora de deficiência) não poderá ser confirmado no cargo.

¹ SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 479.

² José Afonso da Silva, *ob.cit.* p.99.

Porém, a análise de compatibilidade que necessária e naturalmente ocorrerá quando do estágio probatório não exclui a análise preliminar na fase de inspeção de saúde. Claro que o rigor desta fase será menor, mas é indispensável a constatação de que o candidato especial detenha condições mínimas, aferíveis na forma da lei estadual, para exercer as atribuições do cargo público pretendido. É que podem existir situações de fato que tornem incompatível até mesmo o início do exercício.

Em relação a tais situações de fato, poder-se-ia citar a hipótese de candidato com deficiência visual que pleiteasse o cargo de motorista, ou de piloto. Ora, se nos termos da lei a Administração Pública não pode recusar a inscrição em concurso público de candidato portador de deficiência, aprovado o candidato deveria ele ser nomeado para apenas no curso do estágio probatório ser aferida a compatibilidade entre a deficiência e as atribuições do cargo. Outras situações podem ilustrar a tese: candidato a cargo de motorista que não tenha as mãos; candidato a cargo de professor que seja mudo; candidato a cargo de telefonista que seja surdo; candidato a cargo de estivador que não tenha as pernas; candidato a cargo de perito criminal que seja cego etc. São exemplos extremos, mas que demonstram objetivamente a necessidade de uma aferição em caráter preliminar da compatibilidade entre a deficiência e o exercício da função pública pleiteada. Certamente este momento deverá anteceder o estágio probatório.

Em complementação a consulta original, foram formulados em 16 de junho de 2005 algumas questões adicionais.

A complementação versa expressamente sobre um caso concreto. Um dos candidatos a vaga de professor no concurso público de 2003, estabelecido pelo edital nº 01/2003 – SEED/PR foi aprovado na fase de provas dentro da reserva de vagas para deficientes físicos. Constatou-se posteriormente que não há compatibilidade entre a sua deficiência visual e as atribuições do cargo de professor pretendido. O cargo em questão no concurso público é de professor das disciplinas da grade curricular de turmas regulares e, se nomeado, o candidato teria atuação na rede pública de ensino, com alunos não portadores de necessidade especial. Notícia a

Secretaria de Estado da Educação (fls. 16) que houve certame específico conforme edital nº 36/2004.

Passa-se à resposta às questões complementares formuladas.

1. Como agirmos diante do posicionamento supra referido da Divisão Médica de Saúde se a XXXXX informa que o edital do concurso não previa vagas para lecionar em turmas especiais?

O concurso público prestado pelo candidato especial era destinado ao provimento de cargos de professor para atuar em turmas regulares (sala de aula) na rede pública estadual. Uma das etapas do certame, como acima dito, é a inspeção médica, de caráter eliminatório. Não tendo logrado demonstrar a compatibilidade entre a deficiência e as exigências do cargo pleiteado, o candidato deve ser eliminado do pleito. Claro que a Constituição reserva tratamento diferenciado (com justiça) aos portadores de deficiência. Claro que a Administração envidará no cumprimento dos preceitos legais todos os esforços para proporcionar a integração das pessoas portadoras de necessidades especiais. No entanto, é de se convir que ao lado destes valores jurídicos convivem outros valores constitucionais, como o princípio do concurso público etc. O caso concreto indica que o candidato não detém as condições mínimas, mesmo com a adoção de todas as condutas administrativas destinadas a propiciar a sua atuação no exercício do cargo, para ministrar aulas em turmas regulares. Por outro lado, por óbice constitucional não pode ser provido em cargo público para o qual não foi aprovado em concurso público.

2. No caso de haver portadores de deficiência que não tenham se inscrito para concorrer a vagas preferenciais, como agir se a Divisão de Saúde considerá-los inaptos em razão de sua deficiência física e não por problemas de saúde?

Deve-se ressaltar inicialmente que os candidatos portadores de deficiência concorrerão a todas as vagas em condições de igualdade com os demais candidatos, sendo-lhes reservadas no mínimo 5% das vagas. Um concurso poderá ter mais de 5% das vagas, portanto, preenchidas por pessoas portadoras de deficiência.

A inspeção médica prevista na lei estadual destina-se também à aferição da compatibilidade da deficiência com as exigências do cargo.

O candidato que não for considerado apto pela inspeção deve ser eliminado do certame.

3. Que tratamento dar a situação dos candidatos não aprovados no exame físico, se há situação equivalente de outro candidato cuja vaga foi assegurada mediante mandado de segurança?

A situação exposta no mandado de segurança é diversa da situação em análise. A consulta versa sobre o momento da aferição da compatibilidade da deficiência com as atribuições de cargo público. No mandado de segurança referido no protocolizado está em questão a discussão acerca da legalidade de três das questões da fase de provas, que foram afastadas por força de medida liminar. São situações absolutamente diversas. Mesmo que o candidato tenha logrado êxito na fase de provas, deverá demonstrar a aptidão para o exercício das atribuições do cargo, inicialmente na fase de inspeção médica, e posteriormente na fase do estágio probatório.

Síntese

1. A inspeção médica constitui uma das fases eliminatórias dos concursos públicos no Estado do Paraná, para todos os candidatos, portadores de deficiência ou não (Lei Estadual nº 13.666/02);
2. A inspeção médica objetiva avaliar as condições físicas e mentais (no caso do exame psicológico) dos candidatos, portadores de deficiência ou não, de modo a aferir a compatibilidade entre a deficiência e as exigências do cargo pleiteado;
3. No tocante à matéria relativa à integração de pessoas portadores de deficiência, a competência da União é concorrente, portanto limitada à edição de normas gerais;
4. Não tem aplicação, por força do princípio federativo, a Lei Federal nº 8112/90 em relação aos servidores públicos dos Estados membros;
5. Somente tem aplicação em relação aos Estados membros as normas gerais contidas na Lei Federal nº 7853/89 e no Decreto Federal nº 3298/99;

6. Em respeito ao princípio federativo os Estados membros podem disciplinar, naquilo que não conflite com as normas gerais instituídas pela legislação federal, acerca dos procedimentos relativos a concursos públicos para provimento de cargos públicos por pessoas portadoras de deficiência;
 7. Não viola o princípio da igualdade submeter o candidato deficiente à avaliação de compatibilidade entre a deficiência e as atribuições do cargo, desde que esta avaliação esteja subordinada a outros princípios constitucionais, como o da razoabilidade, da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana, eis que os demais candidatos igualmente devem se submeter à avaliação de compatibilidade de caráter eliminatório;
 8. Não é verdadeira a assertiva de que a aferição de compatibilidade institui uma fase no concurso não exigida dos demais candidatos, eis que a ela devem atender todos os candidatos;
 9. A inspeção médica a que deverão se sujeitar os portadores de deficiência não deve ser mais rigorosa do que aquela a que se sujeitarão os demais candidatos. Será evidentemente diferente e adequada às especificidades, no entanto deverá ter o propósito apenas de identificar as incompatibilidades evidentes, inegáveis e óbvias que tornem impossível o exercício das atribuições do cargo.
 10. Sempre que possível deverá ser possibilitada a efetiva comprovação da capacidade do candidato portador de deficiência no estágio probatório;
 11. As decisões de eliminação de qualquer candidato na fase de inspeção médica devam ser devidamente fundamentadas;
- É o parecer.

Curitiba, 6 de julho de 2005.

José Anacleto Abduch Santos

Procurador do Estado – OAB/PR nº 16.177

**Contratos de Publicidade e Propaganda:
inobservância da Lei de responsabilidade fiscal.
Vício formal na prorrogação dos contratos. Vício
substancial na alteração do valor contratual.
Prejuízos ao erário**

Lilian Didoné e Sérgio Botto de Lacerda

I. Da Consulta

O senhor Secretário de Estado da XXXXXX encaminha à Procuradoria Geral do Estado o Ofício nº XXX, solicitando parecer sobre os contratos administrativos e respectivos aditivos decorrentes do processo de licitação nº XXXXX, referente à Concorrência nº XXX.

Os contratos em questão foram firmados com as seguintes Agências de publicidade e propaganda, vencedoras do certame:

- XXXXXX – Grupo de contas I;
- XXXXXX – Grupo de contas II;
- XXXXXX – Grupo de contas III;
- XXXXXX – Grupo de contas IV;
- XXXXXX – Grupo de contas V;
- XXXXXX – Grupo de contas VI.

O edital de concorrência nº XXX estabelece a duração dos contratos nos seguintes termos:

O contrato a ser celebrado terá a duração de 24 (vinte e quatro) meses, podendo ser prorrogado na forma do disposto no art. 57, II, da Lei nº 8.666/93.

O prazo de vigência previsto para os contratos foi fixado em 24 (vinte e quatro) meses a partir da data da sua assinatura, permitindo-se prorrogações com fundamento no artigo 57, inciso II da Lei nº 8.666/93.

No caso em apreço, todos os contratos foram assinados em **03 de maio de 2000** e deveriam expirar em **03 de maio de 2002**, todavia, em 30 de abril de 2002, eles foram *prorrogados* por mais 12 (doze) meses, ou seja, até **02 de maio de 2003**.

II. Da Análise

O presente parecer será dividido em tópicos que consideramos importantes para análise dos contratos administrativos e de sua consonância com o ordenamento jurídico, os princípios que informam a conduta da Administração Pública e o Edital de convocação do processo de licitação.

Diante das diretrizes legais sobre a matéria, constatamos na execução dos contratos vícios de natureza *formal* e *substancial* que permitem a anulação dos mesmos, eis que deles advieram prejuízos ao interesse público.

Vício Formal na Prorrogação dos Contratos

O art.57 da Lei nº 8.666/93 prevê a possibilidade de prorrogação no inc.II “*a prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos...*” e no § 4º “*em caráter excepcional, devidamente justificado e mediante autorização da autoridade superior, o prazo de que trata o inc. II do “caput” deste artigo poderá ser prorrogado em até doze meses.*”

A prorrotabilidade do inc. II deverá estar prevista no ato convocatório e se justifica para obtenção de preços e condições mais vantajosas para a Administração.

Por sua vez, a prorrogação fundada no § 4º depende de evento extraordinário e, portanto, não exige previsão contratual.

De qualquer sorte, a prorrogação de contratos administrativos não pode ser *automática* e, considerando que se constitui numa exceção, pressupõe requisitos rigorosos e indispensáveis à sua validade.

Destarte, toda prorrogação deve resultar de *consenso entre as partes*, estar *justificada por escrito* e *previamente autorizada pela autoridade competente* para celebrar o contrato, consoante determina o § 2º do art.57 da

Lei nº 8666/93. Também se impõe a sua formalização mediante *termo de aditamento*, conforme ordena o § 8º do art. 65 da mesma lei.

Os contratos em questão, já na sua minuta, preveem a possibilidade de prorrogação. As prorrogações ocorreram em forma de cláusula na minuta de termo aditivo no qual se produziu alteração no valor do contrato em razão de créditos orçamentários suplementares, em todos os contratos e na forma de simples *autorização do Chefe do Poder Executivo*, à época.

A simples invocação da cláusula que permite a prorrogação do contrato, na minuta de termo aditivo, não elide a obrigatoriedade legal de apresentar a *justificativa* para sua promoção.

A *justificativa* por escrito, exigida pelo art. 57, § 2º da Lei nº 8.666/93, visa elucidar os fatos que podem ensejar a prorrogação. Precisamente no caso de contrato de prestação de *serviço de execução contínua*, a lei exige como condição *sine qua non* à prorrogação que esta seja considerada com “*vistas a obtenção de preços e condições mais vantajosas para a Administração*”; no caso do § 4º para demonstração do evento extraordinário que determinasse a necessidade da prorrogação.

Portanto, é indispensável à *justificativa*, na qual será narrado o fato e apresentadas pesquisas de mercado por meio das quais fique demonstrado que com esse prazo a Administração obtém preços e condições de pagamento mais favoráveis (inc. II) e as implicações do evento extraordinário no prosseguimento da execução do contrato (§ 4º).

A *justificativa* é a motivação da *autorização* da autoridade competente, precede a esta e sua ausência torna essa autorização sem conteúdo. No caso, a primeira inexistiu, logo, a segunda também não pode subsistir.

Nos contratos em questão, observa-se uma *prorrogação automática* realizada no corpo de *termo de aditamento* juntamente com alteração do valor do contrato.

A prorrogação exige um termo de aditamento (art. 60) específico para este fim e não deve estar cumulada com outras alterações com ela impertinentes.

O termo de prorrogação apresenta forma escrita e prevista em lei, ou seja, preâmbulo, corpo de texto e encerramento. Observa-se nos contratos que a prorrogação foi feita de forma *automática*, como antes dito, sem atendimento dos requisitos indispensáveis previstos na lei de licitações. Motivo que impõe a nulidade da prorrogação.

As autorizações constituem-se em simples “carimbo” com assinatura do Chefe do Executivo aprovando as minutas de aditamento, nos termos do parecer da Coordenadoria Jurídica que sequer manifestou-se sobre a cláusula de *prorrogação* inserta nas minutas de contrato.

Nos termos aditivos simplesmente houve a prorrogação dos referidos Contratos, sem justificativas, sendo ratificadas todas as demais cláusulas e condições originais, exceção à inclusão da própria prorrogação e do novo valor global estimado.

Assim, as prorrogações em questão foram realizadas sem *justificativa*, sem *autorização específica da autoridade competente*, sem *consenso da contratada* e sem *termo aditivo específico*. Tal ausência importa na **nulidade da prorrogação** tendo em vista afronta ao § 2º do art. 57 e art. 61 parágrafo único da Lei de Licitações.

Vício Substancial na Alteração do Valor Contratual

Todos os contratos em questão foram alterados mediante aplicação da cláusula 3.3 do edital de concorrência nº XXX que segundo entendimento da administração à época, importava no somatório das dotações orçamentárias de todas as verbas advindas de créditos orçamentários seja anuais ou suplementares, conforme se constata do resultado da interpretação lançada para fixar o valor dos contratos. Vejamos em tópicos:

Grupo I – Agência XXX

O primeiro termo aditivo data de 20/09/2000 fixou o valor do contrato (antes estimado em R\$4.840.200,00) para R\$6.258.086,51 (seis milhões, duzentos e cinquenta e oito mil, oitenta e seus reais e cinquenta e um centavos), observando o Decreto nº 2.799 de 15/09/2000.

O segundo termo aditivo acrescentou ao valor do contrato a quantia de R\$ 730.624,76 em 29/06/2001 com fundamento na Lei nº 13.030/00.

No terceiro termo aditivo, em data de 30/04/2002, foi acrescido o valor do contrato em mais R\$8.402.680,59 para o exercício de 2001 e fixou-se o valor de R\$4.983.514,00 ao exercício de 2002. No mesmo instrumento **foi prorrogado o contrato até 02 de maio de 2003.**

Quarto termo aditivo em 28/11/2002 determinou-se a adição de R\$8.000.000,00 para o exercício de 2002, passando a importar o valor do contrato em **R\$33.215.105,86.**

2. Grupo II – Agência XXX

O primeiro termo aditivo ao contrato ocorreu em 18 de julho de 2001 determinou o valor do contrato para o exercício de 2001 com base na Lei nº 13.030/2000 em R\$6.217.075,00 (inicial estimado em R\$4.415.000,00).

Por meio de 2º termo aditivo promovido em 30/04/2002 foi fixado o crédito de R\$3.334.859,41 para 2001 e estabelecido o valor de R\$10.892.867,00 para o exercício de 2002. O valor do contrato ficou em **R\$24.859.801,41.** No mesmo instrumento **foi prorrogado o contrato até 02/05/2003.**

3. Grupo III – Agência XXX

O 1º termo aditivo ocorreu em 03/08/2000 fixando o valor do contrato em R\$8.409.222,82 (inicial previsto em R\$4.929.100,00).

O 2º termo aditivo em 20/09/2000, fazendo referência ao Decreto nº 2799/2000, suplementou o valor do contrato em R\$4.700.000,00.

3º termo aditivo em 18/07/2001, apontando observação à Lei nº 13.030/2000, acresceu ao valor do contrato a quantia de R\$9.184.327,00.

Pelo 4º termo aditivo, em 30/04/2002 estabeleceu-se o valor do contrato para 2001 em mais R\$9.431.519,27. Fixou o valor de R\$11.162.348,00 para o ano de 2002 e no mesmo termo **foi prorrogado o contrato até 02/05/2003.**

No 5º termo aditivo de 28/11/2002 foi acrescido o valor do contrato em mais R\$3.300.000,00. Em consequência restou o valor do contrato em **R\$46.187.417,09.**

4. Grupo IV – Agência XXX

O 1º termo aditivo em 20/09/2000 fixou o valor do contrato em R\$6.000.000,00 (inicial previsto R\$4.372.210,00) fazendo referência ao Decreto nº 2799 de 15/09/2000. Por meio de 2º termo aditivo em 18/07/2001 foi acrescida ao valor do contrato a quantia de R\$835.266,50.

No 3º termo aditivo em 30/04/2002 acrescentou-se para o exercício de 2001 a quantia de R\$3.979.664,46 e fixou-se para o exercício de 2002 a quantia de R\$10.561.614,00. Neste, foi **prorrogado o contrato até 02/05/2003**.

O 4º termo aditivo (31/11/2002) acresce a importância de R\$500.000,00.

O 5º termo aditivo (28/11/2002) acresce a quantia de R\$9.020.000,00 para o exercício de 2001, ficando o valor **total do contrato em R\$35.268.754,96**.

5. Grupo V – Agência XXX

Em 03/08/2000, o 1º termo aditivo fixou o valor do contrato em R\$8.327.259,45 (antes previsto em R\$4.159.210,00) e fez referência genérica a liberações de orçamento, decorrentes de previsão técnica de custeio com publicidade.

Por meio de 2º termo aditivo (20/09/2000), fazendo referência ao Decreto nº 2799/2000, o valor do contrato foi suplementado em R\$5.429.228,00.

O 3º termo aditivo (18/07/2001), apontou a Lei nº 13.030/2000 (lei orçamentária anual) e acrescentou ao valor do contrato a quantia de R\$7.663.978,43.

Por meio de 4º termo aditivo (30/04/2002) acrescentou-se R\$8.537.392,00 para o exercício de 2002. O valor do contrato passou a ser **R\$29.957.857,88**. Na oportunidade **foi prorrogado o contrato até 02/05/2003**.

6. Grupo VI – Agência XXX

Em 03/08/2000, o 1º termo aditivo fixou o valor do contrato em R\$ 6.665.893,53 (inicial R\$ 4.496.000,00).

2º termo aditivo (20/09/2000) fazendo referência ao Decreto nº 2799/2000, foi suplementado o valor do contrato em R\$4.500.000,00.

Invocando a Lei nº 13.030/2000, em 18/07/2001 foi acrescida ao contrato a quantia de R\$2.531.314,31, por meio do 3º termo aditivo.

Em 30/04/2002, por meio do 4º termo aditivo determinou-se a quantia de R\$1.798.231,18 para o exercício de 2001 e para o exercício de 2002 a quantia de R\$2.780.601,00. O valor total do contrato ficou em **R\$18.276.040,02**. Na oportunidade o contrato **foi prorrogado até 02/05/2003**.

Também deram *efeito retroativo* às verbas de crédito orçamentário adquirido após a vigência do exercício financeiro de 2001, eis que os créditos foram obtidos no exercício financeiro de 2002. Por exemplo, observamos no 3º termo aditivo do grupo I (XXX) que foi somado o valor de R\$ 8.402.680,59 para o exercício de 2001, todavia, em data de 30/04/2002, ou seja, crédito orçamentário obtido na vigência do exercício de 2002 e, portanto, só poderia ser utilizado neste exercício. Da mesma forma e igual data (30/04/2002), ocorreu nos termos aditivos 2º (XXX, no valor de R\$ 3.334.859,41), 4º (XXX, em mais R\$ 9.431.519,27), 5º (XXX, acresceu R\$ 9.020.000,00) e 3º (XXX adicionou R\$1.798.231,18).

A atuação da Administração, à época, importou na transformação do valor, inicial e total dos contratos, de **R\$ 27.211.720,00 (vinte e sete milhões, duzentos e onze mil, setecentos e vinte reais) para R\$ 157.807.119,34 (cento e cinquenta e sete milhões, oitocentos e sete mil, cento e dezenove reais e trinta e quatro centavos)**.

Créditos orçamentários são aqueles decorrentes de um orçamento. Este consiste num planejamento econômico de *receitas e despesas* e define, em função destas, as prioridades a serem atendidas pelo Estado. Em termos constitucionais, o Brasil possui três tipos de orçamentos denominados “plano plurianual”, “lei de diretrizes orçamentárias” e “lei orçamentária anual”, todos de iniciativa do Chefe do Executivo (art.165, incs. I, II e III da CF). A lei orçamentária anual é aquela que prevê a receita do Estado e autoriza as despesas; corresponde a um exercício financeiro, sendo este

definido no art. 34, I da Lei nº 4.320/64 como o mesmo do ano civil, ou seja, de 1º de janeiro a 31 de dezembro.

Na vigência da lei orçamentária anual, o chefe do Executivo poderá determinar crédito suplementar para reforçar algum ponto do orçamento que se encontre na iminência de esgotamento, devidamente autorizado pelo Poder Legislativo. Ressalta-se que esses créditos suplementares vigoram da data que ocorreram até *31 de dezembro do mesmo ano*. Nesse sentido J. TEIXEIRA MACHADO JR. e HERALDO DA COSTA REIS, In: A Lei 4.300 Comentada, 28. ed. Rio de Janeiro: IBAM, 1997, p.20 **E não visam atender a despesas promovidas no passado.**

Os aditamentos estão contidos nos processos ora analisados XXX, XXX, XXX; XXX, XXX, XXX, XXX; XXX, nos quais o então Secretário de Estado XXX solicitou, por diversas vezes, o aditamento dos contratos, para alterar o valor dos mesmos, sob alegação falsa de abertura de créditos orçamentários suplementares. A Coordenadoria Técnica Jurídica da Secretaria de Estado XXX elaborou, nestes protocolados, pareceres (Pareceres nº XXX, XXX, XXX, XXX, XXX, todos de 30/04/2002), de cujo conteúdo ora se discorda, eis que opinam em sentido favorável à solicitação, em razão de abertura de créditos suplementares, e aplicam, na forma que interpretam, o item 3.3 da cláusula 3 (DO VALOR E DOTAÇÕES ORÇAMENTÁRIAS) fixando o valor do contrato administrativo pela soma do valor previsto no orçamento para o exercício de 2000 com o valor estimado para o exercício de 2001 e posteriormente estendendo a adição ao valor determinado para o exercício de 2002.

Dispõe o item 3.3 da cláusula 3 dos contratos:

O valor deste contrato, para os exercícios seguintes, incluindo eventuais prorrogações, será correspondente à somatória das dotações orçamentárias vigentes para os respectivos exercícios de cada um dos órgãos e/ou entidades a que se refere à cláusula 3.2.

Por sua vez, diz o item 3.2:

3.2. O valor estimado deste contrato para o exercício é de (...) com recursos alocados nas dotações orçamentárias indicadas para cada órgão e/ou entidade da Administração Direta

e Indireta do Poder Executivo Estadual, constantes da Lei nº 12.825, de 28 de dezembro de 1999 (Lei Orçamentária Anual).

3.2.1. nenhum direito caberá à CONTRATADA se os serviços não atingirem o montante consignado nesta cláusula.

O entendimento suprarreferido, consignado pelo órgão jurídico não encontra respaldo legal, além de configurar uma absurda situação em que se considera verba orçamentária disponível para despesa com publicidade e propaganda o somatório de todas as verbas, previstas e fixadas por aditamento, nos exercícios (2000, 2001 e 2002), sem qualquer abatimento dos pagamentos efetivados e desprezando a necessidade de reverter à origem do tesouro do Estado eventuais valores consignados e não atingidos pelos serviços prestados.

Diante da equivocada noção do conteúdo da cláusula em apreço, se o prazo do contrato fosse estipulado hipoteticamente em 5 (cinco) anos, chegaríamos a um valor de despesa absurdo cujas receitas jamais alcançariam liquidar.

A interpretação condizente com o ordenamento jurídico e os princípios que informam à atuação da Administração Pública reside na interpretação literal da cláusula, ou seja: o valor do contrato para o exercício de 2001 (seguinte) e 2002 (prorrogação) será **ao somatório das dotações orçamentárias vigentes** para os respectivos exercícios (2001 ou 2002) **de cada um dos órgãos e(ou) entidades**. Assim, por exemplo, o valor do contrato do Grupo I para o exercício de 2001 seria fixado pela SOMA das dotações orçamentárias da SECRETARIA DE ESTADO DA XXX, XXX, SECRETARIA DE ESTADO DA XXX, XXX, XXX, SECRETARIA DE ESTADO DA XXX, XXX, XXX, XXX e XXX.

No ano de 2002, por exemplo, deveria ser considerada somente a previsão orçamentária daquele ano, eis que se trata de novo exercício financeiro e novamente somando as dotações orçamentárias, específicas para aquele ano, das entidades e órgãos supraindicados, eventual saldo orçamentário do ano de 2001 deve retornar ao Tesouro e não ser somado às dotações orçamentárias do ano seguinte. A expressão “vigente” significa

que no orçamento anual de 2000, novamente exemplificando, deveria ser considerado o valor vigente da soma das dotações orçamentárias de cada entidade ou órgão.

O valor orçamentário obtido no exercício de 2000, destinado às despesas com prestação de serviços realizados naquele ano, encerra-se com o termo do ano fiscal e a verba não utilizada neste exercício não pode ser somada à verba prevista para o exercício de 2001, sob pena de afastar a incidência do conteúdo do item 3.2.1. antes transcrito.

A manobra interpretativa criou um *crédito orçamentário fictício* eis que os valores dos contratos (vinculados à verba orçamentária) foram somados sem qualquer abatimento de despesas criando um aumento do valor do contrato ilimitado o que configura clara burla a lei orçamentária anual.

Acrescenta-se que o valor dos contratos administrativos não se confunde com a especificação dos recursos orçamentários previstos para pagamento dos serviços. Portanto, o aditamento dos contratos em razão de crédito suplementar destinado à Secretaria de Estado da Comunicação não importa na revisão desses contratos. Ademais, em se tratando de revisão contratual impera a norma inserta no art.65, § 1º da Lei nº 8.666/93 (acréscimos até 25% do valor contratual corrigido). No caso, não há qualquer demonstração de *desequilíbrio contratual* que justificasse a alteração do valor dos contratos.

A cláusula 16 dos contratos estabelece o seguinte em relação ao reajuste do valor do contrato:

16.1. Os preços inicialmente contratados permanecerão inalterados durante a vigência deste contrato. Eventual questionamento sobre reajuste – após 01 (um) ano – poderá ser discutido, desde que autorizado por lei federal e esteja de acordo com os limites das respectivas dotações orçamentárias de cada órgão.

Parece evidente e proposital o erro das autoridades competentes, à época, no sentido de alterarem o valor dos contratos mediante a injeção de créditos orçamentários suplementares, eis que o *valor do contrato é determinado pelo custo da execução do seu objeto* (no caso a prestação do

serviço de publicidade e propaganda) e não em razão do “quanto” a Administração dispõe de recursos para tal finalidade.

Toda alteração contratual importa em pressupostos insertos nos §§ do art. 65 da Lei nº 8.666/93, em atenção ao princípio da segurança jurídica. Eventualmente, os limites fixados neste dispositivo poderão ser excepcionados, desde que observados os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e finalidade e quando isso evite a Administração novos encargos contratuais, o que no caso não ocorreu.

III. Inobservância da Lei de Responsabilidade Fiscal

A lei de responsabilidade fiscal nº 101/2000 estabelece em seu art.1º a ação planejada do governo para o equilíbrio fiscal promovido pelo controle de receitas e despesas.

Em seu art. 5º, § 4º está dito que “*é vedado consignar na lei orçamentária crédito com finalidade imprecisa ou com dotação ilimitada.* § 5º *A lei orçamentária não consignará dotação para investimento com duração superior a um exercício financeiro que não esteja previsto no plano plurianual ou em lei que autorize a sua inclusão, conforme disposto no § 1º do art.167 da Constituição*”.

No que diz respeito à despesa pública, o art.15 diz que “*serão consideradas não autorizadas, irregulares e lesivas ao interesse público a geração de despesa ou assunção de obrigações que não atendam o disposto nos art.16 e 17*”.

O art.16 fixa que a criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento de despesa será acompanhado de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor ou nos dois subsequentes, e declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.

No § 1º do art.16, fica estabelecido que será considerada adequada “*a despesa objeto de dotação específica e suficiente, ou que esteja abrangida por crédito genérico, de forma que somadas todas as despesas da mesma espécie, realizadas e a realizar, previstas no programa de trabalho, não sejam ultrapassados os limites estabelecidos para o exercício*”.

Mais adiante, o § 4º estabelece que as normas do *caput* do art.16 constituem condição prévia para “*empenho e licitação de serviços, fornecimento de bens ou execução de obras*”.

Os contratos também ferem o conteúdo do art. 42, da LRF, que estabelece:

Art.42. É vedado ao titular de Poder ou órgão referido no art.20, nos últimos quadrimestres do seu mandato, contrair obrigações de despesa que não possa ser cumprida integralmente dentre dele, ou que tenha parcelas a serem pagas no exercício seguinte sem que haja suficiente disponibilidade de caixa para este efeito.

Parágrafo único. Na determinação da disponibilidade de caixa serão considerados os encargos e despesas compromissadas a pagar até o final do exercício. (grifamos)

Assim, os contratos em questão ferem as normas da lei de responsabilidade fiscal, eis que as despesas ultrapassaram o valor orçamentário previsto para um exercício financeiro, foram computados valores de créditos suplementares transferidos aos exercícios seguintes alterando de forma indireta o aumento da despesa pública e da execução do contrato acima dos limites impostos a um exercício financeiro.

IV. Dos Prejuízos ao Erário

A inobservância das normas de direito público já seria suficiente para demonstrar o prejuízo à coletividade paranaense. Todavia, mais do que normas formais foram lesionadas.

Os contratos, em apreço, foram formalizados sem observância de uma previsão orçamentária anual, a despeito do conteúdo programático inserto na Lei de Responsabilidade Fiscal que impede o aumento de despesa não prevista na lei orçamentária anual.

A injeção de verba orçamentária suplementar no valor do contrato mediante adições que transformaram contratos de **valor inicial de R\$ 27.211.720,00 (vinte e sete milhões, duzentos e onze mil e setecentos e vinte reais)** para **R\$157.807.119,34 (cento e cinquenta e sete milhões, oitocentos e sete mil, cento e dezenove reais e trinta e quatro centavos)** configura afronta ao interesse público, mais ainda quando são cancelados

créditos destinados às Secretarias da Saúde, Cidadania, Educação, entre outras, quando estas estão mais próximas de atender às necessidades da sociedade, para serem lançados em favor da Secretaria de Estado XXX.

Investigações seriam importantes para fixar o montante dos prejuízos que o erário estadual sofreu em razão desses contratos, com indicação dos projetos sociais que ficaram paralisados ou sequer foram iniciados em razão do desvio de recursos.

Conclusões

Diante dos fatos aqui analisados e confrontados com as normas legais pertinentes à matéria (embasados na documentação que nos foi apresentada) concluímos que de fato foram praticados atos ilegais que causaram lesão ao Estado e são insuscetíveis de convalidação.

A Administração Pública, no exercício de seu poder de autotutela, pode declarar a nulidade de seus próprios atos (no caso os contratos e aditivos) mediante **ato unilateral imediato** (possibilidade reconhecida pela Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal), por Decreto do Governador do Estado (CE, art.87, I).

O ato poderá estar fundamentado nas seguintes hipóteses, não necessariamente isoladas:

1. Anulação por vício substancial a partir do exercício financeiro de 2002, considerando:

- aditamentos contratuais, promovendo alteração no valor dos contratos por meio do somatório de verbas orçamentárias suplementares e anuais, sem abatimento dos pagamentos feitos pela Contratante que criou uma previsão ficta de receita, burlando dessa forma a lei de orçamento anual e determinados gastos cuja receita real não estava prevista;
- Ofensa à Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal);
- Prejuízo ao erário estadual.

2. Da prorrogação do contrato para o ano de 2003 em face de vícios formais:

- ausência de *justificativa* e *autorização* específica da autoridade competente para celebração dos contratos (art.57 § 2º);

- ausência de comprovação por parte das empresas contratadas de que estavam em dia com as obrigações tributárias e ausência de demonstração de que cumpriram com seus deveres contratuais na forma e prazo contratados, na vigência dos contratos anteriores à prorrogação;

- Ausência de termo específico de prorrogação (art.61);

- Ofensa à Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal);

- Prejuízo ao erário estadual

Ressaltamos que a ruptura dos contratos possibilita a imediata instauração de nova licitação, não sendo recomendável e nem lícita à dispensa, por não se incluir nas hipóteses da legislação.

VI. Sugestões

Por oportuno, propõem-se algumas providências a serem tomadas pela Administração Estadual, julgadas importantes para apuração da responsabilidade de servidores e agentes políticos, quais sejam:

1. Seja formalizada denúncia junto ao Tribunal de Contas do Estado do Paraná;

2. Encaminhamento de cópias dos documentos principais ao Ministério Público do Estado do Paraná para análise e eventual propositura de ações civil e criminal por improbidade administrativa (§ 4º do art.37 da CF; 82 a 85 e 92 da Lei nº 8.666/93) dos ordenadores das despesas decorrentes da execução dos contratos em apreço e seus beneficiários.

DIREITO
DO ESTADO
EM DEBATE

REVISTA JURÍDICA
DA PROCURADORIA GERAL
DO ESTADO DO PARANÁ

