

# O AMADURECIMENTO DOS DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS NO CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO

**Luciano Félix de Medeiros Gomes**  
Advogado

## 1 Introdução

A questão em torno da eficácia dos direitos sociais fundamentais do homem, sem dúvida, constitui-se em um dos temas mais intrigantes do direito constitucional. Muito já se escreveu sobre a natureza jurídica de tais direitos. Porém, pelo que se percebe da doutrina e da jurisprudência, o seu campo de abrangência aparenta ser inesgotável. Apesar disso, é possível a análise do desenvolvimento da aplicabilidade dos direitos sociais, principalmente no campo prático. Com efeito, tais direitos se caracterizam como prestações positivas proporcionadas pelo Estado, direta ou indiretamente, possibilitando aos administrados melhores condições de vida, destinando-se a equiparar situações socialmente desiguais. Situam-se como requisitos da fruição dos direitos individuais, criando condições materiais próprias à concretização da real isonomia entre os homens. Conceituando os direitos sociais, Uadi Lammêgo Bulos<sup>1</sup> ressalta:

São aqueles que sobrelevam a esfera do particular, para alcançar o todo, numa visão de generalidade e conjunto. A sua compreensão deflui – com pujança e intensidade – sempre que for confrontado um interesse individual com um metaindividual, e vice-versa. Por isso, funcionam como lídimas liberdades ou prestações positivas, vertidas em normas de cunho constitucional.

Apesar da evolução dos estudos a respeito da eficácia dos direitos sociais, há setores do constitucionalismo, inspirados na doutrina norteamericana, que recusam a idéia de sua fundamentalidade. Ou, quando a admitem, qualificam esses direitos como programáticos, sendo mera declaração de intenções para o futuro. É inegável que os direitos fundamentais do homem abarcam os direitos sociais. Portanto, revestem-se de estatura constitucional, qualificados pelo valor transcendental da dignidade da pessoa humana. Sob essa ótica, é salutar a produção doutrinária que exalte a eficácia dos direitos sociais, como forma de combate às ideologias mais recalcitrantes.

---

<sup>1</sup>BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 419-420.

## 2 Crítica à programaticidade dos direitos sociais

Como já referido, existem aqueles que reputam as normas constitucionais consagradoras dos direitos sociais como programáticas, simples documentos de intenções do Estado. Ora, no Estado Democrático de Direito, as garantias aprovadas pelo constituinte não podem ser relegadas a uma conceituação puramente projetista, como promessas para o futuro, a serem regulamentadas pelo legislador infraconstitucional. Muito pelo contrário, os direitos prestacionais impõem uma verdadeira vinculação direta dos poderes instituídos, incluindo, por certo, o Judiciário que, diante dos casos práticos, deve valorizá-los. Nesse sentido, enfatiza André Ramos Tavares<sup>2</sup>:

Há uma tomada de consciência no sentido de que as normas programáticas não são implementadas por força de decisões essencialmente políticas. Se é certo que se reconhece o direito à discricionariedade administrativa, bem como à conveniência e oportunidade de praticar determinados atos, não se pode tolerar o abuso de direito que se tem instalado na atividade desempenhada pelos responsáveis por implementar as chamadas normas programáticas. Após diversos anos de vigência da Constituição, fica-se estarrecido com o desprezo com que foram premiados determinados comandos constitucionais, com toda uma doutrina formalista a serviço da desconsideração de sua normatividade plena. Cegamente repetitivos de teorias formuladas de há muito, em contexto completamente diverso do atual, os responsáveis pela implementação concreta da Constituição têm-lhe podado as vontades reais sob o argumento, já desbotado pelo uso recorrente, da mera programaticidade.

Ainda que os direitos sociais estejam situados no universo das denominadas normas programáticas, o Estado não pode, sob pena de desrespeito à Lei Maior, apoiar-se na ultrapassada justificativa da discricionariedade administrativa. Em muitos casos, trata-se de medida demonstradora de explícita abusividade governamental, para deixar de efetivar políticas públicas voltadas à saúde, à moradia, à assistência social, à educação e ao lazer. Essa omissão ocorre essencialmente quando se tem em linha de consideração que os direitos sociais são inequivocamente autênticos direitos fundamentais, imediatamente aplicáveis, nos termos do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988. Desse modo, as garantias em tela, ainda que se reconheça, em algum instante, a sua baixa densidade normativa ao nível da Carta Magna, sempre estarão aptas a

<sup>2</sup>TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 84-85.

gerar um mínimo de efeitos jurídicos. São, de algum modo, aplicáveis, porquanto inexistente norma constitucional destituída de eficácia jurídica.

Nesse sentido, é emblemática a decisão da 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Recurso Especial nº 684646/RS, reconhecendo à pessoa portadora do vírus HIV direito à saúde. O acórdão estabelece explicitamente o dever do Estado quanto à tomada de providências voltadas à proteção da dignidade da pessoa humana:

O Sistema Único de Saúde - SUS visa à integralidade da assistência à saúde, seja individual ou coletiva, devendo atender aos que dela necessitem em qualquer grau de complexidade, de modo que, restando comprovado o acometimento do indivíduo ou de um grupo por determinada moléstia, necessitando de determinado medicamento para debelá-la, este deve ser fornecido, de modo a atender ao princípio maior, que é a garantia à vida digna. Configurada a necessidade do recorrente de ver atendida a sua pretensão, posto legítima e constitucionalmente garantida, uma vez assegurado o direito à saúde e, em última instância, à vida. A saúde, como de sabença, é direito de todos e dever do Estado. Precedentes desta Corte, entre eles, *mutadis mutandis*, o agravo regimental na suspensão de tutela antecipada nº 83/MG, Relator Ministro Édson Vidigal, Corte Especial, DJ de 06.12.2004:

“1. Consoante expressa determinação constitucional, é dever do Estado garantir, mediante a implantação de políticas sociais e econômicas, o acesso universal e igualitário à saúde, bem como os serviços e medidas necessários à sua promoção, proteção e recuperação (CF/88, art. 196). 2. O não preenchimento de mera formalidade – no caso, inclusão de medicamento em lista prévia – não pode, por si só, obstaculizar o fornecimento gratuito de medicação a portador de moléstia gravíssima, se comprovada a respectiva necessidade e receitada, aquela, por médico para tanto capacitado. Precedentes desta Corte. 3. Concedida tutela antecipada no sentido de, considerando a gravidade da doença enfocada, impor, ao Estado, apenas o cumprimento de obrigação que a própria Constituição Federal lhe reserva, não se evidencia plausível alegação de que o cumprimento da decisão poderia inviabilizar a execução dos serviços públicos”.

Ademais, o STF sedimentou esse entendimento: “Paciente com HIV/AIDS. Pessoa destituída de recursos financeiros. Direito à vida e à saúde. Fornecimento gratuito de medicamentos. Dever constitucional do poder público (CF, arts. 5º, caput, e 196). Precedentes (STF). Recurso de agravo improvido. O direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira

responsável, o poder público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O poder público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional incosequente.

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional incosequente, sob pena de o poder público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. Distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes. O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF” (RE271286 AgR/RS, relator Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJ de 24.11.2000). Recursos especiais desprovidos. (Relator: Ministro Luiz Fux, publicado no DJU em 30/05/2005, p. 247).

Os tribunais brasileiros operaram uma verdadeira guinada no trato da matéria, impingindo uma maior efetividade aos direitos sociais. Sobre a matéria, o STJ decidiu:

Constitucional. Administrativo. Mandado de segurança. Direito líquido e certo. Inexistência. Direito líquido e certo, para efeito de concessão de segurança, é aquele reconhecível de plano e decorrente de lei expressa ou de preceito constitucional, que atribua ao impetrante um direito subjetivo próprio. Normas constitucionais meramente programáticas - *ad exemplum*, o direito à saúde - protegem um interesse geral. Todavia, não conferem aos beneficiários desse interesse o poder de exigir sua satisfação - pela via do *mandamus* - eis que não delimitado o seu objeto, nem fixada a sua

extensão, antes que o legislador exerça o múnus de completá-las através da legislação integrativa. Essas normas (arts. 195, 196, 204 e 227 da CF) são de eficácia limitada, ou, em outras palavras, não têm força suficiente para desenvolver-se integralmente, “ou não dispõem de eficácia plena”, posto que dependem, para ter incidência sobre os interesses tutelados, de legislação complementar. Na regra jurídico-constitucional que dispõe “todos têm direito e o Estado o dever” – dever de saúde - como afiançam os constitucionalistas, “na realidade não têm direito, porque a relação jurídica entre o cidadão e o Estado devedor não se fundamenta em vinculum juris gerador de obrigações, pelo que falta ao cidadão o direito subjetivo público, oponível ao Estado, de exigir em juízo, as prestações prometidas a que o Estado se obriga por proposição ineficaz dos constituintes”. No sistema jurídico pátrio, a nenhum órgão ou autoridade é permitido realizar despesas sem a devida previsão orçamentária, sob pena de incorrer no desvio de verbas. Recurso a que se nega provimento. Decisão indiscrepante. Por unanimidade, negar provimento ao recurso” (Recurso ordinário em mandado de segurança nº 6564/RS, 1ª Turma, Relator: Ministro Demócrito Reinaldo, DJU de 17/06/1996, p. 21448).

Diante da evolução da jurisprudência pátria, a formulação vaga e a natureza aberta de algumas normas constitucionais proclamadoras de direitos sociais não possuem o condão de, por si só, obstar a sua imediata e plena eficácia. Assim, constitui tarefa dos tribunais e juízes a determinação do conteúdo dos preceitos normativos, por ocasião de suas aplicações às situações concretas. Mesmo diante da aparente imprecisão dos comandos consagradores dos direitos sociais, é possível o reconhecimento de um significado central e incontroverso, de um núcleo tradutor da intenção do constituinte, autorizando a incidência da norma, mesmo sem a interposição legislativa ordinária. Do contrário, estar-se-ia dando maior ênfase à lei do que ao próprio Estatuto Supremo.

Atente-se, ademais, que o magistrado, cômico de seu papel social transformador, não deve hesitar frente à imediata e direta aplicação da regra definidora de um direito social. Uma decisão bem fundamentada, proferida por um órgão independente e compromissado com a justiça e a democracia, no leito processual adequado, com a observância do devido processo legal, nos limites da competência traçada pela própria Constituição da República, sem dúvida, é infinitamente mais “genuína” do que as interpretações descuidadas, efetuadas ao sabor das conveniências de momento.

Nesse aspecto, o julgador é o “criador da lei” para o caso concreto, ante uma norma constitucional instituidora de um direito social. Esta, para a doutri-

na emergente, possui eficácia, contrariando os pensamentos mais arcaicos. Deve, assim, o julgador encontrar mecanismos para tornar essa norma exequível, não se negando a cumprir os preceitos constitucionais sob o pálido argumento da inexistência de legislação integradora dispondo sobre a matéria. Além disso, no contexto acima referido, torna-se perfeitamente adaptável o art. 126 do Código de Processo Civil, c/c o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.

A verdade é que os direitos sociais, de base constitucional, a exemplo da saúde e da assistência social, devem ser assegurados. São direitos profundamente vinculados à dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III, da Carta Magna). Tal postulado impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988. A dignidade humana e os direitos fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema de leis.

### **3 A problemática da chamada “reserva do possível” na efetivação dos direitos sociais**

Quando se tem em mente a efetivação dos direitos sociais, e por serem tais direitos objeto de prestações positivas a cargo do Estado em favor dos administrados, aponta-se para a sua dimensão economicamente relevante. Nessa direção, leciona Ingo Sarlet<sup>3</sup>:

O custo com os direitos sociais assume especial relevância no âmbito de sua eficácia e efetivação, significando, pelo menos para significativa parcela da doutrina, que a efetiva realização das prestações reclamadas não é possível sem que se despenda algum recurso, dependendo, em última análise, da conjuntura econômica, já que aqui está em causa a possibilidade de os órgãos jurisdicionais imporem ao poder público a satisfação das prestações reclamadas.

O poder público em geral, quando convocado em juízo, por meio de demanda cujo objeto circunde em torno da implementação de algum direito social, habitualmente justifica a sua letargia com apoio na chamada “reserva do

<sup>3</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 287-288.

possível”. Assim, o Estado sempre procura, em vários casos, vincular a corporificação das políticas públicas com as dotações orçamentárias, acarretando, no plano prático, um verdadeiro desrespeito à Carta Federal. O desacato à *Lex Legum* pode ocorrer mediante ação estatal ou por meio da inércia governamental. Se o Estado deixa de adotar medidas necessárias à realização dos comandos constitucionais, de modo a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstenendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação, incide em violação negativa do Texto Maior. Veja-se, a respeito, o entendimento do Ministro Celso de Mello:

A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o poder público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental (RTJ 185/794-796).

E assim, por meio de decisão monocrática na arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 45/DF, com a habitual sabedoria que lhe é peculiar, o Ministro fincou bases sólidas para a verificação da legitimidade da tese da reserva do possível, freqüentemente suscitada pelos diversos setores do poder público. Acentua o nobre julgador:

Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada pelo Estado, com finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação dos direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade (...). A limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar o seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição.

A meta central das constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos

direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível” (DJU de 04/05/2004, p. 00012).

Prosseguindo em sua brilhante fundamentação, o Ministro estabelece uma fórmula para a análise da pretensão deduzida em juízo diante da disponibilidade orçamentária estatal: razoabilidade da pretensão individual/social proposta em face do poder público + existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Acrescenta que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência. Ausente qualquer um deles, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.

Demais disso, ainda que o planejamento e a execução das políticas públicas dependam de ações políticas a cargo dos agentes eleitos pelo povo, é forçoso o reconhecimento de que não se mostra absoluta e intocável, nesse domínio, a liberdade de conformação do Legislativo e do Executivo. Por certo, se os sobreditos poderes estatais se comportarem de modo irrazoável e desproporcional ou procederem de maneira a neutralizar a eficácia dos direitos sociais prestacionais, afetando negativamente o núcleo consubstanciador da dignidade da pessoa humana (nível vital mínimo), aí, então, justificar-se-á a plena intervenção do Judiciário, viabilizando a todos o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.

Em princípio, o Poder Judiciário não deve intrometer-se em âmbito reservado a outra esfera de poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, no objetivo de controlar as opções legislativas e administrativas de organização e prestação. Mas sua atuação pode ocorrer, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária da incumbência constitucional.

No ângulo versado, é preciso superar a visão arcaica do direito e a conseqüente efetivação dos direitos fundamentais, assegurados no Estado Democrático, ligados necessariamente ao fortalecimento do Poder Judiciário. Assim, mostra-se cada vez mais conveniente a revisão do vetusto dogma da

separação dos poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da disponibilização dos serviços básicos. O Legislativo e o Executivo, no Brasil, mostraram-se impossibilitados de assegurar uma observância racional dos preceitos constitucionais estabelecidos do patrimônio mínimo do cidadão, legítimo destinatário dos direitos prestacionais. Essa impossibilidade é analisada por Celso Antônio B. de Mello<sup>4</sup>:

Para ter-se como liso o ato, não basta que o agente alegue que operou no exercício da discricção, isto é, dentro do campo de alternativas que a lei lhe abria. O juiz poderá, a instâncias da parte e em face da argumentação por ela desenvolvida, verificar, em exame de razoabilidade, se o comportamento administrativamente adotado, inobstante contido dentro das possibilidades em abstrato abertas pela lei, revelou-se, in concreto, respeitoso das circunstâncias do caso e deferente para com a finalidade da norma aplicada. Em consequência desta avaliação, o Judiciário poderá concluir, em despeito de estar em pauta providência tomada com apoio em regra outorgadora de discricção, que, naquele caso específico submetido a seu crivo, à toda evidência a providência tomada era incabível, dadas as circunstâncias presentes e a finalidade que animava a lei invocada.

É necessário ter em mente que um direito social sob “reserva dos cofres cheios” equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica. As garantias sociais consagradas em normas da Constituição dispõem de vinculatividade normativo-constitucional. Portanto, os seus comandos devem servir de parâmetro de controle judicial quando esteja em causa a apreciação da constitucionalidade de medidas legais ou regulamentares restritivas desses direitos. As regras de legislar acopladas à consagração de direitos sociais são autênticas imposições legiferantes, cujo não cumprimento poderá justificar, como já referido, a inconstitucionalidade por omissão. As tarefas constitucionalmente impostas ao Estado para a concretização dos direitos em foco devem traduzir-se na edição de providências concretas e determinadas e não em promessas vagas e abstratas. De mais a mais, o princípio da proporcionalidade, na vertente do interesse preponderante, emerge como ferramenta propícia para abrandar os efeitos da cláusula da “reserva do possível”, conforme se observa no seguinte julgado:

<sup>4</sup>MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 887.

Ação civil pública. Administrativo e constitucional. Direito à saúde. Portadores da doença de Gaucher. Medicamento importado. Tratamento de responsabilidade do Estado. Interrupção. Princípios da reserva do possível e da dignidade da pessoa humana. Conflito. Ponderação de interesses e razoabilidade. Poder Judiciário e controle de legitimidade dos atos administrativos.

– O Hemorio é o hospital de referência no Estado do Rio de Janeiro para os portadores do mal de Gaucher, fornecendo aos pacientes cadastrados o tratamento da doença, cujo único medicamento eficaz – Cerezyme – de custo elevado, é produzido exclusivamente por um fabricante dos EUA e importado pela Secretaria de Estado de Saúde.

II – Não tendo a Administração adquirido o medicamento em tempo hábil a dar continuidade ao tratamento dos pacientes, atuou de forma ilegítima, violando o direito à saúde daqueles pacientes, o que autoriza a ingerência do Poder Judiciário. Inexistência de afronta à independência de poderes.

III – Os atos da Administração Pública que importem em gastos estão sujeitos à reserva do possível, consoante previsão legal orçamentária. Por outro lado, a interrupção do tratamento de saúde aos portadores do mal de Gaucher importa em violação da própria dignidade da pessoa humana. Princípios em conflito cuja solução é dada à luz da ponderação de interesses, permeada pelo princípio da razoabilidade, no sentido de determinar que a Administração mantenha sempre em estoque quantidade do medicamento suficiente para garantir dois meses de tratamento aos que dele necessitem.

IV – Recurso e remessa oficial desprovidos. (TRF – 2ª Região, AC nº 302546, Processo: 199851010289605/RJ, 4ª Turma, DJU de 04/11/2003, Relator: Juiz Valmir Peçanha).

#### **4 O Ministério Público e a proteção de interesses individuais indisponíveis**

Julgando o caso envolvendo o ajuizamento de ação civil pública pelo Ministério Público para obrigar o Estado do Rio Grande do Sul a fornecer o medicamento Riboflavina 100 mg, a uma criança carente, a 2ª Turma do STJ firmou o seguinte entendimento:

A Constituição Federal dispõe que incumbe ao Ministério Público a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, e que tem como funções institucionais promover a ação civil pública, para a proteção de interesses difusos e coletivos (artigos 127 e 129, II). Por outro lado, o artigo 25 da Lei nº 8.625/93 determina que cabe ao Ministério Público promover a ação civil pública para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos. In casu, contudo, mostra-se inafastável a ilegitimidade do Ministério Público Estadual para

propor a ação civil pública, uma vez que não se trata de defesa de interesses coletivos ou difusos, transindividuais e indivisíveis, tampouco de direitos individuais indisponíveis e homogêneos, mas sim de direito individual de menor ao recebimento de medicamentos.

Destacou o Ministro Franciulli Netto, relator do Recurso Especial nº 718393/RS, julgado em 18/08/2005, que o interesse de menor carente devia ser postulado pela Defensoria Pública, a quem foi outorgada a competência funcional para a defesa dos necessitados. Contudo, recentemente, no julgamento do Recurso Especial nº 856194/RS, a mesma 2ª Turma do STJ evoluiu em seu posicionamento, ao decidir:

Administrativo e processual civil. Ação civil pública. Internação compulsória para tratamento médico e atendimento de urgência. Menor gestante. Ameaça de aborto. Risco à vida. Direito à saúde: individual e indisponível. Legitimação extraordinária do Parquet. Art. 127 da CF/88. Precedentes.

1. O tema objeto do presente recurso já foi enfrentado pelas Turmas de Direito Público deste Tribunal. O entendimento esposado é de que o Ministério Público tem legitimidade para defesa dos direitos individuais indisponíveis, mesmo quando a ação vise à tutela de pessoa individualmente considerada (art. 127, CF/88). Precedentes.

2. Nessa esteira de entendimento, na hipótese dos autos, em que a ação visa a garantir o tratamento, em caráter de urgência, à menor gestante, há de ser mantido o acórdão a quo que reconheceu a legitimação do Ministério Público, a fim de garantir a tutela dos direitos individuais indisponíveis à saúde e à vida. Recurso especial improvido” (julgado em 12/09/2006).

A 1ª Turma, por seu turno, assim decidiu:

Processual civil e constitucional. Ação civil pública. Legitimidade ativa do Ministério Público. Fornecimento de medicamento pelo Estado à pessoa idosa hipossuficiente, portadora de doença grave. Obrigatoriedade. Afastamento das delimitações. Proteção a direitos fundamentais. Direito à vida e à saúde. Dever constitucional. Arts. 5º, *caput*, 6º, 196 e 227 da CF/1988. Precedentes desta Corte Superior e do colendo STF.

1. Recurso especial contra acórdão que extinguiu o processo, sem julgamento do mérito, em face da ilegitimidade ativa do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, o qual ajuizou ação civil pública objetivando a proteção de interesses individuais indisponíveis (direito à vida e à saúde de pessoa idosa hipossuficiente), com pedido liminar para fornecimento de medicamentos por parte do Estado.

2. Os arts. 196 e 227 da CF/88 inibem a omissão do ente público (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) em garantir o efetivo

tratamento médico a pessoa necessitada, inclusive com o fornecimento, se necessário, de medicamentos de forma gratuita para o tratamento, cuja medida, no caso dos autos, impõe-se de modo imediato, em face da urgência e conseqüências que possam acarretar a não-realização.

3. Constitui função institucional e nobre do Ministério Público buscar a entrega da prestação jurisdicional para obrigar o Estado a fornecer medicamento essencial à saúde de pessoa carente, especialmente quando sofre de doença grave que se não for tratada poderá causar, prematuramente, a sua morte.

4. O Estado, ao se negar a proteção perseguida nas circunstâncias dos autos, omitindo-se em garantir o direito fundamental à saúde, humilha a cidadania, descumpra o seu dever constitucional e ostenta prática violenta de atentado à dignidade humana e à vida. É totalitário e insensível.

5. Pela peculiaridade do caso e, em face da sua urgência, há que se afastarem delimitações na efetivação da medida sócio-protetiva pleiteada, não padecendo de qualquer ilegalidade a decisão que ordena que a Administração Pública dê continuidade a tratamento médico.

6. Legitimidade ativa do Ministério Público para propor ação civil pública em defesa de direito indisponível, como é o direito à saúde, em benefício de pessoa pobre.

7. Precedentes desta Corte Superior e do colendo STF.

8. Recurso especial provido para, reconhecendo a legitimidade do Ministério Público para a presente ação, determinar o reenvio dos autos ao Tribunal a quo, a fim de que se pronuncie quanto ao mérito” (STJ, Recurso Especial 837591/RS, relator: Ministro José Delgado, 1ª Turma, julgado em 17/08/2006).

Prevalece no STJ, destarte, a tese de que o Ministério Público, conquanto busque tutelar um interesse individual, possui legitimidade para intentar ação civil pública tendente a garantir ao hipossuficiente o fornecimento de medicação, protegendo o direito social à saúde. O art. 127 da Norma Maior atribui ao Parquet a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Expressa o dispositivo constitucional notável avanço histórico, consolidando o Ministério Público como órgão de defesa e garantia dos interesses maiores, na busca da justiça e da paz social, por meio da efetivação da ordem jurídica lícita.

Nessa hipótese de substituição processual (defesa, em juízo, de interesses individuais, mas que têm natureza indisponível), excepciona-se a regra do art. 6º do CPC. Aqui o MP atua no sentido de preservar um interesse pessoal e particular, mas cuja defesa é necessária à preservação da ordem

jurídica justa e equilibrada. Há um interesse privado que se afigura como relevante à manutenção dos princípios de igualdade perante a Constituição Federal de 1988. Portanto, andou bem a Corte Superior de Justiça quando passou a aceitar a legitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público para a promoção de ação civil pública tendente a assegurar aos necessitados a fruição de bens aptos à concretização do direito à saúde e à vida. Ensejou, com isso, uma maior eficácia dos direitos sociais prestacionais, especialmente pelo fato de a Constituição da República não ter excepcionado, em seu art. 127, os interesses individuais não-homogêneos.

Nesse passo, deve ser garantida a utilização dos instrumentos processuais, a exemplo da ação civil pública promovida pelo MP. Busca-se, desse modo, aumentar o leque de opções de remédios jurídicos voltados à proteção das liberdades individuais e coletivas, objetivando coibir abusos e violações aos direitos inerentes à dignidade e existência humana (art. 1º, III, da CF). Negar legitimidade ao Parquet, além de aniquilar o próprio direito constitucional, é negar o direito processual vigente a serviço da pessoa humana, esta sim real destinatária dos benefícios dispostos na Carta Máxima.

## 5 Considerações finais

À vista de todo o exposto, e diante da própria evolução jurisprudencial e doutrinária a respeito da efetividade dos direitos sociais prestacionais, percebe-se a sua íntima correlação com o princípio da dignidade da pessoa humana (mínimo existencial). Assim, deve-se exigir do Estado um comportamento ativo na promoção de políticas públicas destinadas, por exemplo, ao direito à saúde, à educação, à moradia etc. Emerge como imprescindível uma releitura da reserva do possível como fator impeditivo à implementação de condições razoáveis de vivência.

É atribuição do Poder Judiciário a fiscalização da veracidade e equilíbrio das justificativas apresentadas pelo Estado para se eximir de seu dever constitucional. Com base, em essência, na promoção do bem comum e no bem-estar de todos, recai sobre o Ministério Público a prerrogativa de manejar o instrumento da ação civil pública para a proteção e garantia do uso e gozo dos interesses individuais indisponíveis. Esse conceito, sem dúvida nenhuma, situa-se na órbita dos direitos sociais, não importando se homogêneos ou não, mormente diante da inteligência do art. 127 da Lei Maior e da evolução da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em torno da matéria.

É imperioso o afastamento, em nosso ordenamento jurídico, do fascínio exacerbado pelos trâmites legais e burocráticos, a ponto de se “adaptar” a Constituição, verdadeira religião do Estado, às regras inferiores. Em face da supremacia constitucional, os aplicadores do direito não podem continuar a enxergar o novo com os olhos do velho.

## 6 Referências

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 2005.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2005.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.