

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
FACULDADE DE DIREITO

BRUNO VILLANI SOUZA

**A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NA ÁREA DA SAÚDE E SEUS
IMPACTOS NO ORÇAMENTO DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DO PARANÁ**

CURITIBA

2012

BRUNO VILLANI SOUZA

**A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NA ÁREA DA SAÚDE E SEUS
IMPACTOS NO ORÇAMENTO DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DO PARANÁ**

Monografia de conclusão de curso apresentada no Curso de graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Kanayama

Curso de Direito

Direito Constitucional

Curitiba

2012

BRUNO VILLANI SOUZA

A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NA ÁREA DA SAÚDE E SEUS IMPACTOS NO ORÇAMENTO DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DO PARANÁ

Monografia de conclusão de curso aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, no Curso de graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela Comissão formada pelos professores:

ORIENTADOR: _____

Prof. Dr. Rodrigo Kanayama

- Prof. Dr. Egon Moreira Bockmann

- Prof^a. Dr^a. Angela Cassia Costaldello

Curitiba, 25 de novembro de 2012

À minha mãe, Lise, e ao meu pai, Everton, aos quais eu agradeço pela paciência e amor dedicados incondicionalmente. Amo vocês, e serei eternamente grato.

À minha irmã, Marcella, que eu amo muito, e que sempre será um exemplo para mim em sua pureza.

Aos meus familiares, base da minha formação, por me trazerem os melhores valores afetuosos possíveis.

Aos amigos, fonte inesgotável de alegria e companheirismo, sem os quais jamais seguiria em frente.

À minha namorada, Ligia, a qual eu devo agradecer não somente pela revisão deste trabalho, mas, também, por ser o motivo de maior inspiração em minha vida.

Agradeço ao Professor Dr. Rodrigo Kanayama, pelo apoio na elaboração desta monografia.

E por fim, agradeço a Deus, porque é a fonte última de esperança em toda minha vida. Aranauam!

RESUMO

Trata a presente monografia da judicialização das políticas públicas e seus impactos no orçamento dos Municípios paranaenses. Seu escopo é apresentar a incidência das decisões judiciais sobre o Poder Executivo Municipal do Estado do Paraná, tecendo comentários e críticas baseados na pesquisa doutrinária e jurisprudencial. Para tanto, busca-se discorrer primeiramente sobre o direito à saúde. Estabelecidas as premissas constitucionais, bem como expostas as divergências doutrinárias, serão abordadas noções orçamentárias e decisões judiciais relacionadas ao tema proposto.

Palavras-chave: Direito à saúde. Judicialização de políticas públicas. Orçamento Municipal.

ABSTRACT

This study analyzes the judicial control of public policy and its impact on the budget of the cities of Paraná. It aims to present the impact of judicial decisions on the Municipal Executive Branch of the State of Paraná. Therefore, the focus is the right to health. Established the constitutional premises and exposed doctrinal differences, the study also discuss budgetary notions and judicial decisions related to the topic.

Keywords: Right to health. Judicial control of public policy. Municipal budget

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO | 10 |
| 1 DIREITOS FUNDAMENTAIS | 13 |
| 1.1 A EVOLUÇÃO DA CONFORMAÇÃO DE ESTADO | 13 |
| 1.1.1 <i>O Estado de Direito</i> | 13 |
| 1.1.2 <i>O Estado Social de Direito e o Estado Democrático de Direito</i> | 14 |
| 1.2 BREVE HISTÓRICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA INSERÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 | 15 |
| 1.2.1 <i>Os direitos fundamentais sociais</i> | 18 |
| 1.2.2 <i>Os direitos fundamentais sociais na Constituição/88</i> | 20 |
| 1.2.3 <i>A doutrina brasileira da efetividade e a teoria dos princípios</i> | 21 |
| 1.2.4 <i>A reserva do possível e o mínimo existencial</i> | 23 |
| 1.3 TUTELA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NA CF/88 E NA LEGISLAÇÃO VIGENTE | 26 |
| 1.3.1 <i>Direito fundamental à saúde na Constituição/88</i> | 27 |
| 1.3.2 <i>Direito fundamental à saúde na legislação brasileira</i> | 30 |
| 1.3.3 <i>Os meios de efetivação</i> | 31 |
| 2 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA | 33 |
| 2.1 CONCEITO E ESTRUTURAÇÃO DOS ENTES FEDERATIVOS | 33 |
| 2.2 FUNÇÃO ADMINISTRATIVA DO ESTADO | 34 |
| 2.3 A REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS ENTRE OS PODERES EXECUTIVOS NA ÁREA DA SAÚDE | 35 |
| 3. A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO ÂMBITO DA SAÚDE | 38 |
| 3.1 HISTÓRICO NO BRASIL | 39 |
| 3.2 LEGITIMIDADE, CAPACIDADE E INDEPENDÊNCIA DOS TRÊS PODERES | 40 |
| 3.3 A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E A JURISPRUDÊNCIA | 41 |
| 4. DOS IMPACTOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA | 49 |

| | |
|---|-----------|
| 4.1 O ORÇAMENTO PÚBLICO..... | 49 |
| 4.2 O SISTEMA FEDERATIVO E O FENÔMENO DA DESCENTRALIZAÇÃO..... | 52 |
| 4.3 OS IMPACTOS FINANCEIROS DA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NA ÁREA DA SAÚDE..... | 53 |
| 5. OS MUNICÍPIOS PARANAENSES..... | 56 |
| 5.1 ORÇAMENTO PÚBLICO DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DO PARANÁ.. | 56 |
| 5.2 A JURISPRUDÊNCIA E OS IMPACTOS FINANCEIROS DESTAS DECISÕES..... | 57 |
| 5.2.1 O município de Assaí..... | 57 |
| 5.2.2 O município de Campo Mourão..... | 59 |
| 5.2.3 O município de Cruzeiro do Oeste..... | 59 |
| 5.2.4 O município de Cascavel..... | 61 |
| CONCLUSÃO | 63 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 68 |

INTRODUÇÃO

Analisar-se-á, no presente trabalho, a tensão decorrente da judicialização das políticas públicas na área da saúde através das crescentes demandas judiciais que buscam o acesso a medicamentos, produtos para a saúde, tratamentos, cirurgias, internações em leitos de UTI, entre outras medidas, e os impactos na gestão financeira e orçamentária dos Municípios do Estado do Paraná. Embora não se ignore a relevância destes aspectos, não será objeto do presente trabalho questões relacionadas à saúde que ingressam no Judiciário visando à realização de direitos difusos e coletivos, a exemplo de demandas que consideram o impacto de certa atividade ao meio-ambiente ou da falta de saneamento básico a dada comunidade.

É sabido que os direitos básicos relacionados à saúde ainda são negados a uma grande parcela da população, seja por omissão estatal, seja por inércia da iniciativa privada, o que se traduz em índices alarmantes de desrespeito à dignidade da pessoa humana. Tal omissão estatal se traduz no baixo investimento público nesta área, como constata Maria Angélica Borges dos SANTOS:

Os constrangimentos gerados pelo ajuste macroeconômico transformam o Brasil, segundo a Organização Mundial de Saúde, em um dos países com índices mais baixos de investimento público no setor de saúde no continente americano, uma flagrante contradição para um sistema público de caráter universal. O Brasil gastou 8,8% de seu orçamento com saúde em 2001, ao passo que a Argentina investiu 21,3% nesse mesmo ano e apenas quatro países caribenhos dedicaram parcelas menores de seus orçamentos à saúde (Trinidad e Tobago, Santa Lúcia, Belize e Jamaica).¹

Em que pese a autora se referir a dados do ano de 2001, tal constatação se mostra extremamente atual, tendo em vista a posição do Brasil em ranking divulgado pela OMS (Organização Mundial de Saúde) em 2011. Entre os 193 países avaliados, somos o 72º no quesito investimento público em saúde. Investe-se no Brasil US\$ 317 (trezentos e dezessete dólares) por capita ao ano, vinte vezes menos que a Noruega, a título de exemplo, em um direito garantido constitucionalmente.

¹ SANTOS, Maria Angélica Borges dos. *As segmentações da oferta de serviços de saúde no Brasil: arranjos institucionais, credores, pagadores e provedores*. In: Revista Ciência Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v.9, n.3, jul./set. 2004. Disponível em <http://www.scielo.com.br>. Acesso em: 27 de agosto de 2012.

Se o direito à saúde é garantido pela Constituição Federal de 1988 como um direito social, nos termos do que dispõe o art. 6^o, também cumpre salientar que a Carta Magna estabelece, em seu art. 196³, que tal direito será garantido através da elaboração de políticas sociais e econômicas por parte do Estado.

As políticas públicas são formas de o Estado racionalizar seus gastos, e de promover, de acordo com critérios de escolha e necessidade, a quantidade dos recursos que serão direcionados às ações no âmbito da saúde, sejam elas preventivas ou prestacionais. Contudo, tratando-se de direitos sociais, como a saúde, há certa dificuldade na ação positiva do Estado, visto que além da má gestão dos recursos e das políticas públicas há a limitação orçamentária.

Andreas Joachim KRELL afirma que:

as ações afirmativas, notadamente as políticas públicas que se pretenda realizar no que concerne ao direito à saúde, tendem a cingir-se a um círculo de eventos promovidos pelo Poder Público, a campanhas publicitárias na ocorrência de endemias, distribuição reduzida de medicamentos, ausência de implementação da concepção do Sistema Único de Saúde, notadamente nos Municípios, com reformas pontuais nas unidades físicas destinadas à saúde pública, sem ampliação da rede e dos serviços, ou concebidas no âmbito da sociedade civil em ações paliativas, que no contexto de investimentos sociais estão mais afeitos ao marketing estatal e à classe dominante, e menos comprometidos com a mudança do quadro de desigualdades sociais, com formulação de ações consistentes, resultado de processos sociais com participação efetiva da população e não meros eventos episódicos, sem planejamento, sem consistência e alcance social.⁴

A matéria, portanto, apresenta dificuldades, e possibilita amplo espaço para o debate. Diante desta realidade de ineficiência estatal, o Poder Judiciário surge como provedor da justiça distributiva, ao atender demandas judiciais em que se postulam ações positivas do Estado. Tais decisões têm o condão de interferir no orçamento dos entes estatais, desfalecendo com planejamentos pré-estabelecidos e comprometendo substancialmente o orçamento do Estado como um todo.

² Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, 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.

³ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

⁴ KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002, p. 54.

Tal questão enseja o debate sobre o grau de eficácia do direito à saúde no Brasil, ao se verificar os fundamentos das decisões judiciais e a realidade anteriormente exposta. O próprio Judiciário não estabelece critérios uníssomos nestas situações, como expôs Gustavo AMARAL ao trazer os três diferentes argumentos mais utilizados nas decisões judiciais em matéria de saúde:

- a) TJSC: “direito à saúde é incontestável e absoluto, devendo o Estado acatá-lo em qualquer caso, sendo o mesmo defeso ao Judiciário comparar esse direito com as possibilidades do Fisco”;
- b) 9ª Câmara de Direito Público do TJSP: “o direito à saúde limitar-se-ia à necessidade de o Estado desenvolver políticas públicas de saúde, enquanto que o tratamento de doenças dependeria da filiação a um sistema de previdência e à cobertura dada por esse sistema”.
- c) 2ª Câmara de Direito Público do TJSP: “o direito à saúde era ditado por políticas públicas destinadas a gerenciar recursos escassos, sendo juridicamente impossível ao Judiciário imiscuir-se na questão”.⁵

Neste diapasão, de embate entre a macrojustiça e a microjustiça, entre o mínimo existencial e a reserva do possível, entre os próprios Poderes constituídos e a noção de Estado Democrático de Direito, o presente trabalho busca trazer um panorama destas decisões judiciais, mais especificamente o impacto do Judiciário no orçamento e nas políticas públicas dos Municípios do Estado do Paraná.

⁵ AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2001, p. 29.

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1 A EVOLUÇÃO DA CONFORMAÇÃO DO ESTADO

1.1.1 O Estado de Direito

O chamado Estado de Direito tem sua origem a partir do Estado Liberal do século XIX, que prosperou em reação ao Estado Absolutista, e se caracterizou por uma concepção voltada à igualdade e à liberdade, através da abstenção do Estado. Valorizava-se o indivíduo mais que a sociedade, ainda que existisse uma igualdade meramente formal. Com o decorrer dos anos, esta conformação liberal se mostrou ineficaz, o que expôs a necessidade de uma mentalidade voltada à liberdade material, efetiva, que resguardasse e garantisse os direitos da pessoa humana.

Nesse sentido é que surge o Estado de Direito, em que há maior intervenção estatal, contudo sempre limitado à lei, em conformação híbrida entre o Absolutismo e o Estado Liberal. Tal limitação ao que estabelece a lei trouxe consequências importantes, como a ideia de separação dos poderes, e o surgimento da Constituição como expoente da supremacia. Neste contexto, a ideia dos direitos fundamentais se pautava no liberalismo político como forma de firmar os direitos naturais:

Esse era o direito de liberdade num dos dois sentidos principais do termo, ou seja, como autodeterminação, como autonomia, como capacidade de legislar para si mesmo, como antítese de toda forma de poder paterno ou patriarcal, que caracterizara os governos despóticos tradicionais.⁶

A nova conformação do Estado passa a submeter os detentores do poder a princípios como a legalidade e a liberdade e igualdade individuais. Contudo, a consequência mais interessante ao tema proposto neste trabalho é a ideia de controle de cada poder estatal sobre o outro, impondo limites recíprocos às atividades através de um controle político, comumente chamado de *sistema de freios e contrapesos*. Tal percepção foi aperfeiçoada por MONTESQUIEU, em que pesem formulações anteriores neste sentido, visto que atribuiu ao poder de julgar *status* de Poder Fundamental do Estado:

⁶ BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 86.

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou mesmo o Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria o Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor. Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares.⁷

Em tal conjectura, juntamente à ideia de supremacia da Constituição, constatam-se dois elementos fundamentais: a superioridade da lei, a qual deve refletir a vontade geral do povo e garantir os direitos individuais, e o dever do Estado aplicar um Direito pautado por princípios, que estabelecem sua estrutura e forma de atuação. SUNDFELD assim definiu o Estado de Direito:

(...) como o criado e regulado por uma Constituição (isto é, por norma jurídica superior às demais), onde o exercício do poder político seja dividido entre órgãos independentes e harmônicos, que controlem uns aos outros, de modo que a lei produzida por um deles tenha de ser necessariamente observada pelos demais e que os cidadãos, sendo titulares de direitos, possam opô-los ao próprio Estado.⁸

1.1.2 O Estado Social de Direito e o Estado Democrático de Direito

Garantidos juridicamente a liberdade, a igualdade e os direitos individuais, o Estado assume a obrigação de agir. A partir da segunda metade do século XX, por conta deste novo papel, ocorrem mudanças na conformação estatal. Este passou a intervir nas relações econômicas e sociais, o que gerou consequências à coletividade. Neste momento não bastava somente a previsão legal, era necessária a atuação do Estado, e então surge o denominado Estado Social de Direito, atrelado à ideia de superação da opressão econômica e social. Nesse sentido, conforme asseverou H. SCHNEIDER, os direitos fundamentais são *conditio sine qua non* desta conformação de Estado.⁹

⁷ MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. São Paulo: Saraiva, 2000, p.167-168.

⁸ SUNDEL, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4º ed. 7º tiragem. Ed. Malheiros: São Paulo, 2001, p.38/39.

⁹ SCHNEIDER, Hans – Peter. *Peculiaridad y Funcion de los Derechos Fundamentales em El Estado Constitucional Democrático*. In: Revista de Estudios Políticos nº 7 (1979), p. 23.

Tem-se, portanto, um Estado responsável e ativo, e a incorporação dos direitos sociais no corpo normativo. GORDILLO expõe com lucidez as mudanças desta nova forma de Estado:

A diferença básica entre a concepção clássica do liberalismo e a do Estado de Bem-Estar é que, enquanto naquela se trata tão-somente de colocar barreiras ao Estado, esquecendo-se de fixar-lhe também obrigações positivas, aqui, sem deixar de manter as barreiras, se lhes agregam finalidades e tarefas às quais antes não sentia obrigado. A identidade básica entre o Estado de Direito e Estado de Bem-Estar, por sua vez, reside em que o segundo toma e mantém do primeiro o respeito aos direitos individuais e é sobre esta base que constrói seus próprios princípios.¹⁰

Contudo, ainda que se demonstre certa evolução no papel do Estado, tal maturidade estatal ainda se mostrava insuficiente, pois era incapaz de materializar a garantia e a proteção dos direitos individuais. Reivindicou-se a participação popular no processo político do Estado, e assim, ganha importância o princípio da soberania popular. Temos agora o Estado Democrático de Direito, um emaranhado das concepções anteriores, porém dotado de participação e soberania popular. Tal conformação de Estado ampliou o conceito dos direitos sociais, e foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro a partir da Constituição Federal de 1988.

1.2 BREVE HISTÓRICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA INSERÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Ante o exposto anteriormente, de forma preambular ao tópico a seguir, importante se faz transcrever a seguinte lição de Klaus STERN, traduzida por SARLET, segundo o qual: “as ideias de Constituição e direitos fundamentais são, no âmbito do pensamento da segunda metade do século XVIII, manifestações paralelas e unidirecionadas da mesma atmosfera espiritual”. De acordo com o autor, “ambas se compreendem como limites normativos ao poder estatal. Somente a síntese de

¹⁰ GORDILLO, Agustín. *Princípios Gerais de Direito Público*. Trad. Brasileira de Marco Aurelio Greco. Ed. RT: São Paulo, 1977, p. 74.

*ambas outorgou à Constituição a sua definitiva e autêntica dignidade fundamental.*¹¹

No período da Antiguidade Clássica é que se desenvolveram os fundamentos intelectuais para a compreensão do homem como titular de direitos universais, pela sua simples existência e humanidade. Alexandre de MORAES expõe ser necessária a ressalva de se considerarem as limitações dos autores clássicos ao pensamento da época.¹²

No período da Idade Média começaram a surgir postulados básicos do jusnaturalismo, com ideias da existência de direitos que se encontram acima do direito positivo, de modo que este deveria respeitar àqueles.

Nos séculos XVII e XVIII temos o auge da doutrina jusnaturalista com as contribuições de autores como Thomas Hobbes e John Locke. Cabe ainda, frisar o reconhecimento de Kant como marco conclusivo desta fase histórica, como definiu BOBBIO.¹³ Segundo Ingo Wolfgang SARLET, para Kant, a liberdade é o direito natural por excelência, e cabe a todo indivíduo em virtude de sua própria condição humana, limitado apenas na liberdade dos seus iguais. É o pensamento de que o ser humano existe como um fim em si mesmo, e não simplesmente como meio do qual esta ou aquela vontade possa servir-se conforme seu desejo; e daí consta a repulsa ao escravismo, e a constatação da dignidade de todo o homem.¹⁴

Ainda cumpre ressaltar os pressupostos que caracterizam o paradigma do Direito Natural. Celso LAFER postula: *“a codificação terminou por constituir-se em ponte involuntária entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico.”*¹⁵ Contudo, não caberá ao presente trabalho reter-se aos diplomas históricos na positivação dos direitos naturais, mas apenas mencioná-los, nesta oportunidade, para dar aporte histórico ao tema a que presentemente se dedica.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2.ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 61

¹² MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais – teoria geral*. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 36.

¹³ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.73.

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2.ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 43.

¹⁵ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 7. Reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 38-39.

Por fim, diante da breve exposição, frisa-se importante lição de GUSTAVO AMARAL, ao sintetizar a evolução dos direitos fundamentais:

*Nessa evolução histórica, surgem inicialmente os reclamos de uns poucos direitos decorrentes de um “estado de natureza”, o direito à vida e à sobrevivência, que incluem o direito à propriedade e a liberdade compreendendo ‘algumas liberdades especialmente negativas’. Posteriormente, surgem os reclamos de participação política (...). Os direitos políticos caracterizam-se também como liberdades, não mais para ser importunado, mas para agir, participar. Tem-se, então, direitos que correspondem a deveres estatais de abstenção e tolerância. Não havia, até então, sistematicamente, deveres de não fazer. Esses direitos surgem posteriormente, no início deste século, seguidos pelo reconhecimento de direitos não mais apenas ao indivíduo *uti singulis*, mas também a família, minorias, e a ‘especificação’ do homem, não mais visto apenas como um homem genérico e sim em suas especificidades.¹⁶*

A Constituição Federal de 1988 elevou a vida, a integridade física e a saúde propriamente dita à condição de direitos fundamentais. São bens indisponíveis, imprescritíveis, e insuscetíveis de alienação. Portanto, ninguém poderá deles dispor, com raras exceções. Diante deste quadro, temos uma busca por maior efetivação do cumprimento da prestação positiva do Estado.

Pela primeira vez temos os direitos fundamentais tratados com a merecida relevância pelo legislador brasileiro. Para SARLET, três características consensualmente atribuídas a esta Constituição Federal podem ser consideradas como extensivas ao título de direitos fundamentais: seu título analítico, seu pluralismo e seu forte cunho programático e dirigente. Analítico no sentido de seu grande número de dispositivos legais, com a intenção de salvaguardar uma série de reivindicações e evitar a supressão de direitos pelos poderes constituídos. O pluralismo se refere ao seu caráter compromissário, acolhendo demandas nem sempre harmoniosas entre si, reconhecendo vários direitos sociais, liberdades, direitos políticos, religiosos etc. E quanto ao seu cunho programático e dirigente, tem-se um substancial emaranhado de disposições constitucionais dependentes de regulamentação legislativa, estabelecendo programas, fins, diretrizes, imposições, que devem ser assegurados pelo Poder Público.

A Constituição Federal de 1988 outorgou proteção aos direitos fundamentais, incluindo-os no rol de cláusulas pétreas, conforme art. 60, §4º, IV, que positiva não

¹⁶ AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2001, p.52.

serão deliberáveis em propostas tendentes à abolição os direitos e garantias fundamentais.

Tal disposição constitucional demonstra a importância dos direitos fundamentais, com consequências principiológicas como a vedação ao retrocesso social. Em que pese posição contrária de Gilmar MENDES quanto ao exposto anteriormente, importante ressaltar que o autor não deixa de reconhecer os direitos sociais, segundo os quais seriam espécies dos direitos fundamentais, como cláusulas pétreas, e portanto, fundamento basilar do Estado, ao afirmar que:

(...) os direitos sociais não podem deixar de ser considerados cláusulas pétreas. No Título I da Constituição (Dos Princípios Fundamentais) fala-se na dignidade da pessoa humana como fundamento da República e essa dignidade deve ser compreendida no contexto também das outras normas do mesmo Título em que se fala no valor social do trabalho, em sociedade justa e solidária, em erradicação da pobreza e marginalização e em redução das desigualdades sociais. Tudo isso indica que os direitos fundamentais sociais participam da essência da concepção de Estado acolhida pela Lei Maior.¹⁷

1.2.1 Os Direitos Fundamentais sociais

O surgimento dos direitos fundamentais sociais sofreu influência do momento histórico da época. A construção e consolidação destes direitos nunca foi pacífica. Com o surgimento do Estado Moderno é que nascem os direitos fundamentais como são conhecidos atualmente. No final do século XVIII e início do século XIX surgiram várias Constituições que continham os direitos fundamentais de forma destacada. Para Manoel Gonçalves Ferreira FILHO, a afirmação documental dos direitos fundamentais se deu através da Constituição Francesa de 1848.¹⁸ Contudo, mister se faz o reconhecimento de que novos direitos fundamentais foram reconhecidos efetivamente com o término da Primeira Guerra Mundial. A Constituição de Weimar (1919) foi fundamental nesse sentido, pois trouxe uma noção de contraprestação. O serviço escolar era uma contraprestação do direito à educação; o serviço médico/hospitalar quanto ao direito à saúde, etc. No entanto, a consagração efetiva

¹⁷ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 67.

¹⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 13. ed. São Paulo: Saraiva. 2011, p. 45.

dos direitos fundamentais sociais se dá com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948.

Nos termos do que se demonstrou anteriormente, os direitos fundamentais acabam por ser um elo entre o direito natural e o direito positivo, visto que o ordenamento jurídico deve conter os direitos naturais básicos do ser humano. Há de existir uma ordem jurídica justa, com total harmonia entre o direito positivo e o natural.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, reconheceu como núcleo básico dos direitos fundamentais da pessoa humana o direito à vida, entre outros como a liberdade, a justiça e a educação. Esse núcleo básico e comumente chamado de *normas primárias* faz parte do ordenamento jurídico positivo, e cabe ao Estado reconhecê-lo. As demais normas, consideradas *secundárias*, e que constituem a maioria, dão ao Estado uma flexibilização maior, pois são de livre fixação por parte deste, sempre observando o respeito ao princípio democrático de participação na elaboração das normas por parte da população. Assim, a legitimidade do Direito Positivo se baseia em dois sentidos: na conformação com o direito natural, no tocante às normas primárias (jusnaturalismo) e no respeito à vontade da maioria, no que concerne às normas secundárias.

Para Alexandre de MORAES os direitos sociais:

*São direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.*¹⁹

Os direitos sociais, ainda que atendam necessidades individuais do ser humano, possuem expressivo caráter social, visto que não atendidas as necessidades de cada cidadão, teremos efeitos que recaem sobre toda a sociedade. Neste sentido, importante transcrever lição de Celso Barroso LEITE:

A proteção social se preocupa sobretudo com os problemas individuais de natureza social, assim entendidos aqueles que, não solucionados, têm reflexos diretos sobre os demais indivíduos e, em última análise sobre a sociedade. A sociedade então, por intermédio de seu agente natural, o

¹⁹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2002, p.202.

*Estado, se antecipa a esses problemas, adotando para resolvê-los principalmente medidas de proteção social.*²⁰

Inserida nesta problemática, e de acordo com os anseios sociais crescentes, a Constituição brasileira procurou trazer para si o tema, reconhecendo os direitos sociais no Capítulo II do Título II, destinado aos direitos e garantias fundamentais.

1.2.2 Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 88

Para Ingo SARLET, “os direitos à vida, liberdade e igualdade correspondem diretamente às exigências mais elementares de dignidade da pessoa humana”.²¹ Esta tríade se coloca como núcleo do princípio da dignidade humana, princípio este basilar como fundamento do Estado Constitucional.

O Poder Constituinte de 1988 reconheceu, sob a roupagem de direitos sociais, um arcabouço não homogêneo e abrangente de direitos fundamentais. Como consequência, conforme constatado por boa parte da doutrina, os direitos sociais abrangem tanto direitos prestacionais (positivos) quanto direitos defensivos (negativos), ainda que não seja estanque essa diferenciação. Neste sentido, a partir do momento em que do texto da Constituição se extrai uma norma, a qual reconhece um direito como fundamental, há necessariamente a atribuição de uma determinada posição jurídico-subjetiva a uma pessoa individualmente considerada ou a uma coletividade, em que se poderá ter como objeto uma determinada prestação do Estado.

De acordo com o crivo humanista de Flávia PIOVESAN, somente com a promulgação da Constituição de 1988 é que se fez “*um sistema constitucional consentâneo com a pauta valorativa afeita à proteção ao ser humano, em suas mais vastas dimensões, em tom nitidamente principiológico, a partir do reconhecimento de sua dignidade intrínseca.*”²²

²⁰ LEITE, Celso Barros. *A proteção social no Brasil*. São Paulo: LTr, 1972, p. 21.

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 90.

²² PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanzola. *A força normativa dos princípios constitucionais: a dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 358.

O artigo 6º da Constituição elenca como direitos sociais o direito à educação, saúde, moradia, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à infância e maternidade, bem como a assistência aos desamparados. Ademais, conforme estabelece o artigo 5º, parágrafo 1º, desta mesma Carta Magna, os direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata. Assim, se o Estado se omitir na implementação dos direitos sociais fundamentais, poderá ser condenado a fazê-lo através de decisões judiciais, ao que se denomina “judicialização das políticas públicas”.

1.2.3 A doutrina brasileira da efetividade e a teoria dos princípios

Uma das principais conquistas do constitucionalismo contemporâneo foi o reconhecimento de força normativa às normas constitucionais. Em nosso país teve força, neste sentido, um movimento de importantes juristas com o intuito de considerar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, em sua extensão máxima, conforme se confere na obra de Luís Roberto BARROSO:

as normas constitucionais, como as normas jurídicas em geral, são dotadas do atributo da imperatividade. Não é próprio de uma norma jurídica sugerir, recomendar, alvitrar. Normas constitucionais, portanto, contêm comandos. Descumpre-se a imperatividade de uma norma tanto por ação quanto por omissão. Ocorrida a violação, o sistema constitucional e infraconstitucional devem prover meios para a tutela do direito ou bem jurídico afetados e restauração da ordem jurídica. Estes meio são a ação e a jurisdição: ocorrendo uma lesão, o titular do direito ou alguém com legitimação ativa para protegê-lo pode ir a juízo postular reparação. Existem mecanismos de tutela individual e de tutela coletiva de direitos.²³

Portanto, sempre que a Constituição criar e reconhecer direitos subjetivos - sejam eles políticos, individuais, sociais ou difusos -, há de se reconhecer também que são eles, comumente, exigíveis do Poder Público, por via das ações existentes no ordenamento jurídico. Destarte, o Poder Judiciário possui papel decisivo na concretização dos direitos constitucionalmente reconhecidos.

²³ BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Tema desenvolvido por solicitação da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, p.8. Disponível em: www.pjf.mg.gov.br; Acesso em: 12/05/2012.

Cumpramos ressaltar que neste cenário de reconhecimento constitucional de direitos surge a problemática da colisão entre normas que abrigam princípios e direitos fundamentais, ensejando o uso de técnicas de ponderação visando à máxima efetividade dos direitos. Neste sentido, mister se faz trazer algumas lições da chamada *teoria dos princípios*.

Tal teoria, de viés ligado aos direitos fundamentais, se desenvolveu a partir de Ronald DWORKIN, e foi trazida ao Brasil no final da década de 80 e durante os anos 90 do último século. Robert ALEXY prosseguiu os estudos, atribuindo normatividade aos princípios e discorrendo sobre a distinção entre estes e as regras. Luís Roberto BARROSO afirma que é quanto ao modo de aplicação que se dá a principal distinção entre regra e princípio. Segundo BARROSO, influenciado pelas ideias de DWORKIN: *“Regras se aplicam na modalidade “tudo ou nada”: ocorrendo o fato descrito em seu relato ela deverá incidir, produzindo o efeito previsto”*. Complementa tal pensamento Robert ALEXY ao afirmar que:

As regras são normas que só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então deve-se fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Portanto, as regras contêm determinações no âmbito do que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. Toda norma é ou bem uma regra ou um princípio.²⁴

Quanto aos princípios, diz-se que estes albergam um valor, um fim, um direito fundamental. Ocorre que nossa Constituição traz em si diversos valores, variados princípios que podem eventualmente, ou comumente, colidir entre si. Luís Roberto BARROSO afirma que estas tensões podem ser de três tipos: *a) colisão entre princípios constitucionais; b) colisão entre direitos fundamentais, e; c) colisão entre direitos fundamentais e princípios constitucionais.*²⁵

No presente trabalho temos situações que expressam a existência destas tensões anteriormente expostas. É o caso, por exemplo, da necessidade de determinado tratamento urgente para duas pessoas: teríamos o direito à vida de cada uma em tensão. Ou ainda, a tensão que se fará mais corriqueira neste estudo,

²⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 87.

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Tema desenvolvido por solicitação da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: www.pjf.mg.gov.br; Acesso em: 12/05/2012, p. 12.

a do direito à saúde, à vida, em contraposição à separação de poderes, através da interferência do Poder Judiciário, determinando alterações nas políticas públicas, em demandas por tratamentos ou medicamentos.

Frise-se que tais normas em colisão não podem ser aplicadas na modalidade do *tudo ou nada*, visto que têm a mesma hierarquia. Neste sentido é fundamental a atuação judicial no sentido de sopesar valores, ao atribuir que os direitos poderão ser exercidos dentro das possibilidades fáticas, obedecendo a determinados critérios, como os conceitos de mínimo existencial e reserva do possível.

1.2.4 A reserva do possível e o mínimo existencial

Os direitos a prestações positivas são de grande relevância em nossas normas constitucionais conforme destacamos em linhas anteriores. Embora positivados, em algumas situações são difíceis de serem atendidos, o que permite a conclusão de que a letra legal não foi suficiente para a efetivação destes direitos no sentido de atender o princípio da dignidade da pessoa humana.

Esta constatação se dá principalmente no tocante aos direitos fundamentais que dependem de prestações positivas, ou seja, direitos que inevitavelmente ensejarão gastos financeiros por parte de um Estado dotado de recursos públicos escassos. E, assim, temos uma situação de conflito entre a necessidade de atuação estatal para a garantia dos direitos fundamentais e a impossibilidade financeira de atender na totalidade estas demandas.

Autores como CANOTILHO vêem essa limitação de recursos públicos como um óbice fático para a efetivação dos direitos sociais prestacionais. Segundo o autor, a efetivação destes direitos só é possível dentro do que permite uma “*reserva do possível*”, em que se condiciona a efetividade de tais direitos à existência de recursos econômicos.²⁶

²⁶ CANOTILHO, Joaquim José Gomes e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 131.

Ainda de acordo com esta doutrina, é preciso se considerar que além da previsão legal para a prestação de um direito deve-se atentar para os recursos materiais disponíveis para o atendimento destes. Fundamentam que os juízes não teriam capacidade cognitiva para garantir a efetivação destes direitos sociais, tratando-se de questões orçamentárias e de políticas públicas.

Esta teoria surgiu a partir da jurisprudência constitucional alemã, na qual a formação dos direitos às prestações do Poder Público está vinculada à disponibilidade dos recursos. E a decisão sobre como dispor estes recursos seria discricionária, governamental e parlamentar, através da elaboração dos orçamentos públicos.²⁷

Segundo Ana Paula de BARCELLOS, “a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas”.²⁸ Esta teoria claramente postula que há limites de possibilidades materiais aos direitos sociais prestacionais, independente de eles estarem legalmente previstos ou não. Assim, de nada adiantaria a previsão constitucional se não existirem recursos disponíveis para custeio destas prestações. E é justamente nas situações em que o Estado não contempla estes direitos que os cidadãos buscam em vias judiciais a efetivação.

A doutrina não é convergente neste tema da reserva do possível. Segundo uma primeira concepção, todos os direitos classificados constitucionalmente como fundamentais são passíveis de tutela imediata. Por outra concepção, considera-se que apenas os direitos negativos seriam passíveis desta tutela, já que os direitos positivos prestacionais, por exigirem recursos, estariam sujeitos à reserva do possível. E por fim, uma terceira posição defende que se considere o chamado “mínimo existencial”. Este conceito vincula a existência de um núcleo de direitos positivos, imediatamente tutelável, e não vinculado à ideia de reserva do possível.

A ideia do mínimo existencial merece mais algumas referências. Gustavo AMARAL afirma que na aplicação do caso concreto os juízes e tribunais, quando em

²⁷ KRELL, Andréas Joachin. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (dês) caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002, p. 70.

²⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 236.

análise da efetividade e eficácia das normas, devem fundamentar suas decisões considerando como os custos afetarão a intensidade dos direitos. Devem-se considerar aspectos éticos e políticos, no sentido de o judiciário permitir a evolução social e econômica de uma gama maior de pessoas.²⁹

Ana Paula de BARCELLOS, por sua vez, afirma que o Judiciário deve determinar o fornecimento do “mínimo existencial” independentemente de outras variáveis, sejam elas orçamentárias ou não.³⁰

Nesta contraposição entre mínimo existencial e reserva do possível, cumpre ressaltar que muitos autores delimitam um núcleo essencial, no sentido de identificar um núcleo mínimo de efeitos pretendidos, e no qual estaria a garantia de eficácia plena, imediata e de cumprimento coativo por parte do Estado, ao passo que outros rejeitam a hipótese.

Gustavo AMARAL não coaduna desta ideia de se diferenciar um núcleo essencial de direitos, porque segundo o autor esta terminologia de “mínimo existencial” induz a uma aplicação binária: *exigível versus inexigível*, com dificuldades de se estabelecer limites.³¹

Tratando do tema da delimitação deste núcleo existencial, CANOTILHO afirma que todos têm direito a um “núcleo básico de direitos sociais”. O autor elenca como verdadeiros direitos sociais o “rendimento mínimo garantido”, “as prestações de assistência social básica”, entre outros que constituiriam o núcleo mínimo de existência indispensável à efetivação dos direitos. Cita-se também TORRES, para quem o núcleo existencial estaria presente nos direitos à alimentação, à saúde e à educação.³²

Por fim, Ana Paula de BARCELLOS, afirma que o mínimo existencial, segundo o qual será possível exigir do Poder Judiciário, é composto por quatro

²⁹ AMARAL, Gustavo. *Escassez & Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.67.

³⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 274.

³¹ AMARAL, Gustavo. *Escassez & Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 69.

³² TORRES, Ricardo Lobo. *Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 133.

elementos: educação fundamental, saúde básica, assistência aos desamparados e acesso à justiça.³³

Diante das variadas posições doutrinárias a respeito da efetividade, aplicação e exigibilidade dos direitos sociais prestacionais vê-se que a definição do conteúdo mínimo dos direitos passíveis de serem exigidos judicialmente não é tarefa fácil, mesmo que se estabeleçam alguns critérios. Neste trabalho, vamos nos ater ao direito à saúde, e, em última instância, ao direito à vida.

1.3 TUTELA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NA CF/88 E NA LEGISLAÇÃO VIGENTE

Como demonstrado anteriormente nos capítulos referentes às mudanças da conformação estatal, os direitos fundamentais passaram por significativas transformações ao longo dos séculos. Tivemos as chamadas gerações de direitos fundamentais, também chamadas de dimensões por boa parte da doutrina. Utilizaremos a nomenclatura “dimensões”, empregada por autores como Ingo SARLET e Paulo BONAVIDES.

Os direitos fundamentais foram percorrendo caminhos históricos com quatro dimensões: individual (primeira dimensão), social (segunda dimensão), solidariedade (terceira dimensão) e democrática (quarta dimensão). De acordo com esta teoria dimensionista não há, contudo, hierarquização entre as dimensões dos direitos fundamentais.

No tocante ao direito à saúde, interessante a abordagem de Ricardo A. Dias da SILVA, que expõe:

Num momento inicial, em primeira dimensão, a saúde apresenta característica nitidamente individual, cumprindo a atuação estatal a finalidade de proteção da vida do cidadão, por ação ou omissão, respondendo civilmente pela violação desse direito. Relativo à segunda dimensão, percebe-se que a saúde adquire uma roupagem social, buscando assim o Estado igualdade na prestação de serviços de saúde

³³ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 236.

pública, construindo hospitais, fornecendo medicamentos, notadamente pelo Sistema Único de Saúde, para os mais necessitados.

Já em terceira dimensão, o direito à saúde atravessa as fronteiras nacionais, impulsionado pelo princípio da solidariedade, o qual os Estados mais ricos devem ajudar os mais pobres e assim melhorar a qualidade de vida de grande parcela da população mundial necessitada, percebendo-se, por exemplo, ainda nessa dimensão, quebras de patentes (...).

Poder-se-ia atribuir ainda uma quarta dimensão ao Direito Fundamental à saúde, relacionando-o à democracia, preconizando a efetiva participação, além do Estado, de toda a sociedade civil na gestão do Sistema Único de Saúde, conforme estabelece a Lei Maior em seu art. 198, inc. III.³⁴

Inserido o direito à saúde dentro destas características, há de se considerá-lo não tão somente quanto ao indivíduo, pois o direito à saúde é antes de tudo um direito relacionado aos valores da sociedade, um valor jurídico e um bem tutelado pelo Estado.

1.3.1 *Direito fundamental à saúde na Constituição Federal*

Anteriormente à Constituição, significativa parcela da população brasileira, que não integrava o mercado de trabalho formal, era excluída do direito à saúde. Com a redemocratização, renovou-se o debate a respeito da universalização dos serviços públicos de saúde. Tal debate teve seu auge na Assembleia Constituinte, na qual se criou o Sistema Único de Saúde (SUS).

A Constituição estabelece em seu artigo 196 que a saúde é um direito de todos, bem como um dever do Estado. Também institui o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.³⁵ Assim, após a promulgação da Constituição todos os brasileiros passaram a ser titulares do direito à saúde.

³⁴ SILVA, Ricardo Augusto Dias da. *Direito Fundamental à saúde: o dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 47.

³⁵ Art. 196. *A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.*

No que tange ao pacto federativo, a Constituição atribui competência concorrente aos entes para legislar sobre proteção e defesa da saúde, conforme artigo 24, XII, e 30, II.³⁶

Cabe à União estabelecer as normas gerais, conforme art. 24, § 1º da Constituição.³⁷ Aos Estados, cumpre suplementar a legislação federal, de acordo com o mesmo artigo, parágrafo 2º. E aos Municípios, cumpre legislar sobre os assuntos de interesse local, podendo eventualmente suplementar a legislação federal e estadual, quando necessário (artigo 30, I e II).

E no que tange ao aspecto administrativo, enfoque maior do nosso trabalho, a Constituição atribui competência comum à União, aos Estados e Municípios. Assim, os três entes federativos podem formular e executar suas políticas de saúde.

No âmbito federal, a direção do SUS fica a cargo do Ministério da Saúde; nos Estados e no Distrito Federal, das Secretarias de Saúde ou equivalentes; e na esfera municipal, da Secretaria de Saúde local, nos termos da lei nº 8080/90, art. 9º.

Quanto ao conceito de saúde, a Organização Mundial da Saúde define como *“o completo bem estar físico, mental e social e não somente a ausência de doenças ou agravos”*. Frise-se ainda que tal conceito reconhece a saúde como um direito fundamental de todo ser humano, independente de sua condição social ou econômica. Contudo tal definição sofreu algumas críticas, tendo em vista as limitações de verbas públicas para a efetivação de um completo *“bem estar físico, mental e social”*.

Tendo em vista o conceito de saúde podemos afirmar se tratar de um direito social, o direito à saúde. Tanto o é que temos este direito exaustivamente tratado em diversos artigos de nossa Constituição, como os artigos 5º, 6º, 7º, 21, 22, 23, 24, 30, 127, 129, 133, 134, 170, 182, 184, 194, 195, entre outros.

Na doutrina moderna, tem-se considerado o direito à saúde interligado com vários outros direitos, como por exemplo: o direito ao meio ambiente saudável, o

³⁶ De acordo com o primeiro dispositivo, “Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) XII - previdência social, proteção e defesa da saúde”. Já o outro prevê: Art. 30. Compete aos Municípios:

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

³⁷ Art. 24 – (...) § 1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

direito à saneamento, etc. Contudo, neste trabalho, serão considerados apenas os direitos à saúde relacionados a tratamentos, internações, instalações de saúde, bem como ao fornecimento de medicamentos. Não serão objeto de análise jurisprudencial e conceitual as questões referentes a outras demandas relacionadas à saúde.

Refeita esta ressalva, retomamos o enquadramento do direito à saúde. Este, como já citado anteriormente, é considerado um direito social, e, portanto, passível de demandar prestações positivas por parte do Estado em sua máxima otimização possível. Como bem ensina Ingo SARLET:

Por mais que os poderes públicos, como destinatários precípuos de um direito à saúde, venham a opor - além da já clássica alegação de que o direito à saúde (a exemplo dos direitos sociais prestacionais em geral) foi positivado como norma de eficácia limitada - os habituais argumentos da ausência de recursos e da incompetência dos órgãos judiciários para decidirem sobre a alocação e destinação de recursos públicos, não nos parece que esta solução possa prevalecer, ainda mais nas hipóteses em que está em jogo a preservação do bem maior da vida humana.³⁸

Ante o exposto, não se pode deixar de reconhecer o direito à saúde como norma de eficácia plena, de aplicação imediata, passível de ser exigida do Estado, quando este se mostrar ineficaz ou insuficiente. Tais demandas se fundamentam em nome do direito à vida. É neste sentido, inclusive, a posição de julgados colacionados do Tribunal de Justiça do Paraná³⁹, do Superior Tribunal de Justiça⁴⁰ e do Supremo Tribunal Federal.⁴¹

³⁸ SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3º ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003, p. 314.

³⁹ AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO ORDINÁRIA PRETENDENDO O FORNECIMENTO DO MEDICAMENTO SPIRIVA RESPIMAT (BROMETO DE TIOTRÓPIO) A PESSOA HIPOSSUFICIENTE, PORTADORA DE DOENÇA PULMONAR OBSTRUTIVA CRÔNICA (DPOC) - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EM PRIMEIRO GRAU - RECURSO QUE PRETENDE A REFORMA DA DECISÃO DIANTE DA ALEGADA AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES - PRESENÇA DA VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES A JUSTIFICAR A MANUTENÇÃO DA CONCESSÃO DA LIMINAR - URGÊNCIA COMPROVADA E PERIGO DE DANO EVIDENCIADO - MEDICAMENTO NÃO CONSTANTE NOS PROTOCOLOS CLÍNICOS PARA O TRATAMENTO DA DOENÇA - IRRELEVÂNCIA - DIREITOS À SAÚDE E À VIDA PROTEGIDOS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ELEVADOS À CATEGORIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS - DEVER DO ESTADO EM PROVÊ-LOS CONFORME PRECEITUA A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ART. 6º E 196) - PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA QUE DEVE PREVALECER ACIMA DE QUALQUER REGRA BUROCRÁTICA DE FORNECIMENTO - PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS - DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E NEGADO PROVIMENTO. (Grifo nosso). (TJPR - 4ª C. Cível - AI 886737-6 - Altônia - Rel.: Astrid Maranhão de Carvalho Ruthes - Unânime - J. 22.05.2012).

⁴⁰ RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO. PACIENTE COM HEPATITE "C". DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. PRECEDENTE DA CORTE. A teor do art. 196/CF: "A saúde é direito de todos e dever do Estado,

Assim, através desta nova conformação constitucional, tem-se que a qualquer interessado é permitido pleitear, em ação cabível perante os Tribunais, o acesso imediato e concreto ao direito fundamental à saúde.

1.3.2 *Direito fundamental à saúde na legislação brasileira*

Com a promulgação da Constituição várias iniciativas foram criadas visando melhorias no âmbito da saúde. Tivemos a Lei nº 8.142/90, que garante a participação dos usuários do sistema na gestão dos serviços, bem como estabelece parâmetros para as transferências entre as diversas esferas de governo, e a Portaria nº 3.916, que criou a Política Nacional de Medicamentos, entre tantas outras.

Contudo, a mais relevante, e que surgiu logo após a entrada em vigor da Constituição Federal, foi a Lei Orgânica da Saúde (Lei 8.080/90), que estabelece a estrutura e o *modus operandi* do SUS. Segundo Luís Roberto BARROSO, “o SUS é concebido como o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta”.⁴² Entre as atribuições do SUS está o que estabelece o art. 6º, VI desta lei: “*formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção*”.

garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. Comprovado, através de relatório médico acostado aos autos, que a impetrante já fora submetida a outro tratamento convencional, sem êxito, não há como se negar o acesso a outro medicamento recomendado pelo especialista que a acompanha. Recurso ordinário conhecido e provido”.

(STJ, RMS 17449/MG, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, Segunda Turma, julgado em 06.12.2005, DJ 13.02.2006, p. 719).

⁴¹ SAÚDE – PROMOÇÃO – MEDICAMENTOS. O preceito do artigo 196 da Constituição Federal assegura aos necessitados o fornecimento, pelo Estado, dos medicamentos indispensáveis ao restabelecimento da saúde.

(ARE 650359 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 07/02/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-051 DIVULG 09-03-2012 PUBLIC 12-03-2012).

⁴² BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*, p. 15. Tema desenvolvido por solicitação da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: www.pjf.mg.gov.br; Acesso em: 12/05/2012.

Destaca-se, ainda, que esta lei, além de propor as bases estruturais nas quais o SUS deve se organizar, também estabelece os princípios nos quais a sua atuação deve se pautar, entre os quais o da universalidade (acesso à saúde para todos os cidadãos) e o da subsidiariedade entre os entes da federação (que implica em atribuir a responsabilidade prioritária ao Município na execução das políticas da saúde, sem imiscuir da responsabilidade os Estados e a União).

Vê-se, portanto, que a ideia do direito à saúde como um direito de todos, através do acesso universal e igualitário, também se faz presente na legislação infraconstitucional.

1.3.3 Os meios de efetivação

O atendimento ao direito à saúde, conforme já demonstrado, é um dever do Estado estabelecido constitucionalmente. Esta fundamentação do direito à saúde como direito social e fundamental é pacífica. A grande preocupação se dá quanto à efetivação deste direito fundamental, consagrado pela Lei Maior.

Em atendimento ao princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito, não é permitido ao Estado omitir-se em de seu dever de prestar ações positivas na área da saúde, de modo eficaz e eficiente para todos os cidadãos. Neste sentido, é forçoso ao Estado promover políticas públicas de cobertura e de atendimento na área da saúde, de forma a atender os princípios da integralidade, da universalidade e da igualdade. Contudo, a alocação de recursos necessários para manter e gerir o sistema de saúde, com vistas a atender na plenitude toda a população, é um desafio.

A responsabilidade pelo financiamento do SUS é das três esferas de governo. A Lei Orgânica da Saúde, por sua vez, prevê as fontes de financiamento, os percentuais a serem gastos na saúde, assim como a divisão e repasse dos recursos financeiros entre os governos.

Uma das grandes mudanças foi a Emenda nº 29, sancionada pela Presidenta Dilma Rousseff, ao fim de 2011. Esta emenda fixou percentuais a serem aplicados

pelos entes federativos na área da saúde, o que reveste este direito de características de política pública, juntamente com a educação. Buscou-se com tal emenda a estabilidade no financiamento da saúde, com vistas a evitar desvios de recursos originariamente destinados à saúde. Em que pese existam significativas melhorias no sistema de saúde, é visível que tal sistema ainda não cumpre o que promete.

A Constituição impõe ao Estado diversas obrigações. A falta de previsão constitucional não é um problema no que toca aos direitos fundamentais. Todavia, a implementação destes direitos, mais especificamente o direito à saúde, é o grande desafio dos governantes. Nesse sentido, Ingo SARLET afirma:

Talvez a primeira dificuldade que se revela aos que enfrentam o problema seja o fato de que a nossa Constituição não define em que consiste o objeto do direito à saúde, limitando-se, no que diz com este ponto, a uma referência genérica. Em suma o direito constitucional positivo não se infere, ao menos não expressamente, se o direito à saúde como direito a prestações abrange todo e qualquer tipo de prestação relacionada à saúde humana (desde atendimento médico até fornecimento de óculos, aparelhos dentários, etc.) ou, se este direito a saúde encontra-se limitado às prestações básicas e vitais em termos de saúde, isto em que pese os termos do que dispõe os artigos 196 a 200 da nossa Constituição.⁴³

Atualmente, doenças complexas e de difícil tratamento como o câncer, que exigem medicamentos de pesquisas de última geração, bem como transplantes e próteses, trazem ao sistema público demandas custosas, que interferem substancialmente em seus orçamentos. São medicamentos, tratamentos, de difícil custeio por parte dos cidadãos, e muitos dos que têm planos de saúde não conseguem nestes a cobertura de tais necessidades.

Nesta conjuntura é que surgem as demandas judiciais, nas quais muitas vezes o Poder Judiciário compele o Poder Executivo a cumprir seu dever constitucional. Como consequência tem-se a oneração do SUS e dos cofres públicos, trazendo-lhes prejuízos, do que decorre matéria de ampla discussão doutrinária e jurisprudencial.

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 12.

2. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.1 CONCEITO E ESTRUTURAÇÃO DOS ENTES FEDERATIVOS

No conceito de Oswaldo Aranha Bandeira de MELLO: *“administrar significa não só prestar serviço, executá-lo, como outrossim, dirigir, governar, exercer a vontade com o objetivo de obter um resultado útil (...). Até no seu sentido vulgar, administrar quer dizer: traçar um programa de ação e executá-lo.”* O mesmo autor prossegue: *“a administração deve hoje corresponder ao que no século XVIII se denominava governo. É o gênero das espécies de ações fundamentais do Estado-poder. Hoje, portanto, a Administração Pública encontra-se inserida no Poder Executivo do Estado.”*⁴⁴

A Constituição se ocupa da normatização da Administração Pública, no seu capítulo VII, do Título III, “DA ORGANIZAÇÃO DO ESTADO”. A Carta Magna, portanto, traça as diretrizes do modelo a ser aplicado na Administração, estabelecendo as competências entre os entes da Federação e órgãos dos Estados, bem como princípios em que esta Administração deve se pautar.

Quanto à estrutura da Administração Pública no nosso país, pode ser ela dividida através de dois critérios: vertical e horizontal. A estruturação vertical se configura com a Administração Federal, Estadual, do Distrito Federal e dos Municípios. Já a horizontal pode se dividir em direta e indireta. Contudo, no presente trabalho, será considerada apenas a estruturação vertical.

O Estado Social, formalizado como Estado Democrático de Direito na Constituição de 1988, ocasionou um crescimento desenfreado do Estado, do que decorreu a hipertrofia desta estrutura, bem como a crise do modelo social do Estado sob duas dimensões: a crise fiscal, com o endividamento dos cofres públicos, e a hiperjuridicização da vida social. Com isto abriu-se brecha para o retorno dos velhos ideais liberais do Estado Liberal, refletidos no conceito de Neoliberalismo.

⁴⁴ BANDEIRA DE MELO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo – Introdução*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 25.

Neste panorama de crise do Estado Social, e ressurgimento liberal, foi proposta uma reforma na Administração Pública, no aparelho estatal, visando à eficiência. Contudo, o Estado, a Administração Pública, não se mostram capazes de atender às crescentes demandas, tendo em vista a complexidade das necessidades sociais.

2.2 Função administrativa do Estado

Num Estado como o Brasil, que se autodetermina republicano, de acordo com art. 1º da Carta Maior, e no qual se busca a separação harmônica dos poderes, conforme se expôs em linhas anteriores, mister se faz tecer algumas linhas sobre o a função administrativa do Estado como um todo.

José Afonso da SILVA ensina que:

*O poder político, uno, indivisível e indelegável, se desdobra e se compõe de várias funções, fato que permite falar em distinção de três funções, que fundamentalmente são três: a legislativa, a executiva e a jurisdicional.*⁴⁵

Basicamente a função legislativa se consubstancia na edição de regras, abstratas, dotadas de impessoalidade, que inovam a ordem jurídica. É o poder responsável pela edição das leis. A função executiva, por sua vez, é dotada de atuação mais concreta e individualizada, em que pese possua função co-legislativa. Já a função jurisdicional tem por objeto aplicar o direito aos casos concretos a fim de dirimir conflitos e promover a justiça.

Muito embora se promova essa divisão de poderes, baseada nos ideais de séculos passados, é forçoso salientar que nenhuma função é exercida com exclusividade, conforme lição de Carvalho FILHO:

Não há exclusividade no exercício das funções pelos Poderes. Há, sim, preponderância. As linhas definidoras das funções exercidas pelos Poderes têm caráter político e figuram na Constituição. Aliás, é nesse sentido que se há de entender a independência e a harmonia entre eles: se, de um lado,

⁴⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 108.

*possuem sua própria estrutura, não se subordinando a qualquer outro, devem objetivar, ainda, os fins colimados pela Constituição.*⁴⁶

Não se nega a complexidade do tema, contudo, discorreremos apenas sobre noções da função administrativa. De acordo com Carvalho FILHO, esta pode ser entendida como *“aquela exercida pelo Estado ou por seus delegados, subjacentemente à ordem constitucional e legal, sob regime de direito público com vistas a alcançar os fins colimados pela ordem jurídica.”*⁴⁷

Atendo-se à função administrativa, o autor Diogo Figueiredo MOREIRA NETO a qualifica como *“atribuição característica do Poder Executivo, a ele cometida, como se lê no art. 84 da Constituição.”*⁴⁸ Entretanto, verifica-se que nos outros Poderes, com vistas a garantir autonomia, há a atividade administrativa, no sentido de garantir a cada Poder constituído a gestão independente, autônoma em sua realidade. Ocorre que esta autonomia, fundamental no sistema republicano, e de *freios e contrapesos*, não pode se tornar abusiva, descaracterizando-se para outras funções, que não as meramente administrativas, sob pena de ferir a separação harmônica dos poderes.

2.3 A repartição de competências entre os Poderes Executivos na área da saúde

De acordo com as premissas expostas neste trabalho, o direito à saúde está inserido no capítulo dos direitos fundamentais da Constituição, mais precisamente no art. 5º, e possui aplicação imediata.

O art. 196 desta mesma Carta Magna, estabelece que a saúde é dever do Estado, este concebido como conjunto de todos os entes – União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios - , visto que nos constituímos na forma federativa de Estado (art. 60, §4º, I, da CR/88). Portanto, todos os entes federativos

⁴⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 20.ed.rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 2.

⁴⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 20.ed.rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 4.

⁴⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 14 ed. ver., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.24.

receberam a obrigação de promover o direito à saúde de modo solidário. É o que se depreende do art. 23, II da Constituição Federal.

Reforça esta conclusão o estabelecido pelos arts. 16 a 19 da Lei n. 8.080/90, que dispõe sobre normas gerais do Sistema Único de Saúde. De acordo com o artigo 16 desta lei, mais do que adotar políticas gerais de saúde, mais do que coordenar os sistemas integrados de assistência e estabelecer normas gerais, cabe à União promover a descentralização para as Unidades Federadas e para os Municípios dos serviços e ações de saúde, com abrangência estadual e municipal. Já o Estado, conforme inciso I do artigo 17 desta lei deve promover a descentralização para os Municípios, sem deixar de prestar apoio técnico e financeiro. Ao ente municipal resta a carga principal da gestão e execução dos serviços públicos de saúde, conforme estabelece o inciso I do artigo 18. O Distrito Federal, por sua vez, tem atribuições com características estaduais e municipais.

Vê-se que tais delegações na área da saúde não partiram do texto constitucional, e sim de lei hierarquicamente inferior, ordinária. Sendo assim, muitos autores firmam entendimento de que por determinação dos artigos 23, II e 196 da Constituição, o direito à saúde é um dever linear de todos os entes federativos.

Tal conclusão é facilmente constatável em julgados que estabelecem a responsabilidade solidária dos entes federativos no tocante às questões de saúde.⁴⁹

50 51

⁴⁹ AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO (RIBAVIRINA E INTERFERON), A PESSOA PORTADORA DE DOENÇA GRAVE ("HEPATITE CRÔNICA PELO VÍRUS C, COM REPLICAÇÃO VIRAL (RNA POSITIVO) E ATIVIDADE INFLAMATÓRIA COM DANO HISTOLÓGICO CONFIRMADO POR BIOPSIA HEPÁTICA") E CARENTE DE RECURSOS ECONÔMICOS. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE A UNIÃO, OS ESTADOS, O DISTRITO FEDERAL E OS MUNICÍPIOS PELA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO ÚNICO DE SAÚDE. PRESCRIÇÃO POR MÉDICO. DOCUMENTAÇÃO APTA A COMPROVAR A NECESSIDADE DO FORNECIMENTO DA MEDICAÇÃO. RECEITUÁRIO DE MÉDICO PARTICULAR VÁLIDO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONFIRMADA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CORREÇÃO MONETÁRIA FIXADA DE FORMA ADEQUADA. RECURSO DESPROVIDO, SENDO CONFIRMADA A SENTENÇA EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO, CONHECIDO DE OFÍCIO. (TJPR - 4ª C.Cível - ACR 799722-8 - Apucarana - Rel.: Lélia Samardã Giacomet - Unânime - J. 06.12.2011) (Grifo nosso).

⁵⁰ APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO DE CONHECIMENTO DE CUNHO CONDENATÓRIO COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA INAUDITA ALTERA PARS. REQUERIMENTO DE CONCESSÃO DO MEDICAMENTO QUETIAPINA 200 MG, NECESSÁRIO À ADEQUAÇÃO DO TRATAMENTO MÉDICO DE PACIENTE PORTADORA DE TRANSTORNOS AFETIVOS BIPOLAR COM DEPRESSÃO GRAVE SEM SINTOMAS PSICÓTICOS E DE TRANSTORNOS ORGÂNICOS DE SONO DEVIDO A FATOS EMOCIONAIS. AJUIZAMENTO DE

Portanto, cabe ao Estado, entendido como União, Estados membros, Municípios e Distrito Federal, a garantia do direito à saúde, através do acesso universal e irrestrito a todas as ações e programas relativos à área de saúde. Em caso de ineficiência ou de insuficiência estatal em atender as demandas, o jurisdicionado ou mesmo o Ministério Público, pode exigir de qualquer ente estatal, através de ações cabíveis, a efetivação do direito à saúde.

AÇÃO DE CONHECIMENTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO EM DEFESA DE INTERESSE INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. LEGITIMIDADE ATIVA DO PARQUET. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES E DESTA CORTE DE JUSTIÇA. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA AFASTADA. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO DO PARANÁ. DESNECESSIDADE DE CHAMAMENTO AO PROCESSO DA UNIÃO FEDERAL E DO MUNICÍPIO DE BANDEIRANTES. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. LEGITIMIDADE DE QUALQUER DOS ENTES FEDERATIVOS PARA FIGURAREM NO PÓLO PASSIVO DA AÇÃO DE CONHECIMENTO. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO ACOLHIDA. ALEGAÇÃO DE QUE O MEDICAMENTO NÃO ESTÁ INDICADO PELA PORTARIA N. 2577 DO MINISTÉRIO DA SAÚDE PARA O TRATAMENTO DA MOLÉSTIA DA PACIENTE NÃO É SUFICIENTE PARA QUE HAJA A DILAÇÃO PROBATÓRIA, ESPECIALMENTE PORQUE ISTO NÃO É CAPAZ DE AFASTAR A RESPONSABILIDADE ÉTICA E PROFISSIONAL DO MÉDICO QUE ACOMPANHA A PACIENTE POR MAIS DE 4 (QUATRO) ANOS. A DETERMINAÇÃO JUDICIAL DE FORNECIMENTO DO MEDICAMENTO POSTULADO NÃO IMPLICA EM VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES, POIS O DIREITO À VIDA E À SAÚDE NÃO SE ENCONTRAM NO ÂMBITO DOS ATOS DISCRICIONÁRIOS (OPORTUNIDADE E CONVENIÊNCIA) DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, CONSTITUINDO-SE EM UM DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (ART. 196 DA CF). ADEMAIS, O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL E CRITÉRIOS ELEITOS POR NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS QUE ESTRUTURAM O TRATAMENTO À SAÚDE E A DISPONIBILIDADE ORÇAMENTÁRIA NÃO PODEM SER ALEGADOS COMO MOTIVO AO DESCUMPRIMENTO DO REFERIDO DIREITO FUNDAMENTAL, MESMO QUE SE TRATE DE MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO. CUSTAS PROCESSUAIS. CONDENAÇÃO DO ESTADO DO PARANÁ AO SEU PAGAMENTO. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE NORMA QUE O ISENTE DO SEU PAGAMENTO. INCIDÊNCIA DO DISPOSTO NO ARTIGO 20 DO CPC. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS DISPOSITIVOS CITADOS PELO APELANTE, COM A DECISÃO DADA À CAUSA. PREQUESTIONAMENTO AFASTADO. MULTA DIÁRIA FIXADA EM R\$ 200.00 (DUZENTOS REAIS), INCIDENTE EM CASO DE DESCUMPRIMENTO DO FORNECIMENTO DO FÁRMACO. MANUTENÇÃO. APLICAÇÃO COM BASE NOS TERMOS DO ARTIGO 461, § 5º DO CPC. QUANTUM QUE ATENDE AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO NÃO CONSTATADO. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA EM REEXAME NECESSÁRIO.

(TJPR - 4ª C.Ível - AC 704637-7 - Bandeirantes - Rel.: Maria Aparecida Blanco de Lima - Unânime - J. 22.03.2011) (Grifo nosso).

⁵¹ EMENTA DIREITO CONSTITUCIONAL. FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO. REPERCUSSÃO GERAL DA MATÉRIA RECONHECIDA PELO PLENÁRIO DO STF (ARTS. 328 DO RISTF E 543-B DO CPC). RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA UNIÃO. CONFIGURAÇÃO. DANO MORAL. DEMONSTRAÇÃO NA ORIGEM. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. REEXAME INCABÍVEL NO ÂMBITO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. O Plenário do Supremo Tribunal Federal já proclamou a existência de repercussão geral da questão relativa à obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo. Incidência do art. 328 do RISTF e aplicação do art. 543-B do CPC. Responsabilidade solidária entre União, Estados-membros e Municípios quanto às prestações na área de saúde. Precedentes. Impossibilidade de exame, em recurso extraordinário, de alegada violação, acaso existente, situada no âmbito infraconstitucional. Acórdão do Tribunal de origem publicado antes de 03.5.2007, data da publicação da Emenda Regimental 21/2007, que alterou o RISTF para adequá-lo à sistemática da repercussão geral (Lei 11.418/2006). Possibilidade de aplicação do art. 543-B do CPC, conforme decidido pelo Plenário desta Corte no julgamento do AI 715.423-QO/RS. Agravo regimental conhecido e não provido.

(RE 627411 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 18/09/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-193 DIVULG 01-10-2012 PUBLIC 02-10-2012) (Grifo Nosso).

3. A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO ÂMBITO DA SAÚDE

Nas hipóteses de omissão estatal no cumprimento dos deveres constitucionais assistenciais no âmbito da saúde, a pessoa prejudicada por esta falta estatal pode ingressar no Poder Judiciário em busca da prestação adequada. Ingo SARLET expõe com maestria este direito e a conseqüente possibilidade de se exigir prestação estatal:

(...) a possibilidade do titular desse direito (em princípio qualquer pessoa), com base nas normas constitucionais que lhe asseguram esse direito, exigir do poder público (e eventualmente de um particular) alguma prestação material, tal como um tratamento médico determinado, um exame laboratorial, uma internação hospitalar, uma cirurgia, fornecimento de medicamentos, enfim, qualquer serviço ou benefício ligado à saúde (...) o direito à saúde (...) é também (e acima de tudo) um direito a prestações, ao qual igualmente deverá ser outorgada a máxima eficácia e efetividade.⁵²

Assim, ainda que tenhamos a tutela constitucional conferida ao direito à saúde, como direito fundamental que é, há uma crescente situação de omissão estatal, ou mais, uma crescente impossibilidade de o Estado atender as prestações exigidas. É comum, pela própria característica deste direito fundamental à concessão de liminares a pacientes em situação de risco de vida, numa atitude jurisdicional de busca pela concretização do fundamento da dignidade da pessoa humana, expressa no direito à saúde, em última análise no direito à vida.

Ocorre que a situação se intensifica na mesma proporção em que não há uma organização política coerente na distribuição dos recursos públicos para a área da saúde. O papel do Judiciário acaba por ser o de simplesmente cumprir o estabelecido na Constituição, mesmo que os efeitos de compelir o Estado a realizar determinadas ações sejam significativos e impactantes no planejamento orçamentário dos entes federativos. Neste sentido é que surge o fenômeno da judicialização das políticas públicas.

O conceito de judicialização é amplo e comporta várias definições na doutrina. Para Boaventura de Sousa SANTOS, *“há judicialização da política sempre que os tribunais, no desempenho normal das suas funções, afectam de modo significativo*

⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 3. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 11-12.

as condições da acção política".⁵³ Portanto, judicialização consiste na apreciação e intervenção do Poder Judiciário em questões de cunho político.

Sabemos que, classicamente, o Poder Legislativo através de sua função política exerce suas atribuições, em especial a criação de leis; o Poder Executivo, por sua vez, elabora e executa as políticas públicas. Assim, ocorrerá a judicialização das políticas públicas no momento em que o Judiciário exercer funções como a legiferante ou quando interferir na execução e elaboração das políticas públicas. Como consequência, temos o Judiciário como realizador de novos papéis, em uma função diferenciada.

3.1 HISTÓRICO NO BRASIL

A elaboração da Constituição de 1988 se deu num contexto pós-ditatorial. Tínhamos um Poder Executivo extremamente centralizador neste período anterior à Carta Magna. Assim, a estruturação do Poder Judiciário e do próprio Ministério Público se deu de modo a permitir uma maior independência, com a possibilidade de atuação estendida a diversos ramos da sociedade.

Nesta conjuntura, outra consequência interessante é a valorização dos institutos previstos constitucionalmente para o controle abstrato de normas, juntamente com esta ampliação de atribuições ao Judiciário e ao Ministério Público. Luiz VIANNA aduz que:

Têm sido igualmente relevante para esse resultado (o da valorização dos institutos previstos constitucionalmente) a crescente internalização, pelo Ministério Público, do seu papel nas ações públicas, quando em muitos casos, atua como instituição que mobiliza a participação de grupos sociais, as mudanças ocorridas no Poder Judiciário, quer por influência de pressões democratizadoras externas a ele, quer por movimentos originários da própria corporação e, last but not least, as transformações por que tem passado o imaginário da sociedade civil, especialmente dos seus setores mais pobre e desprotegidos que, depois da deslegitimação do Estado como instituição de proteção social, vêm procurando encontrar no Judiciário um

⁵³ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A judicialização da Política*. Público, (Lisboa), 26 mai. 2003. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/opiniao/bss/078.php>. Acesso em 15 nov. 2012.

*lugar substitutivo, como nas ações públicas e nos Juizados Especiais, para as suas expectativas de direitos e de aquisição de cidadania.*⁵⁴

Assim, através da redemocratização, e as mudanças supracitadas, no sentido de descentralizar as atribuições entre os poderes constituídos, temos um Estado não mais centrado exclusivamente no Poder Executivo. Este, agora, não se comporta como o único meio de elaboração de políticas, ou melhor, não é o único a permitir a efetivação dos direitos constitucionalmente garantidos. Se o Executivo é omissivo ou inativo, existem outros meios de se buscar a efetivação destes direitos, mesmo que muito se discuta a respeito dos limites da interferência de um Poder sobre o outro.

3.2 LEGITIMIDADE, CAPACIDADE E INDEPENDÊNCIA DOS TRÊS PODERES

Autores como Boaventura de Sousa SANTOS ao estudarem esta temática constataram que o fenômeno de ativismo judicial ocorreu por diversas vezes em variados momentos históricos. Para o autor, sempre que ocorre este protagonismo judicial três questões são objetos de análise: a legitimidade, a capacidade e a independência entre os Poderes.⁵⁵

A questão da legitimidade só seria presente em regimes democráticos. Ocorre neste caso que a representação política se dá com a escolha eleitoral, através do voto popular. No Brasil, como os magistrados não são eleitos, muito se discute se podem interferir nos outros poderes democraticamente constituídos.

No tocante à capacidade, o mesmo autor se refere aos recursos que os tribunais dispõem para que suas decisões sejam efetivamente cumpridas, ou seja, tendo em vista que as decisões judiciais interferem em setores diversos da Administração Pública, seria possível o Poder Judiciário quantificar os impactos de sua decisão?

⁵⁴ VIANNA, Luiz Werneck. *A judicialização da Política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 49.

⁵⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa et al. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*. In: *Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português*. Porto: Afrontamento, 1996, p. 19-56.

A questão da independência se relaciona com as anteriormente expostas. Discute-se aqui até que ponto um Poder poderá atuar sem adentrar na seara de outro, em que medida o Judiciário pode agir sem extrapolar suas funções. Cumpre ressaltar que embora o sistema judiciário se influencie por fatores políticos, deve necessariamente considerar em suas decisões os fatores econômicos, sociais e históricos dentro da realidade apresentada.

3.3 A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO ÂMBITO DA SAÚDE E A JURISPRUDÊNCIA

O direito à saúde, conforme premissas deste trabalho, é visto na Constituição como um direito público subjetivo, exigível contra o Estado. Portanto, é elevado constitucionalmente à categoria de direito fundamental.

Em que pese o seu *status* fundamental, o direito à prestação estatal no tocante à saúde não é absoluto. Portanto, a mera alegação de que se necessita de um tratamento não afasta a necessidade de o Judiciário analisar as condições no caso concreto.

Neste debate do direito à saúde, com a celeuma entre o mínimo existencial e a reserva do possível, é fundamental ao Judiciário o conhecimento multidisciplinar quanto aos medicamentos, tratamentos, propriedades e técnicas existentes. É o que defendem autores como Luís Roberto BARROSO e Ingo SARLET, segundo os quais o direito à saúde não é de eficácia absoluta.

Na busca por compelir o Estado a efetivar o direito à saúde, a ação civil pública e a ação popular são os remédios constitucionais mais eficazes para evitar que o ocorram desvios de finalidade e recursos destinados à saúde. Com o anseio de garantir este direito não efetivado por meio de políticas públicas, há tempos têm se recorrido ao Judiciário, seja de maneira individual, coletiva ou até mesmo pelo

Ministério Público. Acórdão do Superior Tribunal de Justiça reconhece a legitimidade ativa do Ministério Público em busca de direitos individuais.⁵⁶

Neste contexto há uma crescente demanda judicial no sentido de buscar o acesso a procedimentos cirúrgicos e terapêuticos, bem como leitos de UTI, medicamentos, próteses, entre outros, dada a complexidade do tema. Esta busca acaba por reforçar o conflito entre o mínimo existencial e a reserva do possível. Traremos a seguir alguns posicionamentos jurisprudenciais que retratam a grosso modo a forma como o direito à saúde é considerado.

Já vimos o posicionamento do Supremo Tribunal Federal no sentido de considerar a responsabilidade solidária dos entes federativos no que diz respeito à saúde. Sendo assim, quem detiver legitimidade ativa pode optar livremente se deseja acionar a União, os Estados e Distrito Federal ou os Municípios. Contudo, as ações visando compelir os Municípios a fornecer determinado tratamento ou medicação são mais raras.

O Supremo Tribunal Federal também tem decidido que, não havendo tratamento no Brasil, deverá este ser realizado no exterior.^{57 58} O Superior Tribunal de Justiça tem tratado a questão da mesma forma.⁵⁹

⁵⁶ PROCESSO CIVIL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AJUIZAR AÇÃO VISANDO À INTERNAÇÃO HOSPITALAR DE GESTANTE HIPOSSUFICIENTE EM CRÍTICO ESTADO DE SAÚDE.

1. O Ministério Público possui legitimidade para defesa dos direitos individuais indisponíveis, mesmo quando a ação vise à tutela de pessoa individualmente considerada.

2. O artigo 127 da Constituição, que atribui ao Ministério Público a incumbência de defender interesses individuais indisponíveis, contém norma auto-aplicável, inclusive no que se refere à legitimação para atuar em juízo.

3. Tem natureza de interesse indisponível a tutela jurisdicional do direito à vida e à saúde de que tratam os arts. 5º, caput e 196 da Constituição, em favor de gestante hipossuficiente que necessite de internação hospitalar quando seu estado de saúde é crítico. A legitimidade ativa, portanto, se afirma, não por se tratar de tutela de direitos individuais homogêneos, mas sim por se tratar de interesses individuais indisponíveis.

4. Recurso especial improvido.

(REsp 933974/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/12/2007, DJ 19/12/2007, p. 1163).

⁵⁷ D E S P A C H O: A singularidade do caso (menor impúbere portador de doença rara denominada Distrofia Muscular de Duchene), a imprescindibilidade da medida cautelar concedida pelo poder Judiciário do Estado de Santa Catarina (necessidade de transplante das células mioblásticas, que constitui o único meio capaz de salvar a vida do paciente) e a impostergabilidade do cumprimento do dever político-constitucional que se impõe ao Poder Público, em todas as dimensões da organização federativa, de assegurar a todos a proteção à saúde (CF, art. 196) e de dispensar especial tutela à criança e ao adolescente (CF, art. 6º, c/c art. 227, § 1º) constituem fatores, que, associados a um imperativo de solidariedade humana, desautorizam o deferimento do pedido ora formulado pelo Estado de Santa Catarina (fls. 2/30). O acolhimento da postulação cautelar deduzida pelo Estado de

Santa Catarina certamente conduziria a um desfecho trágico, pois impediria, ante a irreversibilidade da situação, que o ora requerido merecesse o tratamento inadiável a que tem direito e que se revela essencial à preservação de sua própria vida. Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida. Por tal motivo, indefiro o pedido formulado pelo Estado de Santa Catarina, pois a decisão proferida pela Magistratura catarinense - longe de caracterizar ameaça à ordem pública e administrativa local, como pretende o Governo estadual (fls. 29) - traduz, no caso em análise, um gesto digno de reverente e solidário apreço à vida de um menor, que, pertencente a família pobre, não dispõe de condições para custear as despesas do único tratamento médico-hospitalar capaz de salvá-lo de morte inevitável (fls. 76). Publique-se. Brasília, 31 de janeiro de 1997. Ministro CELSO DE MELLO Vice-Presidente, no exercício da Presidência (RISTF, art. 37, I)

(Pet 1246 MC, Presidente Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Decisão Proferida pelo(a) Ministro(a) CELSO DE MELLO, julgado em 31/01/1997, publicado em DJ 13/02/1997 PP-*****).

⁵⁸ DECISÃO: A UNIÃO requer a suspensão da tutela antecipada deferida na ação sob rito ordinário proposta por LEANDRO DE ARAÚJO GUEDES perante a Justiça Federal da Seção Judiciária do Pará (processo nº 2004.39.00.000939-7). A referida decisão obrigou a REQUERENTE ao depósito da quantia de U\$ 218.833,00 na conta-corrente da Univ. of Texas, M.D. ANDERSON CANCER CENTER, bem como custear o tratamento médico do autor até sua total convalescença. O pedido tem apoio nos art. 4º da Lei 4.348/64, art. 1º da Lei 9.494/97, art. 25 da Lei 8.038/90 (fl. 2). Alega a ocorrência de grave lesão à ordem jurídica, administrativa e à economia pública, e ainda o efeito multiplicador. No mais, traz fundamentos da ação principal. Decido. A causa tem natureza constitucional (art. 196 - direito à saúde). Conheço do pedido. No mérito, não assiste razão à UNIÃO. O REQUERENTE alega lesão à ordem jurídica, administrativa e à economia pública. Tais alegações não foram objetivamente demonstradas. A REQUERENTE não traz qualquer documento que demonstre lesão à coletividade ou à administração pública. A jurisprudência do SUPREMO é no sentido de que não basta a mera alegação de lesão(). Ademais, ocorre no caso o perigo da demora inverso. É que o autor da ação ordinária, ora INTERESSADO, é portador de Linfoma de Hodgkin, uma espécie de câncer raro, que o levará à morte caso não rapidamente tratado. Consta dos autos que foram tentados outros procedimentos de cura, inclusive um transplante autólogo de medula óssea (transplante de células da medula do próprio doente, por não ter sido encontrado doador compatível), mas não foi obtido êxito em qualquer um deles. Foi por esse motivo que o médico que acompanhou o tratamento de LEANDRO no Brasil indicou tratamento em instituição norte-americana. O Desembargador-Presidente do TRF 1ª Região, ao negar o pedido de suspensão lá formulado, assim decidiu: "..... 7 - Não há como se falar, na hipótese, que a decisão impugnada tenha caráter de satisfação e, assim, seja vedada pelo inserto no art. 1º, § 3º, da Lei nº 8.437/92, que dispõe sobre concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público. Primeiro, porque esta Egrégia Corte, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal entendem que a restrição prevista na Lei nº9.494/97, que veda antecipação de tutela em relação a atos do Poder Público, não pode ser aplicada em questões pertinentes à saúde e à previdência do interessado (Súmula nº 729/STF) porque, nesses casos, há risco de dano inverso; em segundo lugar, como se observa pelo compulsar do processo, o Autor já está em tratamento naquele nosocômio desde outubro de 2003, razão que, isoladamente, já apresentaria a razoabilidade da pretensão, a verossimilhança da alegação e o fundado receio de dano irreparável, justificando sua concessão. 8 - Não fora isso, o Sistema Único de Saúde pressupõe integralidade da assistência, de forma individual ou coletiva, consistente em ações e serviços preventivos e curativos de doenças, caso a caso, em todos os níveis de complexidade, abrangendo, inclusive, os tratamentos excepcionais, mesmo porque, o bem jurídico comprometido no caso é a vida, não somente a saúde, já que a moléstia que acomete o Autor, não tratada a tempo, é irreversível e leva o paciente à morte, e o direito à vida é direito individual fundamental, com previsão constitucional (art. 5º), não podendo prevalecer sobre ele o interesse eminentemente financeiro ou orçamentário do Estado para não retirar a eficácia das regras constitucionais sobre o direito fundamental à vida e à saúde, condenando o Autor à morte." (grifo nosso - fl. 146). No mesmo sentido o parecer do PGR, que adoto: "..... 8. Com fulcro no precedente citado, a fim de ilustrar a carência de plausibilidade do pedido, far-se-ão as seguintes considerações: 9. Esclarece o interessado às fls. 137 que 'todas as possibilidades existentes no Brasil estavam esgotadas. Se alguém fala em sentido contrário falta com a verdade. O agravante somente procurou tratamento no exterior quando no Brasil foi expressamente

afirmado que não existia mais tratamento. Basta uma leitura da ação, caso a União não tenha juntado cópia integral, para verificar nos pareceres médicos que no Brasil não existia mais tratamento. E isso Exmos. Ministro (sic.) público e notório, pois o transplante que o agravante fez, em abril de 2004, foi transplante de cordão umbilical de doador encontrado na Espanha. Ou seja, transplante com utilização de células tronco. Procedimento que aos poucos vem sendo introduzido no Brasil. Pois bem, o autor somente procurou ajuda no exterior quando no Brasil suas chances de viver foram dadas como nenhuma. O que deveria fazer então o autor e seus familiares, esperar pela morte?'. 10. Em caso semelhante - STA 36, em que se discutia se vulneraria a ordem pública decisão antecipatória que assegurava, a menor, tratamento no exterior, quando este não era mais possível no país, gerando dispêndio de grande monta, decidiu-se em favor do particular, em proteção aos direitos à vida e à saúde, como se depreende do fragmento destacado em seguida: 'A lesão alegada não ocorre. No caso concreto a sentença que se pretende suspender entendeu razoável permitir ao paciente que se trate no exterior, em razão da comprovada incapacidade técnica da Administração Pública para realizar o procedimento cirúrgico pleiteado. É que não ficou demonstrado nos autos que há '...seguras condições de realização do procedimento no Brasil.' (fl. 11). O próprio Doutor Giugliani, Chefe do Serviço de Genética Médica do Hospital das Clínicas de Porto Alegre, local indicado pela UNIÃO para realizar o procedimento, explica que aquele Hospital não tem experiência prévia com esse tipo de transplante (fl. 37). Informa ainda que seria necessário formar previamente 'um grupo de trabalho multidisciplinar para montar o protocolo e minimizar os riscos envolvidos..' e que '...um membro dessa equipe [deveria] ir ao exterior para visitar centros que já tenham experiência no procedimento...' (fl. 37). Assim, é evidente que a realização do transplante no Brasil é mais arriscada. O art. 196 da CF estabelece que cabe ao poder público assegurar a saúde de todos. Portanto, colocar em risco a vida do menor causaria lesão à ordem pública, entendida como ordem jurídico-constitucional, já que isso violaria a referida norma.' (D.J.U. de 17.09.2005, p.6) 11. Na aludida decisão, também se enfrentou a questão da lesão à ordem pública, procedendo-se à seguinte constatação: 'Assim, mesmo que presente alguma lesão à economia pública o pedido não prospera. É que a lesão aos cofres públicos perde importância quando em jogo a vida. Nesse sentido há precedente. Trago CELSO: '..... Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida.' (PET 1246MC, DJ 13.2.1997).' Percebe-se que o deferimento da medida de cautela, in casu, acarretaria o chamado periculum in mora inverso ao interessado, pois, segundo consta dos autos, foi comprovada a necessidade vital do tratamento para esse, bem como se revelou a impossibilidade desse em custeá-lo." (fls. 227/229). Assim, ausentes os requisitos legais (lesão à ordem, economia, segurança, saúde públicas), indefiro o pedido de suspensão. Publique-se. Brasília, 7 de novembro de 2005. Ministro NELSON JOBIM Presidente (STA 50, Relator(a): Min. PRESIDENTE, Decisão Proferida pelo(a) Ministro(a) NELSON JOBIM, julgado em 07/11/2005, publicado em DJ 14/11/2005 PP-00023).

⁵⁹ PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS CONCRETAS. DIREITO À SAÚDE (ARTS. 6º E 196 DA CF/88).

EFICÁCIA IMEDIATA. MÍNIMO EXISTENCIAL. RESERVA DO POSSÍVEL. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE DECIDIU A CONTROVÉRSIA À LUZ DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO COLENDO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

VIOLAÇÃO DO ART. 535, I e II, DO CPC. NÃO CONFIGURADA.

1. Fundando-se o Acórdão recorrido em interpretação de matéria eminentemente constitucional, descabe a esta Corte examinar a questão, porquanto reverter o julgado significaria usurpar competência que, por expressa determinação da Carta Maior, pertence ao Colendo STF, e a competência traçada para este Eg. STJ restringe-se unicamente à uniformização da legislação infraconstitucional. Precedentes jurisprudenciais do STJ: RESP 804595/SC, DJ de 14.12.2006 e Ag 794505/SP, DJ de 01.02.2007 2. A questão debatida nos autos - implementação do Modelo de Assistência à Saúde do Índio e à instalação material dos serviços de saúde à população indígena situada em área no Rio Grande do Sul - foi solucionada pelo Tribunal a quo à luz de preceitos constitucionais, conforme se infere do voto condutor do acórdão recorrido, verbis: "(...)O direito fundamental à saúde, embora encontrando amparo nas posições jurídico-constitucionais que tratam do direito à vida, à dignidade da pessoa humana e à proteção da integridade física (corporal e psicológica), recebeu no texto constitucional prescrição autônoma nos arts. 6º e 196, in verbis: 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. Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Mesmo que situado, como comando expresse, fora do catálogo do art.

5º da CF/88, importante destacar que o direito à saúde ostenta o rótulo de direito fundamental, seja pela disposição do art. 5º, § 2º, da CF/88, seja pelo seu conteúdo material, que o insere no sistema axiológico fundamental - valores básicos - de todo o ordenamento jurídico. INGO WOLFGANG SARLET, ao debruçar-se sobre os direitos fundamentais prestacionais, bem posiciona o tema: Preliminarmente, em que pese o fato de que os direitos a saúde, assistência social e previdência - para além de sua previsão no art.

6º da CF - se encontram positivados nos arts. 196 e ss. da nossa Lei Fundamental, integrando de tal sorte, também o título da ordem social, e não apenas o catálogo dos direitos fundamentais, entendemos não ser sustentável a tese de que os dispositivos não integrantes do catálogo carecem necessariamente de fundamentalidade.

Com efeito, já se viu, oportunamente, que por força do disposto no art. 5º, § 2º, da CF, diversas posições jurídicas previstas em outras partes da Constituição, por equiparadas em conteúdo e importância aos direitos fundamentais (inclusive sociais), adquirem também a condição de direitos fundamentais no sentido formal e material, ressaltando, todavia, que nem todas as normas de ordem social compartilham a fundamentalidade material (e, neste caso, também a formal), inerente aos direitos fundamentais. Além disso, percebe-se, desde já, que as normas relativas aos direitos sociais do art. 6º da CF exercem a função precípua de explicitar o conteúdos daqueles.

No caso dos direitos à saúde, previdência e assistência social, tal condição deflui inequivocamente do disposto no art. 6º da CF: 'São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. Além disso, poderia referir-se mais uma vez a íntima vinculação entre os direitos a saúde, previdência e assistência social e os direitos à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana, renunciando, neste particular, a outras considerações a respeito deste aspecto. (in A eficácia dos direitos fundamentais, 3ª ed., Livraria do Advogado, 2003, Porto Alegre, p. 301/302).

Os direitos fundamentais, consoante a moderna diretriz da interpretação constitucional, são dotados de eficácia imediata. A Lei Maior, no que diz com os direitos fundamentais, deixa de ser mero repositório de promessas, carta de intenções ou recomendações; houve a conferência de direitos subjetivos ao cidadão e à coletividade, que se vêem amparados juridicamente a obter a sua efetividade, a realização em concreto da prescrição constitucional.

O princípio da aplicabilidade imediata e da plena eficácia dos direitos fundamentais está encartado no § 1º, do art. 5º, da CF/88: As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Muito se polemizou, e ainda se debate, sem que se tenha ocorrida a pacificação de posições acerca do significado e alcance exato da indigitada norma constitucional. Porém, crescente e significativa é a moderna idéia de que os direitos fundamentais, inclusive aqueles prestacionais, têm eficácia *tout court*, cabendo, apenas, delimitar-se em que extensão. Superou-se, assim, entendimento que os enquadrava como regras de conteúdo programático a serem concretizadas mediante intervenção legislativa ordinária.

Desapegou-se, assim, da negativa de obrigação estatal a ser cumprida com espedeque nos direitos fundamentais, o que tinha como conseqüência a impossibilidade de categorizá-los como direitos subjetivos, até mesmo quando em pauta a omissão do Estado no fornecimento do mínimo existencial. Consoante os novos rumos interpretativos, a par de dar-se eficácia imediata aos direitos fundamentais, atribuiu-se ao intérprete a missão de desvendar o grau dessa aplicabilidade, porquanto mesmo que se pretenda dar máxima elasticidade à premissa, nem sempre se estará infenso à uma interpositio legislatoris, o que não ocorre, vale afirmar, na porção do direito que trata do mínimo existencial.(...) Merece lembrança, ainda, que a atuação estatal na concretização da sua missão constitucional deve orientar-se pelo Princípio da Máxima Efetividade da Constituição, de sorte que "a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todos e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas pragmáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)." (JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, in Direito Constitucional, 5ª edição, Coimbra, Portugal, Livraria Almedina, p.1208). Incumbe ao administrador, pois, empreender esforços para máxima consecução da promessa constitucional, em especial aos

Interessante também se faz a atual tendência do Supremo Tribunal Federal em considerar a condição financeira de quem aciona o Judiciário, como norte de interpretação.⁶⁰

direitos e garantias fundamentais. Desgarra deste compromisso a conduta que se escuda na idéia de que o preceito constitucional constitui *lex imperfecta*, reclamando complementação ordinária, porquanto olvida-se que, ao menos, emana da norma eficácia que propende ao reconhecimento do direito subjetivo ao mínimo existencial; casos há, inclusive, que a disciplina constitucional foi além na delimitação dos elementos normativos, alcançando, então, patamar de eficácia superior que o mínimo conciliável com a fundamentalidade do direito.

A escassez de recursos públicos, em oposição à gama de responsabilidades estatais a serem atendidas, tem servido de justificativa à ausência de concretização do dever-ser normativo, fomentando a edificação do conceito da "reserva do possível". Porém, tal escudo não imuniza o administrador de adimplir promessas que tais, vinculadas aos direitos fundamentais prestacionais, quanto mais considerando a notória destinação de preciosos recursos públicos para áreas que, embora também inseridas na zona de ação pública, são menos prioritárias e de relevância muito inferior aos valores básicos da sociedade, representados pelos direitos fundamentais. O Ministro CELSO DE MELLO discorreu de modo lúcido e adequado acerca do conflito entre deficiência orçamentária e concretização dos direitos fundamentais: "Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à 'reserva do possível' (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, 'The Cost of Rights', 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

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

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

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 a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (...) 3. Inexiste ofensa ao art. 535, I e II, CPC, quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, cujo decisum revela-se devidamente fundamentado.

Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. Precedente desta Corte: RESP 658.859/RS, publicado no DJ de 09.05.2005.

4. In casu, o Tribunal de origem pronunciou-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos embargos de declaração - nulidade do processo decorrente da ausência de intimação da Advocacia Geral da União, para oferecer impugnação aos embargos infringentes, consoante disposto nos arts. 35 e 36 da LC 73/93 e art. 6º da Lei 9.028/95, consoante se infere do voto-condutor exarado às fls. 537/542.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido.

(REsp 811608/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/05/2007, DJ 04/06/2007, p. 314)

⁶⁰ E M E N T A: 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 CONSEQÜÊNCIA

Segundo Ricardo Augusto Dias da SILVA “*percebe-se no entendimento jurisprudencial de nossos Tribunais Superiores que o direito à saúde tem sido considerado um direito público subjetivo em quase todas as decisões*”. Neste sentido, infere o autor que vem “*predominando a lógica de simplificar o direito à saúde como equivalência ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana. Portanto, todo indivíduo tem o direito à vida, à dignidade humana e à saúde*”.⁶¹

Constata-se, pois, que os tribunais superiores vêm prestigiando o conceito de mínimo existencial. Assim, tem-se um reconhecimento da dimensão do direito à saúde como um direito fundamental, e não apenas como um direito social de eficácia contida. É neste sentido que Lênio STRECK afirma: “*surge o Judiciário como instrumento para o resgate dos direitos não realizados*”.⁶²

Tal reconhecimento do direito à saúde não implica afirmar ser um direito absoluto, conforme defende Luís Roberto BARROSO. A recepção deste direito depende da demonstração coerente da existência de certos elementos, tais como a

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 conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ- LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu imposterável 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.

(RE 271286 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/09/2000, DJ 24-11-2000 PP-00101 EMENT VOL-02013-07 PP-01409).

⁶¹ SILVA, Ricardo Augusto Dias da. *Direito Fundamental á saúde: o dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p.101.

⁶² STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 45.

carência, hipossuficiência, legitimidade, bem como alguns critérios técnicos e orçamentários.

4. DOS IMPACTOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

4.1 O ORÇAMENTO PÚBLICO

De acordo com Aliomar BALEEIRO, com o desenvolvimento das civilizações temos uma demanda cada vez maior por questões complexas, e o papel do Estado passa a ser o de atender a estas demandas.⁶³

Esta nova configuração de Estado deve atender às novas necessidades, em todas as suas dimensões, no âmbito de todos os entes federativos, ou seja, “*todas as pessoas jurídicas de direito público que integram o Estado devem ser capazes de satisfazer as necessidades gerais da população*”.⁶⁴ Obviamente, estas necessidades consumirão e irão absorver fatia considerável dos recursos públicos, gerando onerosidade aos governantes.

Para o autor, não há critério científico para se distinguir as necessidades públicas, contudo, seria possível definir que:

A necessidade é pública quando, em determinado grupo social, costuma ser satisfeita pelo processo do serviço público, isto é, quando o Estado, ou outra pessoa do direito público, para satisfazê-la, institui ou mantém um regime jurídico e econômico especial, propício a sua obrigatoriedade, segurança, imparcialidade, regularidade ou continuidade, a cargo de seus agentes ou por delegação a pessoas sob sua supervisão. Necessidade pública é toda aquela de interesse geral, satisfeita pelo processo do serviço público. É a intervenção do Estado para provê-la, segundo aquele regime jurídico, que lhe dá o colorido inconfundível. A necessidade torna-se pública por uma decisão dos órgãos políticos.⁶⁵

Nesse sentido, a partir da definição de necessidade pública, extrai-se uma conclusão importante a respeito da forma como o orçamento do Estado é aplicado, através de decisões políticas. Assim, o poder legislativo e o poder executivo escolhem, definem as prioridades, estabelecem planejamentos, como entes democraticamente eleitos, e a partir da lei, definem as áreas em que os recursos

⁶³ BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 16 ed. rev., e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 89

⁶⁴ BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 16 ed. rev., e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 94

⁶⁵ BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 16 ed. rev., e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 97

serão empregados. Portanto, em conclusão do autor, as necessidades públicas são coletivas, mas nem todas as necessidades coletivas são públicas.

As necessidades públicas, as demandas crescentes apresentadas a este novo Estado Democrático Social de Direito, não são atendidas integralmente, já que existem limitações, não de elaboração de leis ou de uma Constituição incompleta, mas de falta de efetividade do Estado. Há especialmente limitações orçamentárias, matéria de grande debate na doutrina com o conceito de *reserva do possível*. Contudo, antes de adentrarmos nas limitações do Estado em atender as demandas trazidas pela população, mister se faz discorrer brevemente sobre o orçamento em si:⁶⁶.

Nas lições de BALEEIRO, o orçamento é:

(...) ato pelo qual o Poder Legislativo prevê e autoriza ao Poder Executivo, por certo período e em pormenor, as despesas destinadas ao funcionamento dos serviços públicos e outros fins adotados pela política econômica ou geral do país, assim como a arrecadação das receitas já criadas em lei.⁶⁷

O autor cita quatro aspectos fundamentais do orçamento: *o jurídico* (com a natureza do orçamento seguindo os ditames legais e constitucionais); *político* (com o direcionamento dos recursos a determinados grupos sociais, regiões, e através de prioridades e necessidades etc); *econômico* (que se relaciona com a capacidade de recursos, através do comparativo gastos/receitas); e por fim, o aspecto *técnico* (em que a partir de estudos e planejamentos, se busca a máxima efetivação dos fins indicados no orçamento).

A questão orçamentária no nosso país, para a execução de políticas públicas compreende três fases: a elaboração do Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual. São fases que estabelecem as diretrizes, metas e prioridades da Administração Pública.

Todos os atos de execução do orçamento são contabilizados à medida que se processam, de acordo com as regras técnicas estabelecidas em lei. Tem-se o

⁶⁶ Quanto à natureza jurídica do orçamento, muito se discute na doutrina. É sabido que na elaboração do orçamento há um processo especial, já que o Executivo apresenta a proposta orçamentária ao Legislativo, que ao aprová-la remete novamente ao Executivo, que a transformará em lei. A discussão se pauta exatamente nesta situação, ou seja, no enquadramento do orçamento como lei.

⁶⁷ BALEEIRO, BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 16 ed. rev., e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 112.

Código de Contabilidade da União (Decreto nº 4536, de 28/01/1922, regulamentado pelo Decreto nº 15783 de 08/11/1922); há a lei nº 4320 de 17/03/1964; o Plano de Contas Único do Decreto nº 64175, de 06/03/1969.

A Inspeção Geral de Finanças superintende a contabilidade orçamentária, sob responsabilidade do Ministro da Fazenda e controle pelo Tribunal de Contas. No caso da União, no primeiro semestre de cada ano é apresentado ao Ministério da Fazenda o relatório sobre a administração financeira e os balanços gerais da União, relativos ao exercício anterior. Há ainda, a Lei de Responsabilidade Fiscal, lei nº 101, de 24 de maio de 2000.

No que diz respeito à saúde, expomos que as demandas são cada vez mais complexas, com necessidades crescentes e dispendiosas aos cidadãos e ao Poder Público. Quanto às políticas públicas, cumpre ressaltar alguns aspectos orçamentários a serem considerados pelo Poder Judiciário.

É verdade que o Poder Executivo tem entendido – propositalmente ou não – o que se estabelece na lei orçamentária e de diretrizes orçamentárias, como mera diretriz para gastos no setor da saúde. O gestor público não visualiza a aprovação dos dispêndios no setor como uma necessidade, no sentido de exigir o gasto nas áreas previamente autorizadas, sendo comuns os desvios de recursos para outras finalidades e setores. É o que nos leciona Andreas KRELL:

Muitos governantes interpretam a aprovação do legislativo à sua proposta orçamentária não como imposição, mas simples autorização para o dinheiro nas respectivas áreas. Desse modo, quem analisar essas propostas poderá ganhar a impressão de efetiva preocupação do governo com os Direitos Humanos, mas tal impressão se desfaz quando se verifica quanto foi efetivamente gasto.⁶⁸

Outro grave problema relativo à formulação de políticas públicas e orçamentárias se dá na visível falta de articulação entre os poderes. Constata-se uma certa ausência de planejamento, ainda que não se possa afirmar categoricamente que não faltam recursos. Ana Paula de BARCELLOS afirma que as políticas públicas envolvem gastos e não havendo recursos ilimitados, é preciso priorizar e escolher onde serão investidos. Aduz que para isso devem ser

⁶⁸ KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002, p. 100.

consideradas as normas constitucionais.⁶⁹ Portanto, a elaboração dos orçamentos, bem como as finalidades públicas, devem seguir no sentido de priorizar as normas constitucionais, em atenção aos direitos fundamentais, dentre os quais consta o direito à saúde.

4.2 O SISTEMA FEDERATIVO E O FENÔMENO DA DESCENTRALIZAÇÃO

A repartição de receitas e de gastos deve abarcar uma quantidade complexa de demandas que têm que ser minimamente satisfeitas por parte dos entes federativos. Os autores Fabio GIAMBIAGI e Ana Cláudia Duarte de ALÉM expõem um panorama interessante quanto ao tema:

No governo militar tinha início um processo forte de centralização do poder e de recursos no âmbito federal. Mas com o agravamento da crise econômica e o processo de redemocratização do país, as esferas subnacionais de governo começaram sua luta pela descentralização tributária. Assim, esse processo, iniciado no começo dos anos 80 e consolidado com a CF/88 teve uma motivação claramente política. Uma peculiaridade importante no caso brasileiro é a sua tendência municipalista.⁷⁰

Com a Constituição de 1988, os Municípios foram efetivamente reconhecidos como membros da federação, com *status* de igualdade com os Estados no que diz respeito a direitos e deveres. Há ampliação da participação destes entes no que diz respeito aos gastos públicos, já que agora possuem maior autonomia. Este processo de descentralização é atrelado basicamente ao crescente repasse do governo federal aos Estados e Municípios.

Contudo, desta descentralização crescente advêm alguns problemas, dentre os quais a descentralização forçada de programas sociais. Esta transferência de responsabilidade a outros entes da federação vem gerando distorções no atendimento das demandas da população. Forçados por estas novas circunstâncias e pela falta de clareza da Constituição em atribuir aos entes federativos as reais atribuições de governo, os Municípios aumentaram consideravelmente seus gastos,

⁶⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 240, abr./jun. 2005, p.11-24.

⁷⁰ GIAMBIAGI, Fábio; ALÉM, Ana Cláudia Duarte de. *Finanças Públicas*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 23.

com enfoque para os serviços de saúde e educação, que nem sempre primam pela qualidade e pela eficiência no atendimento à população.

4.3 OS IMPACTOS FINANCEIROS DA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NA ÁREA DA SAÚDE

A judicialização das políticas públicas reforça debates a respeito de seu impacto sobre a liberdade e a democracia. Porém, dada a importância do orçamento público, do equilíbrio entre receitas e gastos públicos dentro de um planejamento elaborado, os impactos financeiros não podem ser relegados ao segundo plano. O grande desafio para a questão orçamentária se dá no tocante às sentenças que compelem a prestações positivas por parte do Estado. Tais prestações são comumente urgentes ou de prazo exíguo, o que impede a sua contemplação em leis orçamentárias. É o caso das ações de tutela antecipada, como assevera PIOLA:

Adicionalmente, na maioria dos casos, os juízes vêm concedendo tutela antecipada, o que implica que o medicamento ou serviço será entregue imediatamente, ainda que depois a ação seja julgada improcedente. Isso porque a maioria das ações judiciais confere à norma constitucional no campo da saúde o status de norma de eficácia plena, na medida em que interpreta que desta deriva a garantia da plena efetividade do direito à saúde e sua aplicabilidade imediata.⁷¹

A maioria dos dados sobre a judicialização da saúde refere-se a gastos do Ministério da Saúde e dos Estados. Há pouca pesquisa a respeito dos impactos destes fenômenos nos municípios, que detêm condições orçamentárias inferiores aos outros entes da federação. Sendo assim, resta incontroverso que a condição dos municípios em relação às imprevisibilidades de gastos em saúde advindos de decisões judiciais os torna extremamente vulneráveis. Apenas a título de exemplo, cumpre trazer o depoimento do Secretário de Saúde de São Paulo à época, afirmando que dependendo do tratamento ou ação ordenados, bem como considerando o tamanho do orçamento do município, há casos em que apenas uma decisão judicial foi capaz de comprometer em 20% os recursos previstos para o

⁷¹ PIOLA, Sérgio Francisco et al. *Vinte anos da constituição de 1988: o que significaram para a saúde da população brasileira?* In: Políticas sociais: acompanhamento e análise. Brasília, v.1, n.17, p.102.

ano.⁷² Portanto, uma decisão judicial pode ter o condão de afetar o planejamento municipal, ao retirar recursos destinados à coletividade com vistas a atender demandas individuais. Luís Roberto BARROSO expõe tal realidade com uma situação semelhante:

São comuns, por exemplo, programas de atendimentos integral, no âmbito dos quais, além de medicamentos, os pacientes recebem atendimento médico, social e psicológico. Quando há alguma decisão judicial determinando a entrega imediata de medicamentos, frequentemente o Governo retira o fármaco do programa, desatendendo a um paciente que o recebia regularmente, para entregá-lo a um litigante individual que obteve a decisão favorável. Tais decisões privariam a Administração da capacidade de se planejar, comprometendo a eficiência administrativa no atendimento ao cidadão. Cada uma das decisões pode atender às necessidades imediatas do jurisdicionado, mas, globalmente, impediria a otimização das possibilidades estatais no que toca à promoção da saúde pública.⁷³

Importante ressaltar, ainda, que na maioria das decisões judiciais há apenas a menção à condenação no sentido de se obrigar o Município a fazer, não havendo qualquer estimativa dos impactos que gerará ao ente condenado.⁷⁴

Na presente Suspensão de Segurança, o Ministro Gilmar Mendes trouxe algumas situações referentes ao caso em tela. Expôs que a interessada, jovem de 21 anos, sofre de doença neurodegenerativa rara e que a família não teria condições de arcar com o pagamento do medicamento, único capaz de tratar tal enfermidade, no valor de R\$ 52.000,00 (cinquenta e dois mil reais) mensais. Ora, no caso exposto, o Estado do Ceará bem como o Município de Fortaleza foram condenados a arcar com os custos deste tratamento. Todavia, deve ser feito o seguinte destaque: trata o caso concreto de uma capital de Estado federativo. O impacto desta decisão é relevante, mas provavelmente não comprometa o orçamento como

⁷² OLIVEIRA VE, Noronha L. *Judiciary-Executive Relations in Policy Making: the case of drug distribution in the State of São Paulo*. In: Brazilian Political Science Review, vol. 5.2, 2011, p.15.

⁷³ BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Tema desenvolvido por solicitação da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: www.pjf.mg.gov.br; Acesso em: 12/05/2012, p. 25.

⁷⁴ EMENTA: Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STA 175 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00070).

um todo. Imaginemos, contudo, um Município no interior do mesmo Estado, com orçamento minúsculo destinado à saúde. Seria facilmente constatável que uma decisão deste calibre inevitavelmente comprometeria todo o orçamento municipal, com consequências inevitáveis ao restante da população local. Ana Paula de BARCELLOS afirma que *“o fato é que nem o jurista, e muito menos o juiz, dispõem de elementos ou condições de avaliar, sobretudo em demandas individuais, a realidade da ação estatal como um todo”*. Isso porque *“preocupado com a solução dos casos concretos – o que se poderia denominar de micro-justiça -, o juiz fatalmente ignora outras necessidades relevantes e a imposição inexorável de gerenciar recursos limitados para o atendimento de demandas ilimitadas: a macro-justiça”*.⁷⁵

Outra ponderação a ser efetuada em relação aos municípios é que realizam, via de regra, ações e serviços de saúde de baixa a média complexidade, sendo ainda mais relevante o impacto destas decisões imprevisíveis quanto ao fornecimento de medicamentos de custo elevado, e de complexidade maior.

Conclui-se, portanto, de acordo com o exposto pela doutrina e jurisprudência, que a judicialização excessiva das políticas públicas, no tocante à área da saúde, tem como efeito substancial o comprometimento do planejamento orçamentário e estratégico dos Municípios, com consequências a toda a população. Porém, os impactos referentes ao tema serão esmiuçados no capítulo seguinte, ao expormos as decisões judiciais que comprometem os Municípios do Estado do Paraná.

⁷⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*. In: Revista de direito do Estado, 2006, p. 27.

5. OS MUNICÍPIOS PARANAENSES

5.1 O ORÇAMENTO DOS MUNICÍPIOS PARANAENSES

O Estado do Paraná é composto por 399 municípios, compostos por realidades distintas, bem como condições orçamentárias díspares. A título de exemplo: de acordo com a Prefeitura Municipal de Curitiba, a previsão de orçamento para o ano de 2013 está na faixa de R\$ 5,6 bilhões; e a previsão de despesas deve chegar a R\$ 5,4 bilhões, dos quais serão destinados R\$ 1,1 bilhão à área da saúde. O Município de Abatiá, por sua vez, de acordo com números fornecidos no site do IPARDES (Instituto Paranaense de Desenvolvimento Econômico e Social)⁷⁶, declarou em 2010 ter despesas totais no valor de R\$ 8.5 milhões, das quais quase R\$ 2 milhões eram destinados à saúde.

Ressalta-se a dificuldade de acesso a dados fornecidos pela Administração Pública dos Municípios, principalmente quanto à judicialização da saúde. O CONASEMS (Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde) buscou ter acesso a dados concretos, enviando questionários às secretarias municipais brasileiras sobre o impacto da judicialização da saúde nos seus orçamentos, e apenas um quarto dos municípios enviou resposta.

Diante da impossibilidade material de se abordar todos os municípios, procuramos selecionar quatro deles. Tal escolha foi feita de forma a abordar entes municipais de realidades orçamentárias distintas entre si, e que podem servir de parâmetro para entendermos os efeitos ao orçamento dos municípios como um todo.

Dentro desta realidade obscura, procuramos desenvolver um panorama das decisões judiciais que afetam os Municípios paranaenses. É comum as seguintes justificativas dos entes municipais visando a ilegitimidade de figurarem no pólo passivo das ações visando o direito à saúde, entre as quais: a) que a liminar deferida no juízo de origem não poderia ter ocorrido, pois o medicamento pleiteado não está padronizado como medicamento essencial, de maneira que o Município não pode ser obrigado a fornecê-lo; b) que estão ausentes o *fumus boni iuris* e o

⁷⁶ Disponível em: <http://www.ipardes.gov.br/cadernos/Montapdf.php?Municipio=86460&btOk=ok>
Acesso em 11/11/2012.

periculum in mora a permitir a antecipação da tutela, uma vez que inexistem provas inequívocas de que o medicamento em questão seja o único capaz de trazer benefícios à paciente; c) que o medicamento está inserido em grupo diverso, cuja responsabilidade pelo fornecimento é exclusiva do Estado do Paraná, que recebe repasse de verbas do Ministério da Saúde, e; d) que os Municípios são responsáveis apenas pelo fornecimento de medicamentos constantes na RENAME e aqueles especiais ou excepcionais, desde que recebidos dos Estados. Todas estas teses são refutadas pela jurisprudência.

Reforça-se ainda que os dados referenciais serão retirados do sítio do IPARDES; e que trataremos apenas dos critérios de receitas e despesas comuns dos municípios no ano de 2010, dentro das suas realidades como entes autônomos em seus orçamentos.

5.2 A JURISPRUDÊNCIA E OS IMPACTOS FINANCEIROS DESTAS DECISÕES

5.2.1 O Município de Assaí

Segundo o sítio do IPARDES⁷⁷, o Município de Assaí tem população aproximada de 16.000 habitantes. Suas receitas no ano de 2010 giraram em torno de 23 milhões de reais e as despesas no montante de 21 milhões de reais, dos quais quase 5 milhões de reais foram gastos em saúde, o que equivale a um gasto anual de R\$ 312 por habitante.

Das decisões judiciais pesquisadas quanto à jurisprudência do Tribunal de Justiça paranaense destaca-se a selecionada.⁷⁸ A decisão expõe algumas das

⁷⁷ Disponível em: <http://www.ipardes.gov.br>. Acesso em 11/11/12.

⁷⁸ DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA PARA FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO PELO MUNICÍPIO. AUTORA COM PATOLOGIA NEUROLÓGICA (DISTONIA). NECESSIDADE DE USO TERAPÊUTICO DE TOXINA BOTULÍNICA. ALTO CUSTO. IMPOSSIBILIDADE DE CUSTEIO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONCEDIDA. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DOS ESTADOS, DOS MUNICÍPIOS E DA UNIÃO. DIREITO À SAÚDE E À VIDA CONSTITUCIONALMENTE GARANTIDOS (ART. 196 - CF). DEVER DO ESTADO. 1. A União, os Estados e os Municípios têm a obrigação solidária de garantir a saúde da população, em razão do que é lícito ao paciente dirigir a ação contra apenas algum e qualquer deles.

premissas elencadas no presente trabalho, como a responsabilidade solidária entre os entes da federação no zelo ao direito à saúde, e a consequente possibilidade de se propor a ação contra qualquer um deles. É, inclusive, matéria pacífica no Tribunal de Justiça do Paraná, que editou o Enunciado nº 16, in verbis:

As medidas judiciais visando a obtenção de medicamentos e afins podem ser propostas em face de qualquer ente federado diante da responsabilidade solidária entre a união, estados e municípios na prestação de serviços de saúde à população.

As medidas judiciais visando a obtenção de medicamentos e afins podem ser propostas em face de qualquer ente federado diante da responsabilidade solidária entre a união, estados e municípios na prestação de serviços de saúde à população.

No caso em tela trata-se originariamente de ação de obrigação de fazer com pedido de tutela para o fornecimento de medicamento em face do Município de Assaí. O interessado postula a condenação do réu para que lhe forneça o fármaco “Botulínica tipo A”, para tratamento do mal de distonia, com o custo de quatro mil reais (R\$4.000,00) mensais, o qual foi deferido pelo juízo local para que fosse cumprido em 2 dias sob pena de multa diária. O Município agravou, mas não obteve êxito.

Diante dos números expostos anteriormente resta incontroverso que a decisão terá como consequência retirar verbas destinadas à saúde do Município como um todo para atender um habitante. O valor absoluto não é significativo; há tratamentos e medicamentos mais custosos ao erário público, contudo dada a amplitude do orçamento municipal, e tendo em vista que o valor a ser pago mensalmente ao interessado equivale ao que seria gasto com o referido em 10 anos, fatalmente há consequências para a população de Assaí.

Precedentes. 2. A norma contida no art. 196 da Constituição Federal estabelece que a saúde é direito de todos e dever do Estado, tendo ele, em consequência, a obrigação de zelar pela saúde de seus cidadãos, na qual está compreendida o fornecimento de medicamentos necessários ao tratamento de saúde de quem não tenha condições para, por conta própria, comprá-los. Precedentes. RECURSO DESPROVIDO.

(TJPR - 4ª C.Cível - AI 559968-8 - Assaí - Rel.: Eduardo Sarrão - Unânime - J. 29.09.2009)

5.2.2 O município de Campo Mourão

O Município de Campo Mourão tem população estimada em 85.000 habitantes, de acordo com o Censo de 2010. No ano de 2010 obteve como receita R\$ 135.000.000 (cento e trinta e cinco milhões de reais), e como despesas R\$ 138.000.000 (cento e trinta e oito milhões de reais), dos quais R\$ 48.000.000 (quarenta e oito milhões de reais) foram gastos em saúde. Assim, se gasta anualmente na cidade interiorana, R\$ 564 reais por habitante.

O caso a ser exposto a seguir relata um Mandado de Segurança, com pedido liminar, em face do Secretário Municipal de Saúde de Campo Mourão. Trata-se do Processo: 933878-7, de decisão monocrática do Desembargador Leonel Cunha, do Tribunal de Justiça Paranaense.

Na situação trazida, a interessada, portadora de cardiopatia congênita, com desnutrição protéico-calórica, alega necessitar do medicamento APTAMIL 1. Aduz, também, que não tem condição de arcar com o alto custo do medicamento. O juízo local deferiu o pleito liminar e determinou à Autoridade impetrada que forneça o medicamento à paciente, enquanto houver necessidade.

Em rápida pesquisa, vê-se que o medicamento solicitado não possui preço elevado, aproximadamente R\$ 27,00 (vinte e sete reais), sendo que uma embalagem normal é consumida por uma pessoa em aproximadamente um mês. Portanto, o gasto municipal, enquanto perdurar o tratamento seria deste montante.

Ora, se o município gasta por habitante aproximadamente R\$ 54,00 (cinquenta e quatro reais) ao mês, tem-se que a demanda trazida ao presente estudo não é capaz, por si só, de onerar os cofres públicos da cidade de Campo Mourão de modo substancial, mesmo que gere transtornos ao planejamento orçamentário.

5.2.3 O município de Cruzeiro do Oeste

O município de Cruzeiro do Oeste tem população de aproximadamente 20.000 habitantes. Segundo dados do IPARDES, as receitas, bem como os gastos do Município estão na casa de R\$28 milhões, dos quais R\$ 7 milhões são

destinados à saúde. Portanto, há um gasto anual de R\$ 333 (trezentos e trinta e três reais) por habitante.

No caso específico desta municipalidade trazemos uma situação de ação civil pública, na qual o Ministério Pública pleiteia perante a Secretaria de Saúde Municipal o fornecimento do curativo Duoderm, tendo em vista que o interessado é *“portador ANEMIA FALCIFORME desde os 07 (sete) meses de idade, e que, por conta da doença, surgem úlceras nos pés que o atrapalham de andar, sendo necessário fazer curativos.”*⁷⁹

O pedido de antecipação de tutela foi deferido no juízo *a quo*, por tempo indeterminado, ou seja, até que dure o tratamento. O custo aproximado do medicamento, numa estimativa mensal, é de R\$ 300 (trezentos reais).

Assim, tendo em vista que o município de Cruzeiro do Oeste gasta em média R\$ 30,00 (trinta reais) por habitante ao mês, o custo de um tratamento de R\$ 300,00 (trezentos reais) mensais será significativo ao Município, gerando transtornos à Administração Pública.

⁷⁹ APELAÇÃO CÍVEL E REXAME NECESSÁRIO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - SENTENÇA QUE DETERMINA AO MUNICÍPIO DE CRUZEIRO DO OESTE O FORNECIMENTO DO CURATIVO "DUODERM" À PESSOA CARENTE PORTADORA DE "ANEMIA FALCIFORME" - ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO - NÃO ACOLHIMENTO - EXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS - ENUNCIADO Nº 16 DA JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DA 4ª E 5ª CÂMARAS CÍVEIS DESTES TRIBUNAL - MEDICAMENTO/CURATIVO NÃO CONSTANTE NO RENAME (RELAÇÃO NACIONAL DE MEDICAMENTOS) - IRRELEVÂNCIA - VIDA E SAÚDE - DIREITOS FUNDAMENTAIS INDISPONÍVEIS E COROLÁRIOS DE TODOS OS DEMAIS DIREITOS - DEVER DO ESTADO (CONSIDERADO EM SEU GÊNERO) EM PROVER TAIS DIREITOS, CONFORME PREVISTO NOS ARTS. 6º E 196 DA CF/88 - DESCUMPRIMENTO DESSA OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL QUE PERMITE A INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO DA REPÚBLICA - DEMAIS ARGUMENTOS INCONSISTENTES. a)- A Lei 12.401/11 trouxe alterações na Lei 8080/90 (Lei Orgânica de Saúde), passando a prever diretrizes e regulamentações importantes no que tange ao fornecimento de medicamentos pelo Estado (gênero) aos cidadãos carentes atendidos pelo SUS. Tais normas, protocolos e diretrizes devem ser levadas em consideração pelo Poder Judiciário sempre que possível em demandas como a presente, mas cada caso deve ser analisado de forma pontual, pois a medicina não é uma ciência exata, e cada paciente responde aos medicamentos de forma diversa. b)- No caso dos autos não é possível seguir à risca as regras administrativas de dispensação de medicamentos, pois o Município nega o pedido do paciente somente porque o curativo não consta na lista do RENAME, desconsiderando as informações que dão conta da adequação e da impossibilidade de utilização de produto similar ofertado pela Secretaria Municipal de Saúde. c)- É possível a concessão de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública na espécie, não se aplicando a regra do art. 1º, § 3º da Lei nº 8.437/92, eis que a liminar foi concedida em ação de obrigação de fazer e não em medida cautelar. (i)- RECURSO DESPROVIDO. (ii)- SENTENÇA MANTIDA EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO. (TJPR - 5ª C.Cível - ACR 854885-0 - Cruzeiro do Oeste - Rel.: Rogério Ribas - Unânime - J. 15.05.2012.)

5.2.4 O município de Cascavel

Segundo dados do IPARDES, a população de Cascavel está constituída em 290.000 habitantes. Ainda de acordo com o Instituto, as receitas do município no ano de 2010 são de R\$ 378 milhões, e as despesas R\$ 358 milhões. Deste montante, 70 milhões foram gastos em saúde, o que nos permite concluir que se gasta em tal município a quantia de R\$ 240 (duzentos e quarenta reais) por habitante. Dentro da realidade apresentada até o presente momento, Cascavel seria um dos municípios que menos investe na saúde, levando em conta o valor per capita.

O julgado exemplificativo trazido ao estudo diz respeito a Ação Condenatória de Obrigação de fazer com pedido de antecipação de tutela em face do Município de Cascavel.⁸⁰

⁸⁰ APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO ORDINÁRIA COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. SENTENÇA QUE DETERMINA AO ESTADO DO PARANÁ E AO MUNICÍPIO DE CASCAVEL O FORNECIMENTO DO MEDICAMENTO "BARACLUDE (ENTECAVIR)" À PESSOA CARENTE E PORTADORA DE "HEPATITE CRÔNICA ATIVA PELO VÍRUS B". NECESSIDADE COMPROVADA POR REQUISIÇÃO MÉDICA. PRELIMINARES DE PERDA DE OBJETO E INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. REJEITADAS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS. DESNECESSIDADE DE FORMAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO COM A UNIÃO. MÉRITO DAS APELAÇÕES DOS RÉUS. VIDA E SAÚDE. DIREITOS FUNDAMENTAIS LIGADOS À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E PREVISTOS NA CF/88 NOS ARTS. 6º E 196. DEVER DO ESTADO EM GARANTIR A CONCRETIZAÇÃO DESSES DIREITOS FUNDAMENTAIS. EVENTUAL DESCUMPRIMENTO PELO ESTADO QUE PERMITE A CHAMADA "JUDICIABILIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS", NÃO SE CONFIGURANDO LESÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. IRRELEVÂNCIA SE O FÁRMACO NÃO SE ENCONTRA CLASSIFICADO PELO MINISTÉRIO DA SAÚDE COMO "EXCEPCIONAL". APELO DO AUTOR. PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA PARA AFASTAR A DECISÃO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR. IMPOSSIBILIDADE EM SEDE DE APELAÇÃO. IRRESIGNAÇÃO TARDIA. PRECLUSÃO TEMPORAL. INTELIGÊNCIA DO § 3º, ART. 4º DA LEI Nº 8.437/92. 1) A suspensão de liminar possui um regramento próprio, de modo que, nos termos do art. 4º, § 9º da Lei 8.437/92, uma vez deferida pela d. Presidência do Tribunal, seus efeitos perduram até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal, não detendo esta Câmara competência para modificar aquela decisão. 2) "Os direitos fundamentais à vida e à saúde são direitos subjetivos inalienáveis, constitucionalmente consagrados, cujo primado, em um Estado Democrático de Direito como o nosso, que reserva especial proteção à dignidade da pessoa humana, há de superar quaisquer espécies de restrições legais." (STJ, REsp 869.843/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/09/2007, DJ 15/10/2007 p. 243). (i) APELAÇÃO 1 DO ESTADO DO PARANÁ PARCIALMENTE PROVIDA. SENTENÇA REFORMADA APENAS PARA DECOTAR A PARTE QUE CONDENOU OS RÉUS AO REEMBOLSO DOS VALORES DESPENDIDOS NO PERÍODO DA SUSPENSÃO DA LIMINAR ATÉ A SENTENÇA. (ii) APELAÇÃO 2 DO MUNICÍPIO DE CASCAVEL DESPROVIDA. (iii) APELAÇÃO 3 DO AUTOR NÃO CONHECIDA. (TJPR - 5ª C.Cível - AC 621324-7 - Cascavel - Rel.: Rogério Ribas - Unânime - J. 16.03.2010)

O pedido central na demanda supra é o fornecimento do medicamento BARACLUDE, ou alternativamente, o depósito mensal correspondente ao valor do medicamento, R\$ 550 (quinhentos e cinquenta reais), visto que o interessado é portador de hepatite crônica, e não teria condições de arcar com tal tratamento.

O orçamento municipal de Cascavel, em que pese seja robusto em valores absolutos, comprovadamente não atende às necessidades da população no tocante à saúde, devido ao baixo investimento per capita nesta área. Assim, para um município que tem como padrão gastar R\$ 25 (vinte e cinco reais) mensais por habitante, a determinação judicial imprevisível de um gasto de mais de quinhentos reais ao mês comprometeria indubitavelmente o orçamento municipal.

CONCLUSÃO

1. As transformações da conformação de Estado, desde o Estado de Direito até o atual Estado Democrático de Direito trouxeram ao ente estatal um novo papel perante a sociedade. O Estado agora tem como objetivo primordial a superação da opressão econômica e social, bem como a necessidade de assegurar os direitos fundamentais a todos os cidadãos.
2. Ainda que possua esta evolução como garantidor dos direitos fundamentais, na prática torna-se notória a dificuldade de se atender a todas as demandas da sociedade. Conseqüentemente, embora se assegurem os direitos fundamentais nas cartas constitucionais, a sua efetivação plena ainda é um grande desafio para a Administração Pública.
3. Nesta conformação de Estado, um dos fundamentos basilares é o princípio da dignidade da pessoa humana. A Constituição Federal elencou como direitos fundamentais a vida, a integridade física e a saúde, direitos estes visceralmente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana.
4. Mencionam-se ainda os chamados direitos fundamentais sociais, em que se destacou no presente trabalho os de natureza positiva, ou seja, os direitos prestacionais. Tais direitos são frutos da construção histórica, e para muitos autores só foram efetivamente considerados com o advento da Constituição. Deste reconhecimento de direitos fundamentais, muitas vezes não homogêneos entre si, surgiu a problemática da colisão entre princípios, ou até mesmo entre os direitos assim considerados.
5. Em busca de uma solução, ou ao menos de técnicas de ponderação, a doutrina e a jurisprudência desenvolveram conceitos interessantes, entre os quais o de reserva do possível e de mínimo existencial. O presente trabalho trouxe estas definições e expôs de modo prático como estes conceitos são utilizados em teses jurídicas. Constatou-se a prevalência, no âmbito jurisprudencial, do conceito de mínimo existencial, até mesmo pelo fato de o tema proposto lidar com o direito à vida.

6. O direito à vida, trajado no direito à saúde, mostra-se inserido como fundamento importante do Estado Social Democrático de Direito. Em que pese sua valoração como tal ter sido recente, vê-se que a ordem jurídica atual procurou estabelecer diretrizes e garantias no tocante ao direito à saúde. A menção a este direito social é exaustiva na Constituição Federal, assim como na legislação infraconstitucional se desenvolvem princípios como o da universalidade e da integralidade; fundamentais para se compreender o direito à saúde no nosso país.
7. Este trabalho considerou o direito à saúde como norma de eficácia plena, com aplicação imediata, exigível do Estado. Contudo, frisou-se que não é um direito subjetivo público absoluto. Não é permitida ao cidadão que ajuíza uma ação, buscando a prestação do Estado, a falta de argumentação que justifique seu pleito.
8. As demandas relativas à saúde se enquadram como consequência desta nova conformação de Estado provedor. O Estado ativo, mesmo que melhor estruturado legalmente, precisa atender a necessidades cada vez mais complexas dos seus administrados. E neste diapasão, fundamental se faz a atuação dos três Poderes presentes no sistema republicano brasileiro. No presente trabalho houve uma ênfase aos Poderes Executivo e Judiciário, contudo não se deixou de ressaltar a importância democrática do Poder Legislativo no sentido de editar leis que venham a atender os anseios de uma sociedade mais justa e menos desigual. O direito à saúde é um dos direitos fundamentais sociais que passaram a exigir do Estado prestações extremamente complexas nos últimos anos.
9. A Constituição, em seu artigo 196, estabelece que a saúde é dever do Estado. O conceito de Estado, neste sentido, engloba todos os entes federativos: União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Tal atribuição é matéria pacífica nas Cortes brasileiras; sendo assim, a legitimidade passiva dos entes estatais para ações judiciais prestacionais é questão de escolha do demandante.
10. As demandas judiciais no tocante à saúde se dão por ineficiência ou omissão do Estado em atender todas as necessidades complexas. Como

consequência desta incapacidade, tem-se a judicialização das políticas públicas, fenômeno intensificado na última década. A judicialização, grosso modo, é a interferência do Poder Judiciário no âmbito político. Outra consequência importante, comprovada em exemplos práticos, foi a ampliação de atuação do Ministério Público, através de ações civis públicas, por exemplo. Assim, o Poder Executivo não se configura mais como o único capaz de buscar a garantia de que os direitos fundamentais sejam efetivados em sua plenitude.

11. No que diz respeito à judicialização das políticas públicas na área da saúde, vê-se com frequência o embate entre o mínimo existencial e a reserva do possível, com prevalência daquele. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça vêm mantendo posicionamento atuante no sentido de garantir o direito à saúde. É o caso das decisões que garantem o tratamento médico no exterior, quando não houver este procedimento no Brasil; assim como a tendência em se considerar a condição financeira do interessado para decidir.
12. Esta postura de se considerar o direito à saúde como um direito subjetivo público é predominante no Judiciário brasileiro, e pauta de críticas de alguns doutrinadores como Luís Roberto BARROSO⁸¹. O ilustre professor procurar estabelecer parâmetros racionais para a judicialização na área da saúde, e elenca três proposições no tocante à distribuição de medicamentos: a) *as pessoas, em ações individuais, só poderão pleitear medicamentos constantes nas listas elaboradas pelo Poder Público;* b) *nas ações coletivas pode-se discutir a inclusão de novos medicamentos, mas em caráter excepcional;* e por fim c) *o Judiciário só poderá admitir o deferimento do pedido se o medicamento tiver eficácia comprovada, excluindo-se os tratamentos alternativos e não testados.* A posição do autor não vem sendo observada pela jurisprudência conforme demonstrado em julgados colacionados. Também não são consideradas as condições orçamentárias dos demandados na área da saúde.

⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.* Tema desenvolvido por solicitação da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: www.pjf.mg.gov.br; Acesso em: 22/11/2012, p. 36.

13. Vimos que o orçamento elaborado pelos entes estatais segue um rito próprio, bem como estabelece diretrizes e opções dos governantes eleitos pelo povo. O planejamento dos gastos públicos, representam as intenções dos poderes constituídos democraticamente em se implementar as políticas públicas que definem como prioritárias.
14. A judicialização das políticas públicas na área da saúde ocasiona relevante desconforto ao administrador público. Isso porque, a imprevisibilidade das decisões judiciais, que podem variar de acordo com o caso concreto, podem comprometer substancialmente o orçamento dos entes federativos. No trabalho que desenvolvemos procurou-se destacar os Municípios, que, a rigor, são os que têm mais dificuldade em lidar com a instabilidade orçamentária.
15. As decisões judiciais na área da saúde, salvo raras exceções, desconsideram as estimativas dos impactos financeiros; e mais, desconsideram que como consequência de se tutelar um bem de uma pessoa, individualmente considerada, pode-se retirar a mesma possibilidade de uma coletividade relevante. Ou seja, recursos, que seriam destinados às políticas públicas de um Município, considerado como administrador da coletividade local, são deslocados para apenas um indivíduo.
16. Por fim, através da metodologia proposta, procurou-se analisar a situação dos municípios paranaenses, de forma a estabelecer um panorama das decisões judiciais, individualmente consideradas. A análise se baseou em municípios de características diferentes, e que de alguma forma representam num microcosmo a totalidade dos municípios paranaenses que, à exceção de Curitiba, - cidade de dimensões, orçamento e população diferenciados,- possuem basicamente as mesmas características do restante.
17. A dificuldade prática da pesquisa se deu quanto à falta de informações dentro das próprias secretarias de saúde dos municípios, bem como pelo fato de que, ainda que se considere a responsabilidade solidária entre os entes da federação brasileira para a efetivação do direito à saúde, grande

parte das demandas judiciais, neste âmbito, são dirigidas aos Estados-membros. É o que se comprovou em debate estabelecido no *4º Encontro Regional do Comitê Executivo da Saúde*⁸², realizado no fim de 2012. Neste encontro se demonstrou que o Estado do Paraná tem cerca de três mil ações contra o governo, em busca de fornecimento de medicamentos e procedimentos de saúde; o Estado de Santa Catarina, possui nove mil ações; e o Rio Grande do Sul, por sua vez, as ações judiciais passam de oitenta mil na área da saúde.

⁸² Disponível em: <http://www.sesa.pr.gov.br>. Acesso em 11/11/12.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2001.

BALEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 16 ed. rev., e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BANDEIRA DE MELO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo – Introdução*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*. In: Revista de direito do Estado, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 240, abr./jun. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Tema desenvolvido por solicitação da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, p.8. Disponível em: www.pjf.mg.gov.br.

BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CAMPELLO, Carlos A. G. B; MATIAS, Alberto Borges. *Administração Financeira Municipal*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 20.ed.rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. *O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais*. In: CUNHA, Sérgio Sérvulo da; GRAU, Eros Roberto (Org.). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Saraiva, 2003.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 13. ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

GIAMBIAGI, Fábio; ALÉM, Ana Claudia Duarte de. *Finanças Públicas*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

GORDILLO, Agustín. *Princípios Gerais de Direito Público*. Trad. Brasileira de Marco Aurelio Greco. Ed. RT: São Paulo, 1977

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 7. Reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

LEITE, Celso Barros. *A proteção social no Brasil*. São Paulo: LTr, 1972.

MACHADO, Felipe Rangel de Souza. *Contribuições ao debate da judicialização da saúde no Brasil*. In: Revista de Direito Sanitário. São Paulo. v. 9, n.2, jul./out. 2008.

MARQUES, Sílvia Badim. *Judicialização do direito à saúde*. In: Revista de Direito Sanitário. São Paulo. v. 9, n.2, jul./out. 2008.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. São Paulo: Saraiva, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais – teoria geral*. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 14 ed. ver., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Constituição da organização mundial de saúde: preâmbulo*. Nova Iorque, 22 jul. 1946. Disponível em: <http://www.onu.org>.

OLIVEIRA VE, Noronha L. *Judiciary-Executive Relations in Policy Making: the case of drug distribution in the State of São Paulo*. In: Brazilian Political Science Review, vol. 5.2, 2011.

PEREIRA FILHO, Luiz Tavares. *Iniciativa privada e saúde*. In: Estudos Avançados, São Paulo, v.13, n. 35, jan./abr. 1999. Disponível em <http://www.scielo.com.br>. Acesso em: 29 de agosto de 2012.

PIOLA, Sérgio Francisco et al. *Vinte anos da constituição de 1988: o que significaram para a saúde da população brasileira?* In: Políticas sociais: acompanhamento e análise. Brasília, v.1, n.17.

PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanzola. *A força normativa dos princípios constitucionais: a dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

ROCHA, Júlio César de Sá. *Direito da saúde, direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos*. São Paulo: LTr, 1999.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A judicialização da Política*. Público, (Lisboa), 26 mai. 2003. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/opiniao/bss/078.php>. Acesso em 15 nov. 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa et al. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*. In: Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português. Porto: Afrontamento, 1996.

SANTOS, Maria Angélica Borges dos. *As segmentações da oferta de serviços de saúde no Brasil: arranjos institucionais, credores, pagadores e provedores*. In: Revista Ciência Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v.9, n.3, jul./set. 2004. Disponível em <http://www.scielo.com.br>. Acesso em: 27 de agosto de 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2.ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHNEIDER, Hans – Peter. *Peculiaridad y Funcion de los Derechos Fundamentales em El Estado Constitucional Democrático*. In: Revista de Estudios Políticos nº 7 (1979).

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Lino Martins da. *Contabilidade Governamental: um enfoque administrativo da nova contabilidade pública*. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, Ricardo Augusto Dias da. *Direito Fundamental à saúde: o dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SUNDELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4º ed. 7º tiragem. Ed. Malheiros: São Paulo, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo. *Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

VIANNA, Luiz Werneck. *A judicialização da Política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro; Revan, 1999.