

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO
ESPECIALIZAÇÃO EM ADVOCACIA DE ESTADO E DIREITO PÚBLICO

DÉBORA CARVALHO DE SOUZA

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E OS LIMITES À ATUAÇÃO ATIVISTA DO PODER
JUDICIÁRIO**

Porto Alegre
2016

DÉBORA CARVALHO DE SOUZA

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E OS LIMITES À ATUAÇÃO ATIVISTA DO PODER
JUDICIÁRIO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como pré-requisito para obtenção do título de Especialista em Advocacia de Estado e Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Eduardo Dieder Reverbel

Porto Alegre
2016
RESUMO

Pretende-se, com este estudo, analisar as implicações da postura protagonista assumida pelo Poder Judiciário nas últimas décadas, ao impor a Administração

Pública o fornecimento de prestações na área de saúde, os limites que devem ser obedecidos ao fazer tais imposições, bem como, o impacto social e orçamentário que decisões judiciais proferidas sem a visão da totalidade dos recursos têm causado à coletividade.

Palavras chave: Judicialização. Ativismo Judicial. Política Pública de Saúde. Limites. Orçamento. Reserva do Possível. Separação de Poderes.

ABSTRACT

The intencion of this study is to analyze the implications of the protagonist stance taken by the Judiciary in recent decades, to impose public administration providing services in health, and the limits that must be obeyed to make such impositions and the social and budgetary impact and damages of judgments delivered without the vision of all resources, have caused the community.

Key-words: Legalization. Judicial activism. Public Health Policy. Limits. Budget. Reserve possible. Separation of Powers.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	6
2 JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E O ATIVISMO JUDICIAL.....	7
3 LIMITES DA COMPETÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO PARA DETERMINAR OBRIGAÇÕES DE FAZER AO ESTADO	15
3.1 Limites da Capacidade Institucional do Poder Judiciário	23
3.2 Judicialização da Saúde e o Orçamento Público	24
3.3 Ativismo Judicial e o Princípio da Separação de Poderes	30
3.4 Reserva do Possível e o Mínimo Existencial.....	35
4 CONCLUSÃO.....	38

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 6º elenca os chamados direitos sociais, que servem como forma de se atingir uma maior justiça social. Como se sabe, dentre os direitos sociais se situa o direito de acesso aos serviços públicos de saúde.

O artigo 196 da CF estabelece que a saúde é direito de todos e dever do Estado, instituindo o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

A formulação e implementação de políticas públicas em todas as áreas, inclusive na saúde, depende de opção política e disponibilidade orçamentária do ente público. No entanto, o que se tem visto nos últimos anos, é uma participação cada vez maior e mais ativa do Poder Judiciário para impor à Administração obrigações de fazer que atendam o direito social da saúde, através de decisões judiciais que não observam os princípios e limitações orçamentárias.

O presente trabalho pretende iniciar o estudo dos limites da competência do

Poder Judiciário para determinar ao Estado tais obrigações de fazer, bem como, tratar das implicações dessa interferência na esfera da discricionariedade administrativa.

Começa-se por apresentar, de forma resumida, o conceito da expressão Ativismo Judicial, diferenciando-o do fenômeno da Judicialização da Saúde e tratando de suas implicações.

Após, traça-se em linhas gerais, os limites à essa atuação ativista do Poder Judiciário, a sua capacidade institucional para tanto, os aspectos orçamentários, bem como, uma possível violação aos princípios da separação de poderes e da reserva do possível.

Ao final desse estudo, pretende-se que esteja claro que ao determinar o fornecimento de medicamentos e demais prestações envolvendo o direito à saúde, sem a observância dos limites acima relacionados, o Poder Judiciário interfere indevidamente em toda a dinâmica de efetivação de políticas públicas, chegando, por vezes, a inviabilizar a concretização dos programas considerados prioritários pelo Administrador público.

2 JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E O ATIVISMO JUDICIAL

O problema da interpretação do direito social à saúde é relevante, pois envolve o gasto de recursos públicos escassos, bem como, a responsabilidade do Poder Judiciário na aplicação dos mesmos.

A interpretação judicial dos direitos sociais envolve o conceito de ativismo judicial e, conseqüentemente, o problema da delimitação dos limites e possibilidade de atuação do juiz no controle e efetivação das políticas públicas.

No entanto, antes de adentrarmos na análise a respeito das implicações dessa postura protagonista que o Poder Judiciário vem assumindo, faz-se necessária uma contextualização histórica, bem como, uma diferenciação conceitual de outro fenômeno crescente, o da judicialização das políticas públicas.

Tomando a evolução histórica do Brasil desde o final da ditadura militar, facilmente se pode verificar que a confiança nos poderes constituídos foi sendo desgastada. Fatores históricos e sociológicos causaram uma legitimação popular à intervenção do Judiciário em decisões da Administração e do Legislativo, isto associado a um pré-conceito de que as decisões governamentais, executivas e legislativas, não tinham a coisa pública e o bem comum em tão elevada conta quanto deveriam. Diante desse cenário, o Poder Judiciário passou a ocupar o posto de campeão da cidadania. Tivemos, portanto, uma sobrevalorização dos meios judiciais

de controle e uma subvalorização dos meios não judiciais¹.

O Poder Judiciário, por suas características institucionais e pelas funções estatais que detém, não foi pensado como protagonista principal na efetivação de direitos econômicos, sociais e culturais, visto que este posto cabe ordinariamente aos poderes políticos. No entanto, nas últimas décadas os juízes têm rompido com o paradigma até então vigente, de jurisdição negativa ou de simples controle dos atos políticos e, assumindo lugares tradicionalmente reservados às instituições políticas. Diante dessa nova configuração, em vez de interpelarem os representantes políticos, grupos sociais, partidos políticos e o cidadão em geral, passam a dirigir suas queixas ao Judiciário².

Nas palavras de Luís Roberto Barroso, judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação na sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam tendência mundial; outras são diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro³.

Portanto, judicializar uma política pública é atribuir ao Judiciário decisões que, sob a ótica da separação de poderes, caberiam ao Executivo ou ao Legislativo. Mais adiante no presente estudo, será analisada a possível violação ao princípio constitucional da separação de poderes.

Uma das razões que se verifica para o crescimento da judicialização é a relativa independência política do Judiciário, que não sofre com as contingências e alternâncias de poder, contribuindo para que suas decisões tenham fundamentação técnico-jurídica e não enfoque político. Isso porque, os juízes estão obrigados a externarem as razões que embasam suas decisões.

Outro fator que endossa o caráter democrático dessa maior busca ao Judiciário, prende-se ao fato de que é um recurso das minorias contra as majorias. Por meio do acesso ao Judiciário, eventuais minorias podem se insurgir contra

¹AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.8/9.

²VICTOR, Rodrigo Albuquerque de. **Judicialização de Políticas Públicas para a Educação Infantil**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 13.

³BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acessado em 22/11/2015.

medidas majoritárias, porém abusivas. Nesse sentido, revela-se instrumento contramajoritário e democrático⁴.

A judicialização e o ativismo judicial, apesar de fenômenos próximos, não possuem as mesmas origens. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância decorrente do modelo constitucional que se adotou, já que o diante da inafastabilidade da jurisdição previsto no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal, o Poder Judiciário possui o poder-dever de agir sempre que configurada lesão ou ameaça a direito. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de uma certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos poderes Executivo e Legislativo⁵.

No Direito Comparado, tem-se que a caracterização do ativismo judicial importa na avaliação do modo de exercício da função jurisdicional, o fenômeno será percebido de forma diferente de acordo com o papel institucional que se atribua em cada sistema ao Poder Judiciário. Se o ativismo judicial, em uma noção preliminar, reporta-se a uma disfunção do exercício da função jurisdicional, em detrimento, das funções legislativa e executiva, nos sistemas da família romano-germânica, ou sistemas de *civil law*, a caracterização dessa atuação mais ousada é mais fácil de ser caracterizada e repelida. Isso porque, nos sistema da *civil law*, a jurisprudência se move dentro de limites estabelecidos para o direito pelo legislador. Já nos sistemas da *common law*, a jurisprudência continua a ocupar o posto de principal fonte do direito e, nesses sistemas não há necessariamente, um sentido negativo na expressão ativismo, ao contrário, nesses modelos o ativismo é elogiado por proporcionar a adaptação do direito diante de novas exigências sociais⁶.

Necessário registrar que o ativismo judicial não se mostra como uma atuação judicial amoldada ao ordenamento jurídico, pelo contrário, os juízes ultrapassam seus

⁴VICTOR, Rodrigo Albuquerque de. **Judicialização de Políticas Públicas para a Educação Infantil**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 27.

⁵BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acessado em 22/11/2015.

⁶RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial Parâmetros Dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 106-112.

limites jurisdicionais e acabam por romper a linha entre preencher lacunas do ordenamento jurídico e concretizar efetivamente políticas sociais, como por exemplo, o direito à saúde.

Nesse cenário, revelam-se de pouca utilidade as conceituações formais doutrinárias, se na prática os magistrados, ao apreciarem os casos concretos, constroem um direito com consequência prática diversa das molduras estabelecidas pela dogmática e, muitas vezes, até contrárias àquelas.

Os magistrados ao analisarem um caso concreto criam o direito para as partes envolvidas, principalmente nos denominados *hard* ou *leading cases*, muito embora vários doutrinadores não concordem com tal afirmação, pois para eles não há possibilidade de “juízes legisladores”, mas trata-se meramente, de magistrados que no exercício de suas funções verificam a ocorrência ou não da incidência da regra jurídica existente aos casos concretos⁷.

Em sentido contrário a essa visão, tem-se que os magistrados possuem um âmbito de atuação que se alinha em um ponto comum com a atuação dos legisladores.

Para os que compartilham dessa opinião, cada um está legislando dentro dos limites de sua competência, não havendo para eles, dúvida de que os limites do juiz são bem mais estreitos, visto que ele legislaria preenchendo as lacunas da lei.

O próprio ato de interpretar significa uma criação do sujeito intérprete em face do direito, o que leva à conclusão de que realmente os magistrados criam os direitos dos casos que analisam.

Essa parcela da doutrina, não pretende defender uma possível tese de insegurança jurídica com a possibilidade de implementação de uma ditadura do Judiciário, como normalmente se faz quando se fala em ativismo judicial em sede de concretização do direito social à saúde.

Segundo essa corrente, tem-se que os magistrados ao resolverem os conflitos de interesses, principalmente nos casos de maior complexidade, possuem um poder-dever de estabelecer o direito das partes e interessados envolvidos, seja aplicando, modificando ou criando as normas jurídicas para os casos concretos.

Para Márcio Oliveira Rocha, citando o doutrinador Benjamim Cardozo, os “códigos e leis escritas não dispensam o juiz nem tornam seu trabalho superficial e mecânico. Há lacunas a preencher. Há dúvidas e ambiguidades a esclarecer. Há dificuldades e erros a atenuar, se não evitar”⁸.

⁷ROCHA, Márcio Oliveira. **Ativismo Judicial e Direito à Saúde**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p.15.

⁸ROCHA, Márcio Oliveira. **Ativismo Judicial e Direito à Saúde**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013,

Naqueles casos em que a norma Constitucional ou infraconstitucional é clara, desaparecem as dificuldades para a sua aplicação. Já, nos casos omissos ou inovadores, o aplicador do direito recorre muitas vezes à jurisprudência e outras fontes.

No entanto, o que se tem verificado, é uma alteração da referida sistemática, visto que os magistrados no desempenho da função jurisdicional, têm adotado em sua maioria, os precedentes dos Tribunais Superiores como fundamento primário de suas decisões, em vez dos textos normativos.

Especificamente em relação aos processos que envolvem a aplicação do direito à saúde, o Judiciário está tomando decisões com motivações abstratas. Isto porque, facilmente se percebe que os julgadores somente analisam o fato narrado, sem a devida verificação da real necessidade, e a responsabilidade estatal em fornecer o serviço, estabelecendo, uma responsabilidade solidária entre os entes da federação.

Nesse contexto, o ativismo judicial representa, de um lado, uma forma de energia criativa do direito que não se revela amoldada ao ordenamento jurídico e, de outro, consiste numa mudança, rechaçando certos limites, dentre eles, a separação de poderes, a segurança jurídica e a reserva do possível⁹.

De um modo geral, seja extraindo os princípios do ordenamento jurídico, aplicando-os ou fazendo a sua devida ponderação, interpretando os textos normativos ou seguindo e respeitando os precedentes dos Tribunais Superiores, resta uma margem de indeterminação do direito que deverá ser suprida pelos magistrados, na criação da norma aplicável ao caso concreto sob análise. Contudo, necessário o registro e alerta, de que caso esta atuação não se dê de modo a observar as suas consequências práticas, poderá se verificar um desvio da finalidade primordial do Judiciário, qual seja, servir de instrumento para a solução de conflitos.

Nesta margem de indeterminação do direito, conferir uma nova interpretação ao caso concreto, não implica dizer que esta atuação possa ser encarada como ativismo judicial, mas tão somente, uma mudança de posição ou entendimento judicial.

A mera mudança de posicionamento, desde que não se relacione à competência e à responsabilidade dos demais Poderes, não implica ativismo judicial.

Deve se ter em mente, que para que a atuação do juiz ou do colegiado dos

p.23.

⁹Ibidem, p.19.

Tribunais seja caracterizada como ativismo judicial, é necessário que além de a decisão demandar uma maior energia criativa do direito, essa interpretação ou construção também influa nas competências e responsabilidades do Judiciário perante os outros Poderes¹⁰.

A interpretação correta para essas competências e responsabilidades, é no sentido de repartição de atribuições e funções. Portanto, a partir do momento em que um Poder constituído começa a se imiscuir nas atribuições que precipuamente, o ordenamento jurídico fixou para outro Poder, está caracteriza uma atuação ativista.

Dessa forma, nem toda criação do direito caracteriza uma atuação ativista do Poder Judiciário, pois se os textos legais e os precedentes jurisprudenciais forem suficiente para resolver a situação fática posta no processo, deverá o magistrado optar por essas fontes, em detrimento de uma visão inovadora.

Agora, quando as normas constitucionais e infraconstitucionais e a jurisprudência já não estiverem sendo suficientes para a resolução das situações concretas, haverá razões para a atuação ativista, buscando uma maior adequação ao atual contexto social.

Em se tratando da concretização do direito à saúde, verifica-se que esta se encontra no campo de atuação ativista do Poder Judiciário, por duas razões básicas. A primeira razão para tanto, é porque os processos que envolvem a prestação dos serviços de saúde, seja o fornecimento de medicamentos ou a disponibilização de leitos e procedimentos cirúrgicos, necessitam de uma ponderação entre a saúde da parte e a possibilidade ou não de interferência administrativa, sendo necessário muitas vezes a relativização e até mesmo a supressão dos conceitos de separação de poderes e de orçamento. A segunda, diz respeito à incapacidade de instituição de planos de governo ou políticas públicas eficientes para atender todas as demandas na área da saúde¹¹.

Diante dessa incapacidade da Administração de atender a todas as demandas através da fixação de políticas públicas, o que se tem visto, é um crescente número de decisões judiciais relativizando a garantia da separação dos poderes dentre outras, sem a necessária observância das consequências desta conduta, sob o simples argumento de que a discussão sobre a competência para a realização dos programas de saúde, bem como, eventuais divisões administrativas, não podem se sobrepor ao

¹⁰ROCHA, Márcio Oliveira. **Ativismo Judicial e Direito à Saúde**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p.22.

¹¹ROCHA, Márcio Oliveira. **Ativismo Judicial e Direito à Saúde**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p.26.

direito à saúde assegurado no art. 196 da Constituição Federal.¹²

Toma-se, apenas como exemplo a seguinte decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Ementa: DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. PESSOA CARENTE DE RECURSOS FINANCEIROS E COM DIAGNÓSTICO DE EPILEPSIA (CID G40). RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES PÚBLICOS PROCLAMADA. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA REJEITADA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM FAVOR DO FUNDO DE APARELHAMENTO DA DEFENSORIA PÚBLICA - FADEP DEVIDOS PELO ENTE PÚBLICO MUNICIPAL. CONFUSÃO ENTRE CREDOR E DEVEDOR QUE SOMENTE OCORRE ENTRE ESTADO E DEFENSORIA PÚBLICA. 1. Preliminar de ilegitimidade passiva rejeitada diante da solidariedade existente entre os entes públicos no atendimento à saúde pública, tal como prevista no artigo 196 e seguintes da CF-88. Dever dos entes públicos de atendimento à saúde que não se limita ao disposto em listas administrativas. Regra disposta no artigo 196 da CF-88 que prevalece. Precedentes do eg. Superior Tribunal de Justiça. 2. A autora, carente de recursos financeiros, apresenta diagnóstico de Epilepsia (CID G40) e necessita fazer uso de medicação para o seu tratamento. Dever de custeio pelos entes públicos, uma vez que implementados os requisitos postos na legislação de regência. **Superdireito à saúde que deve prevalecer sobre os princípios orçamentários e financeiros esgrimidos na defesa pelo ente público. Ausência de afronta aos princípios da independência e autonomia dos Poderes.** Responsabilidade solidária de todos os entes gestores do SUS em nível nacional, regional e municipal. Pretensão que pode ser deduzida contra qualquer deles. Fontes de custeio e questões orçamentárias e fiscais que não devem embarçar o direito à vida e saúde. Princípio da reserva do possível que não se aplica à hipótese dos autos. 3. Honorários advocatícios em favor do FADEP. O ente público municipal é devedor de honorários advocatícios em favor do FADEP porque inexistente confusão entre ele e a Defensoria Pública que é órgão do Estado. PRELIMINAR REJEITADA. APELAÇÕES IMPROVIDAS. DECISÃO MONOCRÁTICA. (Apelação Cível Nº 70041709155, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nelson Antônio Monteiro Pacheco, Julgado em 09/01/2015)¹³

As decisões judiciais têm elevado o direito à saúde, através do fornecimento de medicamentos pelo ente estatal, à classe de um verdadeiro direito absoluto ou, como consta da ementa transcrita, um “Superdireito”.

Em se tratando de um “Superdireito” não cabe discussão por parte do Poder Executivo quanto à maneira de gestão, divisão de gastos, repartição de atribuições de políticas públicas de saúde, para a sua melhor efetivação. Não se pode concordar

¹² 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.

¹³RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível Nº 70041709155**, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nelson Antônio Monteiro Pacheco, Julgado em 09/01/2015. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70041709155&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3A%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>

com a idéia de o direito à saúde ser visto como direito absoluto, que não permite ao ente estatal a possibilidade de contra-argumentar. Pensar no direito à saúde como categoria de direito absoluto, torna praticamente impossível ao ente público, exercer de forma satisfatória a garantia do contraditório¹⁴.

De modo a garantir a isonomia processual, exige-se do julgador “que confira às partes igualdade de oportunidades, para que, exercendo o contraditório, possam ter a chance de tentar participar do seu convencimento, trazendo os elementos necessários e suficientes a demonstrar o acerto da respectiva tese ou defesa”¹⁵, sob pena de se ter, um contraditório meramente formal e ineficaz.

Três objeções básicas podem ser opostas à judicialização e, sobretudo, ao ativismo judicial, quais sejam, riscos para a legitimidade democrática, a indevida politização da Justiça e os limites da capacidade institucional do Judiciário.

3 LIMITES DA COMPETÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO PARA DETERMINAR OBRIGAÇÕES DE FAZER AO ESTADO

O direito à saúde disposto no art. 6º da Constituição Federal de 1988, figura, com a educação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados, como direito social. Todavia, foi no art. 196 da Carta que o direito à saúde obteve sua maior concretização.

O constituinte dispôs que a saúde é direito de todos e dever do Estado, impondo aos poderes públicos a promoção de políticas sociais e econômicas para redução do risco de doenças, estabelecendo, ainda, o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Os arts. 197 e 198 atribuíram ao Poder Público a competência para dispor, em lei, sobre a regulamentação, fiscalização e controle das ações e serviços de saúde, além de conceber um sistema único e organizado conforme às seguintes diretrizes: descentralização, com direção única em cada esfera de governo; atendimento integral e participação comunitária.

A regulamentação legal veio por meio da Lei 8.080/90, que reforçou a proteção do direito à saúde mediante formulação de políticas públicas direcionadas à redução de riscos e ao acesso universal e igualitário. Estabeleceu como princípio a

¹⁴ROCHA, Márcio Oliveira. **Ativismo Judicial e Direito à Saúde**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 31.

¹⁵CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 10ª Ed. revista e atualizada. São Paulo: Dialética, 2012, p.29.

descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo, sendo exercida no âmbito estadual pela Secretaria de Saúde. E, definiu, as atribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, respeitado o nível administrativo de competência.

Em seu art. 24, estabeleceu que o SUS poderá recorrer aos serviços ofertados pela rede privada, quando insuficiente a capacidade da rede pública, formalizando a participação complementar *'mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público'*, no caso, a Lei 8.666/93, que instituiu normas para licitações e contratos administrativos.

Tem-se, portanto, que aos gestores, representados por suas Secretarias ou Ministério, incumbe, a administração dos recursos orçamentários e financeiros destinados à saúde, a formulação de políticas públicas e a sua execução, a elaboração de normas técnicas, a regulamentação de atividades de serviços privados de saúde, a celebração de convênios, acordos e protocolos internacionais, o fomento, a coordenação e a execução de programas estratégicos, a realização de pesquisas, dentre tantas outras atribuições que viabilizam o planejamento, a construção, a organização e a execução de políticas públicas em saúde, contando com a participação complementar da iniciativa privada, se necessário.

Mas é claro que não se criam vagas, atendimentos, serviços, como muitas vezes determina o Poder Judiciário, sem uma negociação ampla e complexa entre gestores (federal, estadual e municipal) e prestadores de serviços, além de previsão orçamentária e contratações conforme o art. 37 da CF e Lei 8.666/93.

Esse processo de ampliação da política pública de saúde e aprimoramento, demanda tempo, programação, projeto técnico e de instalações, além de capacidade de investimento e previsão orçamentária, funções que competem ao Poder Executivo e não ao Judiciário.

O Poder Judiciário ao interferir e pautar o atendimento de prioridades escolhidas em razão de demandas judiciais, em verdade, esbarra no princípio da separação constitucional dos Poderes, conforme art. 2º da Constituição Federal, bem como, contraria expressa disposição contida no art. 37, *caput* e inciso XXI, da Constituição Federal.

Recente jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, reconhece que não pode ficar o Administrador a ser pautado pelo ajuizamento e decisões prolatadas em ações civis públicas, comprometendo a independência entre os poderes.

AGRAVO. POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO NA FORMA MONOCRÁTICA, FORTE NA REGRA DO ART. 557 DO CPC. Tratando-se de matéria compreendida entre as hipóteses do art. 557 do CPC, havendo orientação jurisprudencial deste Tribunal de Justiça, bem como entendimento do STJ e do STF a respeito do tema, autorizado estava o Relator ao julgamento singular. PRETENSÃO DE CONDENAÇÃO DE RETENÇÃO DE REPASSES OU O DEPÓSITO PELO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL DE VALORES PARA SUPRIR O PERCENTUAL DE **12%** DESTINADOS A GASTOS COM AÇÕES E SERVIÇOS PÚBLICOS DA SAÚDE SOBRE RECEITA LÍQUIDA DE IMPOSTOS E TRANSFERÊNCIAS DO ANO DE 2007, CONFORME PREVISTO NO ARTIGO 77, INC. II E § 2º, DO ADCT COM A ALTERAÇÃO INTRODUZIDA PELA EC Nº 29/2000. IMPOSSIBILIDADE SOB PENA DE INVIABILIZAR A ATIVIDADE ESTATAL EM DETRIMENTO DA POPULAÇÃO, QUE SERIA PRIVADA DE OUTROS SERVIÇOS VITAIS PRESTADOS PELO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL PELA AUSÊNCIA DE RECURSOS PARA TANTO. É certo que as verbas arrecadadas pelo Estado devem ser direcionadas prioritariamente ao atendimento dos direitos constitucionais garantidos, como saúde, educação, segurança e moradia, devendo o ente público incluir no **orçamento** verbas suficientes para o cumprimento de tal obrigação, destinando para gastos com a saúde o percentual de **12%** da receita líquida de impostos e transferências para a saúde, conforme artigo 198, § 2º, II e § 3º, I, da CF e 77, inc. II e § 2º, do ADCT com a alteração introduzida pela EC nº 29/2000. Contudo, deve ser observado que a pretensão deduzida na inicial, proposta em 2009, é relativa a verba constante no **orçamento** de 2007, já devidamente utilizada pelo demandado, inexistindo possibilidade fática de retroação, nem sequer de comprometer o **orçamento** futuro com a condenação de depósito de valores para suprir o percentual de **12%** em relação à Receita Líquida de Impostos e Transferências do ano de 2007, ou mesmo retenção de repasses da União Federal no forma do artigo 160, II, da Constituição Federal, medida que não seria razoável porque importaria no comprometimento de reserva futura para atender a própria área da saúde, bem como demais áreas igualmente assegurados constitucionalmente, não implementados devido à falta de verbas, inviabilizando a própria atividade estatal em detrimento à população, que seria prejudicada com a ausência ou ineficiência na prestação dos demais serviços por parte do demandado, **incumbindo exclusivamente à atividade administrativa resolver a questão, sob pena de a conduta do administrador restar pautada pelo ajuizamento e decisões prolatadas em ações civis públicas, comprometendo a independência entre os Poderes. Precedentes do TJRS, STJ e STF.** Agravo desprovido. (Agravo Nº 70054883608, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, Julgado em 27/06/2013)¹⁶

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA CONTRA O ESTADO. ASSISTÊNCIA À SAÚDE NO MUNICÍPIO DE GUAPORÉ. LIMINAR INDEFERIDA NO JUÍZO A QUO.

¹⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo 70054883608**, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, Julgado em 27/06/2013 Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70054883608&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris

INCONFORMIDADE QUE DESMERECE ACOLHIDA. PRECEDENTE DA CÂMARA EM CASO SEMELHANTE.

1. A solução ampla, geral, irrestrita e ideal buscada para o problema da assistência à saúde no Município de Guaporé, no sentido de, em trinta dias, o Estado ser obrigado a prestar atendimento em doze especialidades médicas, até mesmo em reprodução humana e cirurgia plástica, e, em sessenta dias, atender a todas as consultas marcadas e realizar todas as cirurgias programadas, em princípio adentra na esfera de competência de outro Poder, ferindo-se o art. 2º da CF, isso por acontecer de forma concentrada, e não difusa ou caso a caso, como autoriza o art. 5º, XXXV, da CF.

2. Ademais, ferimento ao princípio da solidariedade (CF, art. 196), por excluir o Município, carregando todas as obrigações ao Estado, algo prejudicial aos necessitados de assistência à saúde em geral por inibi-los de eventualmente demandarem contra o Município.

3. Recurso desprovido. (Agravo de Instrumento nº 70049218423, 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, julgado em 21/11/2012)¹⁷

Ademais, ao Administrador é atribuída a competência para dar destinação aos recursos públicos, de acordo com as dotações orçamentárias existentes e visando ao cumprimento de políticas sociais e econômicas, ações e serviços.

No regime constitucional vigente, para a definição das políticas sociais e econômicas, os entes públicos possuem sua estrutura administrativa organizada, de modo a atender as necessidades de todos os cidadãos, na medida de suas disponibilidades.

Veja-se que a capacidade orçamentária é elemento essencial ao Estado, para que possa fazer as programações necessárias para atender todas as demandas sociais que lhe cumpre satisfazer, juntamente com a eleição de prioridades a serem atendidas, o que também se submete a valoração político-administrativa.

O Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, já decidiu que descabe ao Poder Judiciário invadir o espaço reservado à discricionariedade da Administração, conforme voto proferido pelo Des. Araken de Assis (Apelação Cível Nº 70009814658, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Araken de Assis, Julgado em 24/11/2004)¹⁸:

¹⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo 70049218423**, 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, julgado em 21/11/2012 Disponível em:

http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70049218423&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=70054883608&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris

¹⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 70009814658**, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Araken de Assis, Julgado em 24/11/2004. Disponível em:

http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70009814658&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=70049218423&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris

“Em relação ao mérito, merece reforma a respeitável sentença, que se prendeu à uma tese jurídica e à uma visão particular das funções do Poder Judiciário na sociedade, a partir da Constituição em vigor, descurando dos seus limites políticos e da produção de prova hábil. Daí a confusão entre o problema da possibilidade jurídica e o mérito. Não faço tal distinção, e, por isso, não destaco a preliminar.

(...)

Que na cidade de Uruguaiana, bem como em todos os burgos do País, a segurança pública seja precária, graças à insuficiência de pessoal, a fatores sociais (acentuados, talvez, nas áreas de fronteira) e outras causas variadas, ninguém pode duvidar. Porém, a justificativa invocada pela Administração para deixar de atender às aspirações dos uruguaienses, calcada na existência de problemas estruturais no recrutamento de pessoal e sua manutenção, também é incontestável à primeira vista.

Fundamentalmente, apesar das alegações do agravado em contrário, só cabe ao órgão judiciário examinar a (i)legalidade dos atos da Administração, abstendo-se, ressalva feita ao ar mais rarefeito do controle da constitucionalidade, de interferir em questões eminentemente políticas.

De fato, apesar da sua aura de onipotência, tão acentuada após a Constituição de 1988, a atividade judiciária própria daquele órgão instituído pelo Estado para resolver conflitos exhibe limites naturais bastante perceptíveis, e um deles consiste na impossibilidade de adequada e correta emissão de juízos de conveniência e de oportunidade. Basta examinar o caso vertente: que órgão parece apto a avaliar e deliberar acerca dos problemas de segurança em Uruguaiana – a Secretaria da Segurança Pública, com seus técnicos e aparato logístico, ou a Sra. Juíza de Direito da 2.ª Vara Cível de Uruguaiana, na solidão do seu gabinete? E, de qualquer sorte, como poderá o último órgão judiciário, dotado de restrita competência territorial, decidir que os policiais removidos de Uruguaiana não se mostram indispensáveis, conjuntamente, alhures? Não lhe faltará, por hipótese, visão mais geral do problema, senão elementos científicos para resolvê-lo com vistas ao interesse público além das divisas da sua cidade?

Como se percebe, a copiosa doutrina que defende a substituição da conveniência do Administrador pela do Juiz (ou, parafraseando o que consta dos autos, a arbitrariedade do primeiro pela do outro), ambos órgãos do Estado, acaba por atentar contra a realidade. Não é por outra razão de que um dos patronos da Constituição “dirigista”, de boa linhagem lusitana, tardiamente confessou que, de tanto olhar as estrelas (atividade tradicional e própria dos poetas parnasianos, a exemplo de BILAC), acabara soçobrando dentro de um grande buraco...

Aduzo, por fim, que toda a atividade do Estado, inclusive a judiciária, se baliza pelo princípio da realidade, muito bem exposto por DIOGO DE FIGUEIREIDO MOREIRA NETO (Curso de direito administrativo, p. 63, 10.ª ed., Rio de Janeiro, 1992):

“O Direito Público, em especial, não pode perder-se em formulações impossíveis, ainda porque fugiria à sua finalidade. Sob o padrão da ‘realidade’, os comandos da Administração, sejam abstratos ou concretos, devem ter sempre condições objetivas de serem efetivamente cumpridos em favor da sociedade a que se destinam. O sistema legal-administrativo não pode ser um repositório de determinações utópicas, irrealizáveis e inatingíveis, mas um instrumento sério de modelagem da realidade dentro do possível”.

Acrescento que o provimento judicial infringiria à competência exclusiva do Chefe do Executivo, a teor do art. 82, VIII, e § 1.º, da CE/89.

O direito à segurança é de todos e um dever do Estado. Mas, ele não é exclusivo da cidade de Uruguaiana, nem de outro ponto do

território nacional. No caso, não se curou fazer prova senão das mazelas de Uruguaiana. Idênticas situações se reproduzem em outras cidades. Ora, não há prova alguma de que o Executivo possa prover os cargos e funções em Uruguaiana sem afetar outras áreas; aliás, não há prova, sequer, que o Executivo possa prover tais cargos e funções com o pessoal disponível. Além de matérias jornalísticas, e da prova testemunhal de fls. 478/485 – que em nada auxiliam o assunto –, nada há de concreto, salvo aquela aspiração de todos os brasileiros.

Nesses termos, tudo se resume num ato de vontade: prover os cargos em Uruguaiana, sem embargo de outras necessidades. É evidente não se mostrar possível acolher o pedido nesses termos. Tampouco se pode afirmar que o Estado descumpra, atento ao princípio da realidade, ao art. 144 da CF/88.

(...)

Pelo fio do exposto, dou provimento à apelação para julgar improcedente a ação civil pública.”

Essa invasão da competência administrativa pelo Judiciário, viola também a “reserva do possível”, seja por indisponibilidade fática e/ou jurídica dos recursos ou em razão da inobservância do princípio da proporcionalidade. Isto porque, muitas decisões judiciais impactam seriamente o orçamento da saúde, inclusive, podendo gerar prejuízos aos administrados, na medida em que recursos expressivos terão de ser canalizados para atendimento de demanda individual.

O STF vem reconhecendo que mesmo direitos constitucionais devem se submeter à capacidade econômico-financeira do Estado. Tal posição doutrinária foi brilhantemente defendida pelo voto do eminente Ministro Celso de Mello, por ocasião do julgamento da ADPF 45 (DJ 04/05/2004 p. 00012)¹⁹:

(...) É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política “não pode converter-se em promessa constitucional inseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu

¹⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 45**, Rel. Min. Celso de Mello. Decisão disponibilizada no sítio eletrônico
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28ADPF%29%2845.NUME.+OU+45.DMS.%29%28%28CELSO+DE+MELLO%29.NORL.+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29.NPRO.+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29.DMS.%29%29+NAO+S.PRES.&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/zk86dh3>> Acesso em 06/01/2016.

impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado” (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO). 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. Cumpre 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. Daí a correta ponderação de ANA PAULA DE BARCELLOS (“A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais”, p. 245-246, 2002, Renovar): “Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.” (grifei) Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes

do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.

Infelizmente, circunstância externa impediu que a brilhante exposição acima transcrita fosse submetida ao crivo do colegiado do STF, tendo a ação sido extinta, sem julgamento do mérito.

A importância do tema aqui discutido é tamanha que o STF, recentemente reconheceu a existência de Repercussão Geral no debate envolvendo a interferência do Judiciário nas políticas públicas de saúde, tendo em vista relevância jurídica e social da matéria. O Tema 698 da Repercussão Geral foi assim delimitado: 'Limites do Poder Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado, consistentes na realização de concursos públicos, contratação de servidores e execução de obras que atendam o direito social da saúde, ao qual a Constituição da República garante especial proteção.'

O Conselho Nacional de Justiça preocupado com o aumento expressivo de demandas judiciais relacionadas à tutela do direito à saúde, instituiu através da Resolução nº 107, de 06 de abril de 2010, o Fórum de monitoramento das demandas judiciais relacionadas ao direito à saúde, cabendo ao referido órgão elaborar estudos, propor medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento de procedimentos, o reforço à efetividade dos processos judiciais, bem como, a prevenção de novos conflitos.

Constata-se, portanto, que o Poder Judiciário está tentando corrigir os equívocos ou excessos cometidos, criando uma norma que possui dentre outros objetivos, a prevenção de novos conflitos.

3.1 Limites da Atuação do Poder Judiciário

A maior parte dos Estados democráticos do mundo se organizam em um modelo de separação de Poderes. As funções estatais de legislar, administrar e julgar são atribuídas a órgãos distintos e independentes.

Os três poderes interpretam a Constituição e a atuação de cada um deles está pautada pelos valores e limites ali estabelecidos.

No sistema constitucional vigente, em caso de divergência na interpretação das normas constitucionais e legais, a palavra final caberá ao Poder Judiciário, entretanto, isso não significa que os julgadores estão aptos a decidirem qualquer

matéria.

A doutrina constitucional contemporânea tem explorado duas idéias sobre os limites da capacidade institucional.

A primeira, denominada de Capacidade Institucional, envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria, como por exemplo, aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade, podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou conhecimento específico.

A segunda, chamada de Efeitos Sistêmicos prega uma postura de cautela por parte do Judiciário, visto que o juiz normalmente está preparado para a análise e decisão somente do caso concreto, não possuindo conhecimento para avaliar e prever o impacto de seus decisões sobre um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público²⁰.

As decisões judiciais no âmbito da saúde são o exemplo perfeito da teoria do risco de efeitos sistêmicos, já que as decisões em processos individuais sem observância dos preceitos orçamentários, que será objeto de análise a seguir, põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, na medida em que desorganizam a atividade administrativa, comprometendo, significativamente, a alocação dos escassos recursos públicos.

3.2 Judicialização da Saúde e o Orçamento Público

Num Estado Democrático de Direito, onde o governante não está autorizado a gastar indiscriminadamente os bens públicos, o orçamento é essencial para a gestão das políticas públicas, já que é por meio dele que são definidas as prioridades públicas e o grau de concretização dos direitos sociais, durante certo período de tempo.

Deve-se ter em mente, que ao mesmo tempo que as normas orçamentárias são uma garantia à toda a sociedade, elas constituem fator limitador à atuação do Estado e, muitas vezes são a justificativa para a inércia ou demora na concretização de direitos sociais constitucionalmente previstos²¹. É por esta razão que o aspecto orçamentário é tão importante para a judicialização das políticas públicas.

A Constituição Federal de 1988 deu grande destaque à matéria orçamentária,

²⁰BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acessado em 22/11/2015.

²¹VICTOR, Rodrigo Albuquerque de. **Judicialização de Políticas Públicas para a Educação Infantil**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 107.

tendo promovido significativas mudanças a partir da previsão de um complexo sistema orçamentário, consolidando a concepção do orçamento como um relevante instrumento de planejamento da ação estatal, mas também restituindo ao Congresso poder para realizar um efetivo controle sobre os atos financeiros do Governo. O referido sistema é integrado por três diferentes orçamentos: a) o plano plurianual, b) as diretrizes orçamentárias e c) os orçamentos anuais.

Em síntese, o plano plurianual – PPA – tem a função de estabelecer, de forma regionalizada, as diretrizes, os objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e para os programas de duração continuada, isto é, que ultrapassem o período de um ano correspondente ao orçamento anual. Por sua vez, a lei de diretrizes orçamentárias – LDO – determinará as metas e prioridades da administração pública federal para o exercício financeiro subsequente, orientando a elaboração da lei orçamentária anual, dispondo sobre as alterações na legislação tributária e estabelecendo a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento. Por fim, a lei orçamentária anual – LOA – é aquela destinada a estimar as receitas e autorizar as despesas para um exercício financeiro determinado, devendo compreender: a) um orçamento fiscal, responsável por fixar as receitas e despesas da União no que toca a seus fundos, órgãos e entidades da Administração direta e indireta; b) um orçamento de investimentos relativos às empresas em que a União detenha a maioria do capital volante; e c) um orçamento da seguridade social, com abrangência sobre todas as entidades, órgãos e fundos a ela vinculados.

O sistema orçamentário não apenas previu três distintas leis orçamentárias, como também estabeleceu o desdobramento da LOA em outros três orçamentos específicos, tudo isso com o propósito de estimular um adequado planejamento da ação financeira estatal, permitindo a concretização dos objetivos descritos em toda a Constituição. Em outras palavras, verifica-se que a Constituição de 1988 estruturou sistema orçamentário nacional de forma a assegurar a efetivação da função concebida ao orçamento público moderno de servir como instrumento de planejamento da ação estatal.

Na lição de Eduardo Furtado de Mendonça, o orçamento tem, portanto, a função precípua de servir como instrumento de planejamento da ação estatal existindo duas modalidades de vinculação da Administração: a autêntica e a mínima. A vinculação autêntica se refere ao fato que o orçamento aprovado deve ser tratado como a generalidade dos atos do Poder Público, com a “presunção de imperatividade”; assim, o orçamento teria eficácia de lei, mas não de ato supralegal,

devendo-se reconhecer a existência de espaços de reserva de administração, pelos quais a Administração poderia decidir sobre a conveniência da realização dos gastos. Já a vinculação mínima, entende o autor que, a rigor, sequer se trata de verdadeira vinculação, conformando, na verdade, um dever de motivar o descumprimento da previsão inicial, ou seja, cuida-se de exigir que o administrador leve em conta a decisão orçamentária e forneça motivos para a sua superação.²²

O orçamento público brasileiro, constitui um instrumento jurídico, aprovado pelo Congresso mediante ato tipicamente legislativo que, ao relacionar a estimativa de receita às despesas previstas, afeta os recursos arrecadados aos gastos fixados, servindo, enfim, como instrumento de controle e planejamento. No entanto, a lei orçamentária deve ser adaptada de acordo com a evolução das dinâmicas políticas, sociais e econômicas vivenciadas, durante o exercício financeiro a que corresponde.

Inerente à noção de orçamento público existe a certeza de que as disposições orçamentárias precisam ser amoldadas às situações imprevistas surgidas ao longo do período de sua execução, de modo a garantir o efetivo alcance dos fins que elas corporificam; isto é, de maneira a permitir que o orçamento sirva não só à função de controle dos gastos, mas, principalmente, como instrumento de planejamento estatal, viabilizando a concretização das políticas públicas de atendimento dos interesses sociais e ao desenvolvimento econômico. Essa flexibilização das disposições orçamentárias deriva da aplicação dos princípios da legitimidade, economicidade, e da eficiência que regem a execução orçamentária.

A princípio, todas as despesas orçamentárias seriam impositivas ou obrigatórias. Entretanto, numa análise mais detida pode-se observar que muitos créditos orçamentários podem ser modificados ou mesmo cancelados durante a execução do orçamento. Por outro lado, existem despesas orçamentárias que jamais podem deixar de ser atendidas pelo gestor público, não sofrendo a influência dessa flexibilidade, como é o caso da exigência de aplicação de percentual mínimo das receitas dos impostos em despesas relacionadas à saúde (artigo 198, §§ 2º e 3º da CF).²³

²²MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. **A Constitucionalização das Finanças Públicas no Brasil – devido processo orçamentário e democracia**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2010, p.392-397.

²³ Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços

Faz-se necessário asseverar que a flexibilidade não se confunde com discricionariedade, porquanto a Administração não tem o poder de decidir quanto à conveniência e oportunidade da realização da despesa. Essa decisão já foi previamente tomada tanto pelo Executivo como pelo Legislativo. Aprovado o orçamento público, suas disposições são vinculantes para a Administração e se ela quiser cancelar ou alterar o conteúdo da lei orçamentária, deverá seguir o trâmite constitucional que exige a autorização legislativa, ainda que prévia e geral²⁴.

Especificamente, no tocante aos gastos na área da saúde, face à vinculação constitucional dessa despesa a um percentual fixo das receitas, a Administração tem a obrigação de despender todo o montante financeiro disponibilizado para esse setor.

assistenciais;

III - participação da comunidade.

§ 1º O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:

I - no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento);

II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios;

III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.

§ 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá:

I - os percentuais de que tratam os incisos II e III do § 2º;

II – os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais;

III – as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal.

§ 4º Os gestores locais do sistema único de saúde poderão admitir agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por meio de processo seletivo público, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação.

§ 5º Lei federal disporá sobre o regime jurídico, o piso salarial profissional nacional, as diretrizes para os Planos de Carreira e a regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias, competindo à União, nos termos da lei, prestar assistência financeira complementar aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, para o cumprimento do referido piso salarial.

§ 6º Além das hipóteses previstas no § 1º do art. 41 e no § 4º do art. 169 da Constituição Federal, o servidor que exerça funções equivalentes às de agente comunitário de saúde ou de agente de combate às endemias poderá perder o cargo em caso de descumprimento dos requisitos específicos, fixados em lei, para o seu exercício.

²⁴TIMBÓ, Ivo Cordeiro Pinho. **A Natureza Jurídica do Orçamento Público.**

<http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/2013-2/Ivo_Cordeiro_Pinho_Timbo.pdf>
Acesso em 22/10/2015.

Todavia, isso não quer dizer, que as dotações previstas para cada tipo de crédito programado tenham de ser exauridas; ora, se um programa pode ser realizado a um custo menor do que foi estimado, é óbvio que a Administração deve assim proceder. Contudo, as eventuais sobras monetárias desses créditos têm que ser necessariamente utilizadas em outros programas, novos ou já previstos na LOA.

Ocorre que o Poder Judiciário não observa ou considera as políticas públicas que envolvem o direito à saúde e que estão presentes nas leis orçamentárias. Ficando restrito somente a uma leitura do caso concreto em análise, sem observar todo o planejamento orçamentário, conforme determina a Lei de Responsabilidade Fiscal, inviabilizando dessa forma, a sustentabilidade financeira das políticas públicas de saúde.

Mesmo que a decisão judicial tenha como escopo a concretização do direito fundamental à saúde, na quase totalidade dos casos, não são considerados a complexidade dos critérios normativos legais e a possibilidade da execução por meio dos recursos alocados no orçamento.

As decisões judiciais muitas vezes deixam o administrador público entre a necessidade de desobedecer uma decisão judicial e a prática de conduta tipificada na Lei de Crimes Fiscais, caso ocorra a ordenação de despesa não prevista em lei, ou ainda, crime de responsabilidade fiscal por infringir dispositivo orçamentário ao realizar despesa não prevista ou em montante superior ao previsto no orçamento.

Importante, ressaltar que a realocação de recursos para o cumprimento das decisões judiciais, gera impacto orçamentário relevante, prejudicando muitas vezes as próprias políticas públicas de saúde.

Não se desconhece a realidade de que muitas são as necessidades porém escassos os recursos, da limitação do orçamento público bem como da falta de planejamento na aplicação dos recursos e, que por tais razões a judicialização se tornou um meio de assegurar o direito à saúde forma mais rápida. Mas até que ponto a atuação do Poder Judiciário é legítima? As decisões sobrecarregam o orçamento público e o Judiciário acaba por assumir parcela das atribuições afetas ao Executivo.

Atualmente, o que se verifica que o Poder Judiciário buscando cumprir as normas constitucionais, acaba por implementar diretamente o direito à saúde, fazendo de forma individual aquilo que deveria ser feito por política pública.

O direito à saúde conforme disposto no artigo 196 da Constituição, deve ser garantido através de políticas públicas que assegurem o acesso universal e igualitário aos seus serviços e ações.

Nesse sentido, Fernando Scaff²⁵ nos ensina que a lei orçamentária determina como serão feitos os gastos públicos, inclusive no que diz respeito à efetivação dos direitos fundamentais sociais, portanto, não adiantar falar em direitos sem considerar os recursos financeiros do Estado para concretizá-los.

Como anteriormente referido a implementação de qualquer política pública, só ocorre após sua inclusão nas leis orçamentárias que passam a pautar a atuação do administrador público. Nesse contexto, os “imprevistos” causados pelas decisões judiciais, colocam em risco todo o planejamento orçamentário previamente definido para a realização das políticas públicas de saúde, por vezes inviabilizando a sua execução adequada.

A norma prevista no artigo 196 da Constituição, impõe ao Estado a obrigação de dar tratamento igualitário a todos os cidadãos. Não se pode conceber que o Judiciário defina a forma de aplicação dos recursos públicos destinados à saúde, sob pena de causar um rápido esgotamento dos recursos destinados à promoção e proteção da saúde de todos.

É inegável que o aumento de despesas ocasionado pelas decisões judiciais, acaba por desorganizar as políticas públicas de saúde, na medida em que recursos destinados ao sistema como um todo passam a ser direcionados para o atendimento de situações individuais, com claro prejuízo para a universalidade do atendimento.

Instituir um contingenciamento e remanejamento do orçamento público, descaracterizando a discricionariedade do gasto e a implementação de políticas públicas, sem uma justificativa motivada, constitui um ativismo judicial não salutar para o desenvolvimento social, pelo contrário, promove uma repartição um tanto desigual dos direitos relacionados à saúde, pois efetiva tais medidas somente aos que se socorrem do Judiciário²⁶.

3.3 Ativismo Judicial e o Princípio da Separação de Poderes

O princípio da separação de Poderes parte da identificação das principais funções a serem desempenhadas pelo Estado, as três funções estatais são atribuídas a órgãos distintos, dotados de prerrogativas de independência institucional, disso resultando um sistema de freios e contrapesos inibidor de abusos e altamente

²⁵SCAFF, Fernando F. **Os direitos sociais na Constituição Brasileira**. In: SCAFF, Fernando F.; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel. **A eficácia dos direitos sociais**. São Paulo: Quarter Latin, 2010. p. 22 e ss.

²⁶ROCHA, Márcio Oliveira. **Ativismo Judicial e Direito à Saúde**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p.97.

benéfico às liberdades individuais²⁷.

As Constituições que consagram os postulados do Estado de Direito sempre indicam são os órgãos aos quais cabe o exercício do poder estatal. Cabe lembrar que apesar da determinação de uma função típica a cada um dos poderes, admite-se, em alguma medida e sempre nos estritos termos previstos constitucionalmente, o compartilhamento interorgânico, mas sempre haverá um núcleo essencial da função que não é passível de ser exercido senão pelo Poder competente²⁸.

Para Elival da Silva Ramos, se não se pode afirmar que o ativismo judicial esteja necessariamente associado a Estados cujas Constituições adotam como modelo a independência e harmonia entre os Poderes, não é menos verdadeiro que a identificação do fenômeno, geral, provenha desses sistemas constitucionais. Com efeito, nos Estados democráticos a subversão dos limites impostos à criatividade da jurisprudência, como o esmaecimento de sua feição executória, implica a deterioração do exercício da função jurisdicional, cuja autonomia é inafastável sob a vigência de um Estado de Direito, afetando-se, as demais funções estatais, especialmente a legiferante, configurando gravíssima agressão ao princípio da separação dos Poderes²⁹.

O Supremo Tribunal Federal firmou posicionamento no sentido de que o princípio da separação de poderes se traduz num balanceamento de poderes e não em núcleos de poder estanques³⁰.

Da mesma forma, a doutrina constitucional moderna reconhece que, em virtude da complexidade social apresentada pela sociedade contemporânea, o princípio da separação de Poderes perde cada vez mais força como um ideal clássico, de neutralidade do Judiciário.

Porém, como ensina Márcio Oliveira Rocha, não se pode confundir a suposta neutralidade de atuação do Judiciário, com uma forma de parcialidade de atuação do Judiciário, no sentido de tomar parte de uma causa – tutela de políticas públicas de saúde -, superando todos os óbices possíveis – responsabilidade dos entes, separação de poderes e reserva do possível – para se chegar ao fim esperado³¹.

²⁷RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial Parâmetros Dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 114-115.

²⁸Ibidem, p. 118.

²⁹Ibidem, p. 123.

³⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível no sítio <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363288>> Acessado em 27/02/2016.

³¹ROCHA, Márcio Oliveira. **Ativismo Judicial e Direito à Saúde**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 84.

O posicionamento atual do STF entende ser possível ao Poder Judiciário determinar ao Estado a implementação, em situações excepcionais, de políticas públicas previstas na Constituição, sem que isso acarrete contrariedade ao princípio da separação de poderes.

Como se pode verificar das ementas a seguir transcritas, o posicionamento do STF também está replicado nos Tribunais de Justiça estaduais:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. POLÍTICAS PÚBLICAS. SEGURANÇA PÚBLICA. DETERMINAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. LIMITES ORÇAMENTÁRIOS. VIOLAÇÃO À SEPARAÇÃO DOS PODERES. INOCORRÊNCIA. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – A jurisprudência desta Corte entende ser possível ao Poder Judiciário determinar ao Estado a implementação, em situações excepcionais, de políticas públicas previstas na Constituição sem que isso acarrete contrariedade ao princípio da separação dos poderes. II – Quanto aos limites orçamentários aos quais está vinculado o recorrente, o Poder Público, ressalvada a ocorrência de motivo objetivamente mensurável, não pode se furtar à observância de seus encargos constitucionais. III – Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 768825 AgR / BA Relator(a):Min. RICARDO LEWANDOWSKI Julgamento: 12/08/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-161 DIVULG 20-08-2014 PUBLIC 21-08-2014)³²

APELAÇÕES CÍVEIS. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. SAÚDE PÚBLICA. FORNECIMENTO DE EXAME MÉDICO - POTENCIAL EVOCADO VISUAL - PARA CONFIRMAÇÃO DO DIAGNÓSTICO DE NEURITE ÓPTICA (CID-10 H46) NO OLHO ESQUERDO. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AFASTADA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES PÚBLICOS. PRECEDENTES DO STF E DESTE TRIBUNAL. PROTOCOLO CLÍNICO. AUSÊNCIA DE OFENSA À RESERVA DO POSSÍVEL E AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO E HARMONIA ENTRE OS PODERES. DESPESAS PROCESSUAIS. ISENÇÃO. HONORÁRIOS AO FADEP. MAJORAÇÃO. 1. Incumbe aos Municípios, aos Estados e à União, solidariamente, fornecer tratamento médico aos cidadãos, o que inclui o fornecimento de exames de diagnóstico necessários para tratar suas enfermidades. Nesse rumo, não há falar em ilegitimidade passiva do Município nem em improcedência da ação pelo fato de o exame de saúde pretendido não constar nas listas de responsabilidade municipal. 2. A divisão de competências do SUS não exime os demais entes públicos de custear o tratamento médico dos cidadãos, porquanto uma norma administrativa não pode se sobrepor à Constituição Federal. 3. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido pelo art. 196 da CF. Por tal razão, questões de ordem principiológica e/ou orçamentária não podem se sobrepor às disposições constitucionais. Logo, a ausência de previsão orçamentária não socorre o apelante, pois a teoria da reserva do possível, que é atrelada ao fator custo, não retira do Judiciário a possibilidade de

³²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 768825 AgR / BA** Relator(a):Min. RICARDO LEWANDOWSKI Julgamento: 12/08/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-161 DIVULG 20-08-2014 PUBLIC 21-08-2014. Disponível em: <<http://www.google.com.br/url?url=http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp%3Fid%3D185816747%26tipoApp%3D.pdf&rct=j&frm=1&q=&esrc=s&sa=U&ved=0ahUKEwiShIbx8ejLAhWDF5AKHdseDjlQFggUMAA&sig2=Jl8nGS9wTuoZMO5cKnOH0g&usq=AFQjCNEqtIhxj65Kjxs264ON6iTo9btDdw>>

determinar a implementação de um direito fundamental, no caso, o direito à saúde. Precedentes. Da mesma forma, a competência interna do SUS não é oponível ao particular que possui violado o direito à saúde. 4. Igualmente, não vinga, o argumento da violação à separação dos poderes, pois o direito à saúde é constitucionalmente garantido, assim como o é o livre acesso à Justiça, visando, justamente, assegurar que os entes do Poder Executivo cumpram as políticas públicas determinadas na Carta Magna. 5. Custas judiciais. Na forma do art. 11 do Regimento de Custas, com a redação dada pela Lei Estadual nº 13.471/10, as pessoas jurídicas de direito público são isentas do pagamento das custas processuais e emolumentos, excetuando-se as despesas de condução aos oficiais de justiça em relação ao Estado. Assim, no que tange às custas processuais, à exceção da parcela atinente à condução, faz jus o apelante à isenção pretendida 5. O Município está obrigado a arcar com honorários advocatícios devidos à Defensoria Pública, que devem reverter em favor do FADEP. A condenação sucumbencial, por sua vez, decorre dos princípios da sucumbência e causalidade, insculpidos no art. 20 do CPC. Quantia arbitrada que merece majoração. APELO DO AUTO PROVIDO. APELO DO MUNICÍPIO PARCIALMENTE PROVIDO. DECISÃO NA FORMA DO DISPOSTO NO ART. 557 DO CPC. (Apelação Cível Nº 70067941161, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo, **Data de Julgamento:** 24/02/2016)³³

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. SAÚDE PÚBLICA. CIRURGIA. DIAGNÓSTICO DE PERFURAÇÃO NA MEMBRANA TIMPÂNICA DO OUVIDO DIREITO (CID H72.0). ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONCEDIDA INITIO LITIS. EXTINÇÃO DO FEITO POR PERDA DO OBJETO. DESCABIMENTO. JULGAMENTO DO MÉRITO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO MUNICÍPIO, DO ESTADO E DA UNIÃO. PRECEDENTES DO STF E DESTE TRIBUNAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO REJEITADA. QUESTÕES DE ORDEM ADMINISTRATIVA E ORÇAMENTÁRIA QUE NÃO SE SOBREPÕEM AO DIREITO CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADO. AUSÊNCIA DE OFENSA À SEPARAÇÃO DE PODERES. CUSTAS PROCESSUAIS. ISENÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS AO FADEP. MANUTENÇÃO. 1. A realização da cirurgia, após a antecipação dos efeitos da tutela, não acarreta a extinção do feito com base no art. 267, VI, do CPC, mas desafia julgamento de mérito, a fim de que se reconheça, ou não, a responsabilidade do Estado pelo tratamento pleiteado. Precedentes do TJRS. 2. Descabe a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pelo Município, porquanto incumbe aos Municípios, aos Estados e à União, solidariamente, fornecer tratamento médico aos cidadãos, o que inclui a realização de procedimentos cirúrgicos. 3. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido pelo art. 196 da CF. Por tal razão, questões de ordem orçamentária e administrativa não podem se sobrepor às disposições constitucionais. Logo, a competência interna do SUS não é oponível ao particular que possui violado o direito à saúde. 4. Não vinga, igualmente, o argumento da violação à separação dos poderes, pois o direito à saúde é constitucionalmente garantido, assim como o é o livre acesso à Justiça, visando, justamente, assegurar que os entes do Poder Executivo cumpram as políticas públicas determinadas na Carta Magna. 5. Na

³³RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 70067941161**, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo, Data de Julgamento: 24/02/2016. Disponível em : <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70067941161&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>

forma do art. 11 do Regimento de Custas, com a redação dada pela Lei Estadual nº 13.471/10, as pessoas jurídicas de direito público são isentas do pagamento das custas processuais e emolumentos. Tal isenção não apanha a responsabilidade pelo reembolso nem alcança as despesas judiciais, excetuando-se as despesas de condução aos oficiais de justiça em relação ao Estado. Portanto, no que tange às custas processuais, o Município faz jus à isenção pretendida. 6. O Município, quando vencido, está obrigado a arcar com honorários advocatícios devidos à Defensoria Pública, que devem reverter em favor do FADEP. A condenação sucumbencial, por sua vez, decorre dos princípios da sucumbência e causalidade, insculpidos no art. 20 do CPC. Caracterizado o dever de pagar, tenho que a quantia foi devidamente arbitrada nos termos do art. 20, §§3º e 4º, do CPC, não merecendo redução. APELO DO MUNICÍPIO PARCIALMENTE PROVIDO. APLICAÇÃO DO ART. 557 DO CPC. (Apelação Cível Nº 70067502260, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Torres Hermann, Julgado em 11/02/2016)

34

APELAÇÃO. ECA. AVALIAÇÃO E INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA. TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO. PERDA DO OBJETO. DIREITO À SAÚDE. PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DE PODERES E DA RESERVA DO POSSÍVEL. INDISPONIBILIDADE ORÇAMENTÁRIA. PROVA DO RISCO DE VIDA E URGÊNCIA. DESNECESSIDADE. Não ocorrência da perda do objeto. A concessão e o cumprimento da tutela antecipada não implicam na extinção do processo, pois apenas antecipa efeitos pretendidos na inicial, devendo ela ser confirmada ou não, com o julgamento do mérito. Direito à saúde e Princípios da Separação dos Poderes e da Reserva do Possível. A condenação do Poder Público para que forneça tratamento médico ou medicamento encontra respaldo na Constituição da República, em razão da proteção integral constitucionalmente assegurada ao direito fundamental à saúde. Assim, tal condenação não representa ofensa aos Princípios da Separação dos Poderes e da Reserva do Possível. Direito, Política e Indisponibilidade Orçamentária. A falta de previsão orçamentária do Município para fazer frente às despesas com obrigações relativas à saúde pública revela o descaso para com os administrandos e a ordem constitucional, e que não afasta ou fere a independência dos poderes. Desnecessidade de comprovação de urgência e risco de vida. A ausência de risco efetivo de morte ou de urgência não são justificativas para que o ente estadual não forneça o atendimento pleiteado, tendo em vista a garantia constitucional ao direito à saúde. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. (Apelação Cível Nº 70067192963, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Pedro de Oliveira Eckert, Julgado em 10/12/2015) ³⁵

³⁴RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível Nº 70067502260**, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Torres Hermann, Julgado em 11/02/2016.

Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70067502260&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=70067941161&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>

³⁵RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível Nº 70067192963**, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Pedro de Oliveira Eckert, Julgado em 10/12/2015.

Disponível

em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70067192963&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=70067502260&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>

Não se trata de abolir a regra constitucional, mas sim uma releitura do princípio da separação de poderes para continuar servindo ao seu escopo original de garantir Direitos Fundamentais contra o arbítrio e a omissão estatal.

Por fim, necessário o registro que apesar de ser este o posicionamento majoritário do STF, permanecem sendo proferidas algumas decisões monocráticas de ministros entendendo não ser possível ao Poder Judiciário imiscuir-se em políticas públicas por conta do princípio da separação dos poderes da República.

3.4 Reserva do Possível e o Mínimo Existencial

A escassez de recursos compromete sobremaneira a efetivação de políticas públicas de caráter prestacional. Existem duas formas de limitação à atuação estatal plena. De um lado, a limitação material que corresponde a ausência de recursos propriamente dita. E, de outro lado, as limitações de ordem jurídica, que estão relacionadas à possibilidade jurídica de disposição de recursos existentes. Esses dois aspectos envolvem a ideia de reserva do possível.

A reserva do possível é uma teoria constitucional de origem alemã que entende que a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição da disponibilidade dos respectivos recursos. Porém, esse tipo de decisão somente faz parte do âmbito discricionário da Administração e dos Parlamentos, caso em que se torna uma espécie de limitação ao exercício de concretização dos direitos sociais.

Sobre essa matéria, prevalece o entendimento que o núcleo de direitos relacionados à dignidade da pessoa humana, estaria à salvo das amarras inerentes à reserva do possível. Dignidade da pessoa humana em seu sentido mais restrito, o de mínimo existencial.

Rodrigo Albuquerque de Victor, citando Ana Paula de Barcellos, conceitua o mínimo existencial como núcleo envolvendo quatro frentes: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça, sendo este último um elemento instrumental indispensável à dignidade plena³⁶.

O entendimento do STF sobre os limites e possibilidades de o Poder Judiciário imiscuir-se em políticas públicas dos demais poderes, pode ser visualizada na seguinte ementa³⁷:

³⁶VICTOR, Rodrigo Albuquerque de. **Judicialização de Políticas Públicas para a Educação Infantil**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 102.

³⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 581352 AgR / AM**, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO,

E M E N T A: AMPLIAÇÃO E MELHORIA NO ATENDIMENTO DE GESTANTES EM MATERNIDADES ESTADUAIS – DEVER ESTATAL DE ASSISTÊNCIA MATERNO-INFANTIL RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL – OBRIGAÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, INCLUSIVE AOS ESTADOS-MEMBROS – CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO ESTADO-MEMBRO – DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819) – COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) – **A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCAÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDER COMPROMETER O NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL** (RTJ 200/191-197) – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO ESTADO – A TEORIA DA “RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) – CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 196, 197 E 227) – A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” – A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO – CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO ESTADO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) – DOCTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) – POSSIBILIDADE JURÍDICO-PROCESSUAL DE UTILIZAÇÃO DAS “ASTREINTES” (CPC, ART. 461, § 5º) COMO MEIO COERCITIVO INDIRETO – EXISTÊNCIA, NO CASO EM EXAME, DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA: INSTRUMENTO PROCESSUAL ADEQUADO À PROTEÇÃO JURISDICIONAL DE DIREITOS REVESTIDOS DE METAINDIVIDUALIDADE – LEGITIMAÇÃO ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CF, ART. 129, III) – A FUNÇÃO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO “DEFENSOR DO POVO” (CF, ART. 129, II) – DOCTRINA – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. (RE 581352 AgR / AM, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 29/10/2013, Segunda Turma, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-230 DIVULG 21-11-2013 PUBLIC 22-11-2013)

Julgamento: 29/10/2013. Decisão disponibilizada no sítio eletrônico <<http://www.google.com.br/url?url=http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp%3FiD%3D203350608%26tipoApp%3D.pdf&rct=j&frm=1&q=&esrc=s&sa=U&ved=0ahUKEwif96H86-jLAhXFh5AKHTWJCTAQFggIMAM&sig2=Jyl5Z045N8qDmEXMiFwrgw&usg=AFQjCNFhVgEIkDg1se8mk-by8A9Z7qldOQ>>.

Como se pode verificar, o entendimento é de a reserva do possível é inaplicável sempre que a invocação dessa cláusula puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial, de modo que esse exame seria papel do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas instituídas pela Constituição e não efetivadas pelo poder público.

Interessante notar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, parece trazer um conflito de discursos. Por um lado, aquele que sustenta a possibilidade de o Poder Judiciário intervir em políticas públicas, desde que para fazer cumprir direitos fundamentais, o mínimo existencial. De outro lado, existem decisões em que assumem uma postura de autocontenção, entendendo violadoras do princípio da separação de poderes ordens judiciais que disponham sobre a inadequação de políticas públicas, pois a forma como o Estado-Membro vai garantir o direito social posto à análise, há de ser definida no quadro de políticas sociais e econômicas cuja formulação é atribuição exclusiva do Poder Executivo³⁸.

4 CONCLUSÃO

O Judiciário tem desempenhado uma atuação cada vez mais ativista no exercício de sua competência de interpretar as normas legais, acabando por regular institutos relacionados à competência e às responsabilidades dos outros Poderes,

³⁸MORAIS, Jose Luis Bolsan de; BRUM. Guilherme Valle. **Políticas Públicas e Jurisdição Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016. p. 102-103.

impondo, por exemplo, o dever à Administração em fornecer gratuitamente qualquer insumo relativo ao direito à saúde.

Constatou-se que o direito à saúde passou a ser tratado como verdadeiro direito absoluto, capaz de superar quaisquer óbices, tais como, lista de medicamentos, repartição de atribuições do Ministério da Saúde, os princípios orçamentários, a reserva do possível e até mesmo a Separação de Poderes.

Ocorre que compete exclusivamente aos gestores estabelecer políticas públicas e ações prioritárias, visto que a adoção dessas políticas deve sempre harmonizar inúmeros interesses constitucionalmente protegidos, sendo que ao Poder Judiciário escapa a visão da totalidade dos problemas enfrentados pelo administrador.

Não se pretende dizer que o Poder Judiciário não possa rever o ato discricionário praticado pelo Administrador, o que não se pode admitir, é que uma decisão judicial imponha ao agente público a prática de um ato discricionário cuja escolha de conveniência e oportunidade lhe pertença.

A implementação de qualquer política pública, só pode ocorrer após sua inclusão nas leis orçamentárias que passam a pautar a atuação do administrador público.

As decisões judiciais que não respeitam os princípios orçamentários, colocam em risco todo o planejamento orçamentário previamente definido para a realização das políticas públicas de saúde, por vezes inviabilizando a sua execução adequada.

O artigo 196 da Constituição Federal, impõe ao Estado a obrigação de dar tratamento igualitário a todos os cidadãos. Por essa razão, não se pode conceber que o Judiciário defina a forma de aplicação dos recursos públicos destinados à saúde, sob pena de causar um rápido esgotamento dos recursos destinados à promoção e proteção da saúde de todos.

É inegável que atitude protagonista do Judiciário, por não observar as consequências práticas de sua atuação, acaba por desorganizar as políticas públicas de saúde, na medida em que recursos destinados ao sistema como um todo passam a ser direcionados para o atendimento de situações individuais, com claro prejuízo para a universalidade do atendimento.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.8/9.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acessado em 22/11/2015.

BRASIL. **Constituição Federal**, Promulgada em 05 de outubro de 1988. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

BRASIL. **Lei n. 8080**, de 19 de setembro de 1990. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8080.htm>.

BRASIL. **Lei n. 8666**, de 21 de junho de 1993. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm>.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 10ª Ed. revista e atualizada. São Paulo: Dialética, 2012.

MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. **A Constitucionalização das Finanças Públicas no Brasil – devido processo orçamentário e democracia**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2010.

MORAIS, José Luis Bolsan de; BRUM, Guilherme Valle. **Políticas Públicas e Jurisdição Constitucional. Entre Direitos, Deveres e Desejos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016. p. 102-103.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROCHA, Márcio Oliveira. **Ativismo Judicial e Direito à Saúde**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

SCAFF, Fernando F. **Os direitos sociais na Constituição Brasileira**. In: SCAFF, Fernando F.; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel. A eficácia dos direitos sociais. São Paulo: Quarter Latin, 2010.

TIMBÓ, Ivo Cordeiro Pinho. **A Natureza Jurídica do Orçamento Público**. <http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/20132/Ivo_Cordeiro_Pinho_Timbo.pdf> Acesso em 22/10/2015.

VICTOR, Rodrigo Albuquerque de. **Judicialização de Políticas Públicas para a Educação Infantil**. São Paulo: Saraiva, 2011.