

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS ADMINISTRATIVAS
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM GESTÃO PÚBLICA MUNICIPAL**

**O DIREITO À SAÚDE ENTRE JUDICIALIZAÇÃO E
ATIVISMO JUDICIAL: um estudo sobre o impacto
das demandas judiciais individuais no orçamento do
município de Cachoeira do Sul**

ARTIGO DE CONCLUSÃO DE ESPECIALIZAÇÃO

Felipe Dalenogare Alves

**Santa Maria, RS, Brasil
2014**

**O DIREITO À SAÚDE ENTRE JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO
JUDICIAL: um estudo sobre o impacto das demandas
judiciais individuais no orçamento do município de
Cachoeira do Sul**

Felipe Dalenogare Alves

Artigo apresentado ao Curso de Pós-graduação *lato sensu* em Gestão Pública Municipal, da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito parcial para a obtenção do grau de **Especialista em Gestão Pública Municipal**

Orientador: Prof. Ms. Guerino Antônio Tonin

Coorientadora: Prof. Dra. Mônia Clarissa Hennig Leal

**Santa Maria, RS, Brasil
2014**

**Universidade Federal de Santa Maria
Centro de Ciências Sociais e Humanas
Departamento de Ciências Administrativas
Curso de Pós-Graduação em Gestão Pública Municipal**

A Comissão Examinadora, abaixo assinada,
aprova o artigo científico de Especialização

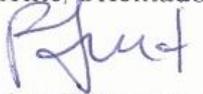
**O DIREITO À SAÚDE ENTRE JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO
JUDICIAL: um estudo sobre o impacto das demandas judiciais
individuais no orçamento do município de Cachoeira do Sul**

elaborado por
Felipe Dalenogare Alves

como requisito parcial para obtenção do grau de
Especialista em Gestão Pública Municipal

COMISSÃO EXAMINADORA:


Guerino Antônio Tonin, Mestre.
(Presidente/Orientador)


Pascoal José Marion Filho, Doutor. (UFSM)


Paulo Sérgio Ceretta, Doutor. (UFSM)

Santa Maria, 19 de julho de 2014

O DIREITO À SAÚDE ENTRE JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL: um estudo sobre o impacto das demandas judiciais individuais no orçamento do município de Cachoeira do Sul

THE RIGHT TO HEALTH BETWEEN JUDICIALISATION AND JUDICIAL ACTIVISM: a study of the impact of individual litigation in the budget of the municipality of Cachoeira do Sul

RESUMO: O presente trabalho expõe o resultado de uma pesquisa bibliográfica e de campo, utilizando-se dos métodos hipotético-dedutivo, para fins de abordagem, e monográfico, a título procedimental, sob a temática da concretização do direito à saúde pelo Poder Judiciário, tendo por objetivo principal analisar, sob os contornos do constitucionalismo contemporâneo, o fenômeno denominado judicialização da saúde. Para tanto, realizou-se um estudo, abordando-se os principais aspectos referentes ao tema, como a problemática concretização dos direitos sociais e à saúde em especial, o fenômeno da judicialização da saúde e sua necessária distinção do ativismo judicial, analisando-se, ao fim, o impacto orçamentário das decisões judiciais aos cofres públicos municipais. No decorrer do trabalho, buscou-se o esclarecimento às questões importantes que permeiam a temática, como: o Executivo municipal de Cachoeira do Sul possui a mensuração do impacto orçamentário/financeiro das decisões judiciais envolvendo demandas individuais e, se possui, qual o impacto destas decisões no orçamento destinado à saúde? Por fim, concluiu-se que o município desponta no bom caminho, possuindo a mensuração do impacto das ações judiciais no seu orçamento destinado à saúde e que esse significa menos que 1% do valor destinado às ações e serviços de saúde.

Palavras-chave: ativismo judicial; direito à saúde; judicialização da saúde.

ABSTRACT: The present work exposes the result of a bibliographical research and field, using hypothetical-deductive methods, for the purpose of approach, and monographic, procedural, under the theme of realization of the right to health by the judiciary, having as main objective to analyze, under the contours of the contemporary constitutionalism, the phenomenon called judicialization of health. To this end, a study was carried out, addressing the main aspects related to the issue, as the problematic implementation of social rights and health in particular, the phenomenon of judicialization of health and their necessary distinction of judicial activism, analyzing, the end, the budget impact of judgments to the public coffers. In the course of work, sought to clarify important issues that permeate the theme, such as: the municipal Executive of Cachoeira do Sul has the budget/financial impact measurement of judgments involving individual demands and, if it has, what is the impact of these decisions on the health budget? Finally, it was concluded that the municipality stands out on the right track, with the measurement of the impact of the lawsuits in its budget for health and that means less than 1% of the value for health actions and services.

Keywords: judicial activism; right to health; judicialization of health.

1 Introdução

O presente trabalho expõe o resultado de uma pesquisa bibliográfica e de

campo, utilizando-se dos métodos hipotético-dedutivo, para fins de abordagem, e monográfico, a título procedimental, sob a temática da concretização do direito à saúde pelo Poder Judiciário, tendo por objetivo principal analisar, sob os contornos do constitucionalismo contemporâneo, o fenômeno da judicialização da saúde.

O estudo, realizado no Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, analisou o impacto no orçamento do município de Cachoeira do Sul destinado à saúde, considerando-se o ano de 2013, por razões metodológicas expostas em tópico específico do trabalho.

As Constituições contemporâneas, dotadas de direitos fundamentais voltados à concretização da dignidade humana, de caráter aberto e principiológico, têm propiciado, principalmente após as atrocidades cometidas na segunda-guerra, cada vez mais, decisões judiciais com alcance político. Isso significa que decisões com grande impacto para o rumo da sociedade, e aqui, literalmente vitais, estão sendo transferidas ao Poder Judiciário e não sendo tomadas pelos Poderes políticos (Legislativo e Executivo) como tradicionalmente ocorria.

Esta transferência decisória, acompanhada, inevitavelmente, de um protagonismo do Poder Judiciário, convencionou-se denominar de “Judicialização”, termo utilizado indiscriminadamente, para explicar fenômenos distintos e complexos. Com o direito fundamental à saúde, não foi diferente. O cidadão, desprovido de concretização por meio das ações e serviços públicos de saúde, integrantes do Sistema Único de Saúde, passou a bater à porta do Poder Judiciário em busca de concretização de seu direito.

Dentre as inúmeras causas, a democratização, o modelo e o amadurecimento da Constituição cidadã, aliada aos remédios jurídicos conferidos ao indivíduo, para que este procure a tutela de seus direitos, seja por si próprio, seja por meio de um rol de legitimados, como a defensoria pública e o Ministério Público, desencadeiam um número cada vez mais crescente de ações judiciais que buscam algo em comum: a concretização do direito à vida e à dignidade humana.

Esta apreciação jurisdicional acaba sendo objeto de inúmeras críticas, pois no epicentro do problema encontram-se o (des)equilíbrio entre o direito individual e o coletivo à saúde. Assim, não raras vezes, o Judiciário é criticado por interferir nas políticas públicas e, principalmente, por desestabilizar o orçamento, vindo a comprometer o andamento da máquina pública, principalmente do Ente municipal, o

mais carente de recursos.

Por certo que a judicialização, inevitavelmente, desencadeia o ativismo judicial, conquanto este daquela não dependa. Importante, porém, destacar que embora caminhem muito próximos, não se constituem o mesmo fenômeno, sendo necessário, mesmo que em breves palavras, sua diferenciação.

Torna-se importante, na crítica à intervenção judicial, que esta se faça acompanhada de comprovação fática, pois, do contrário, não passará de alegação vazia, a qual em nada contribuirá para o estabelecimento de um debate sério e comprometido, que busca uma gestão compartilhada (na concepção de Estado como um todo, formado por todos os Poderes, dos três Entes da Federação) que concretize o direito à saúde.

Conforme se demonstrará no decorrer do trabalho, o tema está em voga, estampando as manchetes dos meios de comunicação, as quais, em grande parte, não favorecem a atuação judicial. Esta necessita constantemente ser aprimorada, não desconsiderando a reserva do possível na sua concepção de razoabilidade (do que é possível se exigir do Estado) e a busca pelo equilíbrio entre o direito individual e o coletivo à saúde.

Diante deste contexto, a pesquisa justifica-se pela necessidade de desenvolvimento de um estudo que esclareça pontos importantes acerca desta temática, como as seguintes questões: o Executivo municipal de Cachoeira do Sul possui a mensuração do impacto orçamentário/financeiro das decisões judiciais envolvendo demandas individuais e, se possui, qual o impacto destas decisões no orçamento destinado à saúde?

À consecução do objetivo proposto, abordou-se, nas três seções do trabalho, os principais aspectos atinentes ao tema, como a problemática concretização dos direitos sociais e à saúde em especial, o fenômeno da judicialização da saúde e sua necessária distinção do ativismo judicial, analisando-se, ao fim, qual o impacto orçamentário das decisões judiciais aos cofres públicos municipais.

2 Os direitos sociais e sua problemática concretização: breves apontamentos sobre o direito à saúde no Brasil

Os direitos fundamentais sociais são também denominados de direitos prestacionais ou direitos positivos, uma vez que, para serem concretizados, exigem

uma prestação positiva por parte do Estado. Assim, sendo os direitos sociais legítimos direitos fundamentais, há de se considerar que suas normas não se tratam de simples recomendações, mas de comandos diretamente aplicáveis (KRELL, 2002, p. 20), opção do constituinte originário (Art 5º, §1º, da Constituição Federal).

É necessário enfatizar a fundamentalidade dos direitos sociais, haja vista estabelecer-se o entendimento de que não se tratam de direitos em subalterna hierarquia aos direitos civis e políticos (BARRETTO, 2012, p. 3). Pelo contrário, no modelo de Estado adotado pela República, os direitos de segunda dimensão constituem-se um verdadeiro paradigma, eis que, pelo seu *status*, conforma aos direitos humanos um prisma social (BARRETTO, 2012, p. 3). Isso porque são indispensáveis não apenas à dignidade, mas à própria existência humana, estando intimamente relacionados à noção de Estado Social e Democrático de Direito, destinando-se à garantia do bem estar geral, às necessidades básicas e à redução das desigualdades (LEAL; ALVES, 2014, p. 10).

Há de se reconhecer que a Constituição deixa margem de autonomia na forma e medida em que deve haver a consecução do direito social, havendo o livre espaço de conformação (KRELL, 2002, p. 22). Assim, compete aos Poderes Políticos a definição das políticas públicas, para que sua previsão não resulte em inexistência ou ineficácia de efetivação.

É notório que a concretização dos direitos sociais e, em especial, o direito à saúde, possui um custo elevado, não sendo, entretanto, exclusividade brasileira (LEAL, R, 2008, 59). Isso, entretanto, não pode constituir barreira à sua concretização, pois tratam-se de direitos impostergáveis (BARRETTO, 2012, p. 3), com status de direitos subjetivos, suscetíveis de serem exigíveis face ao Estado (LEAL; BOLESINA, 2012. p. 16-17).

No que tange ao direito à saúde, em especial, o Constituinte, a fim de que não se tornasse mera promessa, previu que lei complementar estabelecesse a obrigatoriedade da aplicação, por parte da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, de percentuais mínimos, derivados da sua receita (Art. 198, § 2º, da Constituição). No caso da União, trata-se do montante empenhado no ano anterior, acrescido da variação do PIB e, no tocante aos demais Entes, os estados e Distrito Federal deverão investir 12% da sua receita tributária, enquanto os municípios

deverão investir 15%¹.

A previsão do Constituinte se funda na dupla fundamentalidade do direito à saúde (formal e material). Formal porque está positivado no ápice de nossa Constituição, no capítulo destinado aos direitos fundamentais, constituindo-se norma hierarquicamente superior, além de estar protegido pela petrificação atribuída às normas referentes aos direitos e garantias fundamentais, sem desconsiderar, ainda, que possui aplicabilidade direta, vinculando não apenas o Estado, mas também aos particulares (SARLET, 2007, p. 2-3). Material porque se trata de um bem jurídico indispensável não apenas à manutenção da vida, mas ao gozo desta com dignidade, para que possa desfrutar dos demais direitos inerentes à pessoa humana (SARLET; FIGUEIREDO, 2013, p. 113).

Dessa forma, o Constituinte, além de prever o direito, foi além, estabelecendo que este deve ser garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos, com acesso universal e igualitário às ações e serviços (de relevância pública) a sua promoção, proteção e recuperação, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou por meio de terceiros, ainda que por pessoa física ou jurídica de direito privado (Art. 196 e 197 da Constituição Federal de 1988).

Fiel à analiticidade da Constituição, ele estabeleceu que o direito à saúde seria concretizado por meio de um sistema único, com atribuições, dentre outras que a lei viesse a estabelecer, de controle e fiscalização de procedimentos, produtos e substâncias de interesse à saúde; participação na produção de medicamentos, equipamentos imunobiológicos, hemoderivados e outros; execução das ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; ordenação à formação de recursos humanos na área de saúde; participação da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; inspeção de alimentos, compreendendo o controle de seu teor nutricional; participação no controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e

¹ Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012: Art. 6º Os Estados e o Distrito Federal aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 12% (doze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam o art. 157, a alínea "a" do inciso I e o inciso II do caput do art. 159, todos da Constituição Federal, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios. Art. 7º Os Municípios e o Distrito Federal aplicarão anualmente em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 15% (quinze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam o art. 158 e a alínea "b" do inciso I do caput e o § 3º do art. 159, todos da Constituição Federal.

produtos psicoativos, tóxicos e radioativos, além da colaboração na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho (Art. 200 da Constituição Federal).

Diante disso, há de se ter em mente que o Estado deve promover políticas sociais e econômicas que garantam, na plenitude, o direito à saúde, pois “qualquer política pública no Brasil tem como função nuclear de servir como esfera de intermediação entre o sistema jurídico constitucional (e infraconstitucional) e o mundo da vida republicana, democrática e social que se pretende instituir no país” (LEAL, R, 2008, p. 52).

Assim, se os Poderes políticos não demonstrarem, por si próprios, a capacidade de atender minimamente os anseios básicos da população, cada vez mais massiva, como a necessidade de medicamentos e procedimentos médico-cirúrgico-terápico-hospitalares, isso passará a ser objeto de debate na esfera judicial (LEAL, R, 2008, p. 53-54), constituindo-se o que se convencionou denominar judicialização da saúde, que será analisado no tópico a seguir.

3. O direito à saúde e a concretização pelo Poder Judiciário: os caminhos entre a judicialização e o ativismo judicial

Como visto, o direito à saúde é um direito fundamental. Como tal, deve ser garantido a todos os brasileiros e aos estrangeiros residentes ou de passagem pelo país, não havendo como delimitar quem tem ou não direito à saúde prestada pelo Estado². Ademais, não há como definir quais “são os critérios utilizados para determinar quem efetivamente necessita de auxílio do Estado para prover suas demandas a este título e quem não precisa, o que de plano se sabe não existir ao menos em *numerus clausulus*” (LEAL, R, 2008, p. 53).

O fenômeno da judicialização no Brasil pode ser compreendido, em breves palavras, à apreciação, cada vez mais constante, de questões até então analisadas, debatidas e deliberadas na esfera política, pelo Poder Judiciário. Este fenômeno, notadamente, ganhou maior amplitude após a Constituição Federal de 1988, não sem motivos, denominada “Constituição Cidadã”, pois além de prever um extenso rol

² Exclui-se, aqui, do usufruto ao direito fundamental social, os estrangeiros que se dirigem ao solo brasileiro, com a finalidade precípua de utilizar-se da saúde pública brasileira, como ocorre frequentemente nas regiões de fronteira, excetuando-se, obviamente, as situações de acordos mútuos internacionais, como o acordo bilateral entre Brasil e Uruguai. Cf: <<http://www.brasil.gov.br/saude/2011/10/brasil-e-uruguai-organizam-assistencia-de-saude-para-populacao-na-fronteira>>. Acesso em: 14 jun 14.

de direitos, conferiu instrumentos (a exemplo das ações constitucionais) e tutores legitimados a busca-los (como a defensoria pública e o ministério público, dentre outros)³.

A judicialização da saúde, por sua vez, pode ser vislumbrada como a promoção/concretização deste direito pelo Poder Judiciário, geralmente postulado por intermédio de ações individuais em face do Poder Público (União, Estados/Distrito Federal e Municípios). Em outras palavras, significa dizer que se trata da transferência da prestação do direito à saúde dos Poderes Políticos (Executivo e Legislativo) para o Judiciário.

O fenômeno da judicialização, e da saúde especialmente, se de um lado proporciona um certo protagonismo ao Judiciário⁴, pois transfere discussões literalmente vitais à sociedade para a arena judicial, de outro demonstra a incapacidade, o caos e a falência do Poder Público em proporcionar e cumprir suas competências precipuamente atribuídas.

Com isso, a sociedade passa a bater à porta do Poder Judiciário, com demandas das mais variadas, que passam pelo fornecimento de medicamentos, realização de cirurgias e procedimentos diversos, até a incorporação de novas tecnologias no âmbito do SUS⁵, sobrecarregando a jurisdição com um número cada vez mais crescente de ações.

Em estudo realizado pela Consultoria Jurídica da União junto ao Ministério da Saúde, contabilizou-se (levando-se em consideração apenas as ações em que a União figurou como ré), no ano de 2009, 10.486 (dez mil, quatrocentos e oitenta e seis) ações envolvendo o direito à saúde; no ano de 2010, 11.203 (onze mil, duzentos e três) ações; no ano de 2011, 12.436 (doze mil, quatrocentas e trinta e

³ Cf. LEAL, Mônia Clarissa Hennig; ALVES, Felipe Dalenogare Alves. *A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DO DIREITO: um fenômeno decorrente de múltiplas causas, sob diferentes abordagens*. In: XI Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea. Santa Cruz do Sul: EdUNISC, 2014. Disponível em: <<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/11728>>. Acesso em: 14 jun 14.

⁴ Cf. ALVES, Felipe Dalenogare; MEOTTI, Francieli Freitas. *O STF E A GUARDA DA CONSTITUIÇÃO: a judicialização e o ativismo judicial ao melhor estilo "Show das Poderosas"*. In: BOLESINA, Iuri; GERVASONI, Tamiris Alessandra. *DIPOP: o direito na cultura pop*. Curitiba: Ithala, 2014. p. 91-104.

⁵ Cf. *Ações judiciais impetradas para obtenção de medicamentos e tratamentos especiais: a judicialização da saúde*. Associação Médica de Brasília. Disponível em: <<http://www.ambr.org.br/acoes-judiciais-impetradas-para-obtencao-de-medicamentos-e-tratamentos-especiais-a-judicializacao-da-saude>>. Acesso em: 14 jun 14.

seis) ações⁶.

A judicialização do direito à saúde, indubitavelmente, traz um desequilíbrio às políticas públicas constituídas (embora se reconheça que se trata de um direito subjetivo, portanto perfeitamente exigível na seara judicial). Isso porque “atendendo-se somente aqueles que acorrem de pronto ao poder público (Executivo ou Judicial), pode-se correr o risco de esvaziar a possibilidade de atendimento de todos aqueles que ainda não tomaram a iniciativa de procurar o socorro público” (LEAL, R, 2008, p. 53).

No Brasil, a judicialização da saúde é um fenômeno que precisa, constantemente, ser estudado. Algo é incontestável: decorre de inúmeras causas, dentre as quais, a principal se funda na problemática implementação do Sistema Único de Saúde, com a oferta deficiente de serviços públicos que deveriam ser prestados de forma universal (VALLE, 2013, p. 14).

De tudo o que foi dito, o que há de se afirmar é que o Estado (entenda-se Legislativo, Executivo e Judiciário) são os principais responsáveis pela concretização do direito à saúde. Este direito, por se tratar de um direito subjetivo, principalmente diante da nova ordem constitucional, desencadeou um acréscimo de demandas individuais jamais visto no cenário nacional.

Frente a isso, o estudo acerca do impacto causado pelas demandas individuais no orçamento municipal destinado à saúde demonstra-se necessário à compreensão do fenômeno da judicialização, principalmente no que tange ao equilíbrio entre o direito individual e o coletivo à saúde, além de colaborar na construção de parâmetros à atuação do Poder Judiciário na busca de sua concretização.

As manchetes envolvendo o tema, expostas nos meios de comunicação, nem sempre são favoráveis ao Judiciário, estando, em grande parte, relacionadas ao fenômeno denominado ativismo judicial. Assim, necessário diferenciar o processo de judicialização do ativismo judicial, pois, embora sejam duas faces da mesma moeda, não são, necessariamente, a mesma moeda (LEAL, 2012a, p. 37).

Como visto, a judicialização provém de múltiplos fatores, dentre eles, em um Estado desprovido de realizações sociais como o brasileiro, da ineficiência dos

⁶ Estudo da Consultoria Jurídica da União junto ao Ministério da Saúde. Intervenção Judicial na Saúde Pública: Panorama no âmbito da Justiça Federal e apontamentos na seara das Justiças Estaduais. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/arquivos/Panorama.pdf>>. Acesso em: 14 jun 14.

Poderes políticos em concretizar os anseios do cidadão, que, agora dispondo de remédios processuais democraticamente conferidos, aciona Judiciário, o qual deve dar uma resposta, provendo a prestação jurisdicional (LEAL, 2012a, p. 37-38).

Não há de se negar que a judicialização abre caminhos ao ativismo judicial, mesmo que dela não seja dependente (LEAL, 2012b, p. 430). Este, por sua vez, não detém um conceito pronto e acabado, mas seus contornos giram em torno de uma atuação proativa do Poder Judiciário, geralmente associada a uma eventual interferência na esfera de atuação dos demais Poderes (BARROSO, 2009, p. 6), não estando relacionado a um sistema jurídico específico, embora se mostre mais próximo aos sistemas constitucionais de origem romano-germânica (RAMOS, 2010, p. 129)⁷.

Dito de outra forma, o ativismo consiste em um determinado modo de interpretação e aplicação da norma constitucional, tendo como principais características, além de uma relativização da relação entre os Poderes, uma atuação intensificada e ampliada da jurisdição constitucional, com uma expansão da atuação do Judiciário a âmbitos até então jamais vistos. Assim, o Poder Judiciário invoca a responsabilidade pela garantia da Constituição e dos direitos fundamentais e, sob o argumento de sua proteção, desempenha funções e toma decisões que não lhe seriam atribuídas⁸.

O problema reside na dificuldade de se estabelecer qual seria uma decisão ativista ou, ainda, parâmetros para classificá-la ou não como ativista. Neste aspecto, há dois pontos fundamentais a balizar a atuação do Judiciário: a razoabilidade do que é possível se exigir do Estado (a concepção original da Reserva do Possível) e o equilíbrio entre o direito individual e o coletivo à saúde.

Como exemplo de manchetes que instigam a crítica e colocam em debate a concretização do direito à saúde pelo Judiciário, apenas a título de exemplo, é possível destacar as seguintes: “Justiça obriga Estados a fornecerem xampu,

⁷ Leal faz importante reflexão, destacando as dificuldades hermenêuticas e pragmáticas que a expressão “ativismo judicial” apresenta, principalmente diante da inexistência de critérios possíveis e claros para se estabelecer quando uma decisão pode ser taxada como ativista, enfatizando que o conceito do que é considerado “ativo” é relativo e variável, uma vez que necessita uma atividade interpretativa que não possui estândares definidos, variando em determinado tempo e espaço. LEAL, 2012b, Op Cit. p. 439.

⁸ Como exemplo, Leal destaca a destinação de recursos públicos, determinação à atuação do legislador à satisfação de omissões legislativas, dentre outros. LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdicción constitucional, judicialización y activismo judicial desde la perspectiva del Supremo Tribunal Federal brasileño*. In: BRAVO, Álvaro Sánchez *et al.* Derechos Sociales en Tiempos de Crisis. Sevilla: Punto Rojo Libros, 2013. p. 154-155.

esmalte, Viagra”⁹; “Justiça concede direito a Viagra gratuito a oito cariocas”¹⁰; “Judicialização na saúde faz desigualdade avançar, diz especialistas”¹¹; “Justiça bloqueia recursos da SESP para tratamento de idoso”¹²; “Interferência judicial na saúde daria para construir uma UBS”¹³; “O paciente de R\$ 800 mil”¹⁴.

Todas as reportagens giram ao redor da razoabilidade do objeto das demandas e do (des)equilíbrio entre o direito subjetivo individual e o coletivo à saúde. Referente à razoabilidade, esta refere-se à concepção original da reserva do possível, ou seja, não em sua versão associada à disponibilidade de recursos, “fruto de um direito constitucional comparado equivocado” (KRELL, 2002, p. 51), mas sim aquela vinculada à formulação pelo Tribunal Constitucional Alemão, no sentido de se avaliar o que é possível, dentro de critérios de proporcionalidade e de razoabilidade, exigir-se do Estado em termos de prestação¹⁵.

O debate envolvendo o (des)equilíbrio entre o direito individual e o direito coletivo à saúde deve existir, isso porque há de se reconhecer que “a satisfação de um problema imediato poderá inviabilizar centenas de outros tão importantes e legítimos quanto este, haja vista que os recursos financeiros e materiais para tanto são finitos” (LEAL, R, 2008, p. 54). De toda a sorte, é inegável que o Poder Judiciário deve estar atento à concretização do direito por intermédio de políticas públicas que visem a efetivação coletiva do direito, não podendo, entretanto, deixar de garanti-lo, pontualmente, na inexistência ou ineficácia destas políticas.

Dentre as críticas que se faz à intervenção judicial na efetivação do direito individual está o comprometimento do orçamento público, principalmente dos

⁹ Jornal O Estado de São Paulo. 15 de março de 2006. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/arquivo/vidae/2006/not20060315p69319.htm>>. Acesso em: 23 nov 13.

¹⁰ Jornal O Estado de São Paulo. 2 de dezembro de 2004. Disponível em: <<http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,justica-concede-direito-a-viagra-gratuito-a-oito-cariocas,20041202p16461>>. Acesso em: 14 jun 14.

¹¹ Jornal Folha de São Paulo. 29 de março de 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/seminariosfolha/2014/03/1432517-judicializacao-na-saude-faz-desigualdade-avancar-dizem-especialistas.shtml>>. Acesso em 14 jun 14.

¹² Portal CBN. 12 de junho de 2014. Disponível em: <<http://www.cbnfoz.com.br/editorial/brasil/para/12062014-154295-justica-bloqueia-recursos-da-sespa-para-tratamento-de-idoso>>. Acesso em: 14 jun 14.

¹³ Jornal da Manhã. 6 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://jmonline.com.br/novo/?noticias,6,POLITICA,32013>>. Acesso em: 14 jun 14.

¹⁴ Revista Época. 16 de março de 2012. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/tempo/noticia/2012/03/o-paciente-de-r-800-mil.html>>. Acesso em: 14 jun 14.

¹⁵ Cf. LEAL, Mônia Clarissa Hennig; ALVES, Felipe Dalenogare. *Direitos Sociais, Políticas Públicas e Orçamento: um controle jurisdicional pela reserva do possível no sentido do que é razoável se exigir do Estado*. In: ALVES, Felipe Dalenogare; BECKER, Fabiano de Oliveira; SILVEIRA, Silomar Garcia. *A Administração Pública Municipal e os desafios contemporâneos*. São Paulo: PerSe, 2014. p. 9-34.

municípios, com demandas individuais. Como visto nas reportagens acima, há críticas em que, supostamente, uma única decisão judicial esvaziara o orçamento da saúde.

O que se tem notado, entretanto, é que muitas dessas críticas são vazias, desprovidas de sustentação probatória, não havendo, por parte dos Entes públicos, mensurações concretas que efetivamente comprovem o impacto orçamentário/financeiro ocasionados pelas demandas individuais no orçamento destinado à saúde. Diante disso, é que se buscou realizar o estudo deste impacto no município de Cachoeira do Sul-RS, como se passará a ver no tópico a seguir.

4. O impacto das demandas individuais no orçamento municipal destinado à saúde no município de Cachoeira do Sul

Preliminarmente, é necessário destacar que a definição do município de Cachoeira do Sul como Ente a ser pesquisado deu-se em razão do propósito do curso de especialização em gestão pública municipal, oferecido pela Universidade Federal de Santa Maria nesse município, qual seja, o aprimoramento da sua gestão.

O estudo, entretanto, realizou-se no Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas - CIEPPP, ligado ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito (mestrado e doutorado) da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, especificamente no Grupo de Estudos e Pesquisa “Jurisdição Constitucional Aberta”, vinculado ao CNPq e coordenado pela Prof^a. Pós-Dr^a. Mônia Clarissa Hennig Leal.

A delimitação do lapso temporal a ser pesquisado restringiu-se ao ano de 2013, em razão de ser o primeiro orçamento municipal (aprovado pela Lei Municipal nº 4.189 de 19 de dezembro de 2012)¹⁶, na vigência da Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012, que estabelece os percentuais mínimos a serem investidos pelos municípios na saúde.

A lei orçamentária anual (Lei 4.189/12) do município estabeleceu a receita orçamentária estimada, para o ano de 2013, em R\$ 174.271.000,00 (cento e setenta e quatro milhões, duzentos e setenta e um mil Reais), que foi disposta na proporção de R\$ 5.750.000,00 (cinco milhões, setecentos e cinquenta mil Reais) para a

¹⁶ Disponível em: <<http://www.resultonline.net/sgl025rs/doc/Lei%204.189-2012.doc>>. Acesso em 15 jun 14.

Câmara Municipal, R\$ 25.624.000,00 (vinte e cinco milhões, seiscentos e vinte e quatro mil Reais) para o Fundo de Aposentadoria e Pensão dos Servidores Municipais e R\$ 142.897.000,00 (cento e quarenta e dois milhões, oitocentos e noventa e sete mil Reais) para o Executivo Municipal¹⁷.

O orçamento anual de 2013, em valores e percentuais, foi assim disposto e representado na figura 1:

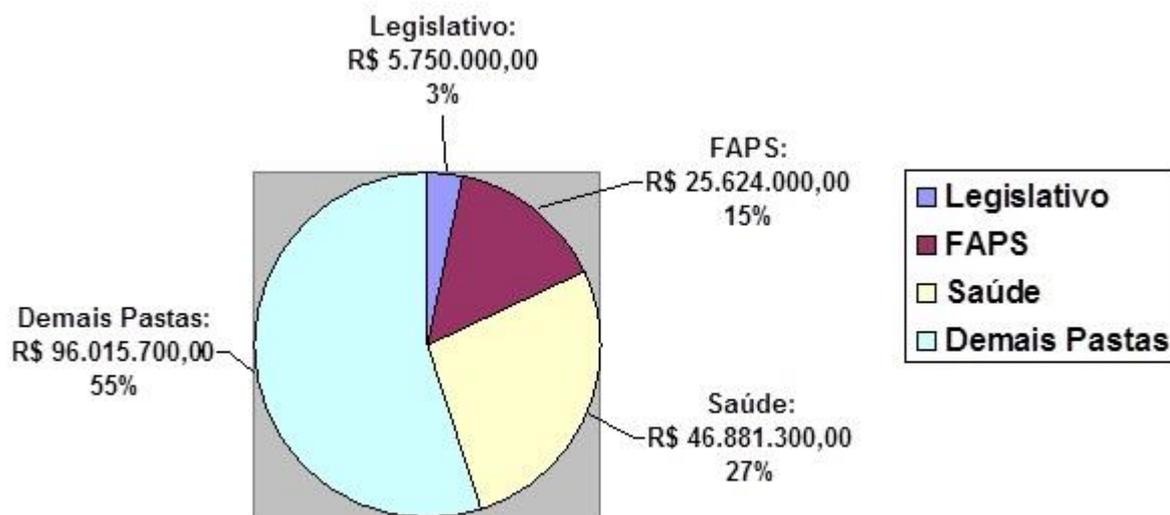


Figura 1 - Orçamento Anual Municipal 2013

Observa-se que o percentual destinado para a saúde em 2013 foi de 27% do orçamento municipal, ou seja, o Ente cumpriu o percentual mínimo estabelecido no Art. 7º da LC nº 141/12. O orçamento inicial da saúde foi suplementado em R\$ 11.245.778,57 (onze milhões, duzentos e quarenta e cinco mil, setecentos e setenta e oito Reais e cinquenta e sete Centavos), passando para R\$ 58.127.078,57 (cinquenta e oito milhões, cento e vinte e sete mil, setenta e oito Reais e cinquenta e sete Centavos). Deste total, foi efetivamente empenhado, no ano financeiro de 2013, o valor de R\$ 46.081.484,71 (quarenta e seis milhões, oitenta e um mil, quatrocentos e oitenta e quatro Reais e setenta e um Centavos).

Da estimativa inicial, havia sido orçado o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil Reais) para o cumprimento de decisões judiciais. Houve a necessidade de suplementar este valor em R\$ 260.000,00 (duzentos e sessenta mil Reais) passando para R\$ 270.000,00 (duzentos e setenta mil Reais). Deste valor atualizado, foi efetivamente empenhado o montante de R\$ 242.930,05 (duzentos e quarenta e dois

¹⁷ Dados disponíveis para consulta, no orçamento consolidado de janeiro a dezembro de 2013 em: <<http://200.180.155.170/pronimtb/index.asp?acao=3&item=4>>.

mil, novecentos e trinta Reais, e cinco Centavos).

O impacto das decisões judiciais no orçamento destinado à saúde, considerando-se os valores empenhados no ano de 2013, é assim representado na figura 2:

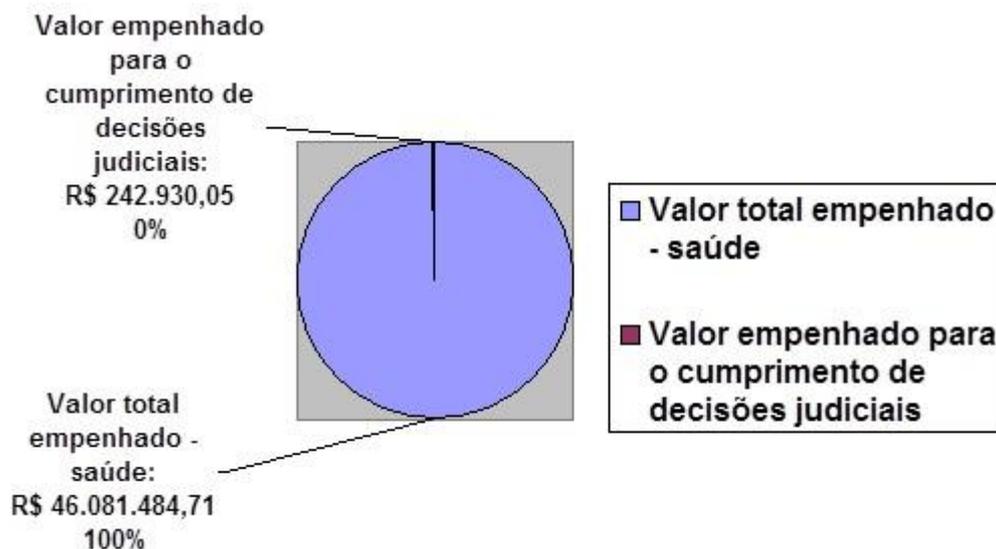


Figura 2 - Montante destinado ao cumprimento de decisões judiciais - 2013

Observa-se que o valor utilizado para o cumprimento de decisões judiciais não representa 1% do valor empenhado para a saúde. Deste percentual, foram efetivamente pagos (última fase da execução da despesa) R\$ 241.700,80 (duzentos e quarenta e um mil, setecentos Reais e oitenta Centavos). Deste pagamento total, R\$ 28.667,22 (vinte e oito mil, seiscentos e sessenta e sete Reais e vinte e dois centavos) foram destinados à aquisição de medicamentos e R\$ 213.033,58 (duzentos e treze mil, trinta e três Reais e cinquenta e oito Centavos) foram destinados a procedimentos médicos/terapêuticos (anexo I).

Dos valores levantados, é possível perceber que o impacto das decisões judiciais no orçamento municipal destinado à saúde é inexpressível, não chegando a um por cento do total, o que pode ser atribuído a três hipóteses: a) a gestão municipal desenvolve um trabalho satisfatório, tornando desnecessária a judicialização do direito à saúde; b) por se tratar de responsabilidade solidária, o Judiciário tem preterido o Ente municipal, demandando o Estado; c) por haver jurisdição federal no município, se tem judicializado a saúde nesta justiça especializada, sendo a União demandada para o cumprimento das decisões. Quanto a esta última, torna-se pouco provável, eis que o a cidade ainda carece da presença da Defensoria Pública da União.

Por fim, constatou-se que o Município dispunha das informações adequadas, o que colabora para uma visão do impacto da judicialização da saúde no seu orçamento. Assim, diante do constatado, verifica-se que qualquer alegação de indisponibilidade de recursos ou, ainda, ingerência judicial indevida que comprometa o orçamento municipal tornar-se-ia desprovida de constatação fática.

5 Conclusão

Diante de todo o exposto, conclui-se que o fenômeno da judicialização da saúde provém de diferentes causas, dentre as quais a democratização, o modelo e o amadurecimento da Constituição da República, aliada aos instrumentos processuais conferidos ao cidadão (a exemplo das ações constitucionais), para que este procure a tutela de seus direitos, seja por si próprio, seja por meio de um rol de legitimados, como a defensoria pública e o Ministério Público.

O número massivo de decisões judiciais exige uma apreciação jurisdicional com responsabilidade, buscando o equilíbrio entre o direito individual e o coletivo à saúde. Neste ponto, a diferenciação entre o fenômeno da judicialização, historicamente construído, salutar ao Estado Democrático de Direito e o ativismo judicial, que ocasiona uma atuação do Poder Judiciário a âmbitos até então jamais vistos, sob o manto da concretização de direitos, desempenhando funções e tomando decisões que não lhe são atribuídas, torna-se indispensável à busca de uma gestão compartilhada entre todos os Poderes dos Entes federados.

Por outro lado, alegações vazias, desprovidas de estudos e comprovações fáticas, em nada contribuirão para a melhoria do sistema hoje posto. Frente a isso, foi possível observar o que o Município de Cachoeira do Sul desponta ao bom caminho. Primeiro ao possuir a mensuração do impacto causado pelas decisões judiciais no seu orçamento destinado à saúde. Segundo que este impacto não representa sequer um por cento do orçamento, comprovando, faticamente, que qualquer alegação de interferência indevida, no âmbito deste município, tornar-se-ia infundada.

De outra sorte, é possível concluir, diante dos números, que este impacto pouco significativo resulta de uma (ou mais) das três possibilidades, quais sejam o trabalho satisfatório da gestão municipal na concretização do direito à saúde, tornando desnecessária a judicialização; a preterição do Município nas ações

judiciais, demandando-se o Estado do Rio Grande do Sul; ou, por haver jurisdição federal no município, a União é demandada para o cumprimento das decisões.

Por derradeiro, para o que se propôs este trabalho, reafirma-se que o direito à saúde é tema literalmente vital à sociedade brasileira e, por se tratar de direito fundamental, está diretamente relacionado à vida e à dignidade humana, devendo ser concretizado pelo Estado, como um todo. Nesta concretização, entretanto, não se pode deixar de considerar a concepção original da reserva do possível, oriunda da teoria alemã, relacionada à razoabilidade do que é possível se exigir do Estado, o que contribuirá para o equilíbrio entre o direito individual e o coletivo.

Referências

- ALVES, Felipe Dalenogare; MEOTTI, Francieli Freitas. *O STF E A GUARDA DA CONSTITUIÇÃO: a judicialização e o ativismo judicial ao melhor estilo “Show das Poderosas”*. In: BOLESINA, Iuri; GERVASONI, Tamiris Alessandra. *DIPOP: o direito na cultura pop*. Curitiba: Ithala, 2014.
- BARRETTO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: *Revista Quaestio Iuris*. v. 1. n. 6-9. Rio de Janeiro: UERJ, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. In: *Revista Atualidades Jurídicas*. n. 4. Brasília: OAB Editora, 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2013.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 jun. 2014.
- _____. *Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp141.htm>. Acesso em: 14 jan. 2014.
- CACHOEIRA DO SUL. *Lei Municipal nº 4.189, de 19 de dezembro de 2012*. Disponível em: <<http://www.resultonline.net/sgl025rs/doc/Lei%204.189-2012.doc>>. Acesso em 15 jun. 2014
- KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Fabris Editor, 2002.
- LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *La inducción de políticas públicas por los tribunales constitucionales y por los tribunales internacionales: judicialización x activismo judicial*. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. (orgs). *Direitos Sociais & Políticas Públicas*. t. 12. Santa Cruz do Sul: EdUNISC, 2012a.

_____. La jurisdicción constitucional entre judicialización y activismo judicial: existe realmente "un activismo" o "el" activismo. In: *Estudios Constitucionales*. v. 10, n. 2. Santiago: CECOCH, 2012b. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002012000200011&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 18 out. 2013.

_____. *Jurisdicción constitucional, judicialización y activismo judicial desde la perspectiva del Supremo Tribunal Federal brasileño*. In: BRAVO, Álvaro Sánchez et al. *Derechos Sociales en Tiempos de Crisis*. Sevilla: Punto Rojo Libros, 2013.

_____; BOLESINA, Iuri. Três “porquês” a jurisdição constitucional brasileira diante do (aparente) conflito entre o mínimo existencial e a reserva do possível na garantia dos direitos fundamentais sociais e no controle de políticas públicas: há mesmo escolhas trágicas? In: *Revista do Direito*. n. 38. Santa Cruz do Sul: UNISC, 2012.

_____; ALVES, Felipe Dalenogare. *DIREITOS SOCIAIS E CONTROLE JURISDICCIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA ORDEM CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA: a reserva do possível e o mínimo existencial como fundamentos para a atuação do Judiciário*. In: ALVES, Felipe Dalenogare; BECKER, Fabiano de Oliveira; SILVEIRA, Silomar Garcia. *Novos Paradigmas na Administração Pública Municipal Contemporânea*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2013.

_____; ALVES, Felipe Dalenogare. *Direitos Sociais, Políticas Públicas e Orçamento: um controle jurisdiccional pela reserva do possível no sentido do que é razoável se exigir do Estado*. In: ALVES, Felipe Dalenogare; BECKER, Fabiano de Oliveira; SILVEIRA, Silomar Garcia. *A Administração Pública Municipal e os desafios contemporâneos*. São Paulo: PerSe, 2014.

_____; ALVES, Felipe Dalenogare Alves. *A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DO DIREITO: um fenômeno decorrente de múltiplas causas, sob diferentes abordagens*. In: *Anais do XI Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea*. Santa Cruz do Sul: EdUNISC, 2014. Disponível em: <<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/11728>>. Acesso em: 14 jun. 2014.

LEAL, Rogério Gesta. *A quem compete o dever de saúde no direito brasileiro? Esgotamento de um modelo institucional*. In: *Revista de Direito Sanitário*. v. 9, n. 1. São Paulo: USP, 2008. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13101>>. Acesso em: 3 nov. 2013.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do Direito à Saúde na Constituição de 1988*. In: *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. n. 11. Salvador: IBDP, 2007. Disponível em: <<http://direitodoestado.com.br/rere>>. Acesso em: 14 jun. 2014.

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *O DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO E PROMOÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL*: principais aspectos e problemas. In: RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri. *Temas Aprofundados da Defensoria Pública*. Salvador: Juspodivm, 2013.

VALLE, Vanice Lírio do. Judicialização das políticas públicas no Brasil: até onde nos podem levar as asas de Ícaro. In: *Revista do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro*. 3. n. Rio de Janeiro: TJRJ, 2013. Disponível em: < <http://app.tjrj.jus.br/revista-juridica/especial/files/assets/downloads/publication.pdf>>. Acesso em: 3 nov. 2013.

ANEXO I



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DE CACHOEIRA DO SUL
Princesa do Jacuí - capital nacional do arroz
SECRETARIA MUNICIPAL DA SAÚDE - SMS

Folha de Informação nº 003 do Processo nº 7673/14

Informamos que o montante de recursos destinados para cumprir decisões judiciais em 2013 foi de R\$ 241.700,80, sendo R\$ 28.667,22 em medicamentos e R\$ 213.033,58 para procedimentos médicos/terapêuticos.

Cachoeira do Sul, 11 de junho de 2014.


Andréia Luisa Porsch
Diretora - SMS