

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/RS¹

Mônia Clarissa Hennig Leal
Felipe Dalenogare Alves

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, sobre 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 da concretização dos direitos sociais (e em especial da saúde), 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 de questões importantes que permeiam a temática, mais precisamente se 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, conclui-se que o Município desponta no bom caminho, possuindo a mensuração do impacto das ações judiciais no seu orçamento destinado à saúde e que este significa menos de 1% do valor destinado às ações e serviços de saúde.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Direito à saúde. Judicialização da saúde.

¹ Este artigo é resultado do projeto de pesquisa sobre o Sistema Único de Saúde – SUS, financiado pelo Ministério da Saúde e pela FAPERGS, realizado junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP (financiado pelo FINEP), ligado ao Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC.

Mônia Clarissa Hennig Leal é Pós-Doutora em Direito pela Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, Alemanha. Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos. Professora e Coordenadora Adjunta do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional Aberta”, vinculado e financiado pelo CNPq e à Academia Brasileira de Direito Constitucional ABDCConst, desenvolvido junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP (financiado pelo FINEP), ligado ao PPGD da Universidade de Santa Cruz do Sul. Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq. E-mail: moniah@unisc.br

Felipe Dalenogare Alves é Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Especialista em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes – UCAM e em Gestão Pública Municipal pela Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. Membro do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional Aberta”, vinculado e financiado pelo CNPq e à Academia Brasileira de Direito Constitucional ABDCConst, desenvolvido junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP (financiado pelo FINEP), ligado ao PPGD da Universidade de Santa Cruz do Sul. E-mail: felipe@estudosdedireito.com.br

The right to health between judicialization and judicial activism: A study of the impact of individual litigation in the budget of the Municipality of Cachoeira do Sul/RS

ABSTRACT

This paper presents the results of a literature search and field, using the hypothetical-deductive methods for the purpose of approach, and monographic, for the purpose procedural, on the subject of realizing the right to health by the judiciary, with the main objective of studying, under the contours of contemporary constitutionalism, the phenomenon called judicialization of health. Thereby, we carried out a study, addressing the main aspects related to the theme, as the problem of realization of social rights (especially health), the phenomenon of judicialization of health and its necessary distinction of judicial activism, analyzing herself, the end, the budget impact of judicial decisions to municipal public coffers. While you work, we sought to clarify important issues that permeate this theme, more precisely if the municipal government of Cachoeira do Sul has the measurement of budgetary/financial impact of judicial decisions involving individual demands and, if it has, what impact these decisions in the health budget. Finally, it is concluded that the City stands out in the right direction, having to measurement the impact of judicial decisions on your health budget and that means less than 1 % of the amount allocated to the actions and health services.

Keywords: Judicial activism. Right to health. Judicialization of health.

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, sobre 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 âmbito de projeto de pesquisa sobre o SUS financiado pelo Ministério da Saúde e pela FAPERGS, realizado junto ao Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, analisou o impacto das decisões judiciais no orçamento do Município de Cachoeira do Sul destinado à saúde, considerando-se o ano de 2013.

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 da 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, se encontram 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 não dependa daquela. Importante, porém, destacar que embora caminhem muito próximos, não 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 se é possível 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 a seguinte questão: 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, abordaram-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.

OS DIREITOS SOCIAIS E SUA PROBLEMÁTICA CONCRETIZAÇÃO: BREVES APONTAMENTOS SOBRE O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

Os direitos fundamentais sociais também são 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 constituem simples recomendações, mas 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 trata 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 em verdadeiro paradigma, eis que, pelo seu *status*, conformam aos direitos 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, do direito à saúde, possui um custo elevado, não sendo, entretanto, exclusividade brasileira (LEAL, 2008, 59). Isso, entretanto, não pode constituir barreira à sua concretização, pois se trata 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 federados, os Estados e o Distrito Federal, deverão investir 12% da sua receita tributária, enquanto os Municípios deverão investir 15%.²

² 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.

A previsão do Constituinte funda-se 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 em 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 os particulares (SARLET, 2007, p.2-3). Material porque se trata de um bem jurídico indispensável não apenas à manutenção da vida, mas também ao gozo desta com dignidade, para que se 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 ele 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, estabeleceu-se 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 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 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, 2008, p.52).

Assim, se os Poderes políticos não demonstrarem, por si próprios, a capacidade de atender minimamente aos 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, 2008, p.53-54), constituindo-se o que se convencionou denominar de “judicialização da saúde”, fenômeno que será analisado no tópico a seguir.

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 Estado³. 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 clausus*” (LEAL, 2008, p.53).

O fenômeno da judicialização no Brasil pode ser compreendido, em breves palavras, como estando associado à apreciação, cada vez mais constante, pelo Poder Judiciário, de questões até então analisadas, debatidas e deliberadas na esfera política. Este fenômeno ganhou amplitude após a Constituição Federal de 1988, não sem motivos, denominada “Constituição Cidadã”, pois, além de prever um extenso rol de direitos, conferiu também novos instrumentos (a exemplo das ações constitucionais) e tutores legitimados a buscá-los (como a Defensoria Pública e o Ministério Público, dentre outros) (LEAL; ALVES, 2014).

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.

Mas se o fenômeno da judicialização (da saúde, especialmente), de um lado, proporciona um certo protagonismo ao Judiciário (ALVES; MEOTTI, 2014, pp.91-104), ao transferir discussões literalmente vitais à sociedade para a arena judicial, de outro demonstra a incapacidade do Poder Público em proporcionar e cumprir adequadamente com suas competências.

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 SUS, sobrecarregando a jurisdição com um número crescente de ações (ASSOCIAÇÃO MÉDICA DE BRASÍLIA, 2014).

Em estudo realizado pela Consultoria Jurídica da União junto ao Ministério da Saúde, contabilizaram-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

³ 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. 2014.

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 seis) ações.⁴

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 ocorrem 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, 2008, p.53), eventualmente, até comprometendo a prestação coletiva desse direito, aplicando-se, aqui, o paradoxo de Condorcet:

Lo que pasa es que, muchas veces, el sumatorio de acciones individuales acaba por ser potencialmente más dañoso que eventual reconocimiento colectivo, porque no es posible tener una perspectiva amplia de los impactos causados. Eso es lo que se podría denominar de una “prevalencia de la satisfacción individual del derecho a la salud”, o sea, prevalece una lógica en la cual se aplica la paradoja de Condorcet al revés, tomándose la satisfacción colectiva a partir de la suma de satisfacciones individuales. (ZELADA; SORTO; LEAL, 2014)

No Brasil, a judicialização da saúde é um fenômeno que precisa, constantemente, ser estudado. Algo é incontestável: decorre de inúmeras causas, dentre as quais se destaca a 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) é o principal responsável 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).

⁴ 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. 2014.

Como visto, a judicialização provém de múltiplos fatores, dentre eles, em um Estado desprovido de realizações sociais como o brasileiro, da ineficiência dos 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). Seu conceito não é 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).⁵

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, em princípio, atribuídas (LEAL, 2013, pp.154-155).⁶

O problema reside na dificuldade de se estabelecer qual seria uma decisão ativista ou, ainda, os parâmetros para classificá-la ou não como tal (LEAL, 2012b, p.439). 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, esmalte, Viagra”;⁷ “Justiça concede direito a Viagra gratuito a oito cariocas”;⁸ “Judicialização na saúde faz desigualdade avançar, dizem especialistas”;⁹ “Justiça bloqueia recursos da SESP para

⁵ Leal (2012b, p.439) 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.

⁶ Como exemplo, Leal destaca a destinação de recursos públicos, determinação à atuação do legislador à satisfação de omissões legislativas, dentre outros.

⁷ *Jornal O Estado de S. Paulo*, 15 mar. 2006. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/arquivo/vidae/2006/not20060315p69319.htm>>. Acesso em: 23 nov. 2013.

⁸ *Jornal O Estado de S. Paulo*, 2 dez. 2004. Disponível em: <<http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,justica-concede-direito-a-viagra-gratuito-a-oito-cariocas,20041202p16461>>. Acesso em: 14 jun. 2014.

⁹ *Jornal Folha de S. Paulo*, 29 mar. 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. 2014.

tratamento de idoso”;¹⁰ “Interferência judicial na saúde daria para construir uma UBS”;¹¹ “O paciente de R\$ 800 mil”.¹²

Todas as reportagens giram em torno da razoabilidade do objeto das demandas e do (des)equilíbrio entre o direito subjetivo individual e o coletivo à saúde. Referente à razoabilidade, esta se refere 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 sua formulação original 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 prestação. (LEAL; ALVES, 2014, pp.9-34)

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, 2008, p.54). De toda sorte, é inegável que o Poder Judiciário deve estar atento à concretização do direito por intermédio de políticas públicas que visem à efetivação coletiva do direito, não podendo, entretanto, deixar de garanti-lo, pontualmente, na inexistência ou ineficácia destas políticas.

Dentre as principais críticas feitas à intervenção judicial na efetivação do direito individual está o comprometimento do orçamento público, principalmente dos Municípios, com demandas individuais. Como visto nas reportagens mencionadas acima, há referência a casos em que, supostamente, uma única decisão judicial esvaziou 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 ocasionado por essas demandas individuais no orçamento destinado à saúde. Diante disso é que se busca realizar um estudo de caso deste impacto no Município de Cachoeira do Sul-RS, que será feito no tópico a seguir.

O IMPACTO DAS DEMANDAS INDIVIDUAIS NO ORÇAMENTO MUNICIPAL DESTINADO À SAÚDE NO MUNICÍPIO DE CACHOEIRA DO SUL

Preliminarmente, é necessário destacar que não se pode realizar um trabalho concreto na busca de dados referentes à judicialização e ao ativismo judicial relacionado

¹⁰ Portal CBN. 12 de junho de 2014. Disponível em: <<http://www.cbnfz.com.br/editorial/brasil/para/12062014-154295-justica-bloqueia-recursos-da-sespa-para-tratamento-de-idoso>>. Acesso em: 14 jun. 2014.

¹¹ *Jornal da Manhã*. 6 ago. 2010. Disponível em: <<http://jmonline.com.br/novo/?noticias,6,POLITICA,32013>>. Acesso em: 14 jun. 2014.

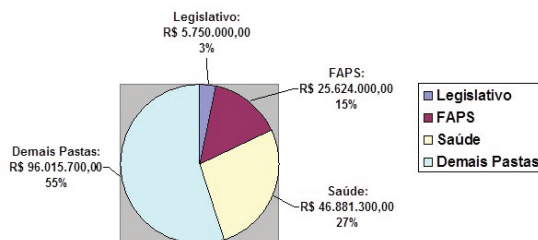
¹² *Revista Época*. 16 mar. 2012. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/tempo/noticia/2012/03/o-paciente-de-r-800-mil.html>>. Acesso em: 14 jun. 2014.

à saúde, sem a busca empírica. Diante disso, buscou-se o Município de Cachoeira do Sul, localizado na Região Central do Rio Grande do Sul, como ente estudado. 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),¹³ 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 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 Municipal.¹⁴

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 (de 15%) 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).

Na 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

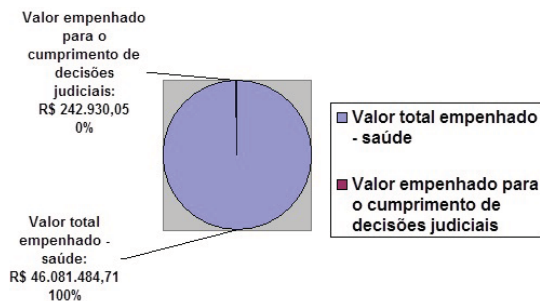
¹³ Disponível em: <<http://www.resultonline.net/sgl025rs/doc/Lei%204.189-2012.doc>>. Acesso em 15 jun. 2014.

¹⁴ 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>>.

(duzentos e setenta mil Reais). Deste valor atualizado, foi efetivamente empenhado o montante de R\$ 242.930,05 (duzentos e quarenta e dois 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, de ingerência judicial indevida que comprometa o orçamento municipal, tornar-se-ia desprovida de constatação fática.

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, insito 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, o que não pode ser visto como uma solução, eis que simplesmente repassaria a responsabilidade para outro ente.

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.

ASSOCIAÇÃO MÉDICA DE BRASÍLIA. *Ações judiciais impetradas para obtenção de medicamentos e tratamentos especiais: a judicialização da saúde*. 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. 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/1235066670_174218181901.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, 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.

LEAL, Mônia Clarissa Henning; 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.

LEAL, Mônia Clarissa Henning; ALVES, Felipe Dalenogare. *Direitos sociais e controle jurisdicional 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.

_____. 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.

_____. 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.

SARLET, Ingo Wolfgang; 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. 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.

ZELADA, Liliana Galdámez; SORTO, Raúl Allard; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. La cláusula del Estado Social en la Constitución, su estudio a propósito del derecho a la salud: lecciones del caso de Brasil y una propuesta para su diseño en Chile. In: *Anais das XLIV Jornadas Chilenas de Derecho Público*. Santiago: PUC, 2014.

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 Lúisa Porsch
Diretora - SMS