

O CONTROLE JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Patrícia Wanderley Fernandes Lisboa¹

Edinaldo Benício de Sá Júnior²

RESUMO

O presente trabalho versa acerca da imprescindibilidade da realização de controle judicial sobre os atos administrativos, no que tange às questões relacionadas à garantia do direito fundamental à saúde. Inicialmente, é feito um histórico acerca da evolução do supramencionado direito desde a Idade Média, seguido de análise das dimensões de direitos fundamentais. Aborda, em momento posterior, os princípios que protegem o interesse do administrado quando do ajuizamento das demandas judiciais, com enfoque para o mínimo existencial, e, ainda, a reserva do possível como justificativa da Administração Pública para a negativa da prestação do direito, bem como suas limitações, ambos demonstrados concretamente através de julgados da lavra do Tribunal Regional Federal (TRF) da 5ª Região. Valendo-se da análise da doutrina majoritária associada ao entendimento jurisprudencial pátrio, apresenta conclusão no sentido de que a intervenção do Poder Judiciário é indispensável para o efetivo exercício do direito fundamental à saúde, podendo inclusive incidir sobre os atos administrativos discricionários, de maneira justificada e devidamente fundamentada, quando flagrante a violação ao princípio da legalidade e aos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados aos administrados.

Palavras-chave: Controle judicial. Administração Pública. Saúde. Mínimo existencial. Reserva do possível.

ABSTRACT

This paper shows the necessity about performing judicial control over administrative acts, with respect to matters related to the guarantee of the fundamental right to health. Initially, it is made a historic about the evolution of the aforementioned right since the Middle Age, followed by the analysis of the dimensions of fundamental rights. Then, talks about the principles that protect the interest of the citizens when the filing of lawsuits, focusing on the existential minimum, and also the possible reservation as a justification for Public Administration's refusal in providing the right, as well as its limitations, both concretely demonstrated through the trial of the 5th region Regional Federal Court. Taking the analysis of the majority doctrine associated with the home legal understanding, it presents a conclusion in the meaning of the Judicial Power which

¹ Discente do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN – E-mail: patriciawflisboa@hotmail.com.

² Docente do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN – E-mail: beniciodesa@outlook.com.

intervention is necessary for the effective exercise of the fundamental right to health, and may even focus on the discretionary administrative acts, of justified and reasoned grounded way, when flagrant the violation of the principle of legality and fundamental rights constitutionally guaranteed to citizens.

Keywords: Judicial control. Public Administration. Health. Existential Minimum. Possible reservation.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a importância do controle judicial sobre a Administração Pública para a concreta efetivação do direito à saúde, consagrado direito fundamental de segunda geração (direito de crédito) e inserido na Constituição Federal de 1988, tendo a competência de seu exercício delimitada por diversos artigos do referido diploma.

Através de conceitos preliminares, será apresentado ao leitor detalhado histórico acerca do surgimento dos direitos fundamentais, desde a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 1789, bem como suas dimensões e inserção nas constituições brasileiras, seguido do nascedouro do direito à saúde, com ênfase para a Revolução Industrial, momento em que passou a receber maior atenção e reivindicação por parte dos operários, que passaram a pleitear melhores condições nos ambientes de trabalho.

Apresentar-se-á, igualmente, a exata posição do supramencionado direito nas dimensões dos direitos fundamentais, bem como a importância adquirida por este desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 e diplomas legais correlatos, que passaram a direcionar disposições especiais para a execução do direito à saúde, como, por exemplo, a Lei nº 8080/90, conhecida como “Lei do Sistema Único de Saúde (SUS)”.

Posteriormente, precedendo a entrada ao controle judicial propriamente dito, serão apresentados os conceitos de ato administrativo, sua classificação em atos vinculados e discricionários, elementos constitutivos e, por fim, a possibilidade de realização de controle, pelo Poder Judiciário, sobre cada um dos tipos de ato, com exposição de jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal (STF) e entendimento da doutrina majoritária.

É cediço que as demandas judiciais que tem por objeto a efetivação do direito à saúde explicitam o choque entre os princípios do mínimo existencial e da reserva do

possível e sua aplicabilidade frente aos direitos fundamentais, bem como abrem profunda e polêmica reflexão acerca da necessidade de sopesar tais princípios, para que se obtenha o perfeito equilíbrio entre a efetivação do direito à saúde e a salvaguarda do orçamento do Estado.

Analisar-se-á, assim, as demandas judiciais propriamente ditas, através da apresentação de julgados prolatados pelo Tribunal Regional Federal (TRF) da 5ª Região, esmiuçando o princípio do mínimo existencial, frequentemente suscitado pelo administrado, assim como o princípio da reserva do possível, suas dimensões e limitações, este utilizado como justificativa pela Administração Pública para o não cumprimento das prestações as quais está obrigada.

Com base nos citados julgados que serão trazidos ao presente trabalho em momento oportuno, restará demonstrada a aplicabilidade dos princípios supramencionados aos casos concretos, explicitando as justificativas emitidas pelo Poder Judiciário para a garantia do mínimo existencial, bem como para reserva do possível, quando a natureza da demanda assim permitir.

Ficará evidenciada, também, a indispensabilidade de observância do critério da proporcionalidade, meio lidimamente adequado para repelir excessos de qualquer natureza para ambos os litigantes e que tem vez para que se resguarde, concomitantemente, as garantias constitucionais e o orçamento público, a depender da peculiaridade de cada demanda.

2 A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O SURGIMENTO DO DIREITO À SAÚDE

2.1 DAS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A abordagem do tema do presente trabalho pressupõe a realização de uma análise acerca dos direitos fundamentais, nos quais a saúde está inserida. Apenas com a compreensão da relevância dessa categoria de direitos será possível dar prosseguimento e adentrar ao tema propriamente dito.

Com efeito, o reconhecimento dos direitos fundamentais de maneira ampla e irrestrita é algo de ocorrência recente. As liberdades democráticas começaram a ser pleiteadas a passos lentos nas sociedades antigas, como Roma e Atenas, evoluindo com

o passar dos anos e passando a ser realidade na Inglaterra, onde se destacam a *Magna Carta* (1215-1225) e o *Bill of Rights* (1688), por exemplo³.

Essa evolução seguiu seu curso, atingindo a América – com lume para a *Declaração da Virgínia* e a *Constituição dos Estados Unidos da América*- e alcançando elevado patamar com a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, elaborada pela Assembleia Constituinte da França no ano de 1789, documento cuja importância é apontada pela doutrina de forma reiterada, uma vez que foi considerado, por lapso temporal superior a um século, modelo incontestado a ser seguido pelas demais declarações, bem como pelo constitucionalismo liberal⁴.

Nesse contexto, a *Declaração dos Direitos do Homem* surge não só como forma de subjetivar os direitos fundamentais dos cidadãos, mas, também, como forma primária de exercício de controle do Poder, a fim de repelir os abusos. Ressalte-se, por oportuno, que em seu artigo 16, o referido documento apresenta o constitucionalismo⁵ como mecanismo para assegurar os direitos fundamentais contra o Poder⁶.

Tempos depois, a Organização das Nações Unidas (ONU) criou uma Comissão de Direitos do Homem, presidida por Eleonora Roosevelt, com o fito de elaborar a então conhecida *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, aprovada em 10 de dezembro de 1948⁷, em Paris. O mencionado documento é composto por um preâmbulo seguido por 30 (trinta) artigos, que reconhecem os direitos fundamentais em seus mais variados aspectos.

Importando a questão para a realidade pátria, encontra-se que o Brasil foi pioneiro na inserção da declaração de direitos em constituições, uma vez que a primeira constituição, no mundo, a reconhecer e positivizar os direitos do homem, dando-lhes contornos de realidade na seara jurídica, foi a do Império do Brasil, datada de 1824⁸.

³DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 35ª edição. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 149/150.

⁴“(…) decorre de ter sido por um século e meio o modelo por excelência das declarações, e ainda hoje merecer o respeito e a reverência dos que se preocupam com a liberdade e os direitos do Homem. Sua primazia entre as declarações vem exatamente do fato de haver sido considerada como o modelo a ser seguido pelo constitucionalismo liberal”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 37.

⁵ Art. XVI “Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição”.

⁶FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 91.

⁷DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 35ª edição. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 162.

⁸ “As constituições brasileiras sempre inscreveram uma declaração dos direitos do homem brasileiro e estrangeiro residente no país. Já observamos, antes, até, que a primeira constituição, no mundo, a subjetivar e positivizar os direitos do homem, dando-lhes concreção jurídica efetiva, foi a do Império do Brasil, de 1824, anterior, portanto, à da Bélgica de 1831, a que se tem dado tal primazia”. DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 35ª edição. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 170.

Os direitos fundamentais, conforme aponta sua teoria, enfrentaram um extenso processo de evolução baseado especificamente na conjuntura histórica a qual estavam inseridos, resguardando permanentemente a preservação da dignidade da vida humana.⁹

Abrindo vista para o espectro conceitual, os direitos fundamentais são aqueles os quais o homem, aqui enxergado como figura individual, possui em face do Estado. Em regra, são absolutos, só admitindo alguma relativização por força de lei, excepcionalmente¹⁰.

Em nosso ordenamento jurídico, os direitos fundamentais são agrupados em algumas “*dimensões*”. Há de se destacar, primordialmente, que essa divisão não é pacífica, havendo, portanto, doutrinadores que consideram a existência de mais dimensões do que outros¹¹.

Os chamados direitos fundamentais de primeira dimensão versam acerca das liberdades públicas, são os bem conhecidos direitos civis e políticos, merecendo especial destaque os direitos à vida, à liberdade de opinião, à liberdade de expressão e à propriedade¹².

Os direitos oriundos dessa dimensão - também conhecidos por “*direitos de liberdade*” - apresentam o indivíduo isolado como titular e consistem em formas de resistência da pessoa humana perante o poder advindo do Estado¹³. Funcionam, portanto, como limites para a atuação estatal, ou seja, abstenções que devem ser observadas pelo ente público quando do exercício de sua atividade, a fim de evitar a ocorrência de abusos de quaisquer naturezas e de invasões indevidas à aura subjetiva do cidadão.

Avançando no estudo, chega-se à segunda dimensão dos direitos fundamentais. Nessa categoria, surgida após a Primeira Guerra Mundial, é possível encontrar os direitos sociais, econômicos e culturais, também conhecidas como liberdades positivas.

Nesse ponto, há de se destacar o elemento que difere a segunda dimensão da

⁹SIQUEIRA, Dirceu Pereira. **Tutela coletiva do direito à saúde** – Franca: Lemos e Cruz, 2010, p. 21.

¹⁰BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 560.

¹¹“*Poucos autores discorrem sobre a existência da quarta dimensão, também chamada de dimensão dos direitos fundamentais, dentre eles destacamos Paulo Bonavides, Celso Ribeiro Bastos, André Ramos Tavares, Norberto Bobbio, Ana Cláudia Silva Scalquette e Pietro de Jesús Lora Alarcón, dentre outros*” IURCONVITE, Adriano dos Santos. **Os direitos fundamentais: suas dimensões e sua incidência na Constituição**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, X, n. 48, dez 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&artigo_id=4528>. Acesso em 17 jan. 2014.

¹²FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 41.

¹³“(…) Os direitos de primeira geração ou os direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa que ostentam ma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado” BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 563-564.

primeira: aquela não possui o fito de frear a intervenção estatal, mas, objetiva disseminar e promover o bem-estar social, por meio da diminuição das desigualdades e proteção aos hipossuficientes, valendo-se da exigência de prestações positivas que devem ser realizadas pelo Estado em favor do cidadão¹⁴.

Corroborando com o que acima se afirma, Manoel Gonçalves Ferreira Filho aduz que tais direitos não excluem aqueles de primeira dimensão, mas, são a eles somados. Para o autor, os direitos fundamentais de segunda dimensão são “*direitos de crédito*”, ou seja, poderes para reivindicar algo da figura estatal e que, por conseguinte, têm por objeto contraprestações positivas¹⁵.

Eis que se adentra aos direitos fundamentais de terceira dimensão. Essa categoria de direitos - que teve origem com a terceira revolução industrial e após o fim da Segunda Guerra Mundial - gira em torno do princípio da solidariedade. Aliada às dimensões anteriores, complementa o tão disseminado lema da Revolução Francesa: “liberdade, igualdade, fraternidade”.

Consoante anota Gilmar Ferreira Mendes¹⁶, os chamados direitos de terceira dimensão têm como objeto primordial de sua atuação a tutela de interesses de grupos e coletividades, não mais versando apenas sobre o homem como figura individual. Destacam-se, dentre os dessa dimensão, o direito à paz, ao desenvolvimento, entre outros.

Há de se ressaltar, nesse ponto, que o fato de tal categoria de direitos objetivar a tutela de interesses coletivos e difusos não exclui o ser humano como titular de direitos. Conforme aduzido alhures, as dimensões dos direitos fundamentais não se excluem, mas, se completam.

Como acertadamente destaca Pietro de Jesús Lora Alarcón¹⁷, é da própria proteção da vida que emanam tais direitos, sendo considerados como típicos direitos

¹⁴ “O direito de segunda geração, ao invés de se negar ao Estado uma atuação, exige-se dele que preste políticas públicas, tratando-se, portanto de direitos positivos, impondo ao Estado uma obrigação de fazer, correspondendo aos direitos à saúde, educação, trabalho, habitação, previdência social, assistência social, entre outros”. DIÓGENES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. “**Gerações ou dimensões dos direitos fundamentais?**”. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11750>. Acesso em 20 jan. 2014.

¹⁵ “Os direitos de crédito são poderes de reclamar alguma coisa; seu objeto são contraprestações positivas – em geral prestações de serviços. Por exemplo, o direito ao trabalho, à educação, à (proteção da) saúde”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais** – 14ª edição – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 128.

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 269.

¹⁷ “Da proteção da vida em terceira dimensão emanam direitos como o direito ao meio ambiente e os direitos do consumidor, típicos direitos transindividuais, e, em geral, o conjunto daqueles interesses da sociedade que constituíam o núcleo de relações entre os indivíduos da espécie humana, todos ligados naturalmente pelo fato de existirem”. ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **O patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Método, 2004, p. 83.

transindividuais. A terceira dimensão evidencia, portanto, a interligação entre os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Por fim, passa-se à análise dos direitos fundamentais de quarta dimensão. Conforme mencionado em momento anterior, um número reduzido de doutrinadores aborda a dimensão em estudo. Valendo-se do ensinamento de Paulo Bonavides¹⁸, encaixa-se nesse rol o direito à democracia, informação e ao pluralismo. O mesmo autor aponta, ainda, que tais direitos estão diretamente atrelados a um processo de universalização e globalização dos direitos fundamentais.

Com efeito, o surgimento dessa dimensão guarda ligação direta com a globalização política e os avanços tecnológicos e, assim como ocorre nas demais dimensões analisadas até o presente momento, os direitos aqui consagrados não têm caráter substitutivo: atuam em consonância com aqueles já existentes.

2.2 O SURGIMENTO DO DIREITO À SAÚDE

Para iniciar a abordagem específica do direito à saúde e encontrar o seu nascedouro e o início de sua reivindicação, faz-se indispensável regressar aos tempos primórdios, passando pela Idade Média, período em que a saúde era vista tão somente como um direito impossível de ser regulamentado, considerando o fato de que, em referida época, as moléstias eram encaradas como uma espécie de sanção aplicada por Deus aos portadores¹⁹. Era prática comum proceder ao isolamento do doente, sem oferta de condições de tratamento e recuperação.

Referido panorama só começou a ser alterado com o advento da Revolução Industrial, que figurou como marco histórico no desenvolvimento do direito à saúde, especialmente no tocante à reivindicação, pressão social, luta e conquistas por parte dos operários. Além da conscientização, os obreiros passaram a impor seus interesses aos seus empregadores e, assim, passaram a alcançar melhorias nas condições de labor²⁰.

¹⁸ “São direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta para o futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência” BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. edição. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 571.

¹⁹ “A saúde apresentava-se como um direito que dificilmente seria disciplinado por qualquer forma que fosse de controle, vez que, nesta época, a doença era considerada um castigo divino”. SIQUEIRA, Dirceu Pereira. **Tutela coletiva do direito à saúde** – Franca: Lemos e Cruz, 2010, 311p.

²⁰ “Houve então a conscientização dos operários os quais passaram a buscar melhorias nas condições de trabalho, o que, conseqüentemente, representou fator essencial para que novas mudanças ocorressem. Eles passaram a reivindicar melhorias, impondo em alguns momentos seus interesses acima dos interesses dos empresários e/ou industriários e, desta forma, conquistaram o que almejavam. Assim, o Estado passou a fiscalizar tais condições, contribuindo ainda mais em favor das melhorias de saúde no trabalho. Devemos, portanto, considerar como marco

No Brasil, as medidas para efetivação da saúde passaram a ser instituídas com maior afinco durante a Primeira República, ainda de forma estritamente coercitiva. Em 1903, no Rio de Janeiro, o sanitarista Oswaldo Cruz instituiu a “Polícia Sanitária”, com o objetivo de eliminar a febre amarela da cidade. As medidas foram executadas de maneira agressiva, violando domicílios e sem os devidos esclarecimentos à população, numa época em que a ignorância predominava²¹.

A figura da saúde como direito humano surgiu no século XIX, através do movimento pela saúde pública e, desde então, evoluiu rumo ao reconhecimento dos direitos culturais, sociais e econômicos.²²

Retomando a realidade brasileira e chegando ao século XX, com o advento da Constituição Federal de 1988, deu-se especial destaque aos direitos e garantias fundamentais, prerrogativas que passaram a ser amplamente postos em evidência e levados ao conhecimento da sociedade em geral, especialmente em decorrência da evolução dos meios de comunicação e informação.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, inciso III, arrola a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. Com efeito, referido fundamento se desdobra em um extenso rol de princípios e direitos individuais, difusos e coletivos previstos ao longo do diploma constitucional, sendo a saúde reiteradamente afirmada como direito fundamental, social e universal, além de ser competência concorrente dos entes federativos, à luz do que preceituam os artigos 6º, 23, 196, entre outros.

Como exemplo de uma das tentativas de cumprir o que dispõe o texto constitucional e, assim, garantir o efetivo acesso universal à saúde, o Estado brasileiro instituiu o Sistema Único de Saúde – SUS, através da Lei nº 8080/90, regulando, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde e sua devida execução²³.

histórico no desenvolvimento do direito à saúde, a Revolução Industrial, que gerou sérias preocupações com o fato”. SIQUEIRA, Dirceu Pereira. **Tutela coletiva do direito à saúde** – Franca: Lemos e Cruz, 2010, p. 46.

²¹ “Para destruir os mosquitos, a Polícia Sanitária instituída por Oswaldo Cruz teve que intervir nos domicílios, mesmo sem o consentimento dos moradores (...) A execução da campanha dentro dessas características deflagrou grande resistência por parte de camadas populares urbanas e de classe dominante.” In: GALVÃO, Márcio Antônio Moreira. **ORIGEM DAS POLÍTICAS DE SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL: DO BRASIL-COLÔNIA A 1930**. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/origem_politicas_saude_publica_brasil.pdf>. Acesso em 12 jan. 2014.

²² “(...) a saúde como direito humano teve sua origem no movimento pela saúde pública no século XIX e vem se desenvolvendo em direção ao reconhecimento dos direitos econômicos, sociais e culturais desde então”. SIQUEIRA, Dirceu Pereira. **Tutela coletiva do direito à saúde** – Franca: Lemos e Cruz.

²³ “Art. 1º Esta lei regula, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito Público ou privado.” (Lei 8.080/90). BRASIL. **Lei nº 8080 de 19 de setembro de 1990**. Brasília, DF. Ministério da Saúde, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em 12 jan. 2014.

Entretanto, é inconteste que tal ferramenta não parece ter sido suficiente para atender às demandas populacionais, seja por escassez de médicos, materiais de atendimento, infraestrutura adequada e até por força da própria corrupção, delito de prática constante no país.

A título ilustrativo, consoante se extrai de levantamento realizado pela CONJUR/MS²⁴, entre 2009 e 2010, houve um aumento de cerca de 6% (seis por cento) no número de ações judiciais em que a União figura como ré e cujo objeto é relacionado ao direito à saúde. Considerando o lapso temporal entre 2010 e 2011, a porcentagem eleva-se, alcançando o patamar de 15% (quinze por cento) de aumento, o que demonstra, por si só, a ineficácia das medidas instituídas pela Administração Pública, bem como sua incapacidade de fornecê-las administrativamente, obrigando os cidadãos a optarem pela via judicial para sanar o litígio.

Nessa esteira, sendo a judicialização da saúde um fenômeno incontroverso e igualmente inevitável, o ordenamento jurídico pátrio assegura aos cidadãos diversos mecanismos para pleitear a efetivação deste direito e de outros direitos, como, por exemplo, através de ação civil pública, ação popular, ação direta de inconstitucionalidade, ações ordinárias, bem como cautelares e possessórias em geral, sendo indispensável, por óbvio, a observância aos critérios de legitimidade ativa e passiva em cada caso²⁵.

3 O CONTROLE JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – CONCEITO, PRINCÍPIOS INERENTES E MEIOS DE REALIZAÇÃO

Necessário rememorar que, em que pese a existência do princípio da separação dos poderes, a Administração Pública está submetida ao controle exercido pelos Poderes Legislativo, Judiciário e por si mesma. O exercício desses controles é imprescindível para limitar, de forma legal, a atuação do ente público, evitando que este aja arbitrariamente e na contramão dos princípios a que se encontra adstrito, o que pode acarretar verdadeira desorganização administrativa e, por conseguinte, lesões

²⁴BRASIL. Ministério da Saúde. “Intervenção Judicial na Saúde Pública”, disponível em <<http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/arquivos/Panorama.pdf>>. Acesso em 23 ago 2013.

²⁵ “(...) desta maneira, para que seja eficaz, a Constituição deve oferecer à sociedade todo aparato instrumental destinado ao cumprimento de suas normas, as quais poderão ser utilizadas quando da inércia daqueles que devem cumpri-las”. SIQUEIRA, Dirceu Pereira. **Tutela Coletiva do Direito à Saúde** – Franca: Lemos e Cruz, 2010.

irreparáveis aos direitos de seus administrados²⁶.

O presente trabalho se limitará, tão somente, a analisar o controle de natureza judicial imposto ao ente público. Para a devida compreensão acerca do controle judicial, faz-se necessária a apresentação superficial de alguns conceitos que guardam ligação direta com o tema a ser discutido.

O controle judicial, como o próprio nome já sinaliza, é exercido de maneira exclusiva pelos órgãos do Poder Judiciário, em virtude da adoção do sistema de jurisdição unitária²⁷ e tem atuação sobre os atos administrativos praticados pelo Executivo, Legislativo e pelo próprio Judiciário.

3.1 CONCEITO E ELEMENTOS DO ATO ADMINISTRATIVO

Os atos administrativos são manifestações volitivas da Administração Pública, que ocorrem de maneira unilateral e visam à produção de algum efeito jurídico, seja sobre o administrado ou sobre a própria Administração, observada a finalidade pública²⁸.

A formação de um ato administrativo pressupõe a conjugação de alguns requisitos, quais sejam: competência, finalidade, forma, motivo e objeto²⁹. Uma vez constatada a ausência de um dos elementos supramencionados, o citado ato administrativo restará impossibilitado de produzir os efeitos a que se destina.

Os atos administrativos gozam, ainda, de atributos típicos e próprios do direito público que lhes rege. Cabível aclarar que tais características não podem ser encontradas nos atos abarcados pelo direito privado, vez que guardam relação exclusiva com o ramo público. São, portanto, atributos dos atos administrativos: presunção de legitimidade e veracidade, imperatividade, exigibilidade e executoriedade³⁰.

Para serem válidos, deverão observar os princípios arrolados no art. 37 da Constituição Federal de 1988, *caput*, bem como seus requisitos de constituição, sob

²⁶ “a finalidade do controle é a de assegurar que a Administração atue em consonância com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico, como os da legalidade, moralidade, finalidade pública, publicidade, motivação, impessoalidade; em determinadas circunstâncias, abrange também o chamado controle de mérito e que diz respeito aos aspectos discricionários da atuação administrativa ” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo** – 26ª edição – São Paulo: Atlas, 2013.

²⁷ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário** – 6ª edição – São Paulo: Saraiva, 1984.

²⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro** – 38ª edição – São Paulo: Malheiros, 2012.

²⁹ “O exame do ato administrativo revela nitidamente a existência de cinco requisitos necessários à sua formação, a saber: competência, finalidade, forma, motivo e objeto (...) Sem a convergência desses elementos não se aperfeiçoa o ato e, conseqüentemente, não terá condições de eficácia para produzir efeitos válidos”. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro** – 38ª edição – São Paulo: Malheiros, 2012. p. 159.

³⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo** – 26ª edição – São Paulo: Malheiros, 2008.

pena de serem considerados viciados e, portanto, anulados. Cabível rememorar que os atos administrativos também podem ser revogados³¹.

A chamada “*revogação*” guarda relação com o juízo de oportunidade e conveniência da Administração: é a possibilidade de desfazer o ato administrativo por ser inoportuno ou inconveniente; Já a “*anulação*” tem ligação direta com o conceito de legalidade. Assim sendo, se um ato administrativo está acobertado pelo manto da ilegalidade, deverá ser anulado³².

No tocante à legitimidade para a prática dos referidos institutos, encontra-se que a própria Administração Pública pode proceder tanto à revogação quanto à anulação de seus atos, em decorrência de seu poder de autotutela; ao Poder Judiciário, por seu turno, é resguardada a possibilidade de anulação do ato administrativo maculado pela ilegalidade³³.

O tema em questão foi, inclusive, objeto de Súmula editada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que garante à Administração Pública poder para anular seus atos administrativos quando eivados de vício de legalidade ou, ainda, para revogá-los, mediante seu próprio juízo de conveniência ou oportunidade, observados os direitos adquiridos³⁴.

Por fim, importante consignar que os atos administrativos possuem uma série de classificações, entretanto, para efeito do presente trabalho, faz-se indispensável conhecer a sua divisão em atos “*vinculados*” e “*discricionários*”. Serão vinculados quando decorrerem diretamente da lei. Doutra banda, serão discricionários quando lhe for garantido uma margem de liberdade ao administrador, observados os critérios de

³¹ “*Firmadas as linhas que caracterizam a invalidação, podemos conceituá-la como sendo a forma de desfazimento do ato administrativo em virtude da existência de vício de legalidade. O pressuposto da invalidação é exatamente a presença do vício de legalidade (...) o ato administrativo precisa observar seus requisitos de validade para que possa produzir normalmente os seus efeitos. Sem eles, o ato não poderá ter a eficácia desejada pelo administrador. Por isso é que para se processar a invalidação do ato é imprescindível que esteja ausente um desses requisitos.*” CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo** – 21ª edição – Lumen Juris, 2009.

³² “*(...) a revogação é o desfazimento do ato por motivo de conveniência ou oportunidade da Administração, ao passo que a anulação é a invalidação por motivo de ilegalidade do ato administrativo.*” MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro** – 38ª edição – São Paulo: Malheiros, 2012. p. 209.

³³ “*A anulação pode ser feita pela Administração Pública, com base no seu poder de autotutela sobre os próprios atos, conforme entendimento já consagrado pelo STF por meio das Súmulas nºs 346 e 473 (...) E a anulação pode também ser feita pelo Poder Judiciário, mediante provocação dos interessados, que poderão utilizar, para esse fim, quer as ações ordinárias e especiais previstas na legislação processual, quer os remédios constitucionais de controle judicial da Administração Pública (...) Revogação é o ato administrativo discricionário pelo qual a Administração extingue um ato válido, por razões de oportunidade e conveniência.*” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo** – 26ª edição – São Paulo: Atlas, 2013. p. 244 e 258.

³⁴ “Súmula 473, STF: “Administração Pública - Anulação ou Revogação dos Seus Próprios Atos. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 05 mar. 2014.

conveniência e oportunidade³⁵.

Uma vez encerradas as considerações imprescindíveis acerca do conceito e elementos do ato administrativo, passa-se então à apreciação superficial dos princípios inerentes e da atuação judicial propriamente dita, realizada sobre as manifestações volitivas da Administração Pública, a fim de garantir a legalidade do instituto.

3.2 A ATUAÇÃO DO CONTROLE JUDICIAL

É cediço que o controle judicial poderá incidir sobre qualquer tipo de ato administrativo e tem a finalidade de assegurar a atuação administrativa idônea e adstrita aos princípios apregoados na Constituição Federal de 1988, uma vez que o diploma constitucional, em seu art. 5º, inciso XXXV, sinaliza que não será excluída da apreciação judicial a lesão ou ameaça a direito³⁶.

O controle judicial é de aplicação posterior, voltado para apreciação da conformidade do ato já editado em relação à norma legal correspondente. Tal instituto é apontado como meio finalístico de tutela do indivíduo em face da Administração Pública, com vistas à repreensão da violação de direitos e dos excessos eventualmente cometidos pelo ente público³⁷.

É defeso ao Poder Judiciário, contudo, controlar e analisar o mérito administrativo, ou seja: não poderá invadir a seara subjetiva garantida pelo ordenamento jurídico à Administração Pública, intervindo nos critérios da oportunidade e conveniência e, por conseguinte, na discricionariedade do ente público, que pode ser aplicada em determinados atos. A atuação judicial está adstrita, tão somente, à aferição de legalidade

³⁵ “Atos vinculados ou regrados são aqueles para os quais a lei estabelece os requisitos e condições de sua realização. Nessa categoria de atos, as imposições legais absorvem, quase que por completo, a liberdade do administrador, uma vez que sua ação fica adstrita aos pressupostos estabelecidos pela norma legal para a validade da atividade administrativa (...) atos discricionários são os que a Administração pode praticar com liberdade de escolha de seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência, de sua oportunidade e do modo de sua realização”. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro** – 38ª edição – São Paulo: Malheiros, 2012. p. 175/176.

³⁶ “O fundamento Constitucional do sistema da unidade de jurisdição é o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que proíbe a lei de excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Qualquer que seja o autor da lesão, mesmo o poder público, poderá o prejudicado ir às vias judiciais. O Poder Judiciário pode examinar os atos da Administração Pública, de qualquer natureza, sejam gerais ou individuais, unilaterais ou bilaterais, vinculados ou discricionários, mas sempre sob o aspecto da legalidade e, agora, pela Constituição, também sob o aspecto da moralidade.” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo** – 26ª edição – São Paulo: Atlas, 2013.

³⁷ “A finalidade essencial e característica do controle jurisdicional é a proteção do indivíduo em face da Administração Pública. Esta, como órgão ativo do Estado, tem freqüentes oportunidades de contato com o indivíduo, nas quais lhe pode violar os direitos, por abuso ou erro na aplicação da lei. Tal sistema de controle é o meio prático de contê-la na ordem jurídica, de modo a assegurar ao indivíduo o pleno exercício dos seus direitos”. FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário** – 6ª edição – São Paulo: Saraiva, 1984.

e moralidade³⁸.

Entretanto, alguns autores admitem a possibilidade de realização do controle judicial sobre os atos administrativos de natureza não vinculada, utilizando como justificativa o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição³⁹, ainda que, nesse tipo de ato, certa margem de liberdade esteja legalmente conferida ao administrador⁴⁰.

Perceba-se, portanto, que, em que pese a separação dos poderes, a aferição de legalidade não se restringe tão somente aos atos administrativos vinculados. Em se tratando de ato administrativo discricionário maculado pela ilegalidade ou abusividade, é lícita e devida a aplicação do controle judicial sobre o mesmo, sem que implique em violação ao princípio da separação dos poderes. Nesse sentido, inclusive, já se posicionou o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 654170/MA⁴¹.

Ademais, complementarmente, de bom alvitre destacar que não há que se falar em invasão de mérito nas ocasiões em que o Poder Judiciário realiza a análise os motivos do ato administrativo, uma vez que, a ausência ou falsidade desse caractere constitui ilegalidade, tornando o referido ato passível de invalidação por parte do Poder Judiciário⁴².

4 DA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: A RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL

Em se tratando de demandas que guardam relação com o acesso à saúde, é comum a ocorrência do confronto de valores entre o mínimo existencial e a reserva do possível, sendo ambos argumentos reiteradamente utilizados pelo administrado e pelo administrador, respectivamente.

³⁸DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo** – 26ª edição – São Paulo: Atlas, 2013.

³⁹Art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988: “*a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito*”. BRASIL, Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 21 mar. 2014.

⁴⁰“*O princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional constitui o fundamento da possibilidade de controle jurisdicional dos atos administrativos exteriorizados em função da atividade administrativa não vinculada, no Direito Brasileiro, enquanto o princípio da publicidade, com o consectário dever de fundamentação das decisões administrativas viabiliza esse controle*”. MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Dialética, 1999.

⁴¹Ver Seção 6 – Anexos. Anexo “A”.

⁴²DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo** – 26ª edição – São Paulo: Atlas, 2013

É comum, pela doutrina, a inserção dos direitos sociais no rol das “*normas programáticas*”⁴³ da Constituição Federal de 1988, ou seja, sinalizando no sentido de que não gozam de eficácia imediata e dependem, portanto, de uma atuação legislativa para que sejam, de fato, efetivados.

Ocorre que, o fato de o direito à saúde estar classificado como norma programática não implica necessariamente em dizer que a Administração Pública está desvinculada da obrigação de promovê-lo e, igualmente, não é fato legítimo que pode ser invocado como justificativa para as omissões estatais⁴⁴.

4.1 AS DIMENSÕES E LIMITES DA RESERVA DO POSSÍVEL

Com a judicialização do direito à saúde, a concretização dos direitos sociais tem sido amplamente discutida⁴⁵, através dos mais diversos instrumentos processuais cabíveis, tais como as ações ordinárias, ações civis públicas, dentre outras. Conforme dito em momento anterior, é frequente encontrar a Administração Pública suscitando o princípio da reserva do possível, sobre o qual serão tecidas algumas considerações a seguir.

No ordenamento jurídico pátrio, o princípio da reserva do possível é apresentado pelos doutrinadores como limite à realização plena dos direitos fundamentais⁴⁶, de natureza excepcional, que comporta algumas dimensões, quais sejam: fática, jurídica e negativa.

A dimensão fática do princípio em tela gira em torno da objeção de falta de

⁴³ “As normas constitucionais consagradoras de direitos econômicos, sociais e culturais, modelam a dimensão objetiva de duas formas: (1) imposições legiferantes, apontando para a obrigatoriedade de o legislador atuar positivamente, criando as condições materiais e institucionais para o exercício desses direitos; (2) fornecimento de prestações aos cidadãos, densificadoras da dimensão subjetiva essencial destes direitos e executoras do cumprimento das imposições constitucionais”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª edição. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

⁴⁴ ARAÚJO, Antônio José de Carvalho. **O direito à saúde e o controle judicial de políticas públicas: estudo de caso dos leitos de UTI na cidade de Mossoró/RN**. Revista CEJ/RN – Centro de Estudos Jurídicos JF/RN, Natal, v. 13, n. 16, jul./dez. 2008.

⁴⁵ “(...)imprescindível o ativismo judicial para que os direitos sociais sejam realmente respeitados pelo Estado, não devendo o juiz ser um mero espectador do processo de transformação social, mas sim corresponsável na realização de políticas públicas quando haja omissão estatal.” ROCHA, Eduardo Braga. **A implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11266&revista_caderno=9>. Acesso em 21 mar. 2014.

⁴⁶ “A reserva do possível constitui, em verdade (considerada toda sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflitos de direitos, quando se cuidar da invocação – observados sempre os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos – da disponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 288.

recursos, ou seja, a afirmação, pelo Poder Público, de que não dispõe de recursos para a plena concretização dos direitos de crédito, sejam esses recursos de qual natureza for.

Nesse sentido, a alegação de inexistência de recursos deverá ser, de todo, verossímil. Se a Administração Pública possuir os meios para realizar transferências orçamentárias e valer-se dos recursos necessários, é impossível falar em reserva do possível⁴⁷.

Outra vertente do princípio da reserva do possível é sua limitação jurídica. Nesta, os recursos são existentes, porém, não estão disponíveis para atender o fim pleiteado pelo administrado, por razões alheias à vontade da própria Administração Pública, partindo da premissa que a mera existência de tais recursos não admite seu manejo ao bel prazer do administrador⁴⁸.

Aqui, há de se observar que a alegada indisponibilidade de recursos esbarra no chamado “conteúdo mínimo” de todos os direitos, que são prerrogativas constitucionais garantidas aos administrados e que, portanto, devem ser estritamente cumpridas pelo administrador. Nesse caso, é inclusive possível ao Poder Judiciário determinar o remanejamento de determinada verba para satisfação desse mínimo, sem que viole o que dispõe o princípio da separação dos poderes⁴⁹.

Por fim, na perspectiva negativa, depara-se com a proteção contra o esvaziamento de outras prestações. É consagrada a ideia de que não há recursos suficientes para atender a todos os direitos fundamentais previstos. Logo, deverá ocorrer o “sacrifício” de um direito fundamental para salvaguardar a execução de outro⁵⁰. Por óbvio, a restrição de um direito em favor de outro deverá observar a proporcionalidade, devendo ser analisada em cada caso concreto⁵¹.

4.2 O MÍNIMO EXISTENCIAL

Por outro lado, protegendo o administrado, vislumbra-se o princípio do mínimo existencial, que é conceituado como um conjunto de prestações mínimas que garantem a

⁴⁷Revista TCEMG jan/mar. 2012. Entrevista – Maria Sylvia Zanella Di Pietro. <<http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1462.pdf>>. Acesso em 27 mar. 2014.

⁴⁸KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 83.

⁴⁹Ibidem, p. 87.

⁵⁰Ibidem, p. 86.

⁵¹SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4ª edição – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

condição de dignidade da pessoa humana⁵². Nessa senda, os direitos positivados pelo art. 6º da Constituição Federal de 1988 integram tal conceito, posto que são indispensáveis tanto para a manutenção da vida humana, no sentido físico e moral⁵³.

O Supremo Tribunal Federal (STF), ao apreciar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, do Distrito Federal, trouxe inovações e firmou importante posicionamento acerca do choque existente entre a reserva do possível e o mínimo existencial. Em que pese ter reconhecido que os direitos sociais só poderão ser efetivados de acordo com a verba existente para tal, sinalizou no sentido de que é impossível ao ente estatal opor seu arbítrio quanto à efetivação desses direitos, devendo, portanto, ser preservada a integridade e intangibilidade do mínimo existencial⁵⁴.

Na ocasião, o relator, Ministro Celso de Mello, afirmou que é comportamento ilícito do Estado valer-se da reserva do possível como “*obstáculo artificial*” para fraudar e inviabilizar o cumprimento das obrigações constitucionais, ressalvadas as hipóteses de justo motivo que possa ser constatado de forma objetiva⁵⁵. Em suma, com base no posicionamento do relator, é possível afirmar que a reserva do possível jamais poderá ser invocada pelo ente federativo para eximir-se de adimplir obrigação constitucional, especialmente quando o resultado final de referida negativa ocasionar lesão ou nulificação dos direitos constitucionais.

Quanto à separação dos poderes, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45 traz a ideia de que não há violação ao princípio da separação dos poderes quando o Poder Judiciário permeia a esfera legislativa e executiva, uma vez que - em que pese a implementação e execução de políticas públicas ser incumbência direta dos poderes legislativo e executivo - havendo omissão associada à possibilidade de ineficácia ou mácula a direito constitucionalmente previsto, é perfeitamente cabível a intervenção do Poder Judiciário, sem que represente qualquer violação aos princípios constitucionais⁵⁶.

⁵²DE BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**, 2002, p. 305. In: BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁵³SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4ª edição – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 306.

⁵⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 45/Distrito Federal. Relator Ministro Celso de Mello. Publicada em 04/05/2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 29 mar. 2014.

⁵⁵KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 109.

⁵⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 45/Distrito Federal. Relator Ministro Celso de Mello. Publicada em 04/05/2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 29 mar. 2014.

Nesse contexto, o Judiciário não estará interferindo nas políticas públicas propriamente ditas; estará, tão somente, efetivando e salvaguardando o direito à saúde, oriundo da Constituição Federal de 1988. Conforme anota Di Pietro, os direitos sociais superaram a classificação de “normas programáticas”, passando a serem concebidos como normas que dispõem de um mínimo de efetividade e, portanto, passíveis de exigibilidade perante o Poder Judiciário⁵⁷. Logo, perfeitamente idônea a eleição da via judicial para salvaguardar um direito subjetivo que não está sendo cumprido.

Trazendo a discussão principiológica para o âmbito dos casos concretos, cabível mencionar o acórdão exarado pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, no julgamento de Apelação/Reexame Necessário nº 27276, de sentença originária da 4ª Vara Federal do Rio Grande do Norte⁵⁸. No caso, a requerente (menor incapaz) pleiteava do ente federativo a concessão de serviço *home care*, em virtude das variadas patologias das quais era portadora.

A União, por seu turno, em suas razões recursais, alegou que o pedido era desproporcional e desarrazoado, pois implicaria detrimento ao tratamento dos demais enfermos necessitados, além de ser de custo elevadíssimo, o que comprometeria o orçamento federal, que não é inesgotável⁵⁹.

Em seu voto, a Desembargadora Margarida Cantarelli reconheceu a proporcionalidade da concessão do serviço⁶⁰, haja vista que figurava como tratamento

⁵⁷ Ver Seção “6” – Anexos – Anexo “B”

⁵⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação/Reexame Necessário nº 27276/RN. Processo nº 0007832-45.2011.4.05.8400. Relatora Desembargadora Federal Margarida Cantarelli. Publicada em 03 de junho de 2013. Disponível em <<http://www.trf5.jus.br>>. Acesso em 29 mar. 2014.

⁵⁹ “A União alega, em suas razões recursais, que o *home care* é serviço de excelência de custo alto e que o deferimento do pleito autoral de forma indefinida viola os princípios da isonomia, proporcionalidade e razoabilidade, uma vez que, segundo alega, implica detrimento ao tratamento dos demais enfermos necessitados. Reforça que o orçamento da União não é inesgotável. Assevera que a autora recebe assistência médica da Marinha do Brasil e que não houve agravamento da sua condição no período em que não esteve assistida pelo *home care*. Requer a reforma da sentença (...)”. Apelação/Reexame Necessário nº 27276/RN. Processo nº 0007832-45.2011.4.05.8400. Relatora Desembargadora Federal Margarida Cantarelli. Publicada em 03 de junho de 2013. Disponível em <<http://www.trf5.jus.br>>. Acesso em 29 mar. 2014.

⁶⁰ “No caso, o reconhecimento do pleito autoral não me parece violar o princípio da isonomia. A situação da agravante mostra-se muito grave, não me soando razoável considerar desproporcional ou desarrazoada a medida, cujo custo para a UNIÃO não é motivo para se permitir que a criança permaneça sob constante risco de contrair infecção hospitalar que, em sua situação, pode ser fatal.

Destaque-se, ademais, que o tipo de tratamento pretendido mostra-se comprovadamente benéfico para o paciente, podendo também ser menos oneroso do que o valor gasto pela UNIÃO com tratamentos prolongados e constantes que deve fornecer para debelar as infecções oportunistas de podem acometer a menor (...)Com efeito, quando se analisa sob a ótica dos recursos financeiros necessários para prestação do serviço solicitado, é plausível a argumentação de que o fornecimento do tratamento médico deva ser realizado de modo a não comprometer o orçamento público. No entanto, esta justificativa não pode ser aplicada de forma genérica, sem que sejam efetivamente apresentados pela Fazenda Pública elementos que demonstrem o comprometimento do seu orçamento no atendimento da situação em discussão na presente lide”. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação/Reexame Necessário nº 27276/RN. Processo nº 0007832-45.2011.4.05.8400. Relatora Desembargadora Federal Margarida Cantarelli. Publicada em 03 de junho de 2013. Disponível em <<http://www.trf5.jus.br>>. Acesso em 29 mar. 2014.

mais benéfico para a paciente, bem como porque poderia ser o menos oneroso para o ente federal, já que efetuava gastos constantes com as diversas internações da requerente. Quanto ao direito à saúde, classificou-o como subjetivo e também como “*dever político-constitucional*” e, embora tenha reconhecido a alegação de que o fornecimento do tratamento pode comprometer o orçamento público, afastou a invocação do princípio da reserva do possível, tendo em vista que o ente federativo não apresentou elementos que demonstrem o efetivo comprometimento orçamentário.

Consignou ainda que, uma vez comprovada a existência da necessidade do tratamento, cabe ao Poder Judiciário garantir seu fornecimento⁶¹. A apelação foi improvida por unanimidade. Vê-se, aqui, que embora o “*mínimo existencial*” postulado pela requerente representasse custo considerável, por se tratar de serviço de excelência, o Poder Judiciário não poderia violar o seu direito à vida e à saúde em razão do frágil e genérico argumento do ente federativo de que a concessão do serviço comprometeria o orçamento, sem a devida comprovação e tão somente como forma de se eximir de seu mister.

Noutro versar, destaca-se também a Apelação Cível nº 559065/RN⁶² interposta pelo Ministério Público Federal, contra sentença originária da 8ª Vara Federal do Rio Grande do Norte. *In casu*, o Ministério Público Federal propôs ação civil pública pleiteando a condenação dos réus no fornecimento do medicamento “Laronidase” à menor que dele necessitava, bem como requereu a inserção do referido fármaco na lista de medicamentos excepcionais disponibilizados pelo SUS. No deslinde processual, a criança para qual seriam destinados os medicamentos veio a falecer, tendo o juízo de primeiro grau proferido sentença extinguindo o processo sem resolução de mérito e julgando improcedente o pedido atinente à inclusão do fármaco na lista de disponibilizados pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

Em seu voto, o Desembargador Relator Marcelo Navarro destacou que, conforme

⁶¹ “*Comprovada a existência da necessidade de realização do tratamento multidisciplinar (serviço denominado de Home Care) solicitado pela parte autora, menor incapaz, cabe ao Poder Judiciário garantir o seu fornecimento. A autora tem assegurado o direito à saúde por disposição constitucional, e pela legislação específica infraconstitucional, qual seja, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90). É plausível a argumentação de que o fornecimento do tratamento médico deva ser realizado de modo a não comprometer o orçamento público. No entanto, esta justificativa não pode ser aplicada de modo genérico, sem que sejam efetivamente apresentados pela Fazenda Pública elementos que demonstrem o comprometimento do seu orçamento no atendimento da situação em discussão*”. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação/Reexame Necessário nº 27276/RN. Processo nº 0007832-45.2011.4.05.8400. Relatora Desembargadora Federal Margarida Cantarelli. Publicada em 03 de junho de 2013. Disponível em <<http://www.trf5.jus.br>>. Acesso em 29 mar. 2014.

⁶²BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Cível nº 559065/RN. Processo nº 0001282-36.2008.4.05.8401. Relator Desembargador Federal Marcelo Navarro. Publicada em 12 de setembro de 2013. Disponível em <<http://www.trf5.jus.br>>. Acesso em 29 de mar. 2014.

decisão do STF datada de 2009, a intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas de saúde deve sempre ser pautada na excepcionalidade e não na generalidade. Por tal razão, entendeu que não seria possível determinar aos entes federativos apelados o fornecimento de medicamento específico a qualquer paciente que dele venha necessitar, uma vez que devem ser observadas as peculiaridades de cada caso concreto para o deferimento do pleito⁶³.

Anotou, ainda, que deferir o pedido formulado pelo *parquet* implicaria em ingerência do Poder Judiciário sobre a atividade do Poder Executivo, violando o princípio da separação dos poderes. Nesse sentido, haja vista a generalidade do pedido e a impossibilidade de que se verifique a real necessidade de fornecimento do medicamento, o indeferimento é medida que se impõe⁶⁴. A apelação foi improvida por unanimidade.

5 CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 é um marco no tocante ao direito à saúde, arrolando-a como direito fundamental e distribuindo a competência para sua execução entre os entes federativos. Ademais, salvaguardou a apreciação judicial de qualquer lesão ou ameaça a direito. Rememore-se, nesse ponto, que a assistência judiciária já se encontrava positivada, por força da Lei nº 060/50, garantindo o benefício da justiça gratuita para os cidadãos hipossuficientes.

Como tentativa de universalizar o acesso à saúde, a Lei nº 8080/90 instituiu o Sistema Único de Saúde (SUS), que funciona através de distribuição de competências entre os entes federativos. Entretanto, tal mecanismo ainda não é capaz de atender, com

⁶³ “Conforme decidiu o STF, no ano de 2009, em audiência pública voltada a discutir questões afeitas ao Direito à Saúde, a intervenção do Judiciário em políticas públicas de saúde deverá ser baseada na excepcionalidade, e não na generalidade. No presente caso, significa isto dizer que não se pode, de forma generalizada, determinar aos apelados que forneçam procedimento médico específico a qualquer paciente que venha dele precisar. Tal negativa se dá porque, para a disponibilização do procedimento, devem ser levadas em consideração as peculiaridades de cada caso concreto”. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Cível nº 559065/RN. Processo nº 0001282-36.2008.4.05.8401. Relator Desembargador Federal Marcelo Navarro. Publicada em 12 de setembro de 2013. Disponível em <<http://www.trf5.jus.br>>. Acesso em 29 mar. 2014.

⁶⁴ “Determinar a inclusão da LARONIDASE (ALDURYSAME) na lista de medicamentos excepcionais fornecidos pelo SUS implicaria ingerência do Poder Judiciário na definição das diretrizes e prioridades estratégicas de responsabilidade do Ministério da Saúde, a quem compete definir quais os medicamentos e insumos na assistência farmacêutica em todo o sistema único de saúde, que serão disponibilizados para os cidadãos que dela precisem, nos termos das normas regulamentares expedidas para tal mister”. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Cível nº 559065/RN. Processo nº 0001282-36.2008.4.05.8401. Relator Desembargador Federal Marcelo Navarro. Publicada em 12 de setembro de 2013. Disponível em <<http://www.trf5.jus.br>>. Acesso em 29 mar. 2014.

eficácia, toda a população, seja pela escassez de médicos, materiais de atendimento, infraestrutura adequada e até por força da própria corrupção, incessante no país.

Em assim sendo, haja vista as facilidades concedidas pelo ordenamento jurídico pátrio, a judicialização da saúde passou a ser fenômeno incontroverso e reiterado, conforme demonstrado através dos dados da lavra do Conjur/MS, que apontam o crescente volume de demandas judiciais ajuizadas nos últimos anos.

Dentro das demandas judiciais que versam acerca do tema, é frequente a suscitação do princípio do mínimo existencial por parte dos administrados, exigindo as prestações mínimas para manutenção da dignidade da pessoa humana, em seu aspecto físico e moral; A Administração Pública, por seu turno, procura justificar suas omissões valendo-se do princípio da reserva do possível, em qualquer das suas dimensões, já apresentadas no trabalho.

Nesse cenário, ganha lume o controle judicial dos atos administrativos. Em síntese, todos os atos administrativos podem ser objeto do controle pelo Judiciário, inclusive os discricionários, uma vez deflagrada a ilegalidade em sua composição, sem prejuízo ao princípio constitucional da separação dos poderes.

Por óbvio, o Poder Judiciário não pode sopesar os critérios de oportunidade e conveniência da Administração Pública, sob pena de cometer ingerência sobre o Poder Executivo, entretanto, pode e deve analisar e anular os atos administrativos encobertos pelo manto da ilegalidade, a fim de evitar lesões irreparáveis aos direitos dos administrados e aos preceitos constitucionais.

Perceba-se, com efeito, que o princípio da reserva do possível esbarra no conteúdo mínimo dos direitos fundamentais, de cumprimento obrigatório pelo Estado. Em assim sendo, o primeiro não pode ser suscitado para eximir o ente estatal de adimplir as obrigações constitucionais a ele designadas, sendo o mínimo existencial seu limite.

O Supremo Tribunal Federal (STF), quando do julgamento da ADPF nº 45, sinalizou no sentido de que figura como obrigação do Estado preservar a integralidade e a intangibilidade do mínimo existencial. Na mesma decisão, restou consignado, ainda, que não configura invasão administrativa o fato de o Poder Judiciário permear a esfera do Executivo e do Legislativo quando da ocorrência de omissão estatal associada à possibilidade de mácula aos direitos fundamentais constitucionalmente previstos.

Através dos casos concretos trazidos pelo presente trabalho, é possível vislumbrar a aplicação dos princípios do mínimo existencial e da reserva do possível, orientados especialmente pelo critério da proporcionalidade, de observância indispensável para que

o direito seja ofertado ao demandante de maneira justa.

No primeiro, o Tribunal Regional Federal (TRF) da 5ª Região, no julgamento de Apelação/Reexame Necessário nº 27276, garantiu à determinada criança tratamento de alto custo, por entender que era a prestação mínima para a garantia da dignidade humana da menor. Quanto à reserva do possível, entendeu inaplicável, haja vista a Administração Pública não ter demonstrado o comprometimento orçamentário alegado.

No segundo, o mesmo Tribunal, ao apreciar a Apelação Cível nº 559065/RN julgou improcedente o pedido para inclusão de determinado fármaco à lista dos medicamentos disponibilizados pelo Sistema Único de Saúde (SUS), uma vez que não havia destinatário específico para o medicamento, bem como por ser de competência do Executivo a elaboração da lista mencionada, resguardando, de tal modo, a independência entre os poderes e o orçamento público.

Perceba-se, nesse ponto, que o Tribunal Regional Federal da 5ª Região observou o critério de proporcionalidade em ambos os julgados, posto que garantiu o mínimo existencial no primeiro caso, ainda que de forma onerosa para o Estado, por ser a única alternativa para manutenção da vida da criança; já no segundo caso, julgou improcedente a demanda, observando, assim, a proporcionalidade entre o pleito e a real necessidade de seu deferimento.

Conclui-se, portanto, que a intervenção do Poder Judiciário nas esferas do Legislativo e Executivo é indispensável para a efetivação do direito à saúde, haja vista que a Administração Pública, por muitas vezes, eiva seus atos administrativos de ilegalidade e, ainda que tenha legitimidade para anulá-los, não o faz. Entretanto, há de se rememorar que o Poder Judiciário não pode se afastar do princípio da separação dos poderes, devendo intervir apenas nas situações em que a omissão estatal configure estrita violação aos ditames constitucionais.

6 ANEXOS

ANEXO “A” – Recurso Extraordinário 654170/MA – Supremo Tribunal Federal.

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE PROFESSORES. EXISTÊNCIA DE CANDIDADOS BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda

Turma). APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO DE PROVIMENTO EFETIVO. ILEGALIDADE. LEI ESTADUAL 6.915/2007. EXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 279 DESTA CORTE. ANÁLISE DE LEGISLAÇÃO LOCAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 280 DO STF. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. POSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS ABUSIVOS E ILEGAIS. AGRAVO IMPROVIDO. I - Inviável o recurso extraordinário quando sua apreciação demanda o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos, bem como da legislação infraconstitucional local aplicável à espécie. Incidência das Súmulas 279 e 280 do STF. Precedentes. II - Esta Corte possui entendimento no sentido de que o exame pelo Poder Judiciário do ato administrativo tido por ilegal ou abusivo não viola o princípio da separação dos poderes. Precedentes. III - Agravo regimental improvido. (STF - RE: 654170 MA , Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 19/03/2013, Segunda Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-068 DIVULG 12-04-2013 PUBLIC 15-04-2013)".

Fonte: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 21 mar. 2014.

ANEXO “B” – RECORTE DE ENTREVISTA DA PROF. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO À REVISTA TCE/MG

“Em regra, não cabe ao Judiciário interferir em políticas públicas. Mas, nesse caso, não se pode dizer que haja interferência do Judiciário nas políticas do Executivo, pois o juiz está apenas garantindo um direito à saúde, que decorre da Constituição. Antes, as normas pertinentes aos serviços sociais do Estado eram consideradas meramente programáticas. Hoje, há o entendimento de que elas têm um mínimo de efetividade que decorre da própria Constituição e que, portanto, o seu cumprimento pode ser exigido judicialmente”.

Fonte: Revista TCEMG jan/mar. 2012. Entrevista – Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Disponível em <<http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1462.pdf>>. Acesso em 29 mar. 2014.

REFERÊNCIAS

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **O patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Método, 2004.

ARAÚJO, Antônio José de Carvalho. **O direito à saúde e o controle judicial de políticas públicas: estudo de caso dos leitos de UTI na cidade de Mossoró/RN**. Revista CEJ/RN – Centro de Estudos Jurídicos JF/RN, Natal, v. 13, n. 16, jul./dez. 2008.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 12 jan. 2014.

BRASIL. **Lei nº 8080 de 19 de setembro de 1990**. Brasília, DF. Ministério da Saúde, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em 12 jan. 2014.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Intervenção Judicial na Saúde Pública**. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/arquivos/Panorama.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2013.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 5ª Região**. Apelação Cível nº 559065/RN. Processo nº 0001282-36.2008.4.05.8401. Relator Desembargador Federal Marcelo Navarro. Publicada em 12 de setembro de 2013. Disponível em <<http://www.trf5.jus.br>>. Acesso em 29 mar. 2014.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 5ª Região**. Apelação/Reexame Necessário nº 27276/RN. Processo nº 0007832-45.2011.4.05.8400. Relatora Desembargadora Federal Margarida Cantarelli. Publicada em 03 de junho de 2013. Disponível em <<http://www.trf5.jus.br>>. Acesso em 29 mar. 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª edição. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21ª edição. Lumen Juris, 2009.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 35ª edição. São Paulo: Malheiros, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26ª edição. São Paulo: Atlas, 2013.

DIÓGENES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. “**Gerações ou dimensões dos direitos fundamentais?**”. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11750>. Acesso em 20 jan. 2014.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 1984.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

FRANÇA. **Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão**, 26 de agosto de 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em 29 de jan. 2014.

GALVÃO, Márcio Antônio Moreira. **ORIGEM DAS POLÍTICAS DE SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL: DO BRASIL-COLÔNIA A 1930**. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/origem_politicas_saude_publica_brasil.pdf>. Acesso em 12 jan. 2014.

IURCONVITE, Adriano dos Santos. **Os direitos fundamentais: suas dimensões e sua incidência na Constituição**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, X, n. 48, dez 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&artigo_id=4528>. Acesso em 17 jan. 2014.

KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38ª edição. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**.

São Paulo: Dialética, 1999.

ROCHA, Eduardo Braga. **A implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11266&revista_caderno=9>. Acesso em 21 mar. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. **Tutela coletiva do direito à saúde**. Franca: Lemos e Cruz, 2010.

Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Revista TCEMG jan/mar. 2012.
Entrevista – Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Disponível em: <<http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1462.pdf>>. Acesso em 27 mar. 2014.