

### 3. Judicialización de la salud

#### 3.1

#### **Direito à saúde, Poder Judiciário e Orçamento Público.**

*Right to Health, Judiciary and Budget*

##### **Fábio Ferreira Mazza**

Mestre em Saúde Pública. Pós-graduado em Direito Sanitário e em Direito Público. Pesquisador colaborador do Programa de Direito Sanitário da Fundação Oswaldo Cruz. Brasília-DF, Brasil.

**Resumo:** Passados mais de vinte anos desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 (que institucionalizou as regras orçamentárias em nosso país), e mais de dez anos de vigência da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei nº 101/2000 que trata da responsabilidade na gestão fiscal), em que medida as decisões judiciais junto às prestações de serviços de saúde não observam as leis orçamentárias podendo, desta forma, comprometer o orçamento em saúde e prejudicar a concretização da política de saúde universal planejada? O artigo em questão serve como um alerta para que nos atentemos para a forma em que o Poder Judiciário vem decidindo as demandas na área da saúde, além de apontar para a necessidade de uma maior discussão e a realização de um estudo de maior amplitude no campo do direito à saúde e orçamento público. O artigo foi realizado mediante pesquisa bibliográfica e documental. A pesquisa documental e bibliográfica teve como base a literatura referente ao direito fundamental social à saúde, no marco do Estado Democrático de Direito, bem como o fenômeno da judicialização da saúde e da institucionalização das finanças públicas no País, a partir da Constituição de 1988.

**Palavras-chave:** Judicialização; saúde; orçamento; Poder Judiciário.

**Resumen:** Más de veinte años transcurridos desde la promulgación de la Constitución Federal de 1988 (que estableció las normas de presupuesto en nuestro país), y más de diez años de la Ley de Responsabilidad Fiscal (Ley Núm. ofertas 101/2000 con la gestión de la responsabilidad impuestos), el grado en que las decisiones judiciales a lo largo de la oferta de servicios de salud no cumplían con las leyes de presupuesto y por lo tanto pueden poner en peligro el presupuesto de salud y poner en peligro la consecución de la política de atención de salud universal planeado? El artículo en cuestión sirve como una advertencia para nosotros debe notar la manera en que el poder judicial es decidir las demandas en la asistencia sanitaria, y apuntan a la necesidad de un mayor debate y un estudio de mayor magnitud en el campo el derecho a la salud y el presupuesto público. El documento fue desarrollado por la literatura y documentos. El documental y la investigación bibliográfica se basó en la literatura sobre el derecho social fundamental a la salud, en el marco de un Estado democrático, así como el fenómeno de la judicialización de la salud y la institucionalización de las finanzas públicas en el país, desde la Constitución de 1988.

**Palabras clave:** Adjudicación; salud; presupuesto; Poder Judicial.

**Abstract:** After more than twenty years since the promulgation of the Federal Constitution of 1988 (which established the budget rules in our country), and more than ten years of the Fiscal Responsibility Law (Law No. 101/2000 which deals with responsible fiscal management) , the extent to which judicial decisions along the supply of health services do not comply with budgetary laws and may thus jeopardize the health budget and jeopardize the achievement of the planned universal health care policy? The article in question serves as a warning to us should notice the way in which the judiciary is deciding the demands in healthcare, and point to the need for further discussion and a study of greater magnitude in the field the right to health and public budget. The paper was developed by literature and documents. The documentary and bibliographic research was based on the literature on the fundamental social right to health, in the framework of a democratic state, as well as the phenomenon of judicialization of health and institutionalization of public finances in the country, from the 1988 Constitution.

**Keywords:** Judicialization; health; budget; Judiciary.

## 1 Introdução

A busca pela efetividade do direito à saúde garantido constitucionalmente por meio do Poder Judiciário, é um assunto que sempre gerou muita discussão.

Muito embora a interferência do Poder Judiciário para concretizar certos direitos constitucionalmente garantidos, em específico o direito à saúde, seja perfeitamente coerente, ocorre que muitas vezes o Poder Judiciário não observa as políticas que envolvem o direito à saúde, não segue o planejamento orçamentário para que ocorra a responsabilidade na gestão fiscal conforme a exigência legal da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Se por um lado busca-se a satisfação do direito à saúde, do direito à vida garantido constitucionalmente, por outro há que se falar em equilíbrio e respeito às normas orçamentárias; em especial à Lei de Responsabilidade Fiscal.

A consequência disto, é que a possível não observação destas normas por parte do Poder Judiciário em suas decisões, pode inviabilizar a sustentabilidade financeira da política de saúde, imprescindível para a concretização de tal direito.

## 2 O Direito fundamental social à saúde na Constituição Federal de 1988

Os direitos fundamentais e as noções de Constituição e Estado de Direito, são indissociáveis. Na órbita dos direitos sociais, a Constituição Federal de 1988 afirmou a existência destes como sendo direitos fundamentais, constitucionalmente reconhecidos, dentre os quais se encontra o direito à saúde.

Neste sentido, as políticas de saúde devem garantir de forma universal e igualitária o acesso às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação de todos, além de serem formuladas e executadas com ampla participação da comunidade, conforme explicitado no art. 196 e 198 da Constituição Federal.

Entretanto, muitas vezes as políticas de saúde não conseguem contemplar de forma universal e igualitária a todos, fazendo com que ocorra uma busca pelo Poder Judiciário no intuito de garantir a efetivação do direito à saúde.

Essa busca pela efetividade do direito à saúde por meio do Poder Judiciário exprime o exercício democrático de cidadania assegurado pela Constituição. O Poder Judiciário não pode deixar de tutelar direitos fundamentais que dependem de sua atuação para serem efetivados, mas também não pode ser o centro de realização e implementação de políticas, promovendo os direitos de uns e causando grave lesão a direitos da mesma natureza de outros tantos (Barroso, 2010).

### **3 O campo das finanças públicas e a judicialização da saúde**

As Leis Orçamentárias são normas que condicionam o planejamento estatal como um todo, determinando despesas e receitas necessárias ao funcionamento do Estado e também a promoção de direitos que acabam por envolver as mais diversas formas de política pública (Vasconcelos, 2010).

No Brasil, o marco normativo do orçamento público encontra-se originalmente na Lei nº 4.320, de 1964, editada como lei ordinária e recepcionada pela Constituição Federal de 1988 (CF/88) como lei complementar, não podendo portanto ser alterada por lei ordinária ou medida provisória. Ocorre que, somente após a CF/88 é que a estrutura orçamentária adquiriu sua plenitude, por meio do processo de reforma do Estado Brasileiro que marcou a década de 1990, em especial a série de inovações introduzidas no planejamento e orçamento público, que acabaram por contribuir para a cumplicidade entre o processo orçamentário e o planejamento.

A lógica de trabalhar com os recursos de forma planejada ocorre desde a CF/88, que em seu artigo 165 estabeleceu um sistema coordenado por três normas jurídicas: o Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA). Posteriormente, com o advento da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 2000), foram reforçadas as atribuições e conexões entre estes instrumentos já trazidos pela CF/88, sendo que a Lei de Responsabilidade Fiscal estabeleceu especificamente o conteúdo da LDO e

obrigou a interação dos instrumentos de planejamento e orçamento – PPA, LDO e LOA. Assim, a destinação dos recursos passa a ser autorizada tão somente para o cumprimento dos objetivos pretendidos, tornando o planejamento inevitável (Conti, 2010).

Em relação a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), esta também deve ser observada pelo Poder Judiciário quando da tomada de suas decisões. A LRF, dentre seus princípios, estabelece o princípio do equilíbrio entre receitas e despesas, traduzido em equilíbrio das contas públicas, além da necessidade de correlação entre receita e despesas na lei de diretrizes orçamentárias. O descumprimento da LRF implica em sanção de natureza penal e institucional.

Ainda, a LRF especifica regras das já existentes leis orçamentárias (PPA, LDO e LOA) limitando desta forma a liberdade de utilização de verbas orçamentárias e fazendo com que o gestor considere as prioridades impostas, engessando assim as possibilidades de atuação deste frente às demandas que são apresentadas por meio de ordens judiciais, conforme preveem o art. 16 e 17 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Portanto, as inovações orçamentárias trazidas a partir da década de 1990 permitiram uma maior cumplicidade entre o planejamento e o processo orçamentário. Na área da saúde não poderia ser diferente, conforme nos ensina Áquilas Mendes:

o gasto em saúde deve estar ligado ao planejamento, como um instrumento que baliza o orçamento. Se o gasto é caracterizado por um dispêndio de recursos, representado por uma saída de recursos financeiros, esse só pode ser viabilizado se estiver em acordo com o que foi planejado e orçado. É importante assinalar que nenhum gasto deverá ser realizado sem que haja disponibilidade de recursos orçamentários e financeiros. Para tanto, é importante que se resgate o planejamento como primeira função da gestão orçamentário-financeira (Mendes, 2003, p. 115).

A possibilidade de se efetuar gastos em saúde sem antes haver uma relação com o seu programa é inexistente; a Lei de Responsabilidade Fiscal obriga a interação dos instrumentos de planejamento e orçamento – PPA, LDO e LOA, que são leis e determinam financeiramente, através da alocação de recursos públicos, as ações prioritárias para o atendimento das demandas da sociedade (Mendes, 2003).

Ocorre que os juízes, muitas vezes, ficam restritos somente a uma leitura do ordenamento jurídico sem observarem o planejamento orçamentário conforme estabelece a exigência legal da Lei de Responsabilidade Fiscal. Desta forma, o administrador público fica vinculado ao ordenamento orçamentário, passivo de ser

punido conforme tipificado na Lei de Crimes Fiscais, caso ocorra a ordenação de despesas não previstas em lei. Poderá ser punido ainda por crime de responsabilidade fiscal (Leis nº 1.079, de 1950, e 10.028, de 2000), por infringir dispositivo orçamentário ao realizar despesa não prevista ou em montante superior ao previsto no orçamento (Ribeiro e Castro, 2010).

É importante mencionar ainda, que ocorrem impactos orçamentários gerados com a realocação de recursos para que as decisões judiciais sejam cumpridas, prejudicando assim quem se beneficiaria destes recursos e também as políticas públicas da pasta saúde; e, até mesmo, de outras pastas.

Para exemplificar, Ana Carla Bliacheriene e Guilherme Mendes nos dizem:

houve uma explosão de questionamentos sociais que se manifestaram pela via judicial, inclusive os relativos à saúde, sem que houvesse institucionalizado os instrumentos orçamentários adequados ao seu atendimento. Na prática, muitos municípios do país não se vêem em condições de atender às demandas judiciais sem causar sérios prejuízos ao fornecimento de atenção básica a todo o resto da população.

(...)

A frase preocupante que já tivemos a oportunidade de ouvir de juízes, em situações distintas ao tratar do tema, dane-se o orçamento, demonstra o rumo de subdesenvolvimento e falta de seriedade que o judiciário pode imprimir às contas públicas, sem as devidas alterações estruturais, se houver uma imposição de despesas em grande escala no setor da saúde ou qualquer outro setor que contenha demandas sociais reprimidas (Bliacheriene e Mendes, 2010, p. 20-25).

O excerto acima demonstra bem a maneira como os tribunais colocam-se frente às questões relativas ao direito à saúde. O Poder Judiciário, em sua vontade de cumprir integralmente as normas dispostas na CF/88, acaba por implementar diretamente o direito à saúde conforme previsto no art. 196 da CF/88, fazendo de forma individual o que deveria ser feito por políticas públicas.

Há portanto a real importância de haver um planejamento orçamentário antes de se iniciar qualquer política pública de saúde. Nesse contexto, os “imprevistos” causados pelas decisões judiciais colocam em risco todo o planejamento orçamentário já definido para a realização das políticas de saúde, além de inviabilizar a realização destas. Ainda sobre este tema, nos diz Daniel Wang:

Além do mais, é preciso olhar não só para quem ganha, mas também para quem perde com determinada forma de alocar recursos. Luiz Roberto Barradas Barata, então Secretário de Saúde do Estado de São Paulo em 2005, afirmou que a geração de gastos não previstos no orçamento, pelo Poder Judiciário, obrigava-o a, entre outras coisas, deixar de incrementar o Programa de Saúde da Família, uma política

voltada para atenção básica da população mais carente. Ainda que essa afirmação seja de difícil comprovação, não é irrazoável afirmar que a grande quantidade de recursos da saúde gasta para cumprir as decisões judiciais não pode ser alocada sem afetar outras políticas de saúde que, por sua vez, também protegem o que seria o mínimo existencial de outros cidadãos (Wang, 2009, p. 313).

Em alguns casos, o Supremo Tribunal Federal tem decidido no sentido de não considerar ingerência do Judiciário na esfera da administração a imposição judicial ao Executivo de que este satisfaça, nos termos determinados pelo tribunal, um direito social previsto na Constituição, a requerimento de qualquer cidadão; pois diante de um direito consagrado pela Constituição e explicitado por norma infraconstitucional é dever do Judiciário torná-lo realidade, ainda que ocorra obrigação de fazer com repercussão na esfera orçamentária. Porém, ao se falar em orçamento, e sendo este aprovado por uma lei do orçamento (do Poder Legislativo), o ato de um juiz que se proponha a alterar essa lei modificando a afetação das receitas, ou que determine ao Executivo o dever de alterar esta lei para cumprir determinada sentença, acaba por carecer de legitimidade no campo orçamentário, pois não é função do judiciário legislar e determinar como se devem aplicar os recursos financeiros. O Poder Judiciário e o Poder Executivo não podem usurpar competência reservada do Poder Legislativo.

### **Considerações finais**

Após toda a explanação aqui aludida, conseguimos traçar ainda que de forma superficial, um panorama sobre o direito à saúde, o Poder Judiciário, e o orçamento público.

Ficou evidenciado que as normas orçamentárias trazidas pela Constituição Federal, bem como a Lei nº 4.320, de 1964, e a Lei nº 101, de 2000, formam um ordenamento jurídico eficaz e vinculado em matéria de planejamento da ação governamental, causando não somente sanções administrativas e penais quando de seu descumprimento e inobservância, mas também o comprometimento do orçamento em saúde.

É certo que a problematização da judicialização da saúde e o comprometimento orçamentário, que muitas vezes ocorre por falta de conhecimentos técnicos por parte do Poder Judiciário ao conceder as demandas que lhe são apresentadas, está longe de ser resolvido.



No entanto, cumpre lembrar que saúde e orçamento convivem lado a lado, sendo o direito à saúde dependente, entre outras coisas, do orçamento para se efetivar. Há portanto, que haver um equilíbrio e proporcionalidade nas decisões por parte do Poder Judiciário nas questões que envolvam a judicialização da saúde.

Não menos importante, este artigo evidencia a necessidade de uma maior discussão e a realização de um estudo de maior amplitude no campo do direito à saúde e orçamento público.

Por fim, as observações doutrinárias e normativas trazidas por este artigo são de grande importância, posto que ao observar e respeitar as normas orçamentárias, o Poder Judiciário evitará que ocorra o prejuízo da concretização da política de saúde planejada.

## Referências

BARROSO, Luís Roberto. Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial. In: SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza (Coord.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 875-903. ISBN 978-85-375-0345-4

BLIACHERIENE, Ana Carla; MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos. Lei de Responsabilidade Fiscal e os Limites da Vinculação e da Discricionariedade da Execução da Dotação Orçamentária: o impacto das liminares judiciais relativas à saúde para o orçamento dos municípios. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (Org.). *Direito à Vida e à Saúde: Impactos Orçamentário e Judicial*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 16-26. ISBN: 978-85-224-6034-2

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. In: Vade Mecum (12ª ed.) São Paulo: Saraiva, 2011. ISBN 978-85-021-0451-8

CONTI, José Maurício. Planejamento e responsabilidade fiscal. In: SCAFF, Fernando F.; CONTI, José Maurício (cords.) *Lei de Responsabilidade Fiscal: 10 anos de vigência – questões atuais*. São José (SC): Conceito Editorial – IBDF, 2010. ISBN 978-85-7874-151-8

MENDES, Áquilas. A Busca da Cumplicidade entre o Planejamento e o Processo Orçamentário na Saúde Paulistana. In: MENDES Áquilas; SOUZA, Maria de Fátima de (Org.). *Tempos Radicais da Saúde em São Paulo: A Construção do SUS na Maior Cidade Brasileira*. São Paulo: Hucitec, 2003, p. 109-122. ISBN 978.85.271.0601-6

RIBEIRO, Renato Jorge Brown; CASTRO, Róbison Gonçalves de. O Direito à Saúde e o Orçamento Público: A Busca de um Equilíbrio Estável. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (Org.). *Direito à Vida e à Saúde: Impactos Orçamentário e Judicial*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 16-26. ISBN 978-85-224-6034-2

SADEK, Maria Tereza. Judiciário e Arena Pública: Um Olhar a Partir da Ciência Política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O Controle*

*Jurisprudencial de Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. ISBN 978-85-218-0495-6

SABINO, Marco Antonio da Costa. Quando o Judiciário Ultrapassa seus Limites Constitucionais e Institucionais. O Caso da Saúde. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 353-386. ISBN 978-85-218-0495-6

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. (10 ed.) Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. ISBN 978-85-7348-708-4

VASCONCELOS, Natália Pires de. O Supremo Tribunal Federal e o Orçamento: uma análise do controle concentrado de leis orçamentárias. 2010. *Monografia de conclusão de curso*. Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2010.

WANG, Daniel Wei Liang. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações. (Resenha). *Revista de Direito Sanitário*. São Paulo, 10(1):308-318, Mar/Jul2009. ISSN 1516417-9