



Centro Universitário de Brasília – UniCeub

Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais – FAJS

Núcleo de Pesquisa e Monografia – NPM

CLARA CARVALHO SANTOS

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE – ESTUDO HISTÓRICO EVOLUTIVO SOBRE AS
DEMANDAS JUDICIAIS PARA REALIZAÇÃO DE CIRURGIAS EM CRIANÇAS E
ADOLESCENTES**

Brasília

2014

CLARA CARVALHO SANTOS

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE – ESTUDO HISTÓRICO EVOLUTIVO SOBRE AS
DEMANDAS JUDICIAIS PARA REALIZAÇÃO DE CIRURGIAS EM CRIANÇAS E
ADOLESCENTES**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em
Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas
e Sociais do Centro Universitário de Brasília
– UniCEUB.

Orientadora: Prof (a). Lara Salles de Moraes

Brasília

2014

CLARA CARVALHO SANTOS

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE – ESTUDO HISTÓRICO EVOLUTIVO SOBRE AS
DEMANDAS JUDICIAIS PARA REALIZAÇÃO DE CIRURGIAS EM CRIANÇAS E
ADOLESCENTES**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em
Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas
e Sociais do Centro Universitário de Brasília
– UniCEUB.

Orientadora: Prof (a). Lara Salles de Moraes

Aprovada em 1 de novembro de 2014.

BANCA EXAMINADORA

Professora Lara Salles de Moraes
Orientadora

Professora Camila Bottaro
Examinadora

Professor Gabriel Haddad
Examinador

AGRADECIMENTO

À minha família pelo carinho e motivação.

Aos meus pais, Flaubert e Cecy, pelo apoio, dedicação e amor incondicionais.

Aos meus irmãos, Ana Paula, Daniel e Gabriela, por todo o companheirismo e interesse, que me impulsionaram a sempre perseverar.

Ao amigo e fiel companheiro, Rodolfo, por sempre entender, respeitar e amenizar os momentos de estresse.

Aos amigos que sempre estiveram ao meu lado, apaziguando as angústias, dividindo preocupações e comemorando cada conquista ao longo desses anos de dedicação à formação acadêmica.

Aos professores dessa instituição, por dividirem suas experiências e informarem, sobretudo, acerca dos ofícios da advocacia, magistério e outras profissões jurídicas que nos oportunou o Curso de Direito.

À orientadora, professora Lara Salles de Moraes, minha gratidão por toda a ajuda e conhecimento compartilhado.

Aos profissionais com quem tive a honra de estagiar durante os últimos anos, por toda a paciência e incentivo.

Meus sinceros agradecimentos a todos!

*“Teu dever é lutar pelo direito, mas no dia
em que encontrares o direito em conflito
com a justiça, luta pela justiça”*

Eduardo Couture

RESUMO

Esta monografia é o resultado de um estudo sobre o Direito à Saúde, no âmbito do Direito da Criança e do Adolescente, quanto à busca pelo Judiciário para acesso a procedimentos cirúrgicos no Sistema Único de Saúde (SUS). Inicialmente serão abordados os aspectos intrínsecos à legislação pátria no que diz respeito à tutela dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes. Em seguida, será apresentado o histórico da legislação brasileira no que diz respeito à garantia de acesso à saúde e o fenômeno da judicialização da saúde. Por último, será analisado um julgado emblemático do TRF 3ª Região, em que serão discutidos diversos aspectos da judicialização da saúde, suas implicações e consequências à sociedade brasileira.

Palavras-chave: Direito à Saúde; Direito da Criança e do Adolescente, Judicialização da Saúde.

ABSTRACT

The current study has the intent of understanding the impacts of the judicial activism in the society, focused in the cases of health matters, in particular the cases that involve children and adolescents who need the Brazilian government to pay for their surgeries.

Key-words: Judicial Activism, Health, Children and Adolescents Rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 PREVISÃO DO DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	11
1.1 A evolução histórica do direito à saúde nas Constituições brasileiras	11
1.2 Princípios regentes do direito da criança e do adolescente	14
2 EVOLUÇÃO DA FORMA DE ESTADO BRASILEIRO.....	21
2.1 Fundamentos teóricos sobre o Estado Social	21
2.2 Direito à Saúde como direito de segunda dimensão	23
2.3 Orçamento público destinado à saúde da criança e do adolescente	25
2.4 O fenômeno da judicialização da saúde.....	26
3 ESTUDO DE CASO – SOPHIA GONÇALVES DE LACERDA X UNIÃO	35
3.1 Ponderação – Princípios da Proporcionalidade e da Economicidade	37
3.2 As consequências do deferimento do pedido autoral	40
3.2.1 Impacto da decisão no orçamento estatal.....	41
3.2.2 Reflexo da decisão na teoria de separação de poderes.....	44
3.2.3 Considerações finais sobre o estudo de caso	45
CONCLUSÃO	47
REFERÊNCIAS.....	49

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por finalidade compreender o fenômeno da judicialização da saúde, as razões para o início da inflamação do sistema judiciário com ações que visam o atendimento médico à criança e adolescente, bem como fornecimento de medicamentos e realização de procedimentos como exames ou cirurgias; o impacto da judicialização na execução de políticas públicas e no planejamento orçamentário nacional. Assim, o que se pretende é entender até que ponto a resolução de casos que envolvem o Sistema Único de Saúde (SUS) e a determinação de efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição de 88, é benéfica para a sociedade brasileira.

Para que este objetivo seja alcançado é imprescindível a compreensão, primeiramente, dos direitos fundamentais que circundam esses novos detentores de direito, crianças e jovens, que a partir da Constituição de 88 passaram a ser sujeitos em uma nova relação de direitos e deveres frente ao Estado. Assim, no primeiro capítulo buscar-se-á explanar os princípios que pautam essa relação jurídica, a fim de identificar dentre o universo de direitos e deveres pertencentes ao cidadão em relação à Administração Pública, quais são os aspectos da tutela específica existente aos interesses da criança e do adolescente.

Superada a compreensão sobre a particularidade da relação jurídica entre jovens e a Administração Pública, frente à proteção por um Código próprio e regimento por princípios constitucionais específicos, torna-se necessário aprofundar o estudo no entendimento do fenômeno da judicialização, buscando compreender o fundamento histórico que deu início à busca, pela população, do Judiciário para solucionar a inacessibilidade ao Sistema Único de Saúde.

Finalmente, para ilustrar a gravidade do fenômeno da judicialização das políticas públicas, buscar-se-á, no terceiro capítulo, através de um estudo de caso, demonstrar a importância do Judiciário nos casos em que a saúde e a vida dos cidadãos brasileiros dependem de alguma intervenção para serem assegurados, mas também identificar os limites à intervenção deste Poder em outros ramos da Administração Pública, sopesando os princípios envolvidos e os direitos fundamentais em voga.

O estudo será desenvolvido através de pesquisa doutrinária, histórica e jurisprudencial, de forma a permitir a compreensão exata da complexidade do tema envolvido, os desdobramentos jurídicos e as consequências geradas.

1 PREVISÃO DO DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Os ideais de direito, de poder e de dever sempre estiveram presentes na humanidade. É cediço que desde as primeiras formações de grupos sempre houve um sistema hierárquico, os mandantes e os obedientes. Nas palavras de Edénir Sebastião Albuquerque da Rosa, tanto a sociedade quanto os entes administrativos foram criados a partir de uma convergência de vontades do homem para tornar a convivência em ambiente coletivo tolerável. Foi dessa relação de poder, da sistematização social que surgiu o papel do Estado, Instituição de ordem, com caráter administrativo que passou a ter a prerrogativa de elaborar normas, mas também de assegurar seu cumprimento, inclusive no que diz respeito às suas próprias limitações e aos seus deveres para com seus administrados, ou seja, o Estado é responsável por controlar seu próprio funcionamento.¹

1.1 A evolução histórica do direito à saúde nas Constituições brasileiras

No Brasil esse controle interno do Estado administrador sobre suas próprias funções é identificável principalmente na separação de poderes. A teoria tripartite, desenvolvida por Montesquieu em 1748, é o modelo de organização adotado pelo Estado Democrático Brasileiro, em que distinguem-se dentro da organização do poder estatal, três funções – administrativa, legislativa e judiciária, desempenhadas de forma independente e preponderantemente exclusiva. Diz-se preponderantemente exatamente porque, conforme será verificado mais adiante, os poderes apesar de distintos sofrem influência indireta e colaboram entre si para o ideal funcionamento do Estado.²

A visão brasileira sobre saúde passou por momentos históricos em que as teorias adotadas foram bastante divergentes, e muito embora não se encontre hoje em perfeita harmonia com a necessidade da população e a possibilidade do Estado de fornecer a saúde, houve nos últimos vinte ou vinte e cinco anos, indiscutivelmente, uma melhora, inclusive, por influência do judiciário, como será apontado.³

¹ ROSA, Edénir Sebastião Albuquerque da. Efetividade aos provimentos judiciais em ação civil pública coletiva contra o estado para cumprimento de obrigação de fazer na realização de direitos e garantias fundamentais individuais e sociais. Revista da Escola da Magistratura do Estado de Rondônia, volume 17, p. 247-249, jan./jun. 2008.

² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 34ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 135.

³ BARCELLOS, Ana Paula de. Judicialização da Saúde no Brasil. Brasília: UniCEUB, 24 de outubro de 2013. Palestra ministrada para alunos e professores da instituição durante a Jornada de Estudos de Direitos Constitucionais - Direitos Constitucionais em Homenagem aos 25 anos da Constituição de 1988.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 foi um avanço para que essa melhora no sistema de acesso à saúde, de que tratamos, ocorresse. Isso porque, antes de sua promulgação as disposições legais acerca do tema eram escassas e os meios de acesso mais ainda, como se passa a explicar.⁴

Antes da CF/88 o acesso à saúde era possível por quatro meios. O mais democrático era por meio do Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social (INAMPS), acessível às pessoas que desempenhavam atividades com vínculo de emprego formal, inscritos, portanto na previdência social, o que lhes dava acesso a esse sistema, que era o atendimento médico fornecido pelo governo à época.⁵

Além do INAMPS os outros meios de obter atendimento e tratamento médicos eram a participação em sistemas corporativos, desenvolvidos por classes que embora não tivessem a carteira assinada, criavam um sistema interno colaborativo que financiava uma espécie de plano de saúde para seus componentes; sistemas de atendimento filantrópicos, que, todavia, tinham o acesso restrito, em razão da falta de provimentos; e atendimento médico privado, extremamente dispendioso, o que dificultava o acesso da massa popular. Dessa forma, em razão da dificuldade de acesso ao atendimento médico, a cultura social tornou-se curativa: só se ia ao médico quando identificado um problema de saúde já existente.⁶

Com a CF/88 esse acesso à saúde foi revitalizado. O artigo 196, da Constituição determinou:

“Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

Assim, a população passou a contar com um sistema de saúde universal, abrangendo não só atendimento médico curativo, mas também uma política pública

⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. Judicialização da Saúde no Brasil. Brasília: UniCEUB, 24 de outubro de 2013. Palestra ministrada para alunos e professores da instituição durante a Jornada de Estudos de Direitos Constitucionais - Direitos Constitucionais em Homenagem aos 25 anos da Constituição de 1988.

⁵ BRASIL, Distrito Federal, Lei nº 6.439, 1º de setembro de 1977. Institui o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social e dá outras providências. D.O.U. 2.9.1977.

⁶ PONTES, Ana Paula Munhen de et al. O princípio de universalidade do acesso aos serviços de saúde: o que pensam os usuários?. Esc. Anna Nery, Rio de Janeiro, v. 13, n. 3, Setembro 2009.

preventiva de riscos à saúde, custeada por uma receita orçamentária pública, solidariamente arrecadada por meio da contribuição tributária.⁷

Embora não seja ideal, o sistema atual é muito melhor que o anterior à Constituição. Todavia em termos de estudo constitucional e de efetividade da letra da lei, existem algumas dificuldades práticas da disposição constitucional que necessitam ser sanadas, e isso vem sendo feito, muitas das vezes por meio da provocação do judiciário. É o tema deste estudo.

Em consequência da movimentação social para modificação do Estado desigual e ausente deveras constituído, surgiu como produto uma nova Constituição socializante, democrática, pretória de direitos e garantias que passaram a ocupar papel central na Administração Pública.⁸

Esse novo perfil social, implementado pela nova constituição não excluiu os cuidados com a criança e o adolescente, instituindo novos meios de proteção infanto-juvenil. Assim, a criança e o adolescente, passaram a ser vistos como titulares de direitos fundamentais, tão ou mais amplos que aqueles assegurados aos adultos.⁹

O aumento da proteção à esses novos titulares de direitos culminou com a edição da lei 8.069/90, o Estatuto da Criança e do adolescente, que ampliou diretrizes para a defesa de seus direitos, inclusive o próprio termo “estatuto” indica a abrangência da lei, que instituiu verdadeiro microssistema para assegurar e tornar efetiva a nova universalidade de direitos que passou a alcançar as crianças e adolescentes, trazendo todos os instrumentos legais e materiais indispensáveis para dar efetividade à norma constitucional do artigo 227¹⁰, caput, CF.¹¹

⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. Judicialização da Saúde no Brasil. Brasília: UniCEUB, 24 de outubro de 2013. Palestra ministrada para alunos e professores da instituição durante a Jornada de Estudos de Direitos Constitucionais - Direitos Constitucionais em Homenagem aos 25 anos da Constituição de 1988.

⁸ BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. Direito à Vida e à Saúde, Impactos Orçamentário e Judicial. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p.17.

⁹ AMIN, Andréia Rodrigues. Evolução Histórica do Direito da Criança e do Adolescente. In: Maciel, Katia Regina F. L. Andrade. Curso de Direito da Criança e do Adolescente, aspectos teóricos e práticos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, 2ª Edição, p. 9.

¹⁰ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

¹¹ AMIN, Andréia Rodrigues ES. Evolução Histórica do Direito da Criança e do Adolescente. In: Maciel, Katia Regina F. L. Andrade. Curso de Direito da Criança e do Adolescente, aspectos teóricos e práticos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, 2ª Edição, p. 9.

1.2 Princípios regentes do direito da criança e do adolescente

De modo geral, a Constituição de 88 modificou de forma significativa a garantia dos direitos fundamentais e merecem especial destaque os avanços que a constituição de 88 promoveu no âmbito da proteção à saúde infanto-juvenil. Assim, além de todas as regras de direito material instauradas na nova fase do direito constitucional brasileiro que se iniciou com a promulgação da Constituição Federal de 88, surgiram princípios diretores que propiciam a efetivação da norma legal, ressaltando aspectos de primazia para a sociedade e a proteção das crianças e adolescentes brasileiras.¹²

Os princípios sobre os quais passamos a tratar são motores da proteção constitucional conferida pelo artigo 227, CF/88, quais sejam os princípios da prioridade absoluta, do melhor interesse, da peculiaridade e o princípio da municipalização.

Primeiramente, insta ressaltar a literalidade do artigo que embasa o direito fundamental a saúde, objeto desse estudo, art. 227 da CF/88, que assim define:

“É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)”¹³

Isto posto, percebe-se que este artigo trouxe por si só, diversas regras materiais, mas também instituiu princípios, e deveres difusos, de cunho legal, mas também moral, no âmbito da proteção à criança, ao adolescente e ao jovem.¹⁴

Dentre as regras materiais, o artigo mencionado repete os direitos fundamentais instituídos pelo artigo 6º¹⁵, CF. Traz, pois, para o âmbito do sujeito infante, a proteção à vida e à saúde, objetos principais deste estudo, que torna o Estado responsável por dispor de verbas e providenciar políticas públicas tanto quanto forem necessárias para garantir o bem estar e a higidez da população jovem,

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, nº 11, set./out./nov. 2007

¹³ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

¹⁴ CURY, Munir; SILVA, Antonio Fernando do Amaral e; e MENDEZ, Emilio Garcia. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. Comentários Jurídicos e Sociais. Ed. Malheiros. São Paulo: Malheiros, 1996, 2.ed, p.

¹⁵ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição

isto porque o administrador não é responsável apenas pela criação dos direitos, mas pela efetivação destes direitos, pela criação de mecanismos próprios que atendam as necessidades da sociedade como um todo. No caso da vida e da saúde, estes mecanismos abrangem a proteção da vida intrauterina, com atendimento médico pré-natal e perinatal, além do Sistema Único de Saúde, que deverá suprir as necessidades da criança, do adolescente e também do adulto posteriormente.¹⁶

Indistintamente, o direito à alimentação é senão um aspecto implícito dos direitos à vida e à saúde, isto porque a nutrição adequada garante muito mais que a subsistência, dirime a incidência de doenças, a carência de qualquer vitamina, sal ou demais nutrientes necessários ao perfeito desenvolvimento físico e cognitivo, e reduz ainda, a ocorrência de condições como a obesidade, diabetes ou outras doenças relacionadas à má condução dos hábitos alimentares infantis. Significa, portanto, que cabe, ademais, ao Estado criar efetivos meios de resguardar as crianças e os adolescentes tanto da escassez, quanto dos excessos alimentares que lhes possam ser prejudiciais.¹⁷

O próximo direito que merece especial atenção, principalmente no que tange à criança e ao adolescente é o direito à educação, este é um direito fundamental que nasce no bojo do direito infanto-juvenil, exatamente porque deve-se partir do pressuposto de que ninguém deve atingir a vida adulta sem a instrução educacional adequada, ou seja, é exatamente na infância que deve ter início a satisfação desse direito fundamental. Logo, é dever do Estado garantir a existência de escolas de ensino fundamental e médio na rede pública, ou a oferta de vagas em redes particulares para suprir a ausência desta, mediante bolsa de estudo.¹⁸

Os próximos aspectos abrangidos pelo artigo 227 da CF são os direitos ao lazer e à profissionalização, àquele, como direito social alcança o descanso, mas também abrange um outro direito trazido mais à frente no mesmo artigo, o direito à cultura e também ao desporto. Os direitos ao lazer e a cultura visam o melhor desenvolvimento do jovem, que necessita de estímulos variados para alcançar a destreza motora, social e cultural ideais. Em contrapartida o direito à profissionalização imprime uma garantia individual que corresponde à preparação do

¹⁶ ISHIDA, Válder Kenji. Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 22-25.

¹⁷ AMIN, ANDRÉIA RODRIGUES. Doutrina da Proteção Integral. In: Maciel, Katia Regina F. L. Andrade. Curso de Direito da Criança e do Adolescente, aspectos teóricos e práticos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, 2ª Edição, p. 33.

¹⁸ NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. Comentários à Constituição Federal: Direitos e garantias fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 87.

jovem para o mercado de trabalho, insta dizer, a adequação de suas habilidades para torná-lo capaz para o trabalho.¹⁹

Há ainda a tríplice de direito à liberdade, ao respeito e à dignidade, garantida pelo artigo ora estudado, que implica na garantia à liberdade do indivíduo menor desde que não haja incorrido em ato infracional o por ordem judicial motivada, além da liberdade de expressão, de crença e culto, de divertir-se; o direito ao respeito, que significa a proteção à integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, autonomia, valores, idéias e crenças, espaços e objetos pessoais; e o direito à dignidade refletido na salvaguarda da criança e do adolescente a qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.²⁰

Finalmente, o último direito trazido pelo artigo 227 da CF, como tutela específica ao direito da criança e do adolescente, está o direito à convivência familiar e comunitária, que dispõe sobre o direito do infante de viver junto à sua família, ou excepcionalmente em família substituta, a fim de garantir a proteção à entidade familiar, desde que não haja óbice intransponível a essa convivência, e o direito à convivência social, seja na localidade de residência, na escola e demais ambientes comuns à sociedade de que fazem parte, ambos com o intuito de garantir a participação familiar e comunitária, essenciais ao desenvolvimento de suas habilidades sociais.²¹

Não obstante todas essas regras materiais dispostas no caput do artigo 227, da CF, percebemos ainda, a determinação de princípios que devem ser observados na efetivação dos direitos ali definidos. Um primeiro princípio norteador dos novos direitos e deveres surgidos do artigo observado é um que o próprio legislador incita literalmente no texto constitucional: o princípio da prioridade absoluta. Este princípio surge de um contexto histórico, isso porque, a proteção a criança e ao adolescente antes da CF/88 era regida pela regra da “situação irregular”. Esse conceito foi oficializado pelo Código de Menores, Lei 6.697 de 1979, que dispunha basicamente que era dever do Estado Brasileiro zelar pelo menor privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que

¹⁹ NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. Comentários à Constituição Federal: Direitos e garantias fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 89-90.

²⁰ BRASIL. Estatuto da criança e do adolescente: Lei federal nº 8069, de 13 de julho de 1990. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 2002.

²¹ ISHIDA, Válder Kenji. Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 42-45.

eventualmente, em razão de falta, ação ou omissão dos pais ou responsáveis ou manifesta impossibilidade destes de provê-las (art. 2ª da lei supramencionada²²).²³

O Código de Menores, revogado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, previa, portanto, a intervenção do estado apenas em situações em que já houvesse um menor prejudicado, ou seja, não estabelecia deveres do estado de prevenir danos, ou assegurar direitos à população infanto-juvenil, mas tão somente de resgatá-los de situações impróprias para o seu desenvolvimento, ou seja, o dever agir do estado dependia de uma situação de carência/delinquência infantil.²⁴

Abraçado pelo instituto da proteção integral, que ressalta a necessidade de uma proteção abrangente, universal e exigível do estado e da sociedade em relação aos menores, tornando-os sujeitos de direitos fundamentais e alvo de proteção integral e prioritária, o princípio da prioridade absoluta institui o dever agir do Estado em assuntos protetivos de direitos da criança e do adolescente primário em relação aos demais deveres por ele desempenhados.²⁵

Significa dizer que diante da necessidade de construir creches ou hospitais infantis, e a necessidade de fazer melhorias no âmbito penitenciário, construir asilos ou abrigos para pessoas sem-teto, por exemplo, não existe discricionariedade para o administrador, pois a norma legal instituída no artigo 227, CF/88 o obriga a realizar prioritariamente os deveres relativos a interesse infanto-juvenil.²⁶

Essa prioridade não serve apenas para orientar a ação estatal, ela é imperativa para todos os membros da sociedade, devendo ser respeitada no âmbito familiar, da comunidade e, conforme ilustrado, do Poder Público. Ademais, é certo que este dever legal tem origem instintiva, natural e moral, afinal, é inclusive pressuposto na nossa sociedade, que os pais abram mão de seu interesse pessoal

²² Art. 2º Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor:

I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de:

a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável;

b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las;

II - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;

III - em perigo moral, devido a:

a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes;

b) exploração em atividade contrária aos bons costumes;

IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;

V - Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária;

VI - autor de infração penal.

Parágrafo único. Entende-se por responsável aquele que, não sendo pai ou mãe, exerce, a qualquer título, vigilância, direção ou educação de menor, ou voluntariamente o traz em seu poder ou companhia, independentemente de ato judicial.

²³ AMIN, Andreia Rodrigues. Doutrina da Proteção Integral. In: Maciel, Katia Regina F. L. Andrade. Curso de Direito da Criança e do Adolescente, aspectos teóricos e práticos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, 2ª Edição, p. 12-16.

²⁴ FIRMO, MARIA DE FÁTIMA CARRADA. A Criança e o Adolescente no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 31-33.

²⁵ MESSEDER, Hamurabi. Entendendo o estatuto da criança e do adolescente: atualizado pela Lei 12.010/2009. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 9.

²⁶ COSTA, Maria Conceição O. BIGRAS, Marc. Mecanismos pessoais e coletivos de proteção e promoção da qualidade de vida para a infância e adolescência. Ciênc. saúde coletiva, Rio de Janeiro, v. 12, n. 5, Out. 2007.

para atender as necessidades de seus filhos, mas ainda assim, foi uma importante conquista para a criança e o adolescente terem esses direitos regulamentados e constitucionalmente reconhecidos.²⁷

Um outro princípio que rege a proteção à criança e ao adolescente é o princípio do melhor interesse. Edificado no direito anglo-saxônico, o melhor interesse se funda no histórico poder do Estado de acumular a guarda dos indivíduos incapazes sob sua administração, equivale dizer, o poder do administrador de decidir tutelar os menores e mentalmente impossibilitados de exercer sua capacidade civil, e dispõe sobre a necessidade de sobreposição da melhor solução, que traga os melhores resultados, para o infante em detrimento dos demais personagens do litígio. Este princípio serviu de base para o artigo 4º do Estatuto²⁸, que dispõe os termos em que a prioridade deve ser compreendida, além de demonstrar a abrangência do polo ativo do dever de fazer cumprir o princípio.²⁹

Segundo este princípio, as leis e as situações deverão ser interpretadas da forma que traga melhor aproveitamento para a criança e o adolescente, ainda que seja necessário sacrificar a aplicação de outros princípios ou de outras normas cabíveis. Assim, em uma situação hipotética em que uma criança na situação de evasão escolar é acolhida pelos avós, que além de a tratarem bem, a fazem retornar para a escola e ajuízam ação de pedido de guarda sob este fundamento, embora os avós não tenham agido de acordo com a lei, pois somente o Ministério Público, com auxílio do conselho tutelar, tem a iniciativa de requerer a perda do poder familiar dos pais por evasão escolar, caberá ao juiz da causa perceber se no caso concreto o pedido dos avós atendem de forma mais eficaz o interesse da criança, podendo vir a conceder a guarda, por exemplo.³⁰

Ou seja, entendendo mais proveitoso à criança, o juiz poderá sobrepor determinada situação que a priori não atende às suas necessidades de forma

²⁷ AMIN, Andréia Rodrigues. Princípios Orientadores do Direito da Criança e do Adolescente. In: Maciel, Katia Regina F. L. Andrade. Curso de Direito da Criança e do Adolescente, aspectos teóricos e práticos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, 2ª Edição, p. 20

²⁸ Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

²⁹ PEREIRA, Tânia da Silva. O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 1.

³⁰ PEREIRA, Tânia da Silva. O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 20-21.

completa, a uma outra que via de regra seria a melhor opção para solução da lide, a fim de assegurar o melhor resultado para a criança.³¹

O terceiro princípio importante a ser comentado é o Princípio da peculiaridade, que se funda na condição peculiar de desenvolvimento infanto-juvenil. Esse princípio tem por escopo a respeitabilidade ao fato de que as crianças e adolescentes estão em fase de constituição de personalidade e, portanto, não conhecem todos os seus direitos e não possuem, ou possuem reduzida capacidade de lutar por sua implementação.³²

Em outras palavras, significa dizer que a criança e o adolescente são sujeitos em desenvolvimento e, portanto, encontram-se em situação de maior vulnerabilidade, necessitando maiores cuidados e salvaguardas em relação à garantia de seus direitos. Assim, o princípio da peculiaridade serve de retaguarda para proporcionar meios de garantir a maturidade futura ideal dos infantes, sem fatores prejudiciais, ou seja, levando sempre em consideração que, sendo ainda incapazes, a criança e o adolescente não possuem condições de suprir por si só suas necessidades básicas, merecendo o apoio familiar, social e estadual para alcançar a concretização dos direitos que possuem.³³

O princípio da municipalização, por sua vez tem por base o fato de os municípios serem pessoas autônomas do conjunto da Federação brasileira, ou seja, serem entes federativos independentes, competentes para gerir por meio de seu próprio microssistema legal as questões relativas aos sujeitos de direito habitantes daquele território. Significa dizer que os municípios tem o dever legal, de garantir dentro do âmbito de sua competência, que sejam respeitados os direitos da criança e do adolescente, e supridas as suas necessidades, por meio de providências necessárias à realidade daquela comunidade específica.³⁴

Nesse sentido, a lei municipal deve dispor sobre normas básicas que possam suprir as prerrogativas constitucionais de proteção à criança e ao adolescente, impedindo a ameaça e a violação aos direitos a eles garantidos, regulando a forma e o meio de atendimento às demandas relativas a estes sujeitos

³¹ PEREIRA, Tânia da Silva. O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 20-21.

³² VARALDA, Renato Barão. Responsabilidades na garantia dos direitos de crianças e adolescentes. Artigo publicado na Revista Jurídica CONSULEX, Ano XII, nº 286, 15 de dezembro de 2008, p. 28-30.

³³ CURY, M.; PAULA, P. A. G. de.; MARÇURA, J. N. Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado. 3. ed. RT, 2000, p.

³⁴ FIRMO, MARIA DE FÁTIMA CARRADA. A Criança e o Adolescente no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 35-38.

de direito, por meio de deliberação das respectivas Câmaras de Vereadores e ação dos Conselhos Tutelares e dos cidadãos daquela localidade.³⁵

Percebe-se pela importância atribuída aos princípios na CF/88, a necessidade que o constituinte percebeu de embasar os direitos da criança e do adolescente em alicerces que condicionam o conteúdo normativo e o conduzem a uma caracterização especial de direitos, ou seja, apesar de alguns dos direitos previstos no artigo 227, da CF, serem direitos pré-existentes, a inovação constitucional foi exatamente em enaltecê-los como nova dimensão de direitos, pois formaram um grupo de direitos já existentes, atribuídos a um novo grupo de sujeitos detentores de direito.³⁶

³⁵ FIRMO, Maria de Fátima Carrada. *A Criança e o Adolescente no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 38-39.

³⁶ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da Criança e do Adolescente e Tutela Jurisdicional Diferenciada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 37

2 EVOLUÇÃO DA FORMA DE ESTADO BRASILEIRO

Entender o papel do Estado na concretização dos direitos sociais no contexto atual demanda, primeiramente, a compreensão acerca do histórico mundial no âmbito das formas políticas de constituição estatal a fim de visualizar a evolução das constituições, os fundamentos e as prerrogativas de cada época e das normas de cada período, para que só então possamos alcançar o espírito crítico necessário para compreender porque e como teve início a judicialização da saúde, é o que passamos a fazer.³⁷

2.1 Fundamentos teóricos sobre o Estado Social

O estudo sobre a proteção dos direitos sociais está correlacionado a dois aspectos teóricos de extrema importância, a história das doutrinas públicas e a história das instituições políticas, os quais permitem entender a razão e a forma pela qual o Estado cria normas no plano dos direitos sociais. Essa distinção, todavia far-se-á desnecessária para a compreensão do que se pretende com esse trabalho, devendo ser ressaltado nesse escopo apenas que esses dois aspectos conjuntamente trazem a tona a noção de que o Estado representa a sociedade politicamente organizada, definido por suas funções, estruturas, órgãos e instituições.³⁸

O Estado manifesta-se, portanto, por uma ordem política sistematizada em que destaca-se a soberania que este exerce sobre todos os administrados, indivíduos estes que instituíram o Estado com esse poder a fim de conferir eficácia de ação do administrador sobre todos os elementos da sociedade. Assim, o Estado forma-se, modifica-se e aperfeiçoa-se para atender exatamente os entes de direito que o constituíram, a população como um todo.³⁹

Todavia, a pesar do seu papel de servir ao interesse popular tutelando as relações humanas e tornando-se portador de diversas garantias prestacionais, o Estado nem sempre teve a face social que percebemos hoje no Brasil. O marco inicial para o início do surgimento desse caráter protetivo do Estado é o Estado

³⁷ SILVA, Moacyr Motta da; VERONESE, Josiane Rose Petry. A tutela jurisdicional dos direitos da criança e do adolescente. São Paulo: LTr, 1998, p.16.

³⁸ BOBBIO, Norberto. Estado, Governo e Sociedade – Para uma Teoria Geral da Política. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra S/A, 2007, Edição nº 14, p. 53.

³⁹ SILVA, Moacyr Motta da; VERONESE, Josiane Rose Petry. A tutela jurisdicional dos direitos da criança e do adolescente. São Paulo: LTr, 1998, p.20.

Liberal, este por sua vez que houvera sido precedido por um período do Estado Moderno, vamos entender a diferença e a evolução que ocorreu de um para o outro a fim de delinear o caminho constitucional brasileiro para o alcance do Estado Social.⁴⁰

Entenda-se por Estado Moderno a forma da sociedade política compreendida no período do século XIII até o final do século XIX, no contexto Europeu, em que identificava-se quatro características próprias deste modelo novo de governo: a separação de poderes, absorvidas do ideal da teoria tripartite de Montesquieu, um estado de direito, ou seja, o respeito ao direito individualizado de cada ente da sociedade, cumulado com a concepção liberal destes direitos individuais e uma atuação mínima do administrador na sociedade. Posteriormente este Estado Moderno evoluiu para o Estado Liberal, este que, por sua vez, manteve a postura de mínima intervenção na estrutura social, principalmente no que tange à economia, culminando na crença de que o desenvolvimento econômico só era possível para os particulares se estes não sofressem influência da gestão estatal, o que começou a gerar ascendente desigualdade social que marcou o liberalismo como um período de imenso desrespeito aos direitos humanos, isso porque a máxima de não interferência do estado no âmbito econômico favorecia os interesses da burguesia em detrimento da plebe, em condições cada vez mais precárias. É no âmbito do Estado Liberal e das disparidades que esta forma política propiciou que surge pela primeira vez a preocupação com os interesses coletivos, ou seja, com o direito social, a proteção mínima a alguns campos de direitos que deveriam ser garantidos pela força estatal.⁴¹

O que se observou, foi que o Estado Liberal não conseguiu equilibrar o direito individual com o direito coletivo, gerando uma crise social que precisava ser atenuada, e a forma de fazê-lo era criar novos direitos, em que o interesse individual cedesse espaço ao interesse coletivo. Surgia nesse momento o ideal do Estado Social, que veio a ser concretizado mais tarde, no começo do século XX, quando teve início uma mudança de postura política no sentido de possibilitar, através da intervenção estatal, o respeito aos direitos coletivos, além dos individuais e

⁴⁰ SILVA, Moacyr Motta da; VERONESE, Josiane Rose Petry. A tutela jurisdicional dos direitos da criança e do adolescente. São Paulo: LTr, 1998, p.21.

⁴¹ SILVA, Moacyr Motta da; VERONESE, Josiane Rose Petry. A tutela jurisdicional dos direitos da criança e do adolescente. São Paulo: LTr, 1998, p.22.

preferencialmente a estes, com o objetivo de equilibrar os desníveis da sociedade através das ações políticas no domínio social.⁴²

O Estado Social caracteriza-se, pois, pela criação dos direitos de segunda geração, direitos difusos de aplicação social abrangente, que tem por base uma estrutura formal do sistema jurídico, em que a lei abstrata é interpretada e aplicada pelos órgãos jurisdicionais, com o intuito de proteger a coletividade dos abusos individuais e ingerências estatais, apesar de mantida a livre concorrência mercantil e a distribuição tríplice de poderes.⁴³

2.2 Direito à Saúde como direito de segunda dimensão

Os direitos de segunda dimensão dominaram o século XX, amarrados ao princípio da igualdade, definem-se como garantias institucionais, ou seja, direitos pautados em necessária prestação das instituições de direito público para eficácia das garantias constitucionais. Acerca destas, merece destaque o conceito de “garantia”, a fim de que seja compreensível mais a frente, as problemáticas propostas por esse trabalho. Assim, entende-se por garantia, no direito contemporâneo, a instituição de determinado direito que atribui ao indivíduo capacidade específica de exigir e alcançar de imediato os efeitos de um direito constituído no âmbito dos direitos individuais das liberdades civil e política.⁴⁴

Estes direitos, todavia, por terem natureza de direitos que exigem do Estado prestações objetivas, esbarram na dificuldade da eficácia normativa, uma vez que muitas vezes, apesar da garantia, a execução, da qual esta deveria ser munida, é prejudicada pela inexistência, carência ou limitação de recursos estatais, falhando na previsão Constitucional de aplicação imediata dos direitos fundamentais sociais.⁴⁵

O direito à Saúde é um direito fundamental de segunda dimensão, constante, portanto, dos direitos sociais, é um direito que exige uma prestação positiva do Estado. Desta forma, a saúde não é tão somente um direito da população, mas também um dever do Estado brasileiro e da sociedade. Isso porque existe um dever-fazer necessário por parte do Estado para garantir a efetividade do

⁴² SILVA, Moacyr Motta da; VERONESE, Josiane Rose Petry. A tutela jurisdicional dos direitos da criança e do adolescente. São Paulo: LTr, 1998, p.27.

⁴³ SILVA, Moacyr Motta da; VERONESE, Josiane Rose Petry. A tutela jurisdicional dos direitos da criança e do adolescente. São Paulo: LTr, 1998, p.27.

⁴⁴ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2014, 29ª Edição, p.539.

⁴⁵ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2014, 29ª Edição, p.539.

direito prescrito na Constituição, e, da mesma forma, uma imposição de deveres à própria sociedade de não atentar contra a saúde de terceiros.⁴⁶

Nesse sentido, é correto afirmar que o direito à saúde é ao mesmo tempo um direito de defesa da sociedade, mais especificamente de cada titular do direito, em relação às possíveis ingerências do estado ou de terceiros, e uma imposição da sociedade e desses titulares ao Administrador de realizar políticas públicas e buscar a efetivação destas, tendo por credor dessa obrigação exatamente o cidadão nacional ou estrangeiro, beneficiário da proteção constitucional, e que merece receber todas as prestações materiais correspondentes à concretização desse direito, incluído o atendimento médico digno, realização de exames da mais variada natureza, e, destaque-se, a realização dos procedimentos cirúrgicos necessários.⁴⁷

A proteção constitucional conferida aos direitos sociais tem por fundamento a necessidade de que o Estado interfira na sociedade, como um todo, a fim de reduzir desigualdades sociais, através de medidas que tornem possível o alcance geral da população, àquele objeto de direito previsto na CF. Assim, os direitos sociais tem por pressuposto a ação positiva do estado, a interferência deste nas esferas sociais que encontram-se em déficit para, através de planejamentos e programas de implementação, possibilitar o acesso à saúde, por exemplo.^{48 49}

Essas normas contidas na Constituição que dizem respeito à saúde apresentam caráter de norma-princípio, impondo uma ordem de otimização aos órgãos estatais, para que reconheçam e exercitem da forma mais efetiva possível as garantias fundamentais à saúde. É nesse contexto, que surge a busca de satisfação desses direitos através do Poder Judiciário. Isso porque, busca-se a tutela aos direitos sociais, que deixam de ser espontaneamente satisfeitos pelo Poder Executivo, no âmbito judicial.⁵⁰

⁴⁶ ALEXY, Robert. On Constitutional Rights to Protection. *Legisprudence: International Journal for the Study of Legislatio*; Jul.2009, Vol. 3, Issue 1, p.1

⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, nº 11, Salvador: set./out./nov. 2007, 8.

⁴⁸ FILHO, José dos Santos Carvalho. O controle judicial das omissões publicas como garantia de fruição dos direitos sociais pelos cidadãos. *Prismas: Direito Político Público e Mundial*; vol.6, nº 1, jan./jun. 2009, p.3-4.

⁴⁹ ALEXY, Robert. On Constitutional Rights to Protection. *Legisprudence: International Journal for the Study of Legislatio*; Jul.2009, Vol. 3, Issue 1, p.3.

⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, nº 11, Salvador: set./out./nov. 2007, p.9.

2.3 Orçamento público destinado à saúde da criança e do adolescente

O fato de a saúde ser um direito fundamental já foi exposto e devidamente explicado, mas é necessário para aprofundar o entendimento sobre a efetivação desse direito, a compreensão sobre os mecanismos que a CF/88 trouxe como fonte material para a execução dos direitos que se propôs a defender. É nesse âmbito que surge a relevante questão orçamentária. Vejamos.

A Constituição Federal brasileira de 88 é classificada pela doutrina dominante como uma constituição analítica em sua extensão. Significa dizer, que além de dedicar-se a configurar a estrutura do Estado, suas estruturas internas e normas, a constituição também se propôs a reger diversos seguimentos organizacionais do funcionamento estatal, como, por exemplo, as finanças. Ou seja, além de instaurar o próprio direito, os constituintes preocuparam-se em delimitar a responsabilidade orçamentária do Estado em cada seara abrangida pela CF.⁵¹

Os princípios orçamentários, ao serem incluídos na CF foram elevados ao mesmo patamar hierárquico das normas constitucionais geradoras de direito, o que gera a necessidade de ponderá-los relativamente às normas, pois um jamais deverá prevalecer sobre o outro quando houver um conflito. Assim, tendo em vista que princípios de igual hierarquia não podem revogar-se mutuamente, é necessário encontrar o equilíbrio entre a satisfação do direito atribuído aos cidadãos pela Lei Maior, e as limitações impostas ao cofres públicos relativamente aos gastos setoriais do Estado, igualmente estabelecidos pela Carta Magna.⁵²

O que se observa, todavia, é que, não obstante a previsão legal do direito à saúde, do princípio da prioridade absoluta que protege o interesse da criança e do adolescente e a existência de um plano orçamentário destinado especificamente às políticas públicas para crianças e adolescentes (OCA), o planejamento financeiro brasileiro atualmente ainda não contempla de forma satisfatória e objetiva as necessidades sociais desses novos detentores de direito.⁵³

A existência desse déficit na efetivação de políticas públicas destinadas às crianças e aos adolescentes pode ser explicada por um conjunto de fatores que podem ser resumidos na incapacidade do poder constituinte de prever no texto

⁵¹ BRITO, Eduardo Valadares de. Medicamentos e o dever do Estado de tutelar a saúde e a vida. Âmbito Jurídico Disponível em: http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11486 Acesso em: 24.8.2014, p.3.

⁵² BRITO, Eduardo Valadares de. Medicamentos e o dever do Estado de tutelar a saúde e a vida. Âmbito Jurídico Disponível em: http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11486 Acesso em: 24.8.2014, p.3.

⁵³ ALMEIDA, Riezo Silva. Orçamento público destinado às crianças e aos adolescentes. Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 10 – n. 35, jul./dez. 2011, p.209.

constitucional a forma como os princípios que regem o meio orçamentário devem se relacionar com os princípios que instituem prioridades legais de atendimento. O que se quer dizer com isso é que, o legislador ao estabelecer as medidas protetivas à criança e ao adolescente, como fez, falhou em explicitar a forma como estas medidas deveriam ser efetivadas no plano orçamentário, pois a destinação de verba não garante a execução da política pública pelo governante.⁵⁴

Assim, os instrumentos de garantia dos direitos das crianças e dos adolescentes, ou seja, o planejamento orçamentário para as políticas públicas destinadas ao atendimento das necessidades mínimas dos novos detentores de direito instituídos pela CF/88, perdem efetividade, ao passo que a previsão de direitos não é subsidiada pela previsão financeira para efetivação daqueles direitos.⁵⁵

2.4 O fenômeno da judicialização da saúde

A Constituição Federal traz em seus artigos 5^o⁵⁶ e 6^o⁵⁷ os direitos fundamentais, os ditames mínimos para a vida digna da pessoa humana, tanto no âmbito da convivência social, quanto no âmbito dos direitos individuais. O espelho desses artigos é a ação Estatal, trata-se de direitos que implicam num dever fazer do Estado, ou seja, o poder executivo brasileiro tem o dever de agir em prol dos direitos descritos e garantidos pela Constituição a fim de que todo cidadão brasileiro tenha acesso ao mínimo necessário para sua sobrevivência digna.⁵⁸

Todavia, a Constituição de 88 definiu com expertise a função do Poder Público de garantir os direitos sociais, dentre os quais o direito à saúde, mas permaneceu silente e abstrata quanto à realidade sócio-política brasileira no que diz respeito às condições fáticas para assegurar a enorme variedade de direitos nela previstos.⁵⁹

⁵⁴ ALMEIDA, Riezo Silva. Orçamento público destinado às crianças e aos adolescentes. Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 10 – n. 35, jul./dez. 2011, p.219.

⁵⁵ ALMEIDA, Riezo Silva. Orçamento público destinado às crianças e aos adolescentes. Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 10 – n. 35, jul./dez. 2011, p.205.

⁵⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes(...)

⁵⁷ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

⁵⁸ GUERRA, Sidney; e EMERIQUE, Lillian Márcia Balmant. O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VII, Nº 9, Dez. 2006, p.385.

⁵⁹ FILHO, José dos Santos Carvalho. O controle judicial das omissões públicas como garantia de fruição dos direitos sociais pelos cidadãos. Prismas: Direito Político Público e Mundial; vol.6, nº 1, jan./jun. 2009, p.1-11.

Em razão dessa divergência entre o dever-fazer e a possibilidade de realmente fazê-lo do Estado brasileiro, o que ocorre é que o Administrador acaba por abster-se das prestações legais, ressalte-se, fundamentais da Constituição, que entende não estarem ao seu alcance em determinado contexto e momento, utilizando-se de excelsas, porém inadequadas, teorias sócio administrativas para justificar-se, como se passa a analisar a diante.⁶⁰

É nesse âmbito que atua o judiciário, que, uma vez provocado, torna-se devedor de uma solução para o problema proposto, como bem definiu a Ministra Ellen Gracie em entrevista à Revista VEJA:

“O Judiciário é um poder inerte. Ele só age quando provocado pelas vias legais. Quando recebemos uma ação, contudo, temos de dar uma resposta – e isso às vezes significa estabelecer uma regra, ou ampliar o escopo de uma lei que já existe.”⁶¹

Além disso a Constituição Federal dispõe que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”, de modo que não havendo outra forma de encontrar amparo, a tutela ao direito fundamental violado deve ser feita no judiciário.⁶²

Deste modo, frente à omissão dos poderes Executivo e Legislativo em concretizar o direito à saúde, caberá ao Poder Judiciário proceder a garantia do direito fundamental infringido, sempre que provocado. E não há que se falar em inconstitucionalidade da interferência deste Poder na competência dos outros dois, como será abordado, pois é sob essa perspectiva, que o poder judiciário aparece como preservador das garantias sociais, exatamente para proteger a sociedade da ingerência administrativa.⁶³

Temos nesse ínterim, portanto, duas figuras, dois grupos de deveres distintos, embora correlatos. De um lado, o Poder Executivo, com seu dever de agir objetivo, a conduta necessária da administração para provir os direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal; Do outro lado, o Poder Judiciário, como

⁶⁰ GUERRA, Sidney; e EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VII, Nº 9, Dez. 2006, p.392.

⁶¹ NORTHFLEET, Ellen Gracie. Fé na Justiça: Entrevista. 12 de maio de 2008. São Paulo: Revista Veja. Entrevista concedida a Carlos Graieb.

⁶² BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Art. 5º, inciso XXXV.

⁶³ FILHO, José dos Santos Carvalho. O controle judicial das omissões públicas como garantia de fruição dos direitos sociais pelos cidadãos. Prismas: Direito Político Público e Mundial; vol.6, nº 1, jan./jun. 2009, p.4-9.

estrutura legítima para materializar o poder-dever do estado e garantir a observância do mínimo razoável para a vida digna do cidadão, estatuído em lei.⁶⁴

O Judiciário, portanto, tem o dever de decidir os conflitos e dar efetividade e concretude aos direitos pleiteados em face do Estado, sempre que esse tenha deixado de cumprir com a obrigação de provir o direito à saúde, seja no âmbito dos direitos difusos e coletivos, seja no âmbito do direito individual, pois sem o reconhecimento do dever jurídico por parte do Estado o direito à saúde restaria fragilizado, principalmente no que tange à sua efetivação.⁶⁵

Diante desse cenário político-social que teve início a Judicialização da saúde. Uma vez omissos os demais poderes estatais, responsáveis e capazes de gerir a saúde e assegurar o acesso da população a ela, o judiciário acabou assumindo, em razão de sua natureza e de sua função, o papel de interpretador e aplicador da lei, para trazer ao alcance da sociedade os direitos à saúde que lhes vem sendo negados. Isso porque, inclusive, a visão do judiciário apenas com a função de interpretar tecnicamente se o litígio está ou não amparado pela lei não corresponde a necessidade social do Estado Providência, devendo, muito além disso, conferir a correspondência legal e determinar meios para efetivação da referida proteção, a fim de que desempenhe o papel social a que se propõe.⁶⁶

A Judicialização advém, portanto, da necessidade de obter uma prestação positiva do Estado, para dar efetividade ao direito à saúde, garantido pela Constituição Brasileira, que, todavia, não é concretizado em sua plenitude. Assim, cabe ao judiciário, através de suas decisões, prover o acesso à saúde, quando solicitado.⁶⁷

Esse posicionamento do judiciário, de decidir em desfavor do Estado, pela efetivação de um direito social, recebe críticas diversas, dentre as quais as mais importantes são a de influência indevida nos poderes executivo e legislativo, em ofensa ao princípio da separação de poderes, e a impossibilidade de execução das providências judiciais proferidas, em desrespeito à teoria da reserva do possível.⁶⁸

⁶⁴ ALEXY, Robert. On Constitutional Rights to Protection. *Legisprudence: International Journal for the Study of Legislation*; Jul.2009, Vol. 3, Issue 1, p.3.

⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, nº 11, Salvador: set./out./nov. 2007, p.5.

⁶⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. O papel ativo do Poder Judiciário enquanto efetivador dos direitos da constituição Federal de 1988. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil*. Curitiba, Jan./dez. 2006, p.8.

⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, nº 11, Salvador: set./out./nov. 2007, p.12.

⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, nº 11, Salvador: set./out./nov. 2007, p.13.

Em relação à primeira crítica, deve ser observado que as decisões judiciais não interferem de forma indevida nos outros dois poderes em razão da própria natureza e do papel desempenhado por este terceiro poder. Isso porque, o seu papel é exatamente aplicar a lei ao caso concreto que lhe seja apresentado, a fim de dirimir um conflito de interesses de forma imparcial.⁶⁹

São as chaves para a demonstração de inexistência de ofensa à teoria tripartite os seguintes termos: “aplicação da lei” e “imparcialidade”. Isso porque o Judiciário não é um órgão atrelado à administração no sentido de defendê-la, mas de auxiliá-la. Ou seja, o poder judiciário deve garantir que a lei seja cumprida e não que seja aplicada da forma mais favorável ao Estado. Outrossim, a imparcialidade se aplica tanto às partes, quanto aos efeitos da decisão. O magistrado ao decidir que A, que causou prejuízo a B, deve ressarcir o valor do prejuízo, não pergunta a A se este tem condição de cumprir a sua determinação, pois se B detém o direito ao ressarcimento, A será compelido ao pagamento, independente de como venha a fazê-lo. Da mesma forma, o Estado.⁷⁰

No que tange à segunda crítica, sobre a teoria da reserva do possível, há muita doutrina e jurisprudência no sentido de sua inaplicabilidade à saúde, pelo que invoca-se o seguinte trecho do voto do Excelentíssimo Senhor Ministro Celso de Mello, na STA-175/CE, em que fica claro, a impossibilidade de eximir-se, o estado, da prestação efetiva e garantia do direito constitucional à saúde.:

“Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” — ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível — não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. Tratando-se de típico direito de prestação positiva, que se subsume ao conceito de liberdade real ou concreta, a proteção à saúde — que compreende todas as prerrogativas, individuais ou coletivas, referidas na Constituição da República (notadamente em seu art. 196) — tem por fundamento regra constitucional cuja densidade normativa não permite que, em torno da efetiva realização de tal comando, o Poder Público disponha de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação, e de cujo exercício possa resultar, paradoxalmente, com base em simples alegação de mera conveniência e/ou oportunidade, a nulificação mesma dessa prerrogativa essencial”⁷¹

⁶⁹ FILHO, José dos Santos Carvalho. O controle judicial das omissões públicas como garantia de fruição dos direitos sociais pelos cidadãos. Prismas: Direito Político Público e Mundial; vol.6, nº 1, jan./jun. 2009, p.8.

⁷⁰ ALEXY, Robert. On Constitutional Rights to Protection. *Legisprudence: International Journal for the Study of Legislatio*; Jul.2009, Vol. 3, Issue 1, p.8.

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada 175/CE – União, Advogado-Geral Da União, Tribunal Regional Federal Da 5ª Região (Apelação Cível Nº 408729-Ce - 2006.81.00.003148-1), Ministério Público Federal, Clarice

A Judicialização da saúde, portanto, não ocorre por nenhuma forma de ativismo judicial, ou em desrespeito ao princípio básico de tripartição dos poderes no Estado de Direito Democrático Brasileiro, mas sim em respeito às diretrizes constitucionais no âmbito da saúde e do direito à vida e à dignidade da pessoa humana, de modo, que, da mesma forma, jamais caberia incidir a teoria da reserva do possível em detrimento do princípio do mínimo existencial.⁷²

No mesmo sentido, não deve ser um óbice o caráter financeiro das provisões judiciais, ou seja, muito embora se possa alegar que um provimento judicial que opere no sentido de obrigar o Estado à realização de determinado procedimento cirúrgico necessário a qualquer tratamento, este argumento não há como prosperar, pois garantir a saúde, promovendo o acesso a todos os meios de proteção à saúde e à vida é um dever intrínseco da administração federal, estadual e municipal, não podendo estes entes dela se eximir.⁷³

Assim sendo, ainda que determinada providência judicial implique modificação do plano orçamentário de um ente federativo, a fim de que seja conferida efetividade à disposição constitucional de acesso à saúde, esta deverá ser respeitada e cumprida em primeira mão. Nesse diapasão:

“A expressiva maioria dos argumentos contrário ao reconhecimento de um direito subjetivo individual à saúde como prestação (...) presta-se ao fato de que se cuida de direito que, por sua dimensão econômica, implica alocação de recursos materiais e humanos, encontrando-se, por esta razão, na dependência da efetiva disponibilidade destes recursos, estando portanto, submetidos a uma reserva do possível. (...) Embora tenhamos que reconhecer a existência destes limites fáticos e jurídicos (...) haveremos de reconhecer um direito subjetivo do particular à prestação reclamada em Juízo”⁷⁴

O judiciário tem, portanto, recebido enorme volume de demandas que tem por objeto a acessibilidade à saúde, dentre as quais a viabilidade de consultas, internações, procedimentos especiais de tratamento, cirurgias, e fornecimento de medicações, em que foca-se este trabalho. As demandas judiciais visam principalmente obtenção de determinações em sede de tutela antecipada, uma série

Abreu De Castro Neves, Município De Fortaleza, Débora Cordeiro Lima, Estado Do Ceará, Pge-Ce - Ilia Freire Fernandes Borges. Relator Ministro Presidente Gilmar Mendes, Brasília, 16/06/2009. DJE 30/04/2010, Voto Min. Celso de Mello.

⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, nº 11, Salvador: set./out./nov. 2007, p.9.

⁷³ ALEXÝ, Robert. On Constitutional Rights to Protection. *Legisprudence: International Journal for the Study of Legislatio*; Jul.2009, Vol. 3, Issue 1, p.4.

⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, nº 11, Salvador: set./out./nov. 2007, p. 12.

de provimentos no âmbito da saúde em casos em que a população por impossibilidade financeira, ou por urgência necessita de uma prestação positiva do Estado, com eficiência. São casos em que se busca suprimir a deficiência da administração pública e do legislativo pela determinação judicial. Desta forma, a atuação do judiciário acaba por conferir efetividade às normas constitucionais, naquelas atividades em que há déficit da atuação administrativa, a fim de conceder eficácia aos atos jurídicos constitucionais, ou seja, garantir a sua aptidão para a produção de efeitos.⁷⁵

A criança e o adolescente, conforme abordado no primeiro capítulo deste trabalho possuem uma série de prerrogativas em relação aos direitos conferidos na constituição, tanto no âmbito teórico quanto no procedimento de execução desses direitos. Nesse ínterim, o que vem sendo observado é que o judiciário passou a tutelar uma quantidade muito maior de direitos infante-juvenis, primeiro em decorrência da constituição, e, posteriormente, reforçada pelo estatuto da criança e do adolescente.

A problemática da real execução dessas prerrogativas se inicia, entretanto, na letra da lei propriamente dita, uma vez que apesar da expressa proteção aos direitos da criança e do adolescente, da instituição de princípios a serem respeitados e aplicados nos casos que envolverem infantes, a concretização das normas revela-se inviável. É correto, portanto, dizer que a Constituição, tal como a norma infraconstitucional, previu mais direitos e impôs mais prestações ao Administrador em relação à proteção da criança e do adolescente, do que é possível, para o Governo (âmbito executivo), propiciar.⁷⁶

O artigo 11⁷⁷, do Estatuto da Criança e do Adolescente, assegura o atendimento médico através do Sistema Único de Saúde, para promoção, proteção e recuperação da saúde, ressaltando em seu parágrafo segundo que incumbe ao poder público fornecer gratuitamente, àqueles que necessitarem cirurgias dentre outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação. Pois bem, não restam dúvidas de que cabe ao poder público como um todo promover a assistência à saúde universal conferida pela Constituição, resta ainda menos espaço para

⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas; limites e possibilidades da constituição brasileira. Rio de Janeiro, Editora Renovar, 4ª Edição, 2000, p.

⁷⁶ TAVARES, José de Farias. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente. 8ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.18.

⁷⁷ Art. 11. É assegurado atendimento integral à saúde da criança e do adolescente, por intermédio do Sistema Único de Saúde, garantido o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde.

discussão a especialidade da situação da criança e do adolescente no ordenamento jurídico. É dessa certeza sobre a responsabilidade Estatal sobre os provimentos sociais para viabilização da vida saudável e do acesso aos tratamentos de saúde que surge a base da judicialização da saúde.⁷⁸

Uma vez conferido ao poder público o dever de zelar pela saúde e de provê-la da forma necessária, atrelados estão os três poderes à referida prestação: O poder Legislativo, o poder Executivo e o poder Judiciário. Sabe-se que os três poderes Estatais possuem funções típicas e atípicas, sendo as primeiras àquela função predominante, inerente a cada órgão, e essas últimas, funções ínsitas aos outros órgãos, em que pese dizer constituem exatamente a prerrogativa de suprir déficits apresentados pelo outro poder que deveria exercer em primeira mão determinada atividade. Vejamos.⁷⁹

O poder Legislativo tem por função típica legislar e fiscalizar as contas do poder Executivo, enquanto o poder executivo tem por função típica os atos de chefia de Estado, de governo e atos de administração e o judiciário tem a função típica de julgar, dizendo o direito no caso concreto para dirimir os conflitos que lhes são apresentados. Por outro lado, o legislativo tem por função atípica atos de natureza executiva, bem como atos de natureza jurisdicional, enquanto o executivo possui algumas ações de caráter legislativo e também algumas de natureza jurisdicional, e o judiciário tem atribuições legislativas e executivas.⁸⁰

Observa-se nessa atribuição de deveres primários e secundários que o Judiciário tem por função intrínseca, a atividade de aplicar a lei diante da existência de uma lide, a fim de declarar o direito de forma definitiva, conferindo às suas decisões poder coercitivo, mandamental, definitivo, em que, uma vez reconhecido o vencedor e o sucumbente em determinada situação, cabe ao próprio judiciário determinar o cumprimento da sentença, adotando todas as medidas necessárias dentre as legalmente constituídas para conferir eficácia à decisão judicial proferida.⁸¹

Conforme abordado em tópico supra, o Estado Social tem caráter satisfativo, conferindo ao administrador a responsabilidade de produzir condições para o efetivo exercício dos direitos fundamentais dos indivíduos da sociedade, nesse sentido, não

⁷⁸ CHAVES, Antônio. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente. 2ª Edição, São Paulo: LTr, 1997, p.91.

⁷⁹ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 18ª Edição revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p.546.

⁸⁰ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 18ª Edição revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p.547.

⁸¹ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 18ª Edição revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p.773.

há como negar a dependência destes em relação ao Estado e a necessidade de que este último cumpra o papel efetivar uma sociedade mais igualitária e distributiva.⁸²

Ora, se o poder Judiciário tem por essência dar solução aos problemas que envolvam a aplicação da lei não é patente a sua legitimidade para agir nos casos em que provocado à promover a saúde, direito este decorrente de leis específicas, e embasado fundamentalmente na constituição? O fenômeno da Judicialização da Saúde é, pois, decorrente de simples razão matemática, vez que, conferidos mais direitos à população do que os que lhes são efetivamente prestados, o cidadão diante da infração a direito que lhe é fundamental busca o Judiciário para socorrer seus interesses, exatamente como lhe cumpre.⁸³

A proteção à saúde buscada no judiciário é, portanto, legítima e devida. Ao passo que a legislação pátria de defesa à criança e ao adolescente, Lei 8.069/90, reforça em diversos momentos de seu texto legal a possibilidade e a necessidade de lançar mão desse meio para a garantia dos direitos nele previstos, como por exemplo no artigo 208⁸⁴, da referida lei, que define que regem-se pelas disposições do ECA as ações que versem sobre a responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, dentre eles o que está previsto no inciso VII: “acesso às ações e serviços de saúde”.⁸⁵

Essa disposição sobre a ação que visa reparação de ofensa ao direito fundamental à saúde é pautada sobre uma grave realidade brasileira, posto que diante da falta de uma preocupação verdadeira com a consolidação das políticas públicas, tanto preventivas quanto curativas, muitas vezes a única forma que o

⁸² BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2014, 29ª Edição, p.387.

⁸³ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquemático. 18ª Edição revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p.774.

⁸⁴ Art. 208. Regem-se pelas disposições desta Lei as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referentes ao não oferecimento ou oferta irregular:

I - do ensino obrigatório;

II - de atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência;

III - de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;

IV - de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;

V - de programas suplementares de oferta de material didático-escolar, transporte e assistência à saúde do educando do ensino fundamental;

VI - de serviço de assistência social visando à proteção à família, à maternidade, à infância e à adolescência, bem como ao amparo às crianças e adolescentes que dele necessitem;

VII - de acesso às ações e serviços de saúde;

VIII - de escolarização e profissionalização dos adolescentes privados de liberdade.

IX - de ações, serviços e programas de orientação, apoio e promoção social de famílias e destinados ao pleno exercício do direito à convivência familiar por crianças e adolescentes.

X - de programas de atendimento para a execução das medidas socioeducativas e aplicação de medidas de proteção.

§ 1º As hipóteses previstas neste artigo não excluem da proteção judicial outros interesses individuais, difusos ou coletivos, próprios da infância e da adolescência, protegidos pela Constituição e pela Lei.

§ 2º A investigação do desaparecimento de crianças ou adolescentes será realizada imediatamente após notificação aos órgãos competentes, que deverão comunicar o fato aos portos, aeroportos, Polícia Rodoviária e companhias de transporte interestaduais e internacionais, fornecendo-lhes todos os dados necessários à identificação do desaparecido. (Lei 8.069/90)

⁸⁵ SILVA, Moacyr Motta da; VERONESE, Josiane Rose Petry. A tutela Jurisdicional dos Direitos da Criança e do Adolescente. São Paulo: LTr, 1998, p. 127.

cidadão encontra de ver satisfeita sua necessidade de tratamento é buscando uma liminar judicial que decida pela execução do mesmo.

É em decorrência dessa falta de efetividade do direito à saúde, ou seja da inexecução espontânea da garantia constitucional pelo Estado, que os índices de demandas judiciais com essa matéria vem sendo cada vez mais recorrentes no poder judiciário brasileiro, é o que estudaremos no próximo capítulo deste trabalho, em um caso emblemático e recente levado à justiça brasileira, qual a solução mais justa e constitucional para uma demanda que envolva a necessidade de cirurgia? Quais são os limites para a demanda e os provimentos judiciais? A vida merece tutela por fontes ilimitadas?

3 ESTUDO DE CASO – SOPHIA GONÇALVES DE LACERDA X UNIÃO

Neste capítulo realizaremos a análise de caso concreto, escolhido em razão da relevância que ele apresentou para a comunidade jurídica e para a Administração Pública, além do reforço que ele significou para a efetivação dos Direitos da Criança e do Adolescente no que diz respeito à proteção constitucional à saúde.

Sophia Gonçalves de Lacerda foi diagnosticada como portadora da síndrome de Berdon, doença rara que afeta o sistema digestivo e tem por única via de tratamento o transplante multivisceral, ainda durante a gestação.⁸⁶ A síndrome afeta todos os órgãos responsáveis pela digestão e absorção de nutrientes dentro do organismo, ou seja, todo o aparelho digestivo, além da bexiga. Em razão disso a bebê não pode se alimentar por via oral e nem utilizar o sistema excretor, o que provoca a necessidade de ser alimentada por via intravenosa e ter urina e fezes drenadas.

Em face desse quadro, reversível apenas por meio cirúrgico, a família de Sophia recorreu à justiça federal do estado de São Paulo, seção judiciária de Sorocaba, para obterem ordem judicial que obrigasse o Estado Brasileiro a ordenar a realização imediata da cirurgia da criança.⁸⁷

A ação proposta, todavia, objetivou a realização e custeio da cirurgia da bebê Sophia, no hospital Jackson Memorial Medical, sediado em Miami, e que possui alta taxa de sucesso na referida cirurgia, dentre cerca de 350 procedimentos já realizado, enquanto o único hospital habilitado a realizar o procedimento no Brasil, não possui nenhum caso de sucesso.⁸⁸ A ação inicialmente proposta em Sorocaba/SP acabou por subir ao TRF 3ª Região, em fase de Agravo de Instrumento, opostos contra a decisão do juízo de primeiro grau que acolheu em parte o pedido liminar de imediata internação da criança para adoção das medidas necessárias até a cirurgia, mas no Hospital das Clínicas - FMUSP em São Paulo, rejeitando o pleito de que a União custeasse o procedimento no Jackson Memorial Medical, sediado em Miami, nos Estados Unidos.

O agravo de Instrumento, distribuído no TRF3 ao desembargador Federal Márcio Moraes, indeferiu a solicitação de remoção da paciente e de sua

⁸⁶ Notícia Jornalística. Disponível em <http://g1.globo.com/sao-paulo/sorocaba-jundiai/noticia/2014/04/bebe-com-sindrome-rara-pode-viajar-aos-eua-para-fazer-cirurgia.html> acesso em 4.8.2014

⁸⁷ Notícia Jornalística. Disponível em <http://noticias.terra.com.br/brasil/cidades/justica-determina-cirurgia-em-sp-para-bebe-com-sindrome-ara,873901b12fe25410VgnVCM3000009af154d0RCRD.html> acesso em 4.8.2014

⁸⁸ Notícia Jornalística. Disponível em <http://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2014/05/01/familia-quer-que-sus-pague-transplante-nos-eua-para-bebe-com-sindrome-rara.html> acesso em 4.8.2014

representante legal ao Hospital de Miami sob a luz do direito constitucional, de que havendo a possibilidade do procedimento médico ser realizado no Brasil, em respeito ao princípio da isonomia e proporcionalidade, deveria então o procedimento ser feito em território nacional, havendo a necessidade de realização da cirurgia no exterior apenas em última instância.

Todavia, determinada a expedição de ofício para o Hospital das Clínicas – FMUSP e requerida a manifestação das entidades especializadas na saúde da criança e adolescente interessadas no caso, foi levado ao conhecimento do desembargador relator que a criança, há época com 5kg, precisava ser internada para passar por procedimentos médicos que possibilitassem o ganho de peso, a fim de que chegasse aos 10kg, peso mínimo para oferecer segurança à realização da cirurgia. Não obstante a possibilidade da internação, os pais da bebê interpuseram novo agravo de instrumento, explicando a impossibilidade de aguardar tanto tempo, até que a criança alcançasse 10kg de massa corpórea, pois sofria de colestase hepática, condição que compromete o funcionamento do fígado podendo agravar o quadro da criança na espera pelo transplante multivisceral, ressaltando a urgência da realização do procedimento.

Foi apresentada ainda, pela família da criança, a possibilidade de a cirurgia ser feita com o peso atual de 5kg, segundo email enviado pelo médico responsável pela equipe que realiza o procedimento cirúrgico em Miami, reforçando a necessidade do atendimento do pleito autoral, de remoção da criança e custeio do procedimento nos Estados Unidos, bem como da permanência da genitora no país para acompanhar a menor impúbere.

Diante das novas informações juntadas aos autos, o desembargador relator, antes contrário ao deferimento de tal pleito, acabou por deferir o pedido autoral determinando imediato pagamento ao hospital dos valores correspondentes à execução da cirurgia, internação da criança, além de custeio, pelo Estado, de todas as despesas de alocação e permanência da representante legal de Sophia em Miami e remoção da menina em aeronave equipada, no Jackson Memorial Medical.

É o caso que vamos analisar.

3.1 Ponderação – Princípios da Proporcionalidade e da Economicidade

Durante a sua mudança de entendimento e interpretação sobre o direito tutelado pela ação proposta, o Desembargador Federal Márcio Moraes dá uma aula de direito constitucional, ao passo que sua decisão monocrática que negou provimento ao Agravo de Instrumento, para manter o despacho que acolheu em parte a pretensão autoral em pleito liminar discute princípios, e nos dá a oportunidade de acompanhá-lo em uma reflexão sobre os limites a que estão sujeitos até mesmo os direitos fundamentais, como no caso, o direito à Saúde.

Antes de mais nada, é necessário observar a primeira fase do julgamento deste Agravo de Instrumento que trouxe à apreciação da segunda instância o caso da menina Sophia. Isso porque, essa primeira parte do julgamento, a decisão monocrática que indeferiu a imediata remoção da menina para os Estados Unidos em razão da possibilidade da execução da cirurgia em Hospital Nacional, ligada à rede SUS, delimita o direito à saúde no âmbito da possibilidade do Estado de prover o tratamento, vejamos.

Segue abaixo, trecho da decisão monocrática do Desembargador Relator, em que ele explica a delimitação do direito pleiteado:

“Dessa forma, existindo, a princípio, a possibilidade de tratamento adequado no Brasil, junto ao Hospital das Clínicas, referência médica na América Latina, o pleito antecipatório que visa à determinação para realização, no "Jackson Memorial Medical", sediado em Miami, nos Estados Unidos, do transplante multivisceral postulado, representa, em tese, escolha pela demandante do local ideal onde receberá o tratamento médico, o que, ordinariamente, não é possível, pois, como já decidi alhures (voto-vista na Apelação/Reexame Necessário n. 0006899-90.2007.4.03.6000, Relator Desembargador Federal Carlos Muta, j. 4/8/2011, DJF3 2/9/2011), "o pleiteado somente reunirá condições de atendimento se restar cabalmente comprovado que o direito à vida e à saúde, constitucionalmente consagrados, não poderiam ser eficazmente resguardados pelos órgãos do Sistema Único de Saúde e por nenhuma outra entidade privada que não aquela expressamente citada pela parte autora em sua inicial.

Em outras palavras, em que pese a importância do direito à vida, o de maior envergadura constitucional, a proteção a esse direito, assim como a garantia constitucional do direito à saúde, orientada pela universalidade de cobertura e do atendimento (art. 194, I, da Constituição Federal) e pelo acesso integral (art. 198, II, da Magna Carta), não significa o acesso absoluto a quaisquer tratamentos, inclusive de excelência, ao alvitre do paciente e tampouco autoriza a escolha do tratamento médico a ser dispensado ou o local onde este deverá ser prestado, o que acabaria por ferir, em última análise, a isonomia.

Anote-se que a possibilidade de custeio público de medicamento e de tratamento de saúde no exterior tem sido condicionada, pela jurisprudência pátria, à efetiva comprovação, a encargo da autoria, do esgotamento dos

recursos existentes no território nacional, conforme se verifica dos precedentes a seguir colacionados”⁸⁹

O que o Desembargador Relator buscou ressaltar foi que, havendo, em princípio, hospital, equipe médica e técnica já conhecida para a realização da cirurgia no Brasil, não haveria porque permitir que a criança obtivesse tratamento no exterior baseado apenas na desconfiança dos seus pais à competência da instituição nacional. Assim, conforme bem explicado pelo magistrado, a necessidade de recorrer a procedimento médico internacional deve esbarrar na impossibilidade de realização do mesmo pelo SUS. É o primeiro limite apresentado, no caso, para o direito fundamental tutelado.

Nesse sentido, importa ressaltar o entendimento doutrinário de que ao Estado cabe agir conforme o princípio da proporcionalidade, regulando seus atos administrativos conforme a necessidade, mas sem ser em demasia ou de forma insuficiente, ou seja, o Estado deve agir sem exageros nem para mais, nem para menos, pois esses atos extrapolariam o proporcional, e infringiriam o princípio constitucional que impõe ao mesmo tempo a vedação de excesso e a vedação à inoperância estatal no cumprimento de seus deveres. O Estado deve, portanto, reger sua atuação pela tríplice dimensão da necessidade, adequação e proporcionalidade, evitando sacrifícios injustos.⁹⁰

A aplicação do princípio da proporcionalidade pressupõe exatamente o que verifica-se no caso *Sophia x União*, a ponderação de bens, ou, em outras palavras, a colisão de princípios constitucionais. Assim, para haver proporção entre os bens jurídicos tutelados e os princípios em voga, quanto mais importância for atribuída a um deles, mais importância deverá ser atribuída ao outro, igualmente, para que se mantenham em equilíbrio, otimizando a proteção ao direito fundamental constituído, e jamais permitindo que um sobreponha-se ao outro.⁹¹

Esse entendimento doutrinário é acolhido e muito utilizado por magistrados de todo país, que, em situações semelhantes, veem-se na necessidade de exercitar os princípios em colisão e os direitos em voga para decidir da melhor e mais proporcional forma os casos que lhes chegam à apreciação, como por exemplo o Des. Paulo Mauricio Pereira, da Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de

⁸⁹ BRASIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0008474-47.2014.4.03.0000/SP, Relator Desembargador Federal Márcio Moraes, DJE 23.4.2014.

⁹⁰ FREITAS, Juarez. O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, 3ª edição, p. 38.

⁹¹ STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria Advogado Editora, 2001, p. 153.

Janeiro que aplicou o princípio da proporcionalidade para decidir no Agravo de Instrumento Nº 0003830-86.2011.8.19.0000, que versava sobre o pleito de uma cirurgia indicada a uma senhora, com custos de cerca de R\$100.000,00 (cem mil reais), e explicou: “na interpretação dos direitos e valores protegidos pela Constituição, o intérprete deve harmonizá-los com vistas a permitir sua fruição por toda a coletividade, especialmente no que diz respeito ao direito à saúde, de caráter universal”.

No mesmo sentido, ponderou o Desembargador Frederico Martinho da Nobrega Coutinho, da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba, no Agravo de Instrumento nº 200.2012.079491-8/001, em que prelecionou:

“o fato de o autor necessitar da realização de procedimento cirúrgico, não se justifica, por si só, a antecipação da tutela, apesar do alegado comprometimento de seu estado de saúde, sob pena de onerar-se em demasia o Estado, compelindo-o a arcar desnecessariamente, com o fornecimento de procedimento cirúrgico no valor de R\$ 302.900,00 (Trezentos e Dois Mil e Novecentos Reais) quando há a realização do mesmo no CNRAC — Central Nacional de Regulação de Alta Complexidade.”⁹²

O magistrado completou sua decisão explicando a motivação para a negativa de acolhimento da tutela antecipatória requerida: “Não se trata de sobreposição de questões de ordem orçamentária, mas, como dito, da inviabilidade de deferir medida que implique no periculum in mora inverso”. O que se observa, em ambos os casos, é que os magistrados buscaram relacionar a necessidade individual do agravante, *in casu*, com a possibilidade do Estado de prover efetivamente a medida judicial sem causar prejuízo à coletividade, exercendo verdadeira ponderação de princípios e normas constitucionais a fim de atingir a melhor solução jurídica.

A função dos princípios constitucionais é exatamente essa, permitir que da ponderação de duas ou mais normas constitucionais, ou seja, de direitos igualmente tutelados, se possa alcançar, através da reflexão sobre limites, necessidade e adequação, a medida mais acertada para a satisfação da previsão constitucional. O princípio tem, portanto, as funções interpretativa e integrativa do direito como um todo, ou dos direitos em colisão.⁹³

⁹² BRASIL. Tribunal de Justiça da Paraíba. AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 200.2012.079491-8/00. Relator Desembargador Frederico Martinho Da Nobrega Coutinho. DJE 25.3.2013.

⁹³ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Colisões Entre Princípios Constitucionais, razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica. Curitiba, Juruá Editora, 2007, p. 98.

Ademais, a evolução do pensamento sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade nos leva à reflexão sobre outro princípio, qual seja o da economicidade, que é por sua vez o princípio que rege as relações estatais seguindo a ponderação do custo-benefício. De certa forma os dois princípios são tão correlatos, que parte da doutrina aceita este último como desdobramento lógico do primeiro, pois buscando a proporcionalidade em suas decisões, sem deixar que falte nelas a eficiência a que está vinculado, o Estado acaba por alcançar o melhor custo-benefício para a coletividade.⁹⁴

A Administração Pública tem, por assim dizer, a missão de gerir a coisa pública almejando não apenas satisfazer as necessidades, sanar vícios ou aperfeiçoar serviços, mas sim fazê-los da forma mais inteligente, proveitosa, ou seja, econômica possível. Assim sendo, o Administrador tem o dever de sacrificar o mínimo para preservar o máximo de direitos, exigindo extrema capacidade de ponderação sobre os direitos a serem tutelados, o que vem sendo exercitado pelo poder judiciário nas diversas demandas que buscam exatamente provocar o Estado – garantidor e provedor de direitos - a exercitar com eficiência as atribuições legais que lhe foram impostas. Assim, a saúde, muito embora seja um direito fundamental, indisponível e que merece tutela absoluta do Estado, ainda está limitada pelos princípios Constitucionais.⁹⁵

3.2 As consequências do deferimento do pedido autoral

A segunda parte do caso em análise começa quando oficiado o HC, sobre o cumprimento da decisão judicial, e intimado a manifestar-se, o médico responsável pelo caso de Sophia notifica o Desembargador sobre a necessidade de internação prolongada da criança para ganho de peso, antes da realização do transplante, pois a realização da cirurgia em crianças abaixo de 10 kg seria demasiado arriscado. Além disso, cumprindo a determinação, o hospital, prestando informações sobre o andamento do caso de Sophia, indicou que, apesar da internação, os pais da criança estavam impedindo que exames necessários ao melhor diagnóstico do caso fossem realizados.

⁹⁴ FREITAS, Juarez. O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, 3ª edição, p. 39.

⁹⁵ FREITAS, Juarez. O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, 3ª edição, p. 39 e 44-45.

Com essas e algumas outras informações, prestadas por instituições que tomaram conhecimento do caso por iniciativa do próprio juízo, que requereu manifestações que pudessem ser relevantes para o caso junto ao hospital Sírio Libanês, bem como ao Instituto da Criança do Hospital das Clínicas, entendeu o magistrado que havia óbices à realização do procedimento no Brasil, mudando seu posicionamento para deferir o pedido de realização da cirurgia nos EUA.

O deferimento do pedido de remoção da criança, acompanhada pela mãe, para o hospital, com custeio de todos os procedimentos médicos que sejam sugeridos pela equipe médica tanto para o pré-cirúrgico quanto para o pós, tem consequências não só no âmbito jurídico, mas no orçamentário e na organização tripartite de poderes, pois a execução de uma determinação judicial demanda fundos monetários e provoca, por vezes, o desequilíbrio da hierarquia entre os poderes judiciário, executivo e legislativo, conforme explanado nos capítulos iniciais deste trabalho e o pensamento crítico a ser desenvolvido adiante.

3.2.1 Impacto da decisão no orçamento estatal

É sabido que o Estado vem, principalmente desde as novas implementações de direitos da CF/88, absorvendo para si cada vez mais despesas, sejam vinculadas a determinado acontecimento ou permanentes, em razão da enorme gama de direitos que ele se propôs a satisfazer. Por outro lado, é igualmente de conhecimento geral, que essa amplitude de direitos a serem conferidos pela Administração Pública acaba por inflamar os setores de prestações de serviços públicos, dentre os quais o SUS, diminuindo o grau de satisfação e eficiência do ente público face aos seus administrados.⁹⁶

Ao atribuir muitos deveres ao Estado, a CF/88 automaticamente gerou para o poder Executivo a necessidade de aumentar a previsão de despesas, abrangendo não somente os planos orçamentários, mas também os gastos extraorçamentários. Tem-se por despesa orçamentária, o planejamento de gastos, setorizado ou não, dos governos por período ou exercício financeiro, e por despesas extraorçamentárias, os gastos não planejados, advindos de situações externas ao

⁹⁶ BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. Direito à Vida e à Saúde, impactos Orçamentário e Judicial. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 17

âmbito de previsão administrativa, como, por exemplo, uma situação emergencial, ou que nos interessa mais, algumas condenações judiciais.⁹⁷

O problema desse mecanismo orçamentário, em relação ao estado social que o Brasil se tornou, é que não obstante o crescimento das despesas relativas à atuação da administração pública, a arrecadação fiscal, sua estruturação e receita não evoluíram da mesma forma e velocidade com a qual os direitos e garantias foram instituídos. Significa dizer que, na prática, o Estado brasileiro não tem condições fáticas de prover todos os direitos constitucionalmente previstos de forma plena.⁹⁸

O fato de que a CF/88 atribuiu ao Estado muito mais deveres e previu mais garantias aos cidadãos do que aquele é efetivamente capaz de prover já foi amplamente abordado e demonstrado no presente trabalho, passamos, portanto, à tentativa de entender qual seria a opção viável à administração pública para tentar diminuir esse déficit de atendimento às providências constitucionais.

Primeiramente, necessário voltar a discutir princípios, neste ponto, no que tange à eficiência da Administração Pública. O referido princípio foi inserido na Constituição através da Emenda Constitucional nº 19/1998, e tem por escopo regulamentar a qualidade do serviço público. A doutrina se divide quanto a sua denominação como princípio em razão de entenderem importantes pensadores do direito, que a eficiência é a finalidade da Administração Pública em todos os seus atos, não devendo, portanto, ser interpretado como princípio norteador do funcionamento estatal.⁹⁹

De todo modo, a eficiência deve ser interpretada como a oposição ao mau uso, desperdício, morosidade e disfunções da máquina estatal, ou seja, a eficiência é, nos moldes do direito italiano, o princípio da boa administração, ou seja, o Governo eficiente possui organização e meios legais, jurídicos e materiais para atender os interesses coletivos com a menor demanda de tempo e recursos possível, e por meio de uma atividade eficaz ao objetivo que se pretende.^{100 101}

⁹⁷ BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. Direito à Vida e à Saúde, impactos Orçamentário e Judicial. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 17

⁹⁸ BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. Direito à Vida e à Saúde, impactos Orçamentário e Judicial. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 20

⁹⁹ BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. Direito à Vida e à Saúde, impactos Orçamentário e Judicial. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 47

¹⁰⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 27 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 122.

¹⁰¹ PESSOA, Robertônio. Curso de Direito Administrativo Moderno. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 103

Cabe, a esse respeito, demonstrar que a eficiência difere da eficácia e da efetividade, inclusive porque, conforme desenvolver-se-á o exame do julgado supramencionado, verificaremos que dentre estes três aspectos, embora eficaz e efetiva, a decisão do Des. Márcio Morais é discutível no âmbito da eficiência administrativa. Assim, tem-se que enquanto a eficiência importa o *modo operandi* do agente público, a eficácia se relaciona com os meios utilizados para satisfação do objetivo a que se destina a ação e a efetividade opera no âmbito dos resultados alcançados por aquele ato administrativo.¹⁰²

Perpassado o entendimento sobre o princípio da eficiência, devemos nos dedicar um momento à compreensão sobre a alocação de recursos, especialmente, no desenvolvimento das atividades relacionadas à saúde e os serviços oferecidos pelo SUS, pois este, como único responsável por prover a saúde pública no estado brasileiro, é um prestador de serviços, agente que funciona sob a perspectiva da demanda pública, assim, o SUS deve suprir as necessidades do cidadão brasileiro no que diz respeito à proteção, promoção e recuperação da saúde.¹⁰³

Bom, mas levando em consideração a análise realizada acerca das possibilidades do Estado em prover os direitos constitucionais, a limitação orçamentária imposta e o princípio da eficiência e já discutido princípio da economicidade, como é possível limitar a atuação dos SUS, tanto no que diz respeito ao fornecimento de medicamentos quanto à execução de intervenções cirúrgicas, etc.?

Em resposta a essa pergunta, o que deve ser observado é que, no contexto de uma sociedade solidária, como é o caso da brasileira, em que os proventos estatais são distribuídos às necessidades de todos os cidadãos, independentemente do seu nível de contribuição, a adoção de determinada política pública deve ser sopesada frente ao interesse maior da comunidade como um todo.¹⁰⁴

Isso porque, se a saúde for entendida como direito privado e ilimitado de cada cidadão individualmente, o Estado não terá como prover o direito individualizado de um cidadão sem afetar o exercício de outro, vistas às limitações materiais da própria ação estatal. Ou seja, se todo cidadão tiver o direito de ser socorrido, em sua saúde, pelo Estado, na proporção da sua necessidade, torna-se

¹⁰² FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo. 23 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 34

¹⁰³ Art. 196, CF/88

¹⁰⁴ BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. Direito à Vida e à Saúde, impactos Orçamentário e Judicial. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 36

impossível a manutenção da máquina administrativa, pois não haverá recursos financeiros suficientes para o atendimento de todos.¹⁰⁵

No caso em tela o que observamos é que o magistrado, não vendo outra alternativa à manutenção da vida e da saúde da menina Sophia, optou por deferir a realização de procedimento cirúrgico complexo, de custo elevado, em estado estrangeiro, condenando o Estado brasileiro ao pagamento de todos os custos com remoção da criança, internação, realização das intervenções médicas necessárias, cirurgia, instalação de *home care*, alocação da representante legal para acompanhamento dos procedimentos médicos, etc., mesmo ciente da excessiva oneração da Administração Pública para atendimento à decisão judicial.

3.2.2 Reflexo da decisão na teoria de separação de poderes

Conforme abordamos no início deste trabalho, a teoria de John Locke sobre a separação dos poderes, inspirado pelo direito holandês, é embasado na ideia de que existem três poderes independentes dentro do Estado, e cada um possui uma função específica. Assim, o poder público é responsável por fazer as leis, devendo para isso objetivar a defesa ao bem público, e isso é feito pelo Legislativo, ao poder Executivo cabe a função de chefia do Estado, e ao Judiciário, resta a aplicação técnica da legislação para resolução de litígios, ou seja, o judiciário era considerado por Locke como uma extensão do poder legislativo, ele funcionaria mais como uma função estatal do que um poder propriamente dito.¹⁰⁶

Pois bem, o Judiciário, portanto, com a função de aplicar a lei para solucionar litígios, deve respeitar todos os princípios constitucionais e fazer a ponderação destes para atingir a solução mais adequada. No caso em tela, observamos que de fato a ponderação ocorreu, apesar de ao final ter resultado em decisão bastante controversa. Cabe nesse ínterim a reflexão sobre a atuação do Judiciário como coator do poder Executivo em cumprir a determinação judicial.¹⁰⁷

A Constituição de 88 se ocupou em seu artigo 2º de adotar o entendimento consagrado pelo pensador inglês, fortalecendo o poder do Judiciário de aplicar na

¹⁰⁵ BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. Direito à Vida e à Saúde, impactos Orçamentário e Judicial. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 41

¹⁰⁶ OLIVO, Luís Carlos Cancellier de. Juízes Legisladores: O controle de constitucionalidade das leis como forma de exercício do direito judiciário. Revista Seqüência, 2000, p. 91.

¹⁰⁷ OLIVO, Luís Carlos Cancellier de. Juízes Legisladores: O controle de constitucionalidade das leis como forma de exercício do direito judiciário. Revista Seqüência, 2000, p. 93.

prática as normas criadas no plano teórico e abstrato, pelo Legislativo, ressalvando a interação entre os poderes, que acontece de forma subsidiária.¹⁰⁸

Nesse sentido é que surge a necessidade de perceber que além de todas as colisões entre direitos, e princípios, que cabem ao Judiciário examinar em seus julgados, cabe ainda a ele decidir sobre questões que em tese seriam de competência de algum dos outros poderes sem influenciar de forma irresponsável na gerência estatal e na função legislativa, a fim de manter a independência harmônica entre os poderes.¹⁰⁹

3.2.3 Considerações finais sobre o estudo de caso

Por todo o exposto, é certo que a referida decisão teve fundamento constitucional, mas por outro lado, também é inequívoca a ocorrência de desequilíbrio no que tange aos princípios da economicidade e eficiência da Administração Pública. Afinal, o valor expendido pelo Estado para assegurar à Sophia e ao seu núcleo familiar o direito à sua saúde teria sido melhor aproveitado em outras aplicações no SUS? O princípio da prioridade absoluta de atendimento à criança e adolescente que atende à Sophia pode ser contraposto com o direito das outras crianças, que, demandam diversos outros tratamentos de saúde, deixaram de ser atendidos em razão da concentração dos mais de trezentos mil reais aplicados à cirurgia dela?

E por outro lado, se a decisão do magistrado houvesse sido no sentido de manter a criança internada até que alcançasse o peso necessário para a realização da cirurgia no Hospital de Clínicas em São Paulo, haveria assunção de risco de vida da criança pelo Estado? Estaria o Poder Judiciário, no suposto caso de negativa à realização de cirurgia em estado estrangeiro, chamado a intervir em relação jurídica demasiada importante entre administrados e Administrador, agindo de forma ofensiva ao direito à saúde da Sophia?

As respostas às perguntas supra, em situações diversas do mundo jurídico, motivaram a criação de diversas doutrinas, sendo possível encontrar renomados juristas que concordariam com o posicionamento final do magistrado, bem como outros tantos, também excelsos doutrinadores que discordam da interpretação

¹⁰⁸ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

¹⁰⁹ ÁVILA, André Cambuy. O Ativismo Judicial e a Separação dos Poderes em Montesquieu: uma releitura necessária no Brasil. Disponível em <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/viewFile/701/479> acesso em 4.9.2014.

aplicada nesse caso concreto. O que se pretendeu com o presente trabalho foi a reflexão sobre todas as perspectivas jurídicas, os princípios, os direitos, inclusive éticas e morais que emolduram o caso.

CONCLUSÃO

O presente estudo pretendeu demonstrar a importância assumida pelo Poder Judiciário na busca à efetivação do direito universal à saúde e à vida, garantidos pela Constituição, e perseguido pelos cidadãos brasileiros. Durante o desenvolvimento deste, foi observado que dentre as diversas funções acumuladas pelo Estado, a jurisdição tem ganhado especial papel no que tange à concretização dos direitos fundamentais, pois, apesar das disposições constitucionais acerca destes direitos, o Estado brasileiro ainda não dispõe de meios eficazes para concretizá-los espontaneamente.

O diagnóstico desta pesquisa é de que a Constituição de 88 rascunhou um modelo de Estado que prevê direitos em amplitude muito maior do que razoavelmente é possível concretizar partindo do sistema contributivo (tributário), e de divisão de poderes vigente. Assim, conclui-se, primeiramente, que o Estado brasileiro é imaturo para garantir efetivamente, à sua população, tamanha gama de direitos, tanto no que diz respeito à sua organização, separação de competências e funcionamento dos poderes, quanto à forma de arrecadação e distribuição orçamentária.

Por outro lado, observa-se que, não obstante a necessidade de respeitabilidade às limitações estatais acima dispostas, o Judiciário possui imprescindível dever de solucionar e garantir, nos termos da Constituição, o direito à saúde e à vida, bem como todos os outros direitos fundamentais, ainda que muitas vezes essa tutela demande provimentos orçamentários exorbitantes, como no caso da Sophia.

Finalmente, a meu ver o mais importante aspecto deste estudo, percebe-se que conforme disposto na própria Constituição Federal e amplamente abordado pelos doutrinadores brasileiros e internacionais, o Judiciário tem por maior função dirimir litígios, encontrar soluções, e buscar sempre o equilíbrio. É esse o principal ingrediente para que a justiça seja realmente feita, não somente *inter pars*, mas, principalmente no âmbito dos direitos sociais, levando em conta o melhor aproveitamento da sociedade como um todo.

Neste sentido, torna-se importante à prestação jurisdicional, observar não apenas os princípios que circundam, por exemplo, a criança e o adolescente, o

princípio do melhor interesse, a prioridade absoluta, a peculiaridade de desenvolvimento e o princípio da municipalização, mas os princípios que regem a federação, a universalidade do direito à saúde, os reflexos que determinado julgado pode ter na sociedade como um todo, o impacto que a destinação de orçamento a um procedimento específico para determinado cidadão pode gerar no direito da coletividade. Isso porque, da mesma forma como a Sophia possui direito a ter a saúde e a vida tuteladas, outras milhares de crianças pelo país estão precisando de atendimento médico especializado, procedimentos cirúrgicos complexos e caros e medicamentos que o SUS não oferece, mas deveria e poderia, se os recursos destinados à saúde fossem mais bem alocados.

Não obstante esses fatores, inegável que a sociedade brasileira, considerada aqui como a grande massa populacional que não compreende a complexidade e necessidade de avaliação de casos semelhantes ao ora estudado, a influência destas decisões no orçamento público e organização de políticas públicas, em geral, entende que os direitos fundamentais merecem tutela ilimitada e absoluta, independente das consequências dessa tutela indiscriminada ao erário e à população brasileira.

É por todos esses aspectos, que o julgamento de casos semelhantes ao caso Sophia x União, merece sempre ser acompanhado de um pensamento analítico sobre os impactos sociais da alocação de recursos, a viabilidade das medidas a que a Administração Pública será condenada, respeitando não só os princípios que fundamentam os direitos indisponíveis tutelados pela Constituição Federal de 88, mas também os princípios regentes dos outros ramos do direito, tal como o direito da criança e do adolescente e direito administrativo, a fim de encontrar o equilíbrio entre os direitos e deveres que possam estar em conflito.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. On Constitutional Rights to Protection. *Legisprudence: International Journal for the Study of Legislatio*; Jul.2009, Vol. 3, Issue 1.

ALMEIDA, Riezo Silva. Orçamento público destinado às crianças e aos adolescentes. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, a. 10 – n. 35, jul./dez. 2011, p.205-233.

AMIN, Andréia Rodrigues. Princípios Orientadores do Direito da Criança e do Adolescente. In: Maciel, Katia Regina F. L. Andrade. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente, aspectos teóricos e práticos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, 2ª Edição.

ÁVILA, André Cambuy. O Ativismo Judicial e a Separação dos Poderes em Montesquieu: uma releitura necessária no Brasil. Disponível em <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/view/file/701/479> acesso em 4.9.2014

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. O papel ativo do Poder Judiciário enquanto efetivador dos direitos da constituição Federal de 1988. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil*. Curitiba, Jan./dez. 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. Judicialização da Saúde no Brasil. Brasília: UniCEUB, 24 de outubro de 2013. Palestra ministrada para alunos e professores da instituição durante a Jornadas de Estudos de Direitos Constitucionais - Direitos Constitucionais em Homenagem aos 25 anos da Constituição de 1988.

BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas; limites e possibilidades da constituição brasileira. Rio de Janeiro, Editora Renovar, 4ª Edição, 2000.

BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. *Direito à Vida e à Saúde, impactos Orçamentário e Judicial*. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade – Para uma Teoria Geral da Política*. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra S/A, 2007, Edição nº 14.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA 175/CE – Ministro Relator Gilmar Mendes, DJE 30/04/2010, Voto Min. Celso de Mello.

BRASIL. Tribunal de Justiça da Paraíba. AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 200.2012.079491-8/00. Relator Desembargador Frederico Martinho Da Nobrega Coutinho. DJE 25.3.2013

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0008474-47.2014.4.03.0000/SP, Relator Desembargador Federal Márcio Moraes, DJE 23.4.2014.

BRITO, Eduardo Valadares de. Medicamentos e o dever do Estado de tutelar a saúde e a vida. Âmbito Jurídico Disponível em: http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11486 Acesso em: 24.8.2014, p.1-9.

CHAVES, Antônio. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente. 2ª Edição, São Paulo: LTr, 1997.

COSTA, Maria Conceição O. BIGRAS, Marc. Mecanismos pessoais e coletivos de proteção e promoção da qualidade de vida para a infância e adolescência. Ciênc. saúde coletiva, Rio de Janeiro , v. 12, n. 5, Out. 2007.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Colisões Entre Princípios Constitucionais, razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica. Curitiba, Juruá Editora, 2007.

CURY, M.; PAULA, P. A G. de.; MARÇURA, J. N. Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado. 3. ed. RT, 2000.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 34ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo. 23 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FIRMO, MARIA DE FÁTIMA CARRADA. A Criança e o Adolescente no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FREITAS, Juarez. O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, 3ª edição.

GUERRA, Sidney; e EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VII, Nº 9, Dez. 2006.

ISHIDA, Válter Kenji. Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 18ª Edição revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 27 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MESSEDER, Hamurabi. Entendendo o estatuto da criança e do adolescente: atualizado pela Lei 12.010/2009. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. Comentários à Constituição Federal: Direitos e garantias fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

NORTHFLEET, Ellen Gracie. Fé na Justiça: Entrevista. 12 de maio de 2008. São Paulo: Revista Veja. Entrevista concedida a Carlos Graieb.

OLIVO, Luís Carlos Cancellier de. Juízes Legisladores: O controle de constitucionalidade das leis como forma de exercício do direito judiciário. Revista Sequencia, 2000.

PEREIRA, Tânia da Silva. O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PESSOA, Robertônio. Curso de Direito Administrativo Moderno. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PONTES, Ana Paula Munhen de et al . O princípio de universalidade do acesso aos serviços de saúde: o que pensam os usuários?. Esc. Anna Nery, Rio de Janeiro, v. 13, n. 3, Setembro 2009.

ROSA, Edenir Sebastião Albuquerque da. Efetividade aos provimentos judiciais em ação civil publica coletiva contra o estado para cumprimento de obrigação de fazer na realização de direitos e garantias fundamentais individuais e sociais. Revista da Escola da Magistratura do Estado de Rondônia, volume 17, jan./jun. 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, nº 11, Salvador: set./out./nov. 2007.

SILVA, Moacyr Motta da; VERONESE, Josiane Rose Petry. A tutela jurisdicional dos direitos da criança e do adolescente. São Paulo: LTr, 1998.

STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria Advogado Editora, 2001.

TAVARES, José de Farias. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente. 8ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2013.

VARALDA, Renato Barão. Responsabilidades na garantia dos direitos de crianças e adolescentes. Artigo publicado na Revista Jurídica CONSULEX, Ano XII, nº 286, 15 de dezembro de 2008.