

A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E A PONDERAÇÃO DE INTERESSES NA VISÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL: A APLICAÇÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL NA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

The supremacy of public interest and the weighting of interests in the vision of the municipal public administration: the application of the possible reserve in the judicialization of health

Revista dos Tribunais | vol. 1019/2020 | p. 73 - 91 | Set / 2020

DTR\2020\11560

Ilton Garcia da Costa

Mestre e Doutor em Direito pela PUC-SP. Pós-doutor em Direito pela Universidade de Coimbra. Professor dos cursos de graduação, mestrado e doutorado em Direito da UENP – Jacarezinho/PR. Coordenador do grupo de pesquisas GP CERTOS. Advogado. iltoncosta@uenp.edu.br; gpcertos@gmail.com

Gustavo Henrique Paschoal

Doutorando em Direito pela UENP – Jacarezinho/PR. Mestre em Direito pela ITE – Bauru/SP. Professor dos cursos de graduação em Direito da UENP – Jacarezinho/PR e da Faculdade Estácio de Sá de Ourinhos/SP. Integrante do grupo de pesquisas GP CERTOS. Procurador do Município de Ourinhos/SP. ghpaschoal1981@gmail.com

Área do Direito: Constitucional; Administrativo

Resumo: O presente artigo trata da judicialização da saúde e seus reflexos para a Administração Pública. De um lado, a necessidade do cidadão, sem condições financeiras, buscar junto ao Poder Público o custeio de medicamentos ou tratamentos médicos; de outro lado, a Administração Pública, com recursos finitos e orçamentos apertados para atender a uma gama cada vez maior de exigências de direitos fundamentais. O direito fundamental à saúde e o custo de sua efetivação traz à tona o princípio da reserva do possível. Na mesma esteira, o controle administrativo da supremacia do interesse público, oportunidade em que foi possível falar sobre a ponderação de direitos fundamentais. A ponderação de interesses feita pela Administração Pública Municipal e a sua dificuldade em efetivar direitos fundamentais, principalmente à saúde, levando-se em conta os poucos recursos de que dispõem os Municípios pequenos e médios no Brasil. Os direitos humanos devem ser efetivados, cumprindo as prioridades constitucionais vinculantes, mas sem descuidar da necessidade de revisão da distribuição da arrecadação tributária brasileira.

Palavras-chave: Saúde – Direitos fundamentais – Administração pública – Municípios – Efetivação – Reserva do possível

Abstract: This article deals with a very controversial topic: the judicialization of health. On the one hand, the need of the citizen, without financial conditions, to seek from the Government the cost of medicines or medical treatments; on the other hand, Public Administration, with finite resources and tight budgets to meet an increasing range of fundamental rights. First, it was the fundamental right to health and the cost of its effectiveness, bringing to the surface the principle of reserving the possible. Next, it dealt with the administrative control of the supremacy of the public interest, where it was possible to talk about the consideration of fundamental rights. In the end, it was a question of the interest weightings made by the Municipal Public Administration and its difficulty in effecting fundamental rights, especially to health, taking into account the meager resources available to small and medium municipalities in Brazil. It was concluded that human rights must be fulfilled, complying with binding constitutional priorities, but without neglecting the need to review the distribution of Brazilian tax collection.

Keywords: Health – Fundamental rights – Public administration – Counties – Effectiveness – Reservation of the possible

Sumário:

Introdução - 1.Do direito fundamental à saúde e o custo de sua efetivação - 2.Controle administrativo da supremacia do interesse público - 3.A Administração Pública Municipal e a ponderação de interesses - Considerações finais - Referências

Introdução

Preconiza a Constituição Federal que a saúde é direito de todos e dever do Estado, o que leva, todos os dias, milhares de brasileiros a buscar o Poder Judiciário na tentativa de obter tratamentos médicos ou medicamentos não fornecidos pela rede pública de saúde, porém necessários para a manutenção da saúde física e psíquica dos administrados.

As demandas judiciais envolvem, em grande parte dos casos, tratamentos médicos ou medicamentos considerados de alto custo, ou seja, de valor elevado, o que acarreta, para a população, inviabilidade do tratamento em razão da insuficiência de recursos, o que leva à propositura de demandas judiciais; para a Administração Pública, comprometimento do orçamento e prejuízo de outras políticas públicas previamente organizadas em razão da necessidade de realocação de recursos para atendimento das incontáveis tutelas de urgência concedidas em favor dos administrados.

Ocorre colisão entre a supremacia do interesse público, mola mestra das ações administrativas, e o direito à saúde, o qual, como já dito, encontra espeque nos direitos fundamentais sociais elencados no Texto Constitucional: de um lado, o administrado, cuja saúde depende de um medicamento ou tratamento médico que não pode custear e, de outro lado, a Administração Pública, que encontra nos limites orçamentários óbice para a concretização dos anseios da saúde pública.

Quando dois primados de tamanha magnitude entram em rota de colisão, é preciso realizar o que a doutrina vem chamando de ponderação de interesses, aplicando-se os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a fim de se verificar, no caso concreto, se prevalece o interesse público ou a necessidade do particular, ou seja, deve-se averiguar qual decisão causará um mal menor.

O Poder Judiciário, quando realiza tal ponderação, o faz de maneira livre, sem amarras que o impeçam de contrariar o interesse público para determinar a efetivação de direitos fundamentais individuais, como é o caso do direito à saúde. Por tal razão é que o magistrado impõe à Administração Pública o dever de fornecer, a um único paciente, um medicamento cujo preço compromete o orçamento utilizado para comprar medicamentos para o restante da população.

Administrativamente, contudo, tal ponderação encontra limites estanques em regras constitucionais que regem a atuação do Poder Público, quais sejam, a legalidade, a impessoalidade e a moralidade, que impõem ao administrador público o respeito aos limites orçamentários, aos interesses coletivos em detrimento dos particulares e às regras de contratação de serviços previstas na Lei de Licitações.

Para o administrador público, por consequência, os princípios da supremacia do interesse público e da reserva do possível, os quais devem nortear a atuação da Administração Pública na gestão do patrimônio público, limites esses que acabam obstaculizando a efetivação de direitos fundamentais sociais previstos na Constituição Federal.

Quando se trata dos municípios brasileiros, os quais receberam da Constituição Federal a menor competência tributária, a questão é ainda mais grave, mas são eles que sustentam, a todo custo, a maior parte dos programas sociais, principalmente na área de saúde pública.

O presente artigo busca analisar a efetivação de direitos sociais pela Administração Pública Municipal diante da necessidade de superação dos limites da supremacia do interesse público e da reserva do possível, corolários dos ditames constitucionais da legalidade, da impessoalidade e da moralidade.

Busca-se demonstrar que a Administração Pública Municipal encontra dificuldade para efetivar o direito fundamental à saúde em razão dos limites constitucionais a que está adstrita, e que a desenfreada concessão de decisões judiciais determinando o fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos não fornecidos pela rede pública de saúde causa enormes prejuízos aos cofres públicos e, indiretamente, à própria população.

Entre os objetivos da pesquisa está estudar os limites constitucionais que regem a Administração Pública Municipal; estudar os princípios da supremacia do interesse pública e da reserva do possível e seus efeitos nas políticas públicas; analisar o fenômeno da judicialização da saúde e seus impactos nos rumos da Administração Pública Municipal; e analisar a possibilidade da ponderação de interesses pela Administração Pública Municipal diante dos limites a ela legalmente impostos.

A metodologia utilizada é a indutiva-dedutiva, valendo-se de pesquisa e revisão bibliográfica, bem como da legislação e de artigos científicos acerca do tema.

1. Do direito fundamental à saúde e o custo de sua efetivação

Conforme preconiza o art. 196¹ da Constituição Federal, a saúde “é direito de todos e dever do Estado”, sendo, inclusive, alçada à categoria de direito fundamental social, como se lê da redação do art. 6^o da Constituição Federal. Sendo um direito fundamental, adota, principalmente, a característica da indisponibilidade, não cabendo ao Estado negar a efetivação de tal garantia, levando-se em conta que sequer seu titular – o cidadão – pode a ele renunciar.

Matheus Gomes Camacho e Priscila Aparecida Ehrlich³ salientam que “o direito à saúde é direito fundamental e possui caráter eminentemente histórico, ou seja, sua construção e tutela deu-se de forma paulatina, fruto de esforços hercúleos empreendidos pela sociedade”.

A respeito do tema escreve Fábio Zambitte Ibrahim⁴:

“A saúde é direito de todos e dever do Estado (art. 196 da CRFB/1988), ou seja, independente de contribuição, qualquer pessoa tem o direito de obter atendimento na rede pública de saúde.

Sendo assim, mesmo a pessoa que, comprovadamente, possua meios para patrocinar seu próprio atendimento médico terá a rede pública como opção válida. Não é lícito à Administração Pública negar atendimento médico a esta pessoa, com base em sua riqueza pessoal.”

Com o objetivo de promover a efetivação do direito à saúde⁵, a própria Constituição Federal estabelece percentuais mínimos do orçamento que devem ser destinados às políticas públicas de saúde. Dispõe o § 2º do art. 198 da Constituição Federal que a União aplicará, no mínimo, 15% de sua receita corrente líquida em ações de saúde.

Quanto aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, os respectivos percentuais devem ser fixados por lei complementar, como determina o art. 198, § 3º, inc. I, da Constituição Federal, norma que, até o presente momento, não foi editada, de maneira que, ao menos nesse ponto, continuam valendo as previsões do art. 77 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, com redação dada pela Emenda Constitucional 29/2000 (LGL\2000\208):

“Art. 77. Até o exercício financeiro de 2004, os recursos mínimos aplicados nas ações e serviços públicos de saúde serão equivalentes:

I – no caso da União:

a) no ano 2000, o montante empenhado em ações e serviços públicos de saúde no exercício financeiro de 1999 acrescido de, no mínimo, cinco por cento;

b) do ano 2001 ao ano 2004, o valor apurado no ano anterior, corrigido pela variação nominal do Produto Interno Bruto – PIB;

II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, doze por cento do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; e

III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, quinze por cento do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.

Note-se que os gastos com saúde pública consomem uma fatia considerável do orçamento das pessoas jurídicas de direito público. Os municípios, por exemplo, são obrigados a aplicar, no mínimo, 15% do que arrecadam com impostos em ações de saúde, lembrando que são eles que detêm a menor competência tributária estabelecida pela Constituição Federal.

De acordo com dados divulgados pelo IBGE⁶, para o ano de 2015, os gastos com saúde no Brasil alcançaram 9,1% do PIB, equivalendo a, aproximadamente, R\$ 546 bilhões, sendo 3,9% correspondentes a gastos governamentais e 5,2% a gastos das famílias.

Em relação a 2010, o aumento foi de 13,75%, haja vista que, nessa oportunidade, os gastos com saúde corresponderam a 8% do PIB, sendo 3,6% gastos governamentais e 4,4% gastos das famílias.

A tabela⁷ a seguir ajuda a compreender a evolução dos gastos públicos com saúde:

Indicadores	2010	2011	2012	2013	2014	2015
-------------	------	------	------	------	------	------

Despesas com saúde e PIB segundo setores institucionais						
Despesas com consumo final de bens e serviços de saúde como percentual do PIB	8,0	7,8	7,8	8,2	8,7	9,1
Despesas do governo com consumo final de bens e serviços de saúde como percentual do PIB	3,6	3,5	3,4	3,5	3,7	3,9
Despesas das famílias e ISFL com consumo final de bens e serviços de saúde como percentual do PIB	4,4	4,3	4,5	4,6	4,9	5,2

Fonte: Conta Satélite Saúde Brasil 2010-2015, 2017, p. 25.

Note-se que a efetivação dos direitos fundamentais tem um custo para os cofres públicos, e este custo dos direitos, na expressão cunhada por Cass R. Sustein e Stephen Holmes⁸, acaba por se chocar com a finitude dos recursos públicos, criando enormes impasses para a efetivação de direitos fundamentais, especialmente quando tratamos de saúde pública. Escrevem os referidos autores:

"Both the right to welfare and the right to private property have public costs. The right to freedom of contract has public costs no less than the right to health care, the right to freedom of speech no less than the right to decent housing. All rights make claims upon the public treasury."⁹

Há, portanto, uma impossibilidade material de efetivação, por parte do Poder Público, de todos os direitos fundamentais clamados pela sociedade, tendo em vista, como já dito, a finitude dos recursos financeiros postos à disposição do administrador público responsável pela implementação das políticas públicas.

É certo que cabe à Administração Pública zelar pelos interesses públicos e, na medida do possível, tentar suprir as necessidades apresentadas pela comunidade. A respeito do tema, Jorge Isaac Torres Manrique¹⁰ cita interessante trecho de decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Peruano no expediente 2939-2004-AA/TC:

"[...] el principio interpretativo de la eficacia vertical de los derechos fundamentales, que exige que los poderes públicos en el ejercicio de sus competencias den a los derechos fundamentales el carácter de verdaderos mandatos de actuación y deberes de protección especial, reconociendo, asimismo, su capacidad de irradiarse en las relaciones entre particulares, actuando como verdaderos límites a la autonomía privada."

Surge, então, uma dicotomia a ser resolvida: efetivação dos direitos fundamentais¹¹ versus custo dos direitos fundamentais.

Salutar, nesse ponto, reproduzir as palavras de Ilton Garcia da Costa, Fernando César Mendes Barbosa

e Marcos Paulo dos Santos Bahig Merheb¹²:

“O mérito dessa reflexão reside justamente em reconhecer no Estado o agente responsável pela prestação de serviços públicos que sejam capazes de atender ao interesse público, individual ou coletivo, mas que possa contribuir para que cada cidadão tenha uma vida mais plena. É em razão de o Estado ter elegido a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil que vislumbramos a necessidade de, por meio de uma prestação de serviços públicos adequada, contribuir para a concretização desse ‘valor supremo’.”

Cabe ao Administrador Público, nas palavras de Juarez Freitas¹³, “sacrificar o mínimo para preservar o máximo dos direitos fundamentais”, o que significa, fazendo coro a Gustavo Binembojm¹⁴, aplicar a regra da ponderação, a fim de verificar, no caso concreto, qual o custo para efetivação de um determinado direito fundamental e se tal risco pode ser assumido, em prejuízo do interesse da coletividade na efetivação de outras políticas públicas.

2. Controle administrativo da supremacia do interesse público

O art. 37, caput da CF (LGL\1988\3) impõe à Administração Pública o dever de agir com impessoalidade, significando dizer que o administrador público, na gestão da coisa pública, deve atentar-se, sempre, aos interesses maiores da coletividade, não podendo privilegiar determinadas pessoas ou situações particulares.

Na mesma esteira, a Constituição do Estado de São Paulo, no art. 111, traz como regra motriz da atuação administrativa o interesse público, coadunando-se com a ideia da CF de que os anseios da coletividade devem, sempre que possível, prevalecer sobre os interesses particulares.

Sobre o tema escreve José dos Santos Carvalho Filho¹⁵:

“As atividades administrativas são desenvolvidas pelo Estado para benefício da coletividade. Mesmo quando age em vista de algum interesse estatal imediato, o fim último de sua atuação deve ser voltado para o interesse público. E se, como visto, não estiver presente esse objetivo, a atuação estará inquinada de desvio de finalidade.”

Dessa sorte, o interesse público, salvo exceções, deve prevalecer sobre o interesse privado, a fim de garantir, nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁶, a atuação do Estado para a “consecução da justiça social, do bem comum, do bem-estar coletivo”.

O conceito de interesse público é, na opinião de Cláudia Mara de Almeida Rabelo Vargas¹⁷, “muito amplo”, permitindo um sem-número de interpretações diferentes e trazendo dificuldade conceitual aos doutrinadores. Escreve a referida autora:

“Diante disso, podemos notar a variedade de conceitos entre os doutrinadores. Entretanto, ficou visível que, enquanto o particular busca a satisfação do seu interesse individual, por outro lado existe um grupo de pessoas, a que damos o nome de coletividade, que também busca a satisfação dos interesses de todas essas pessoas inseridas nessa coletividade. Ressalta-se que, quem tem o dever de satisfazer os interesses dessa coletividade é a Administração Pública, lembrando que é um objetivo que deve sempre ser seguido por ela, caso contrário, não estaríamos falando em interesse público, ocasionando, dessa forma, em desvio de finalidade pública.”

O interesse público pode ser dividido em primário e secundário.

Luís Roberto Barroso¹⁸ afirma que o interesse público primário¹⁹ é a “razão de ser do Estado e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social. Estes são os interesses de toda a sociedade”. Alexandre Mazza²⁰ acrescenta que só existe supremacia do interesse público quando se trata de interesse primário, pois o “interesse patrimonial do Estado como pessoa jurídica, conhecido como interesse público secundário, não tem supremacia sobre o interesse do particular”.

O interesse público secundário guarda relação com as necessidades privadas do Estado, considerado, nas palavras de Fernanda Marinella²¹, “como pessoa jurídica, um simples sujeito de direitos”. A respeito do tema escreve Ana Luíza Gonçalves Ferreira²²:

“Um exemplo claro do que foi exposto há pouco é a atuação de sociedades de economia mista exploradoras de atividades econômicas, em que essas entidades podem realizar operações cujo objetivo direto e imediato seja a obtenção de lucro para seus acionistas (o que inclui o Estado). Contanto que a operação não contrarie algum interesse público primário, será legítima e estará atendendo a um

interesse público secundário (do próprio Estado). É relevante perceber que os recursos que o Estado receberá, na qualidade de acionista, possibilitam sua atuação visando à satisfação de interesses públicos primários. Tem-se, portanto, o atendimento a um interesse público secundário possibilitando a persecução de interesses primários.”

Entendido o conceito de interesse público, bem como de suas divisões, é preciso afirmar que sua preservação pressupõe a prevalência sobre os interesses dos particulares, principalmente quando há choque de interesses entre a Administração Pública e os administrados, surgindo, então, o princípio da supremacia do interesse público, o qual, verticalizando as relações entre a coisa pública e os particulares, determina que o interesse da coletividade deve sobressair-se aos anseios do particular.

Fazendo coro às palavras de Gustavo Binenbojm²³:

“Trata-se, como se vê, de uma concepção unitária de interesse público, que abarcaria, em seu bojo, tanto uma dimensão individual como coletiva, numa aproximação com a própria noção de bem comum. Daí a proclamação de sua supremacia apriorística sobre interesses meramente particulares e a sua função central no regime jurídico administrativo, como fundamento das prerrogativas formais e materiais da Administração Pública em sua relação com os administrados.”

A Administração Pública vai se utilizar do princípio da supremacia do interesse público, por exemplo, quando promove desapropriação (CF (LGL\1988\3), art. 5º, inc. XXIV) e da requisição (CF (LGL\1988\3), art. 5º, inc. XXV), ressaltando Celso Antônio Bandeira de Mello²⁴ que as distorções na aplicação dos referidos institutos deverão ser corrigidas judicialmente.

O próprio Gustavo Binenbojm²⁵, contudo, critica a ideia da existência do princípio da supremacia do interesse público dentro da sistemática constitucional de garantia dos direitos fundamentais do indivíduo, o que levaria o Estado a ter que ponderar a necessidade de preservação de um direito fundamental individual que contrarie interesses coletivos:

“Assim, sempre que a Constituição ou a lei (desde que incidindo constitucionalmente) não houver esgotado os juízos possíveis de ponderação entre interesses públicos e privados, caberá à Administração lançar mão de ponderação de todos os interesses e atores envolvidos na questão, buscando sua máxima realização.”

A regra da ponderação traz uma nova visão acerca da supremacia do interesse público, que fica relativizada quando se tem em conflito interesses da coletividade e direitos fundamentais individuais, não sendo possível, nessa nova proposta, simplesmente verticalizar a relação conflituosa e dar preferência à res publica. Para Marçal Justen Filho²⁶, “a teoria do interesse público pressupõe a existência de um interesse público único, o que representa a desnaturação da realidade social e jurídica”.

Ilton Garcia da Costa, Marcos Paulo dos Santos Bahig Merheb e Sandra de Freitas Bueno Santos²⁷ arrematam dizendo que “sin embargo, pide asignar, la relevancia del principio de proporcionalidad y su aplicación en la ponderación de los principios de la reserva del posible y el mínimo existencial, en el examen de los casos concretos”.

Será preciso, às vezes, afastar o interesse público para proteger direitos fundamentais individuais, o que traz à atuação administrativa um complicador em razão dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública.

3.A Administração Pública Municipal e a ponderação de interesses

Nas linhas anteriores, discutiu-se o custo de efetivação da saúde, enquanto direito fundamental, bem como o princípio da reserva do possível; discutiu-se, ainda, o princípio da supremacia do interesse público e sua superação diante da necessidade de efetivação de direitos fundamentais, aplicando-se a regra da ponderação.

Chega-se, portanto, ao cerne da discussão proposta neste artigo, que é a aplicação da ponderação de interesses e o custo da efetivação de direitos fundamentais para a Administração Pública Municipal, que recebeu do Constituinte, em 1988, uma gama imensa de tarefas e, em contrapartida, a menor fatia da arrecadação tributária.

André Ramos Tavares²⁸ comenta que “a participação reservada aos Municípios da receita tributária é, ainda, muito pequena, no Brasil”, sendo necessário “reconhecer maior grau de autonomia e responsabilidade às entidades municipais, para que seu desenvolvimento seja completo”.

A aplicação da ponderação é extremamente difícil para a Administração Pública em razão de estar umbilicalmente presa ao princípio constitucional da legalidade (CF (LGL\1988\3), art. 37, caput), cabendo ao administrador público fazer tão somente aquilo que a lei expressamente determina. Não há, portanto, campo para ponderação de interesses, a não ser nos casos em que a própria lei assim o possibilite. Escreve Celso Antônio Bandeira de Mello²⁹:

“Onde há função, pelo contrário, não há autonomia da vontade, nem a liberdade em que se expressa, nem a autodeterminação da finalidade a ser buscada, nem a procura de interesses próprios, pessoais. Há adscrição a uma finalidade previamente estabelecida, e, no caso de função pública, há submissão da vontade ao escopo pré-traçado na Constituição ou na lei e há o dever de bem curar um interesse alheio, que, no caso, é o interesse público; vale dizer, da coletividade como um todo, e não da entidade governamental em si mesma considerada.”

Administrativamente, portanto, o conceito de interesse público é visto de maneira bastante restrita, devendo prevalecer o interesse da coletividade, conforme salienta Diógenes Gasparini³⁰:

“Com efeito, nem mesmo se pode imaginar que o contrário possa acontecer, isto é, que o interesse de um ou de um grupo possa vingar sobre o interesse de todos. Assim ocorre na desapropriação, na rescisão por mérito de certo ato administrativo e na imposição de obrigações aos particulares por ato unilateral da Administração Pública, a exemplo da servidão administrativa.”

No mesmo sentido já decidiu o STJ:

“O manejo do pedido suspensivo é prerrogativa justificada pela supremacia do interesse público sobre o particular, cujo titular é a coletividade, e supõe a existência de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas. É instituto que visa ao sobrestamento de decisões precárias ou ainda reformáveis que tenham efeitos imediatos e lesivos para o Estado (sem grifos no original).”³¹

“Ora, a controvérsia gravita em torno do uso e parcelamento do solo, zoneamento urbano e da tutela ao meio ambiente, matérias sujeitas ao regime jurídico de Direito Público, fincado nos princípios da supremacia do interesse público sobre o interesse privado e da legalidade. Vale dizer, a participação dos adquirentes de boa-fé e dos invasores na relação jurídico-processual é de somenos importância, porquanto o que se está a definir é se a desafetação e a ocupação da área institucional, por iniciativa dos corréus na demanda coletiva, afrontaram, ou não, a norma de regência” (sem grifos no original).³²

Assim, o controle administrativo da supremacia do interesse público passa, principalmente, pelo respeito ao princípio da legalidade, como já esclarecido, bem como pela questão da limitação orçamentária, haja vista que os recursos públicos são finitos, não havendo como atender, de forma plena, todos os interesses individuais dos administrados, aparecendo a regra da reserva do possível, a qual impõe ao administrador o dever de conceder aos administrados apenas o que estiver expressamente contemplado no orçamento. Sobre o tema assevera Rafael José Nadim de Lazari³³:

“Por fim, desde já externando o respeito a quem assim entenda, não merece guarida ser a Reserva do Possível considerada elemento exógeno ao direito, como uma ‘condição de realidade’ subordinante de direitos sociais. Ainda que a condicionante orçamentária fática (leia-se: o custo dos direitos e seu fornecimento remontam a questões que se sobrepõem à mera previsão legal, como a situação econômica porque passa o país, o valor do objeto/serviço pleiteado, as condições financeiras do demandante etc.), há ainda duas outras dimensões predominantemente jurídicas umbilicalmente ligadas à “reserva”, que são o subpostulado da adequação dentro do postulado maior da proporcionalidade, e a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos.”

É preciso salientar, ainda, que a Administração Pública está sujeita ao princípio constitucional da impessoalidade (CF (LGL\1988\3), art. 37, caput), de maneira que se torna impossível verter todo o orçamento para atender a uma única pessoa. Sobre o tema escreveu o Ministro José Múcio Monteiro, do Tribunal de Contas da União, no Acórdão 2656/2014:

“Com efeito, entendi necessário ao exame da matéria trazer essas considerações para permitir uma reflexão acerca da ponderação dos princípios que devem ser observados nos atos do administrador público. Por certo aqueles inculpidos no caput do art. 37 da Constituição Federal são de observância obrigatória: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Quanto a outros, verifico ser de capital importância para o caso que se examina destacar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, haja vista que não se pode pretender inviabilizar a gestão de nenhum órgão ou entidade públicos.”

Questão interessante, que envolve a ponderação de interesses públicos e privados, aparece quando se trata da judicialização da saúde. Um sem-número de ações são propostas todos os dias por particulares com o objetivo de obter da Administração Pública medicamentos de alto custo ou tratamentos médicos não suportados pela rede pública de saúde.

A título de exemplo, um município do interior do Estado de São Paulo, com cerca de 100 mil habitantes, foi obrigado, por medida de urgência³⁴, a fornecer a um particular o medicamento Viekira Pak, para fibrose F2 hepática pelo vírus C da Hepatite (HCV) genótipo 1b com risco de evolução para condições mais graves, ao custo mensal de R\$ 200.000,00. Em conformidade com a lei orçamentária do referido município³⁵, a previsão para a Assistência Farmacêutica para o ano de 2018 é de R\$ 1.982.500,00, o que nos leva a concluir que tal verba será quase que integralmente consumida para atender a uma única pessoa.

Tomando por base o exemplo citado, resta evidente que a análise da Administração Pública quanto ao interesse público permeia questões relativas à legalidade e à reserva do possível. Note-se que se o Município de Ourinhos optasse por fornecer o medicamento ao particular, comprometeria todo o atendimento farmacêutico do restante da população. Assim, a supremacia do interesse público, ao ver da Administração, é atender o maior número de pessoas possível com as reservas orçamentárias existentes.

O Judiciário, porém, entendeu que a supremacia do interesse público deve ceder quando estão em jogo direitos fundamentais da pessoa humana, de maneira que cabe ao Poder Público providenciar os medicamentos necessários para o tratamento de um indivíduo doente que não tenha condições financeiras de tratar-se, ainda que tal ato comprometa quase a integralidade do orçamento municipal.

Diferente da Administração Pública, o Poder Judiciário é capaz de ponderar, de maneira mais ampla, sobre os limites da supremacia do interesse público, principalmente quando em conflito com direitos fundamentais, impondo, muitas vezes, a superação do interesse público a fim de efetivar garantias fundamentais dos particulares.

Sobre a atuação do magistrado nas ações que envolvem o direito fundamental à saúde, escreve Dirceu Pereira Siqueira³⁶:

“Atualmente, o magistrado encontra-se atuando com um número de processos imensamente superior ao que poderíamos considerar razoável, e desta forma, muitas vezes, ele se vê na necessidade de julgar de forma célere, sem que possa atuar de forma efetiva no que se refere aos direitos envolvidos.

Não obstante, o número excessivo de processos que se encontram na responsabilidade de cada magistrado, ele deverá atuar de forma mais responsável com aqueles que envolvam o direito fundamental à saúde, em face de sua estreita relação com o direito à vida, embora ele deva, e todos os direitos, dispensar tal atenção; afinal, o acesso à justiça, a tutela jurisdicional efetiva também é um direito fundamental que merece ser efetivado.”

O Poder Judiciário, portanto, inverte a lógica da supremacia do interesse público e afasta sua aplicação na busca de efetivar o direito fundamental à saúde, a despeito de tal atitude causar inúmeros problemas ao orçamento municipal, principalmente dos pequenos municípios, os quais, em sua maioria, vivem de repasses das esferas estadual e federal.

Aliás, em razão da fragilidade orçamentária de alguns municípios, o STF reconhece como solidária a obrigação dos entes federados em atender o direito à saúde da população. Nesse sentido, segue a transcrição de recente julgado³⁷, de relatoria do Ministro Celso de Mello:

“Direito à vida e à saúde – Necessidade imperiosa de se preservar, por razões de caráter ético-jurídico, a integridade desse direito essencial – Fornecimento gratuito de meios indispensáveis ao tratamento e à preservação da saúde de pessoas carentes – dever constitucional do estado (CF (LGL\1988\3), arts. 5º, “caput”, e 196) – Precedentes (STF) – Responsabilidade solidária das pessoas políticas que integram o estado federal brasileiro – Consequente possibilidade de ajuizamento da ação contra um, alguns ou todos os entes estatais – Repercussão geral da matéria que o plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu no julgamento do RE 855.178-RG/SE, Rel. Min. Luiz Fux – reafirmação, quando da apreciação de mencionado recurso, da jurisprudência que o Supremo Tribunal Federal firmou no exame dessa controvérsia – sucumbência recursal – Não decretação, no caso, ante a inadmissibilidade de condenação em verba honorária, por tratar-se de processo de mandado de segurança (Súmula 512/STF e Lei 12.016/2009 (LGL\2009\2131), art. 25) – Agravo interno improvido.”

Apesar do posicionamento do STF, cumpre apontar que o cidadão não mora na União, tampouco no Estado: ele mora no Município, e é este ente federado que, na maioria das vezes, é chamado a arcar com dispendiosos tratamentos médicos e caríssimos medicamentos, como no exemplo já citado nas linhas anteriores, vez que a população, principalmente a mais carente, busca atendimento na rede municipal de saúde.

É certo que a Lei 8.080/1990 (LGL\1990\41), que organiza o Sistema Único de Saúde, atribui competências diversas a cada ente federado, atribuindo ao Município, por exemplo, o atendimento da Assistência Farmacêutica Básica, o que não inclui medicamentos e tratamentos médicos de alto custo. Entretanto, com a solidariedade apresentada pelo STF, os Municípios são chamados a custear condenações cada vez mais altas, o que deixa em frangalhos o já parco orçamento da Fazenda Municipal.

Considerações finais

A saúde é direito de todos e dever do Estado, conforme preconiza a CF (LGL\1988\3), tendo sido, inclusive, elevada à categoria de direito fundamental da pessoa humana, merecendo, portanto, maior atenção do Administrador Público quando de seu atendimento.

Toda a efetivação de direitos fundamentais tem um custo, o qual impacta a atividade do Administrador Público, que se vê parado em um dilema: como efetivar direitos fundamentais dos administrados respeitando os limites orçamentários impostos pela legislação?

Quando tratamos dos entes federados que receberam do Constituinte uma elevada carga de responsabilidades sociais e uma diminuta fatia da arrecadação tributária, o problema se agrava: os Municípios, ainda mais quando se leva em conta a existência de pequenas cidades que vivem à míngua dos repasses federais e estaduais.

Tomando-se como exemplo o direito fundamental à saúde, é possível verificar a complexidade do problema. Enquanto as pessoas, cada vez mais, precisam de medicamentos e tratamentos médicos, a Administração Pública não consegue atender a todos os pedidos, em razão das limitações financeiras a que está submetida. Aparece, então, a chamada reserva do possível, informando que os recursos públicos são finitos e incapazes de atender a todas as mazelas sociais.

O conflito reserva do possível versus efetivação de direitos fundamentais sai da esfera administrativa e chega às barras do Judiciário, o qual, por meio do exercício da ponderação, na maioria dos casos que envolvem direito à saúde, tem afastado a reserva do possível e obrigado a Administração Pública a dar cumprimento aos mandados constitucionais de otimização de direitos fundamentais.

A solução, portanto, passa pelo atendimento daquilo que Juarez de Freitas³⁸ chama de “prioridades constitucionais vinculantes”, isto é, deve o Administrador Público envidar todos os seus esforços na efetivação dos direitos fundamentais dos administrados, a fim de que a Administração Pública não fique ensimesmada em ideais patrimonialistas do início do século XIX.

É certo, portanto, que a reserva do possível não pode limitar a atuação do Administrador Público quando se fala de direitos fundamentais, principalmente quando tratamos de direito à saúde. É preciso, sim, adequar os orçamentos a fim de dar prioridade àquilo que é prioridade: o cidadão.

Não é possível, porém, evitar as críticas ao sistema orçamentário brasileiro, que relega aos Municípios a menor parte da arrecadação tributária do país e, em contrapartida, atribui à Administração Pública Municipal o dever de cuidar da saúde do cidadão, ocasionando enormes “rombos” no orçamento, principalmente, dos pequenos e médios Municípios, que se veem obrigados a buscar saídas – heterodoxas, às vezes – dentro do já complicado erário, submetendo o Administrador às penalidades da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Urge que se busque, já em linhas de encerramento, uma melhor divisão da arrecadação tributária entre os entes federados, a fim de possibilitar que os Municípios possam arcar com os custos de efetivação dos direitos fundamentais.

Referências

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

- BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Conta Satélite Saúde Brasil 2010-2015. Rio de Janeiro: MPDG, 2017. Disponível em: [<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101437.pdf>]. Acesso em: 11.05.2018.
- CAMACHO, Matheus Gomes; EHRLICH, Priscila Aparecida. Direito à saúde: a observância da repartição de competências administrativas como parâmetro para a atuação jurisdicional. In: BERNARDI, Renato; ALONSO, Ricardo Pinha; TEBAR, Wilton Boigues Corbalan (Org.). Anais do V Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito (V SIACRID). Jacarezinho: UENP & Instituto Ratio Juris, 2015. Disponível em [<http://siacrid.com.br/repositorio/2015/responsabilidade-do-estado.pdf>]. Acesso em 28.06.2018.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- COSTA, Ilton Garcia da; MERHEB, Marcos Paulo dos Santos Bahig; SANTOS, Sandra de Freitas Bueno. Derecho a la salud y suministro de medicamentos: desafíos del Estado democrático y social de derecho ante las garantías constitucionales. Revista de Derecho y Cambio Social, v. 49, p. 1-30, 2017. Disponível em: [www.derecho ycambiosocial.com/revista049/DERECHO_A_LA_SALUD.pdf]. Acesso em: 01.06.2018.
- COSTA, Ilton Garcia da; BARBOSA, Fernando César Mendes; MERHEB, Marcos Paulo dos Santos Bahig. A Previdência Social como serviço público essencial. In: LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa; ESTEVÃO, Roberto da Freiria (Coord.); RAZABONI JÚNIOR, Ricardo Bispo (Org.). Direitos sociais e políticas públicas. Birigui: Boreal, 2018.
- DE LAZARI, Rafael José Nadim. Reserva do possível e mínimo existencial: a pretensão da eficácia da norma constitucional em face da realidade. Curitiba: Juruá, 2012.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- FERREIRA, Ana Luíza Gonçalves. Princípio da supremacia do interesse público e princípio da indisponibilidade do interesse público: pilares do regime jurídico-administrativo. Brasília: Conteúdo Jurídico, 2012. Disponível em: [www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.40101&seo=1]. Acesso em: 27.03.2018.
- FREITAS, Juarez. Direito fundamental à boa administração pública. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de direito previdenciário. 17. ed. Rio de Janeiro, 2012.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- MANRIQUE, Jorge Issac Torres. Decálogo para una correcta gestión pública y su influencia con la realización de derechos fundamentales. Madrid: Fundación Ceddnet, 2018. Disponível em: [www.ceddnet.org/blogs/decalogo-para-una-correcta-gestion-publica-y-su-influencia-con-la-realizacion-de-derechos-fundamentales]. Acesso em: 16.05.2018.
- MARINELLA, Fernanda. Direito administrativo. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011.
- MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MERINO, Antonio Giménez. We are all vulnerable: between empowerment and the renunciation of the exercise of power. In: POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot; Maria Fernanda Salcedo Repolês (Ed.). Law and vulnerability. Belo Horizonte: UFMG, 2016.
- SIQUEIRA, Dirceu Pereira. Tutela coletiva do direito à saúde. Franca: Lemos & Cruz, 2011.
- SUSTEIN, Cass R.; HOLMES, Stephen. The cost of rights: why liberty depends on taxes. New York/London: W. W. Norton & Company Inc., 1948.
- TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- VARGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. O princípio da supremacia do interesse público: Uma visão crítica da sua devida conformação e aplicação. Âmbito Jurídico, 2018. Disponível em: [www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link =revista _artigos_leitura &artigo_id=9092&revista_caderno=4#_ftnref16]. Acesso em: 27.03.2018.

1 ."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.”

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

3 .CAMACHO, Matheus Gomes; EHRLICH, Priscila Aparecida. Direito à saúde: a observância da repartição de competências administrativas como parâmetro para a atuação jurisdicional. In: BERNARDI, Renato; ALONSO, Ricardo Pinha; TEBAR, Wilton Boigues Corbalan (Org.). Anais do V Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito (V SIACRID). Jacarezinho: UENP & Instituto Ratio Juris, 2015. p. 186. Disponível em [<http://siacrid.com.br/repositorio/2015/responsabilidade-do-estado.pdf>]. Acesso em 28.06.2018.

4 .IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de direito previdenciário. 17. ed. Rio de Janeiro, 2012. p. 8.

5 .“O conceito de saúde nos remete aos gregos que consideravam como ser humano saudável, a pessoa com equilíbrio do corpo e da mente, [...] sendo que além de ser possuidor de boa saúde mental e física, era necessário ser belo para ser saudável” (SIQUEIRA, Dirceu Pereira. Tutela coletiva do direito à saúde. Franca: Lemos & Cruz, 2011. p. 47).

6 .BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, Conta Satélite Saúde Brasil 2010-2015. Rio de Janeiro: MPDG, 2017. p. 24. Disponível em: [<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101437.pdf>]. Acesso em: 11.05.2018

7 .Ibidem, p. 25.

8 .SUSTEIN, Cass R.; HOLMES, Stephen. The cost of rights: why liberty depends on taxes. New York/ London: W. W. Norton & Company Inc., 1948.

9 .Ibidem, p. 15.

10 .MANRIQUE, Jorge Issac Torres. Decálogo para una correcta gestión pública y su influencia con la realización de derechos fundamentales. Madrid: Fundación Ceddnet, 2018. p. 6. Disponível em: [www.ceddnet.org/blogs/decalogo-para-una-correcta-gestion-publica-y-su-influencia-con-la-realizacion-de-derechos-fundamentales]. Acesso em: 16.05.2018.

11 .“This conception of a fundamental right to have rights is a basic mechanism of recognition of the other as someone who deserves equal consideration. But it also means that people do not have rights automatically, but under the protection of a state which recognize them as citizens” (MERINO, Antonio Giménez. We are all vulnerable: between empowerment and the renunciation of the exercise of power. In: POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot; Maria Fernanda Salcedo Repolês (Ed.). Law and vulnerability. Belo Horizonte: UFMG, 2016. p. 21).

12 .COSTA, Ilton Garcia da; BARBOSA, Fernando César Mendes; MERHEB, Marcos Paulo dos Santos Bahig. A Previdência Social como serviço público essencial. In: LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa; ESTEVÃO, Roberto da Freiria (Coord.); RAZABONI JÚNIOR, Ricardo Bispo (Org.). Direitos sociais e políticas públicas. Birigui: Boreal, 2018. p. 462.

13 .FREITAS, Juarez. Direito fundamental à boa administração pública. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 86.

14 .BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. passim.

15 .CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 33.

16 .DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 66.

- 17 .VARGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. O princípio da supremacia do interesse público: Uma visão crítica da sua devida conformação e aplicação. *Âmbito Jurídico*, 2018. Disponível em: [www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link =revista _artigos_leitura &artigo_id=9092& revista_caderno=4#_ftnref16]. Acesso em: 27.03.2018. No mesmo sentido: MARINELLA, Fernanda. *Direito administrativo*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011. p. 29.
- 18 .Apud VARGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. Op. cit.
- 19 .“Aliás, exatamente porque são discerníveis o interesse público e o interesse meramente das pessoas estatais (ora coincidentes, ora antagônicos), os autores italianos fazem acepção [...] entre interesse público propriamente dito, também denominado interesse primário, e interesse secundário” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 95).
- 20 .MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 82.
- 21 .MARINELLA, Fernanda. Op. cit., p. 29.
- 22 .FERREIRA, Ana Luíza Gonçalves. *Princípio da supremacia do interesse público e princípio da indisponibilidade do interesse público: pilares do regime jurídico-administrativo*. Brasília: Conteúdo Jurídico, 2012. Disponível em: [www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.40101&seo=1]. Acesso em: 27.03.2018.
- 23 .BINENBOJM, Gustavo. Op. cit., p. 30.
- 24 .BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., p. 94.
- 25 .BINENBOJM, Gustavo. Op. cit., p. 31-32.
- 26 .JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 43.
- 27 .COSTA, Ilton Garcia da; MERHEB, Marcos Paulo dos Santos Bahig; SANTOS, Sandra de Freitas Bueno. Derecho a la salud y suministro de medicamentos: desafíos del Estado democrático y social de derecho ante las garantías constitucionales. *Revista de Derecho y Cambio Social*, v. 49, 2017. p. 18. Disponível em: [www.derecho ycambiosocial.com/revista049/DERECHO_A_LA_SALUD.pdf]. Acesso em: 01.06.2018.
- 28 .TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1084-1085.
- 29 .BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., p. 95.
- 30 .GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 20.
- 31 .STJ, AgInt na SS 2.882/RS, 2017/0034404-9, rel. Min. Laurita Vaz, j. 06.12.2017, DJe 06.02.2018.
- 32 .STJ, REsp 1.693.624/SP, 2017/0186733-6, rel. Min. Herman Benjamin, j. 05.12.2017, DJe 19.12.2017.
- 33 .DE LAZARI, Rafael José Nadim. *Reserva do possível e mínimo existencial: a pretensão da eficácia da norma constitucional em face da realidade*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 66.
- 34 .TJSP, Agravo de Instrumento 2016742-76.2017.8.26.0000, 3ª Câmara de Direito Público.
- 35 .Lei Municipal 6.409/2017.
- 36 .SIQUEIRA, Dirceu Pereira. Op. cit., p. 261-262.
- 37 .STF, ARE 1.102.821 AgR/PI, 2ª T., rel. Min. Celso de Mello, j. 07.05.2018, DJe 28.05.2018.
- 38 .FREITAS, Juarez de. Op. cit., p. 30. Haga clic o pulse aquí para escribir texto.

