



ESTADUAL DA PARAÍBA

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO**

LUIS VILLANDER RODRIGUES DE FARIAS

JUDICIALIZAÇÃO DO ACESSO À SAÚDE: ABORDAGEM PRÁTICO-TEÓRICA.

**CAMPINA GRANDE
2016**

LUIS VILLANDER RODRIGUES DE FARIAS

**JUDICIALIZAÇÃO DO ACESSO À SAÚDE: UMA ABORDAGEM PRÁTICO-
TEÓRICA.**

Trabalho de Conclusão de Curso em
Direito da Universidade Estadual da
Paraíba, como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Raymundo Juliano
Rêgo Feitosa.

**Campina Grande
2016**

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

F224j Farias, Luis Villander Rodrigues de.
Judicialização do acesso à saúde [manuscrito] : abordagem
prático-teórica / Luis Villander Rodrigue de Farias. - 2016.
28 p.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) -
Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas,
2016.

"Orientação: Prof. Dr. Raymundo Juliano Rêgo Feitosa,
Departamento de Direito Público".

1. Direitos Constitucionais. 2. Direito à Saúde. 3. Direitos
Fundamentais. I. Título.

21. ed. CDD 342.02

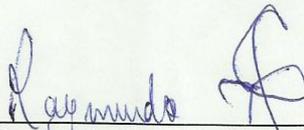
LUIS VILLANDER RODRIGUES DE FARIAS

JUDICIALIZAÇÃO DO ACESSO À SAÚDE: UMA ABORDAGEM PRÁTICO-
TEÓRICA.

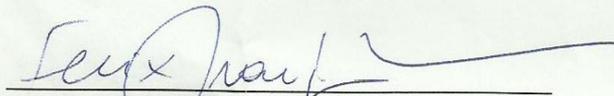
Trabalho de Conclusão de Curso em
Direito da Universidade Estadual da
Paraíba, como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em: 13/05/2016.

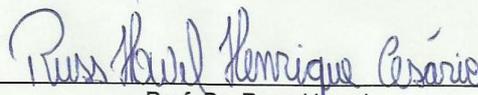
BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Raymundo Juliano Rêgo Feitosa. (Orientador)
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof. Dr. Félix Araújo Neto
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof. Dr. Russ Howel
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

AGRADECIMENTOS

Ao meu pai Luiz Vital Lucena, a minha mãe Vanderleide Rodrigues Hernandez, as minhas tias Ana Lúcia Lucena de Farias e Eliana Rodrigues de Souza, bem como ao meu irmão Luiz Felipe Xavier Farias, pela compreensão por minha esporádica impaciência e abstinência à reuniões e fatos familiares importantes.

Aos funcionários da UEPB, pela presteza e atendimento quando nos foi necessário.

Aos colegas de classe pelos momentos de amizade e apoio.

“Vi veri veniversum vivus vici” – Fausto,
poema dramático do autor alemão Johann
Wolfgang Von Goethe.

JUDICIALIZAÇÃO DO ACESSO À SAÚDE: UMA ABORDAGEM PRÁTICO-TEÓRICA.

LUIS VILLANDER RODRIGUES DE FARIAS*

RESUMO

Trata-se de trabalho de conclusão de curso que visa construir abordagem teórica, sobre a influência do papel da doutrina neoconstitucionalista na concretização da atividade jurisdicional, sobre como a modalidade de dispensa de licitação por decisão judicial apresenta papel sobremaneira importante no processo de efetivação do direito fundamental à saúde e por fim pôr em voga a discussão acerca da imperatividade das garantias constitucionais face a teoria da reserva do possível, tudo isso mediante análise quantitativa de processos alusivos ao acesso a procedimentos médicos e medicamentosos no âmbito da secretaria de saúde do Município de Campina Grande.

Palavras-Chave: Saúde. Neoconstitucionalismo. Reserva do Possível. Direito Fundamental.

1 INTRODUÇÃO

Abordar-se-á a correlação prática-teoria, mediante análise dos institutos teóricos conjuntamente com uma análise factual no âmbito da Secretaria de Saúde do município de Campina Grande, a maneira pela qual o direito fundamental à saúde se concretiza através da prolação de decisões interlocutórias e de mérito as quais têm o condão de dispensar o processo administrativo formal prévio da licitação, com o fito de imprimir celeridade na prestação jurisdicional e garantir o não desvanecer do objeto primordial da tutela jurisdicional, qual seja a incolumidade da saúde do pleiteante, além das impossibilidades de prestação universalizada, abordada com supedâneo na tese da Reserva do Possível.

Buscou-se da mesma maneira, traçar breve análise com fito de vislumbrar as repercussões supervenientes da prolatação de decisões judiciais que impingem

* Aluno de Graduação em Direito na Universidade Estadual da Paraíba –CCJ.
Email: villander00@hotmail.com

obrigação de fazer alusivas à prestação de tratamentos e medicamentos aos entes federativos

Entendemos ser de fulcral importância tratar sobre o tema ora abordado, haja vista que grande parte da população hipossuficiente se socorre do poder judiciário pleiteando prestações dos entes federativos no sentido de estabelecer uma obrigação de fazer perante estes último, bem como pelo relevo dos bens jurídicos tutelados que se pretende resguardar em tais casos.

Outrossim, insta ainda asseverar que o presente trabalho se presta a tratar da correlação teórica entre os institutos supostamente antagônicos dos Direitos Fundamentais Prestacionais e da Tese da Reserva do Possível, minudenciando as relações travadas por esses dois institutos no âmago da atividade doutrinária e jurisprudencial.

Diante de tal panorama, após as devidas lições e elucubrações, busca-se averiguar se a dispensa de licitação no âmbito dos processos judiciais concernentes à prestações alusivas à saúde, se prestam a atuarem como vetores concretizantes de direito e garantias fundamentais.

2.0 DIREITOS FUNDAMENTAIS, NEOCONSTITUCIONALISMO, JUDICIALIZAÇÃO DO ACESSO A SAÚDE e RESERVA DO POSSÍVEL.

2.1 NOÇÕES ACERCA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

É de pleno conhecimento dos que se debruçam aos estudos das teorias do direito constitucional que através do desenvolvimento social/econômico das nações, mormente, das nações ocidentais, houve também a concretização de noções, ora incipientes, sobre o papel do Estado para com seus cidadãos.

Veja-se que diante do acontecimento de grandes eventos catárticos na história dessas respectivas nações, via de regra, tende a se alumiar novos conceitos sobre o matiz de poderes e direitos dos quais se revestem os governados.

Sobre essas prerrogativas atribuídas aos “súditos” que nos cumpre agora delinear breves explanações;

Chamam-se direitos e garantias fundamentais, as prerrogativas insculpidas no núcleo duro da nossa constituição federal, os quais deferem ao cidadão comum a

possibilidade de se valer de uma esfera mínima de direitos e garantias para que não seja impingido de obrigações e/ou deveres desarrazoados, fazendo-os instrumentos de efetivação da soberania popular, fazendo com que o poder delegado pelo povo aos seus representantes conheçam várias limitações, eis a lição de José Gomes Canotilho (1998, p.541):

a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos de forma a evitar omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões por parte dos mesmos (liberdade negativa)

Diante de tal contextura, cumpre-nos salientar que a construção das variadas noções de direitos fundamentais, os quais hoje podem ser enquadrados doutrinariamente em cinco diferentes “gerações”, tal qual qualquer processo de aquisição destes mesmos direitos, se deu de maneira gradual, através da efetivação de conquistas sociais e marcos históricos que acabaram por desaguar na implementação desse compêndio de direitos e garantias.

Por conseguinte, há de se delinear brevemente as gerações de direitos fundamentais, hoje, insofismavelmente reconhecidas na doutrina constitucionalista, de maneira a alumiar quais as garantias efetivadas por meio da consecução de tais prerrogativas ao povo, vejamos:

A- Direitos Fundamentais de 1ª Geração:

Esses marcam a passagem de um Estado autoritário para um Estado de Direito, os direitos insculpidos nesta categoria dizem respeito às liberdades individuais, ou seja, são direitos oponíveis ao poderio do Estado, se traduzindo factualmente acerca das liberdades públicas, direitos políticos e civis.

Não é de balde salientar que, como anteriormente exposto, este compêndio de direitos humanos/fundamentais de primeira geração foram desencadeados por documentos históricos pontuais, tais quais a Magna Carta de 1215, Habeas Corpus Act de 1679, e as declarações Americana (1776) e Francesa (1789).

B- Direitos Fundamentais de 2ª Geração:

Por seu turno, os direitos fundamentais de segunda geração tem o escopo precípua de garantir uma sorte de direitos sociais, culturais e econômicos.

Impõe-se aqui mais uma vez a necessidade de citarmos os marcos históricos-documentais que impulsionaram a concretização das garantias aqui explanadas, são estes: Constituição do México de 1917, Constituição de Weimar de 1919, bem como o Tratado de Versalhes, realizado no cenário de pós primeira guerra mundial, no ano de 1919.

C-Direitos Fundamentais de 3ª Geração:

Observemos que os direitos fundamentais de 3ª geração surgem em meio a um quadro sócio-econômico-cultural permeado por profundas mudanças imprimidas pelo processo de globalização (crescente desenvolvimento e necessidade em meios tecnológicos, sociedade de massa, apelo descomedido ao consumo), trazendo à baila novos patamares de necessidade de proteção, neste norte, passa a ser constante a preocupação com a preservação ambiental, com a proteção do consumidor e com o processo de dirimção de imbrólios entre diferentes nações.

Devemos citar ainda a existência de mais duas classificações doutrinárias sobre direitos fundamentais, as quais nos abtemos de comentar por não haver ainda consenso teórico sobre o tema e para que não fuçamos ao âmago do tema ora abordado.

Destarte, infere-se que dentre os direitos fundamentais listados anteriormente, é forçoso que esteja presente a garantia do indivíduo à saúde, notadamente, esta prerrogativa se insere-se mais acertadamente na definição de direito fundamental de segunda geração, e, por ser este, o direito fundamental que transita no cerne deste trabalho, passamos a esclarecer melhor a maneira pela qual o direito a saúde foi elevado ao patamar de direito fundamental.

2.2 SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

No âmbito da constituição Federal de 1988, está inserido no Título II, Capítulo II, mais precisamente no Artigo 6º, o direito fundamental à saúde, *in litteris*:

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”

Desta feita, infere-se, por consentâneo lógico, que o direito a saúde, em nosso ordenamento constitucional se reveste de característica de direito fundamental.

Entretantes, o Artigo 196 da CF, preleciona que a saúde é direito de todos e dever do Estado, colocando tal prerrogativa individual na alçada de obrigações de caráter mandamental impingidas ao Estado.

Outrossim, é plenamente observável que de acordo com a estipulação da carta magna brasileira, é garantida a toda e qualquer pessoa a atuação estatal no sentido de manter da maneira mais efetiva possível a incolumidade de sua saúde, por meio de políticas de conscientização, dentre outras atividades, e quando assim for necessário, deve o poder estatal prover o atendimento médico-medicamentoso-hospitalar necessário ao restabelecimento do *status quo* salutar do indivíduo.

Vejamos o que assevera sobre o assunto doutrinador da seara previdenciária, Ivan Kertzman (2015, p.28):

O acesso à saúde independe de pagamento e é irrestrito, inclusive para os estrangeiros que não residem no país. Até as pessoas ricas podem utilizar o serviço público de saúde, não sendo necessário efetuar quaisquer contribuições para ter direito a este atendimento.

Acontece que nem sempre o acesso a saúde se dá de maneira tão eficaz e facilitada como a apresentada no texto constitucional, via de regra, a prestação de serviços concernentes à saúde se mostra precária, problemática e indisponível.

Dessa contextura que se alumia o problema; Vê-se inequivocamente o direito a saúde como uma prerrogativa de toda e qualquer pessoa, mas no contexto fático tal prestação se mostra insuficiente para salvaguardar as necessidades do usuário do sistema único de saúde.

Enfim, de que maneira então o cidadão poderá ver garantido o seu direito ao recebimento de serviços suficientes e adequados, isso posto, este então deverá socorrer-se da tutela jurisdicional a fim de garantir a prestação do serviço de saúde. Costumeiramente as decisões em casos como esses são tutelas antecipatórias com

vistas a resguardar a efetividade da prestação e o não desvanecimento do objeto principal da ação, circunstâncias a serem debatidas mais adiante.

Nota-se assim, que os direitos fundamentais, muito mais que meras garantias de eficácia limitada, simples normas programáticas, têm o condão de estabelecer imposições, obrigações ao Estado-Governo, entretanto, há de salientar que nem sempre os direitos fundamentais se revestiram de tamanha importância, esse matiz foi estabelecido pela influência da doutrina neoconstitucionalista a qual defere eficácia mandamental aos direitos e garantias fundamentais presentes na carta política, conceito doutrinário em voga hodiernamente e que passamos a comentar.

2.3 SOBRE A DOUTRINA NEOCONSTITUCIONALISTA

A doutrina passa a desenvolver, a partir do século XXI, uma nova perspectiva relacionada ao constitucionalismo, denominada neoconstitucionalismo, ou segundo para alguns, constitucionalismo pós moderno, ou ainda, pós-positivismo.

Dentro dessa nova realidade interpretativa das normas constitucionais, não se busca mais relacionar o constitucionalismo apenas com a ideia de limitação do poder político, mas acima de tudo, busca-se promover eficácia e efetividade as normas constitucionais.

Desta feita, não é de balde mencionar que essa nova visão hermenêutica tem como marca e princípio fulcral a concretização das prestações materiais prometidas pela sociedade, servindo, destarte, para a implantação de um Estado Democrático Social de Direito.

Segundo o doutrinador constitucionalista, Pedro Lenza (2016), o movimento neoconstitucionalista pode ser considerado como um caudatário do pós-modernismo. Dentre suas principais características podem ser mencionadas a positivação e concretização de um catálogo de direitos fundamentais, onipresença dos princípios e regras, inovações hermenêuticas, densificação da força normativa do Estado e o Desenvolvimento de uma justiça distributiva pautada sob o pálio da igualdade material.

Evidentemente que tal processo de efetivação de garantias constitucionais também se deu por meio de processo paulatino de desenvolvimento e, decerto, foi

marcado e propulsionado por marcos históricos, filosóficos e teóricos os quais cabe menção nesta breve explanação sobre o tema.

Nesse desiderato devemos mencionar que no tocante aos acontecimentos históricos há, de fato, alguns a aos quais coube impulsionar o desenvolvimento da corrente doutrinária em comento, evidenciam-se as constituições do pós guerra, na Europa, destacando-se a da Alemanha de 1949 e o tribunal Constitucional Federal de 1951, as constituições de Portugal e da Espanha respectivamente 1976 e 1978, todas ressaltando a perspectiva de redemocratização e Estado Democrático de Direito.

Feita a análise dos marcos históricos, cabe agora o debruçar sobre quais as pontuais inovações filosóficas que desaguaram na formação do conceito de neoconstitucionalismo, senão vejamos;

Pode-se dizer que o pós-positivismo foi o marco principal de influência filosófica do processo de inovação interpretativa da constituição, esse marco trazia consigo o escopo de realizar a atividade exegética buscando uma interpretação além da letra fria da lei, da legalidade estrita, procura-se empreender uma leitura moral do direito, sem, contudo, recorrer a uma abordagem metafísica do tema.

Ainda segundo Lenza (2015, p. 80):

No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana.” (sublinhamos).

Seguindo o desenvolvimento do tema, resta-nos abordar os aspectos de evolução teórica, que por sua vez contribuíram para a edificação da visão neoconstitucionalista, nesta seara podemos citar a ideia de força normativa da constituição, desenvolvida por Konrad Hesse, pois dentro da ideia de força normativa, pode-se afirmar que a norma constitucional se reveste de status de norma jurídica, sendo dotada de imperatividade, acarretando consequências quando do seu descumprimento, contextura que permite o seu cumprimento forçado.

Além desse, temos também o conceito de nova dogmática da interpretação constitucional, trazida por Luis Roberto Barroso (2012) como uma quebra da interpretação jurídica tradicional. Desta feita a doutrina e a jurisprudência pátria passam a exercer a hermenêutica constitucional através de princípios de natureza

instrumental, pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos, quais sejam o da supremacia da constituição, da presunção de constitucionalidade das normas e atos do poder público, o da interpretação conforme a constituição, da unidade, da razoabilidade e o da efetividade.

Ainda na esteira do entendimento do nobilíssimo doutrinador, faz-se necessário ressaltar a importância da mudança mais basilar no entendimento da hermenêutica constitucional, veja-se que todas as outras repercussões do surgimento dessa corrente doutrinária, como a utilização da principiologia na atividade interpretativa, advém justamente da caracterização da natureza de imperatividade das normas insculpidas no corpo da carta magna, vejamos o que diz Barroso (2012, p.7):

Vale dizer: as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado. A propósito, cabe registrar que o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial na matéria não eliminou as tensões inevitáveis que se formam entre as pretensões de normatividade do constituinte, de um lado, e, de outro lado, as circunstâncias da realidade fática e as eventuais resistências do status quo.

Ademais, vislumbra-se a necessidade de efetivação de instrumentos interpretativos que se prestem a dirimir os conflitos entre as normas cogentes que se estabelecem no texto constitucional, ora, é sabido que no trâmite de direitos e prerrogativas, sempre haverá de acontecer situações nas quais o intérprete da norma jurídica precisará ponderar qual direito deve subsistir ou se agigantar na situação posta.

Pensando este contexto, Barroso (2012, p.14), em seu espetacular artigo sobre o tema, faz referência a importância do papel da ponderação, mediante a utilização da principiologia instrumental para a dissolução de imbrólios envolvendo direitos constitucionalmente garantidos, vejamos:

A existência de colisões de normas constitucionais leva à necessidade de ponderação. A subsunção, por óbvio, não é capaz de resolver o problema, por não ser possível enquadrar o mesmo fato em normas antagônicas. Tampouco podem ser úteis os critérios tradicionais de solução de conflitos normativos – hierárquico, cronológico e da especialização – quando a colisão se dá entre disposições da Constituição originária. Neste cenário, a ponderação de normas, bens ou valores (v. infra) é a técnica a ser utilizada pelo intérprete, por via da qual ele (i) fará concessões recíprocas, procurando preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa ou, no limite, (ii) procederá à escolha do direito que irá prevalecer, em concreto, por realizar mais adequadamente a vontade constitucional. Conceito-chave na matéria é o princípio instrumental da razoabilidade.

Outrossim, não resta qualquer óbice no tocante a aferição da importância desta nova sistemática interpretativa no processo de efetivação dos direitos fundamentais, inclusive o da saúde, haja vista que o novo matiz de norma mandamental dos direitos constitucionais é o que enrobustece o direito do cidadão no momento em que este se socorre das vias judiciais para consecução do tratamento ora necessário.

2.4 DA JUDICIALIZAÇÃO DO ACESSO À SAÚDE

Como visto anteriormente, é cediço que o direito fundamental a saúde, hodiernamente, se reveste de característica de norma jurídica, mandamental e de eficácia imediata, desta feita podem se utilizarem da prestação estatal quando porventura necessário, todo e qualquer cidadão.

Ocorre que o Sistema Único de Saúde é sabidamente deficitário, apesar de grandes vitórias sociais que este programa nacional já implicou, ainda há enormes lacunas a serem preenchidas para que o atendimento as demandas sejam eficientemente cumpridas.

Em decorrência disso, quando o cidadão recorre ao sistema público de saúde e não consegue obter a prestação desejada, há a tendência de que este venha a recorrer às vias judiciais para garantir, por decisão judicial, a obrigação do ente federativo do qual se deseja o serviço.

Diante do exposto, devemos salientar que no meio fático a realidade apresentada é exatamente essa, laboramos na administração pública, mais precisamente no setor de assessoria jurídica da Secretaria de Saúde do Município de Campina grande, setor este responsável pela avaliação das demandas judiciais contra o município, as quais pleiteiam tratamentos médicos/medicamentosos/hospitalares, e podemos asseverar que é notável e crescente a quantidade de demandas com estas exatas características.

Com o mister de ressaltar a importância dessa via de concretização de direitos (judicial) elaboramos pesquisa de campo, no âmbito da secretaria de saúde de Campina Grande, com o fito de quantificar as demandas judiciais atendidas no

transcorrer de todo um ano. No caso, escolhemos o ano de 2015 como base para a pesquisa, e estes foram os resultados:

JANEIRO:

28 processos referentes à prestações médico-hospitalares

FEVEREIRO:

31 processos referentes à prestações médico-hospitalares

MARÇO:

22 processos referentes à prestações médico-hospitalares

ABRIL:

40 processos referentes à prestações médico-hospitalares

MAIO:

24 processos referentes à prestações médico-hospitalares

JUNHO:

36 processos referentes à prestações médico-hospitalares

JULHO:

44 processos referentes à prestações médico-hospitalares

AGOSTO:

43 processos referentes à prestações médico-hospitalares

SETEMBRO:

47 processos referentes à prestações médico-hospitalares

OUTUBRO:

34 processos referentes à prestações médico-hospitalares

NOVEMBRO :

40 processos referentes à prestações médico-hospitalares

DEZEMBRO:

26 processos referentes à prestações médico-hospitalares

Observe-se que a quantidade de demandas é vultosa, e devemos mencionar também que quase sua totalidade, fica estabelecida pelo juiz do caso a obrigação de adquirir ou realizar procedimentos mediante a dispensa de licitação, com vistas a imprimir celeridade a todo o processo de atendimento.

Levando em consideração essa característica específica das decisões judiciais que obrigam os Entes Federativos a realizar condutas, passamos ao desenvolvimento de um novo tópico do presente trabalho.

2.5 DISPENSA DE LICITAÇÃO POR DECISÃO JUDICIAL COMO VETOR CONCRETIZANTE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Como abordado no tópico anterior, grande parte das decisões judiciais que deferem medicamentos, o fazem estabelecendo que o ente federativo que figure no polo passivo da ação proceda a execução da ordem judicial mediante a dispensa do prévio procedimento administrativo de licitação.

Conforme ensinamento do professor e Procurador da Fazenda Nacional: Matheus Carvalho, citando o Doutrinador Administrativista Marçal Justen Filho (2011, p 309):

A licitação é um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos de seleção de proposta da contratação mais vantajosa, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica.

Fulcral ressaltar que o processo licitatório busca inserir, nas aquisições realizadas pela administração, caráter de impessoalidade, buscando realizar uma triagem por avaliação da vantajosidade da proposta e efetivando a contratação com a que mais aprouver a consecução do interesse público.

Inobstante a importância do processo licitatório, o próprio legislador infraconstitucional estabeleceu hipóteses em que apesar de plenamente possível o deslinde de uma licitação, esta restará dispensada, conforme preleciona o artigo 24 da lei 8.666/93.

Mediante análise do mesmo dispositivo legal, em seu inciso IV, estabelece-se a possibilidade de dispensa de licitação no caso de situação emergencial que possa ensejar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, entre outras, senão vejamos:

IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos; (artigo 24 da lei 8.666/93).

Saliente-se que com a previsão da hipótese da dispensa da licitação, nas situações previamente delineadas pelo legislador, a lei buscou resguardar a efetividade da pretensão contratual, qual seja o próprio interesse público; Este pela natural demora do procedimento licitatórios e todas as suas formalidades restaria prejudicado, haja vista a necessidade do atendimento urgente.

Como se pode auferir mediante simples interpretação literal do texto infra legal em comento, ficaram estabelecidos vários requisitos para a concessão da possibilidade da dispensa do processo licitatório, estes requisitos, por suas vez, podem ser classificados em requisitos propriamente ditos e elementos condicionadores, vejamos:

A- Requisitos propriamente ditos:

.Urgência no atendimento da situação emergencial ou calamitosa.

.Possibilidade do prejuízo ou comprometimento da segurança de pessoas, serviços ou bens públicos ou particulares.

B- Elementos condicionadores:

.Dispensa apenas para contratações relacionadas ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa.

.Prazo máximo de 180 dias, ininterruptos e consecutivos, contados da ocorrência da emergência ou da calamidade.

.Vedação da prorrogação contratual.

É notória a ampla minudência com a qual o legislador construiu o dispositivo legal em destaque, acontece que tal preocupação advém do já conhecido costume dos administradores públicos de se locupletarem de definições esparsas que ensejem licitação dispensada, para realização ilegal de contratação direta que não visa atender a finalidade objetiva de qualquer ato administrativo: o interesse público, nesse sentido assevera o Professor Rony Charles Lopes de Torres (2015, p.247), *verbi gratia*:

Os excessos praticados por alguns administradores, que usavam situações de “calamidade” para evitar generalizadamente a realização de procedimento licitatório, levaram à construção de um dispositivo complexo, repleto de condicionantes que impeçam sua utilização indiscriminada. Nas contratações diretas, a emergência resulta da necessidade de atendimento imediato do interesse público, já que a demora na concretização da pretensão contratual pode frustrar a solução de alguma necessidade administrativa.

Como visto a concessão da possibilidade de se dispensar o processo licitatório prévio para a efetivação da incipiente contratação, no caso *sub examine*, é bastante tortuosa e condicionada ao preenchimento de variados requisitos, inobstante, afigura-se o caso de compra de medicamento para paciente que necessite com urgência do adimplemento de seu tratamento uma hipótese plenamente cabível ao enquadramento dentro do dispositivo citado.

Ademais, entende o próprio Tribunal de Contas da União que desde que caracterizados os critérios de urgência e possibilidade de prejuízo ou comprometimento da segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, é plenamente cabível a aplicação do inciso IV do Artigo 24 da lei 8.666/93, senão vejamos:

A dispensa de licitação prevista no inciso IV do art. 24 da lei 8.666/93 não distingue a emergência real, resultante do imprevisível, daquela resultante da incúria ou inércia administrativa, cabendo a utilização do dispositivo desde que devidamente caracterizada a urgência de atendimento a situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares.

Cômpar do entendimento exarado no parágrafo anterior se estabelece a jurisprudência do Colendo Tribunal de Contas do Estado da Paraíba, o qual

considera se enquadrar na hipótese legal do dispositivo legislativo a situação fática de dispensa de licitação por ordem decisão judicial, veja-se:

DISPENSA DE LICITAÇÃO. Governo do Estado. Secretaria de Estado Saúde. Aquisição de medicamentos para atender demanda judicial. Incompatibilidade do preço contratado com o praticado no mercado. Não ocorrência. Regularidade com ressalvas do procedimento. Precedentes TCE/PB. Arquivamento.(PROCESSO TC 13830/11 - ACÓRDÃO AC2 – TC 00682/14).

Pelos entendimentos suscitados pelos tribunais de contas, pelo grande vulto de ações que pleiteiam medicamentos, processos cirúrgicos, exames, etc., vislumbrando a influência da nova interpretação neoconstitucionalista das normas constitucionais e levando em conta também que as decisões que deferem os pedidos com base na urgência da necessidade do procedimento médico-medicamentoso, fica lúdimo o papel da dispensa de licitação no tocante a efetivação prática da hermenêutica garantista trazida pelo pós positivismo, principal tema debatido nesta obra.

Diante de tal contextura é insofismável que concretização de tais entendimentos na doutrina, na jurisprudência e na prática cotidiana trás benefícios imensos a população já tão vergastada pelos percalços da vivência em condições de mera subsistência, entretanto essa garantia de viabilização de acesso ao menos à prestação de serviços de saúde dentro de um mínimo aceitável tende a trazer acalento aos corações destes, garantindo-lhes a possibilidade de refestelar-se no gáudio de suas prerrogativas.

Entretanto, mister salientar que nem todos os pedidos direcionados ao poder judiciário, com vistas a obrigar o ente estatal a realização de uma obrigação são atendidos, há se ponderar *in casu*, se a relevância do interesse do Autor da ação se sobrepõe a outros interesses públicos também resguardados sob o pálio da carta magna, um dos quadros mais pertinentes nesta discussão é da impossibilidade financeira de atendimento de uma demanda específica em detrimento da manutenção de outros serviços essenciais, com vistas ao esclarecimento dessa situação específica, passamos ao outro tópico desta dissertação.

2.6 RESERVA DO POSSÍVEL COMO ÓBICE A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS.

A construção da tese da reserva do possível se deu em meados da década de 70 do Século XX, no âmago desta tese tem abrigo à ideia de que o direito a prestações positivas pelo Estado encontrava-se restringido pela reserva da possibilidade estatal, mormente acerca da razoabilidade dos pedidos ora aventados no Tribunal Constitucional Alemão.

No caso concreto, a corte alemã analisou o pleito aventado por estudantes que não haviam conseguido ser admitidos em escolas de medicina de Hamburgo e Munique, em face da política de limitação das vagas em cursos superiores adotada pela Alemanha em 1960.

Durante o julgamento do mérito da questão, o Tribunal definiu entendimento de que a prestação positiva, no caso *sub examine*, o aumento de vagas nas escolas de medicina, dependeria da reserva do possível, no sentido de que o indivíduo deveria esperar de maneira racional da sociedade; Na análise de Ingo SARLET (2001, p.265), o Tribunal alemão entendeu que:

(...) a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o estado de recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável.

Nota-se então que em suas origens a teoria da reserva do possível não versa apenas sobre a incapacidade financeira de adimplir prestações positivas, mas quanto à razoabilidade da pretensão deduzida em juízo, com vistas a sua efetivação.

Inobstante, na transposição da tese originalmente alemã para a realidade socioeconômica brasileira houve, de fato, uma mutação de significado sobre qual seria realmente a reserva de possibilidade estatal, no cenário brasileiro tal ideia foi recebida, em verdade, como uma teoria da reserva do possível financeiro, se colocando no quadro jurídico pátrio como um óbice à efetivação dos direitos fundamentais prestacionais.

A Procuradora Federal do INCR: Kellen Cristina de Andrade Ávila, em seu artigo sobre o tema (2013), descreve a customização da tese da reserva do possível para o cenário jurídico brasileiro da seguinte maneira:

Nesse diapasão, a “Reserva do Possível” passou a ser utilizada como justificativa para ausência Estatal, um verdadeiro argumento do Estado para não cumprir com o papel que a própria Constituição lhe conferiu, qual seja, de provedor das necessidades da sociedade, representadas, mesmo, pelos direitos fundamentais e sociais ali descritos.

Não cabe nesse cenário qualquer discussão sobre a capacidade do poder judiciário intervir no imbróglio para garantir os direitos prestacionais expostos na constituição federal.

Entretanto, essa atuação firme do poder judiciário no tocante a implementação das garantias e direitos fundamentais, trouxe à baila, no âmbito da doutrina e da jurisprudência pátria a questão da pretensa intervenção do poder judiciário no poder executivo, substituindo por ordem judiciais a sua discricionariedade na efetivação de seus desideratos, entretanto, há precedentes jurisprudenciais da nossa corte constitucional que mesmo face à discussão sobre o tema, pendem pela possibilidade da efetivação dos direitos constitucionais quando a administração se quedar inerte na prestação exigida, senão vejamos:

O Ministro do STF Celso de Mello em decisão de Agravo Regimental nº 47, esclarece a relação da discricionariedade administrativa e o Poder Judiciário, *in verbis*:

Impende assinalar, contudo, que a incumbências de fazer implementar as políticas públicas fundadas na Constituição poderá atribuir-se, ainda que excepcionalmente, ao Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional [...].

Depara-se então com o confronto frontal de normas e garantias constitucionais, de bens juridicamente tutelados pela mais alta norma do país, isto posto, é insofismável que resta ao julgador analisar as matizes do caso concreto, mediante a utilização dos já mencionados princípios instrumentais da hermenêutica constitucional, para que se concretize a posição mais justa no caso concreto.

Pontuadas os questionamentos mais pertinentes sobre a importância da análise factual para o deslinde da questão, é importante ressaltar que há doutrinadores que entendem que para alguns direitos fundamentais, por sua importância mais elevada, devem ser efetivados pela atuação estatal independentemente das circunstâncias econômicas que permeiem o país; Entre esses, imperioso é mencionar Sarlet (2001, p, 73), o qual assevera:

os direitos de defesa - precipuamente dirigidos a uma conduta omissiva – podem, em princípio, ser considerados destituídos desta dimensão econômica, na medida em que o objeto de sua proteção (vida, intimidade, liberdades, etc.) pode ser assegurado juridicamente, independentemente das circunstâncias econômicas.(sublinhamos).

Desta feita, note-se que apesar de dissensões doutrinárias, a maior parte dos estudiosos do tema ainda aderem com mais robustez a obrigação do Estado a efetivação dos direitos fundamentais constitucionalmente dispostos.

Por consentâneo lógico, pode-se inferir que a Doutrina pátria conduz sua atuação no viés da concretização da posição garantidora de direitos, mesmo mediante análise pautada em outros direitos fundamentais, efetivando sobremaneira o compêndio de direitos outorgados pela carta maior ao povo.

3 CONCLUSÃO

Conclui-se, ao final desta breve preleção, que a nova hermenêutica trazida pela consecução do pós-positivismo (neoconstitucionalismo) é de extrema importância para os legítimos detentores das prerrogativas constitucionais, haja vista que o estabelecimento de caráter impositivo de tais normas viabiliza a dedução em juízo de pedidos robustamente fundamentos.

Viu-se que a concretização do caráter normativo imperativo das normas constitucionais que dispõem sobre direitos fundamentais é condição *sine qua non* para a concretização de um estrutura social pautada na segurança jurídica, ou seja, no sentido de dar ciência aos cidadãos das prerrogativas esposadas ao seu leque de direitos, bem como para que haja a possibilidade de submeter o Estado, tantas vezes omissos, à efetivação de suas obrigações inseridas no âmbito da carta magna.

Entendemos que restou extremamente lúdico o papel social que a dispensa de licitação, nos moldes do inciso IV do Artigo 24 da Lei 8.666/93, realiza. Tem-se em verdade um instituto jurídico amplamente utilizado para a perfectibilização de direitos socialmente garantidos pela carta magna, motivo pelo qual a relevância social de tal instituto acaba por ficar amplamente demonstrada, demonstração a qual se prestou, em certa parte, este trabalho.

Nesse norte, reputamos indefectível o silogismo que a dispensa de licitação, pautada na urgência do atendimento das prestações relativas à saúde, conjuntamente com o novo entendimento doutrinário do Neoconstitucionalismo implica a efetivação de direitos e garantias fundamentais, mormente, conforme o estudo ora em comento, do direito fundamental constitucional do acesso à saúde.

4 ABSTRACT

This conclusion work objective is to build a theoretical approach about the influence of the neoconstitutionalist doctrine in the concretization of the jurisdictional activity, about how the modality of the dismissal of the bidding process motivated by a judicial decision shows itself like an important way in the process of effectuation of the fundamental right to health, and by the last, to bring a discussion about the imperativeness of the constitutional guarantees versus the theory of the reserve of the possible, all of that by the quantitative analysis of judicial process about the access to medical procedures and medicines in the sphere of the municipal secretary of health of Campina Grande city.

Keywords: Neoconstitutionalism. Reserve of the Possible. Fundamental Right.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Kellen Cristina de Andrade. Teoria da reserva do possível . Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3558, 29 mar. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24062>>. Acesso em: 25 de mar. 2016.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. Www.luisrobertobarroso.com.br,[S.L.], v.00, n.11, p. 1-53, jan. 2012. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/lrb/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 09 mar. 2016.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo.** 2 ed. Bahia: Juspodium, 2014.

DESLANDES, Suely Ferreira. **Pesquisa social: teoria método e criatividade.** Rio de Janeiro: Vozes, 2010.

DALLARI, Dalmo De Abreu. **Elementos de teoria geral do estado.** São Paulo: Saraiva,1998.

KERTZMAN, Ivan. **Curso prático de direito previdenciário : 13** ed. Bahia: Juspodium, 2015.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAES, Alexandre De. **Direito constitucional esquematizado.** 24 ed. São Paulo: atlas, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** livro. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TORRES, Rony Charles Lopes de. **Lei de licitações públicas comentadas.** 7 ed. Bahia: Juspodium, 2015.

ANEXO 1 – REQUERIMENTO À SECRETÁRIA MUNICIPAL DE SAÚDE PARA CONSULTA À DOCUMENTAÇÃO.



ESTADO DA PARAÍBA
PREFEITURA MUNICIPAL DE CAMPINA GRA
SECRETARIA DE SAÚDE DO MUNICÍPIO
GABINETE DA SECRETÁRIA

REQUISIÇÃO

Eu, Luis Villander Rodrigues de Farias, venho por meio dessa requisição, formalizar a solicitação à Sra. Luzia Maria Leite Pinto, Secretária Municipal de Saúde de Campina Grande, para que seja-me deferido acesso aos processos judiciais alusivos ao ano de 2015, do arquivo da assessoria jurídica da secretaria municipal de saúde, com vistas ao suprimento de informações fáticas para a elaboração do artigo científico intitulado: "Judicialização do Acesso à Saúde – Uma abordagem Prático – Teórica."

Confiante na colaboração, agradeço desde já.

REQUISITANTE:

Luis Villander R. de Farias

REQUISITADO:

Luzia Maria M. Leite Pinto
Luzia Maria M. Leite Pinto
Secretária Municipal de Saúde

Campina Grande, 10 de maio de 2016.

ANEXO 2 – CÓPIA DE UMA DECISÃO EXARADA NO ÂMBITO DE UM DOS PROCESSOS JUDICIAIS SUPRACITADOS.

Além disso, o Superior Tribunal de Justiça já manifestou-se no sentido de que o fornecimento de medicamentos gratuitos aos mais necessitados não pode se restringir à relação constante na Portaria nº 1.318/2002, do Ministério da Saúde. Senão, vejamos:

(...) “uma simples restrição contida em norma de inferior hierarquia (Portaria/MS nº 863/02) não pode fazer tábula rasa do direito constitucional à saúde e à vida”. (ROMS nº 17.903 –MG, Relator: Ministro Castro Meira, 2ª Turma, julgado em 10/08/2004).

Diante da situação fática e jurídica trazida aos autos, me parece prudente a imediata concessão da antecipação dos efeitos da tutela pretendida, visando a disponibilidade do medicamento necessário ao paciente, sob pena da possibilidade da omissão se caracterizar como ato que viola o direito à saúde, permitindo-se, porém, o fornecimento de medicação com o mesmo princípio ativo, sem privilégio da marca do medicamento prescrito.

Se por qualquer motivo o ente público responsável pelo fornecimento da medicação não dispõe dessa medicação necessitada pela parte autora, deve adquirir o mais rápido possível para fornecer ao paciente, ora autor, impedindo o progresso da moléstia de que está acometido.

Ante o exposto, nos termos do art. 273, I, c.c art. 461, §§ 3º e 4º, ambos o CPC, **concedo a medida antecipatória da tutela, em parte**, para determinar que o Município de Campina Grande, através da Secretaria de Saúde do Município, forneça o medicamento descrito nos autos na forma requerida, ou outra equivalente com o mesmo princípio ativo (genérico), em 05 dias, independente de instauração de processo licitatório, a partir da notificação do Secretário Municipal de Saúde, nesta Comarca, ou quem suas vezes fizer, sob pena de bloqueio de conta do Município, em valores necessários ao fornecimento do medicamento solicitado e indicado na exordial, sem prejuízo de possível apuração do descumprimento desta ordem e de adoção de medidas para efetivação da jurisdição.

Oficie-se ao Secretário de Saúde do Município de Campina Grande, ou quem suas vezes fizer, comunicando esta decisão e requisitando o cumprimento do preceito no prazo concedido, remetendo cópias de todos os dados do paciente, inclusive laudo e receita médica, endereço e telefone de contato.

Cite-se o Município de Campina Grande, por seu Procurador-Geral, para responder, observadas as formalidades legais.

Intime-se e cumpra-se. **Urgente.**

Campina Grande, Data Sistema PJe.

Juiz **Ruy Jander Teixeira da Rocha**