

José Levi Mello do Amaral Júnior

Coordenação



# ESTADO DE DIREITO E ATIVISMO JUDICIAL

André Castro Carvalho

Andréa Elias da Costa

Carlos Eduardo Dieder Reverbel

Franco Aurélio Brito de Souza

Gabriel Dias Marques da Cruz

João Carlos Navarro de Almeida Prado

Jorge Octávio Lavocat Galvão

Juliano Ralo Monteiro

Lucas Catib de Laurentiis

Marcela Giorgi Barroso

Rodrigo Pereira de Mello

Saul Tourinho Leal

Stanley Botti Fernandes

QUARTIER LATIN

“A QUARTIER LATIN teve o mérito de dar início a uma nova fase, na apresentação gráfica dos livros jurídicos, quebrando a frieza das capas neutras e trocando-as por edições artísticas. Seu pioneirismo impactou de tal forma o setor, que inúmeras Editoras seguiram seu modelo.”

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Editora Quartier Latin do Brasil

Empresa Brasileira, fundada em 20 de novembro de 2001

Rua Santo Amaro, 316 - CEP 01315-000

Vendas: Fone (11) 3101-5780

Email: [quartierlatin@quartierlatin.art.br](mailto:quartierlatin@quartierlatin.art.br)

Site: [www.quartierlatin.art.br](http://www.quartierlatin.art.br)

*Coordenação:*

**JOSÉ LEVI MELLO DO AMARAL JÚNIOR**

*Mestre em Direito do Estado e Teoria do Direito (UFRGS)*

*Doutor em Direito (USP)*

*Professor Doutor da Faculdade de Direito da USP*

## ESTADO DE DIREITO E ATIVISMO JUDICIAL

Editora Quartier Latin do Brasil

São Paulo, inverno de 2010

[quartierlatin@quartierlatin.art.br](mailto:quartierlatin@quartierlatin.art.br)

[www.quartierlatin.art.br](http://www.quartierlatin.art.br)

principalmente, congressos que designa por Encontros. Serviam estes, como servem até hoje, para propiciar o contacto e a troca de ensinamentos entre juristas brasileiros e juristas estrangeiros. Nisto, o Instituto pode gabar-se de haver sido o primeiro a fazê-lo. Mais recentemente, adquiriram uma nova dimensão, pois se tornaram também um fórum para a revelação de jovens especialistas nessa matéria. Certamente, é isto uma oportunidade de rejuvenescimento e de inovação.

Pelos estudos aqui publicados bem se pode aferir o nível e, portanto, o valor da contribuição que os Encontros trazem para a ciência do direito constitucional.

Como um dos fundadores e presidente do Instituto, tenho orgulho de formular esta apresentação. De fato, este livro comprova que ele está cumprindo sua finalidade.

São Paulo, junho 2010.

**Manoel Gonçalves Ferreira Filho**  
*Professor Emérito da Faculdade de Direito da USP*

## O IMPACTO ORÇAMENTÁRIO DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NAS TUTELAS CONCESSIVAS DE MEDICAMENTOS<sup>1</sup>

ANDRÉ CASTRO CARVALHO<sup>2</sup>

### INTRODUÇÃO<sup>3</sup>

A premissa que deve se tomar no presente trabalho é que os direitos sociais têm um custo financeiro à sociedade e ao Estado. A despeito deste problema metajurídico, o fato é que o Poder Judiciário – aparelhamento estatal constituído para solucionar estes problemas em concreto<sup>4</sup> – avocou, atipicamente, a função de determinar as políticas públicas na casuística. Ao ordenar a entrega de um medicamento ou o transplante de um órgão a um indivíduo carente, o Judiciário interfere – substancialmente – nas políticas públicas do Poder Executivo, e, paralelamente, no orçamento público.

Ademais, há outra questão advinda na utilização desenfreada dos instrumentos processuais de cognição sumária da lide, acarretando, por vezes, na concessão de tutelas ou liminares sem o devido embasamento legal e probatório que se faz mister nestes casos. Em razão desta anomalia, o Judiciário necessita enfrentar o seguinte dilema exposto por AMARAL<sup>5</sup>: do risco de se haver sentenças tardias, de um lado, ou de uma imperfeição no exercí-

- 
- 1 Trabalho classificado em primeiro lugar na Oficina para Mestrandos e Doutorandos sobre o tema "Estado de Direito e Ativismo Judicial", ocorrida no XVIII Encontro Nacional de Direito Constitucional, promovido pelo Instituto Pimenta Bueno e a Associação Brasileira dos Constitucionalistas, entre os dias 24 e 26 de setembro de 2009, com algumas adaptações.
  - 2 Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo. Pós-graduado em Direito Público. Mestrando em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela Universidade de São Paulo. Advogado em São Paulo.
  - 3 Todas as citações de autores estrangeiros estão traduzidas de forma livre, com base na nossa compreensão a partir do excerto original.
  - 4 *Direito, Escassez e Escolha*: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 38.
  - 5 *Ibid.*, p. 38.

cio da atividade jurisdicional, de outro. Estabelecida a celeuma, por qual destes caminhos deverá o magistrado trilhar?

Poder-se-ia dizer que ao Judiciário não incumbiria esta análise de risco: a ele competiria o resguardo do ordenamento jurídico. Contudo, conforme apontado no decorrer da obra de HOLMES e SUNSTEIN<sup>6</sup>, quando um direito é aplicado no caso em concreto, alguém ganha e alguém perde. O magistrado, portanto, no caso trazido concretamente, deverá considerar que em suas decisões haverá sempre esta mácula de incerteza e discricionariedade, pois caberá a ele decidir quem irá ganhar e quem irá perder no caso em tela, considerando ainda que ambos não têm culpa por este infortúnio do acaso. RAZ<sup>7</sup> ressalta que os direitos devem, antes da esfera individual, tutelar os interesses coletivos precipuamente. A tutela coletiva dos direitos atenderia melhor aos interesses individuais, segundo o filósofo.

Deste modo, não se pretende chegar a um deslinde definitivo ao problema, mas sim a uma reflexão do custo dos direitos fundamentais à luz da ciência das finanças<sup>8</sup>. Posto isto, pretender-se-á analisar a problemática sob os enfoques *financeiro e econômico*, i. e., o impacto orçamentário da interferência do Judiciário nas políticas públicas estatais; *administrativo e processual*: é possível dizer que a condução das políticas públicas insere-se na discricionariedade da Administração Pública? Ademais, a necessidade de se recorrer frequentemente ao Judiciário não impõe um demasiado ônus orçamentário ao Judiciário?; e *pragmático*: como o Executivo lida com a escassez e as escolhas que se devem fazer no tocante às políticas públicas.

6 *The cost of rights: Why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 1999.

7 *Apud ibid.*, p. 117.

8 *Ibid.*, p. 97: "Direitos são familiarmente descritos como invioláveis, peremptórios, e conclusivos. Mas estas são simplesmente floreios retóricos. Nada que custa dinheiro pode ser absoluto". Ou seja, concluem que os "direitos são relativos, não são reivindicações absolutas". (grifos nossos)

O que se intenta estabelecer, antes mesmo de se tecer considerações sobre ponderações de princípios ou direitos fundamentais, é uma racionalidade ao sistema, com o fito de se garantir a saúde orçamentária do Estado e protegê-lo dos ataques e investidas oriundos dos jogos de interesses<sup>9</sup>.

### 1. PREMISSAS GARANTISTAS E PREMISSAS RESTRITIVAS

Diante deste contexto, observa-se que o grande problema estaria na gestão de recursos públicos. O Estado-juiz, quando chamado de sua inércia para resolver no caso concreto, deve compelir o Estado-administrador a fornecer os medicamentos básicos à subsistência do indivíduo?

Argumenta-se, a favor, que se deve respeitar o direito inalienável à vida (digna) e à não-morte, em consagração ao princípio da dignidade da pessoa humana. Ademais, o artigo 196 da Constituição Federal destaca que a saúde é universal, visando atender às necessidades individuais. Logo, análises de conjecturas políticas, econômicas, sociais ou jurídicas não seriam pertinentes quando a discussão se ativesse ao direito à vida.

Também deve haver o respeito às situações-limites ou casos extremos: quando cabal e patentemente perceptível a premente necessidade, o Estado não pode se furtar do dever de conceder os medicamentos necessários à subsistência do indivíduo, sob o risco de se impor uma "pena de morte" ao enfermo.

De forma moderada, defende-se que o Judiciário deve conceder os medicamentos, porém, com fulcro em critérios rígidos de concessão – que deveriam ser regulamentados –, para não des-

9 Cf. AUBERT, Jean-luc. *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*. 7ª ed. Paris: Armand Colin, 1998, p. 27: O autor coloca o Direito como um "projeto político sustentado pela vontade dominante do corpo social", o que confirma que o ataque de interesses diversos à peça orçamentária é algo imanente ao processo legislativo. As vontades mais influentes, ao final, prevaleceriam.

virtuar a proteção constitucional e prejudicar a dinâmica orçamentária, coibindo, desta forma, possíveis abusos.

Contrariamente, o Estado defende-se com fulcro no princípio da *reserva do possível*. Há limitações financeiras e orçamentárias que não viabilizam o fornecimento indiscriminado de medicamentos. Ademais, medicamentos de alto custo fariam com que houvesse compensação na compra de outros medicamentos básicos.

Outro fator – de menor importância neste tema – seria a suposta violação ao princípio da tripartição dos poderes: não caberia ao Judiciário, em tese despido de legitimidade democrática, manipular as políticas públicas, jurisdicionando-as. Sem falar que a influência econômica nas políticas públicas é um importante traço definidor na busca da eficiência e equidade na prestação estatal, conforme já expressou MANKIW<sup>10</sup>.

Haveria também a questão pragmática, ou seja, a necessidade de laudo prévio comprovativo da hipossuficiência financeira, bem como comprovando a necessidade iminente do medicamento. Outro ponto que deveria ser passível de análise é quanto à comprovação da eficácia do medicamento requerido e se a substituição por medicamento *genérico* (que recebe testes de *bioequivalência e biodisponibilidade* em cotejo com o medicamento com marca patenteada, fazendo as vezes deste quanto à eficiência) é cabível no caso concreto.

Por fim, alega-se que os artigos 227, 229 e 230 da Constituição Federal delegariam, primeiramente, à família a incumbência de proteger a vida e a saúde de seus pares. Seria o caso, portanto, de *ab initio* ser comprovada a hipossuficiência dos membros familiares em custear o tratamento médico para só então requerer do Estado (i. e., da coletividade) a concessão de medicamentos. Porém, mais uma vez, a questão pragmática da prova processual instaurar-se-ia para o deslinde da questão.

10 *Introdução à Economia: princípios de micro e macroeconomia*. Trad. da 2ª ed. por Maria José Cyhlar Monteiro. 19ª tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001.

## 2. O CUSTO DA SAÚDE

### 2.1. DINÂMICA SANITÁRIA BRASILEIRA

A Revista *Veja*<sup>11</sup> publicou, em 14 de maio de 2008, uma reportagem intitulada *A inflação da saúde*, analisando o impacto dos gastos com a saúde no orçamento público. Pode-se inferir deste estudo que os gastos com saúde crescem, atualmente, em ritmo superior ao da inflação. Outrossim, a porcentagem de gastos com remédios, médicos e exames corresponde a 58% do total dos gastos relacionados à saúde, superando, portanto, o mito de que os planos de saúde são os responsáveis por abocanhar o orçamento particular dos brasileiros<sup>12</sup>.

Outros mitos foram quebrados: a maioria dos hospitais brasileiros tem leitos ociosos (cerca de 38% dos hospitais), em comparação com a média de 70% dos países desenvolvidos. E, talvez, o mais importante que cumpre salientar é o mito da falta de gastos com a saúde: o Brasil tem um gasto *per capita* de 782 dólares e de 8,5% do PIB, muito superior aos outros países em desenvolvimento como o Chile, que tem um gasto de 368 dólares *per capita* de 6,6% do PIB<sup>13</sup>.

Como explicar, defronte estes dados, que a saúde pública é ineficaz e insuficiente no Brasil? Alega-se, *inter alia*, que um dos fatores seria a tecnologia: uma diária nas UTIs subiu 90% desde 1997, aumento movido pelas inovações tecnológicas<sup>14</sup>. Outro fator seria a má-gestão dos hospitais públicos, o que comprometeria a eficiência e acarretaria o desperdício de material<sup>15</sup>. Porém, o fator-chave residiria no aumento do preço dos medicamentos: nos custos da UTI do Hospital Albert Einstein, por exemplo, percebeu-se um aumento de 170% no preço dos medicamentos.

11 *A inflação da saúde*, Abril: nº 2060 de 14 de maio de 2008, p. 94.

12 *Ibid.*, p. 94.

13 *Ibid.*, pp. 94-95.

14 *Ibid.*, pp. 95-96.

15 *Ibid.*, pp. 96-97.

A Farmácia da Santa Casa, por outro lado, economizou 6,5 milhões de reais com produção própria de medicamentos<sup>16</sup>.

O Brasil é um grande provedor de recursos públicos à área industrial farmacêutica, o que acarreta ingentes investimentos no sistema econômico sanitário. Nos Estados Unidos, *v. g.*, despende-se R\$ 481,00 na compra do *Inteferon Peguilado* – utilizado no tratamento da Hepatite C –, enquanto que no Brasil o mesmo produto, ainda com isenção de impostos federal, custa R\$ 1.185,00<sup>17</sup>.

BARATA<sup>18</sup> destaca que mais de 350 mil pessoas recebem medicamentos excepcionais – ou de alto custo –, cujo dispêndio consome por volta de R\$ 80 milhões por mês dos cofres públicos estaduais. Ademais, tais medicamentos constam na lista do Ministério da Saúde e são distribuídos pelo SUS (Sistema Único de Saúde), o que significa que qualquer pessoa pode ter acesso a eles – do rico ao paupérrimo –, bastando que solicite o medicamento à Secretaria de Saúde do Estado.

Por outro lado, há medicamentos que não têm registro no país e, logicamente, não constam na lista supramencionada, não podendo ser distribuídos, sem que se afaste a suspeita de riscos que comprometam a saúde do paciente, visto que desprovidos de testes farmacológicos mais apurados. Segundo o Secretário, são estes que são os mais requisitados judicialmente pelos pacientes, o que implica, necessariamente, em realocação de recursos para cobrir situações isoladas<sup>19</sup>.

Como decorrência, em São Paulo já se estima que o cumprimento das decisões judiciais que obrigam a distribuir estes medi-

camentos não constantes na lista do SUS (e de eficácia duvidosa) consome R\$ 300 milhões por ano. Ademais, continua BARATA<sup>20</sup> apontando que “além de medicamentos, o Estado vê-se obrigado a entregar produtos como iogurtes, requeijão cremoso, queijo fresco, biscoitos, adoçante, leite desnatado, remédio para disfunção erétil, mel e xampu, dentre outros itens. Em 2004, por exemplo, chegou a ter de custear, por força de decisão judicial, a feira semanal para morador da capital”.

Por estas e outras razões é que se afirma que os recursos disponíveis poderiam ser mais eficazmente aplicados. A economista HERZLINGER<sup>21</sup>, *v. g.*, entende que “os hospitais são notórios pela falta de inovações administrativas que reduzam custos e aumentem a produtividade”, impondo-se uma mudança de filosofia: não mais a remuneração pela quantidade, e sim pela qualidade. Apesar de a saúde possuir a maior fatia orçamentária no Brasil, não se chegaria a níveis de excelência satisfatórios. É salutar a observação de André MEDICI<sup>22</sup>, do BID: “O Brasil é referência mundial em cobertura ampla de saúde, mas o grande problema é a qualidade desse serviço”.

Em resumo: faltaria, no país, uma regulamentação constitucional precisa da assistência farmacêutica, conforme afirma BARATA<sup>23</sup>.

## 2.2. QUESTÕES ORÇAMENTÁRIAS DA SAÚDE NO ESTADO DE SÃO PAULO

A Lei Orçamentária Anual do Estado de São Paulo, para o custeio da saúde<sup>24</sup> no exercício de 2008, estabelece mais de R\$ 180

16 *Ibid.*, p. 96.

17 Cf. SILVA, Francisco Viegas Neves. *Considerações sobre a Judicialização do Acesso à Saúde*. Monografia submetida à Comissão Julgadora do Prêmio Ajuris – Direitos Humanos. Pelotas: 2005, p. 8. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/dhumanos/mhonrosa5.doc>>. Acesso em 16 jun. 2008.

18 *Regulamentar é o melhor caminho*. “É positivo que o Estado seja obrigado por decisão judicial a fornecer certos medicamentos?” Coluna Tendências/Debates. São Paulo: Folha de São Paulo, 17 de março de 2007.

19 *Ibid.*, *loc. cit.*

20 *Ibid.*, *loc. cit.*

21 *A inflação...*, p. 98.

22 *Ibid.*, *loc. cit.*

23 *Regulamentar...*, *loc. cit.*

24 Disponível em: <[http://www.planejamento.sp.gov.br/PlanOrca/orca/Lei\\_Orcamentaria\\_2008.pdf](http://www.planejamento.sp.gov.br/PlanOrca/orca/Lei_Orcamentaria_2008.pdf)>. Acesso em 17 jun. 08, p. 559. O montante destinado à Secretaria de Saúde, para 2008, foi de R\$ 9,3 bilhões. Há também um quadro-síntese com o detalhamento das despesas dos órgãos subordinados.

milhões da fatia orçamentária para a produção de medicamentos essenciais destinados à população, visando a atingir 3.200 clientes<sup>25</sup>. Adicionalmente, estabelece mais de R\$ 112 milhões para programas municipais – como o *Dose Certa* –, complementando o programa de atendimento sanitário dos Municípios<sup>26</sup>.

Interessante notar na legenda referente ao “atendimento integral e de alta complexidade em assistência médica em São Paulo” que a destinação orçamentária beira os R\$ 700 milhões. O público-alvo vem definido como: “A maioria dos pacientes é da capital do Estado de São Paulo. Os pacientes que vêm (*sic*) de outras localidades, são, principalmente, de municípios do interior do Estado, de outros estados da federação e de outros países (principalmente da América Latina)”<sup>27</sup>.

A Constituição Federal garante no artigo 196 o acesso universal, diferentemente do regime anterior que vinculava o acesso à filiação no sistema de previdência social. Ademais, o artigo 3º, inciso III, estabelece como objetivo da República a redução de desigualdades regionais, e em seu artigo 4º, parágrafo único, a integração social com a América Latina. Logo, inquestionável que o Estado de São Paulo, por ser o mais estruturado tecnologicamente, deva fornecer atendimento a membros de outros Estados e até mesmo de outros países.

Porém, poder-se-ia afirmar o surgimento de uma das falhas de mercado, a saber, a assimetria de informações: o Estado está aparelhado para atender um número determinado de pacientes, baseado em dados estatísticos da LOA anterior coligados com outros dados como, por exemplo, os índices de expectativa de vida e crescimento vegetativo de sua população. Contudo, fatores exógenos alteram essa “demanda” inicialmente prevista, o que prejudica a “oferta” e quaisquer tentativas de previsão orçamentária.

25 *Ibid.*, p. 48.

26 *Ibid.*, *loc. cit.*

27 *Ibid.*, p. 49.

Há ainda um agravante: a interferência das decisões judiciais determinando a concessão de medicamentos obriga o Estado a agir conforme algumas empresas privadas, que já destinam em seu orçamento determinada monta para custear o fardo das decisões judiciais desfavoráveis<sup>28</sup>. Tal fato supostamente ajudaria o Estado a minimizar o déficit em virtude das tutelas judiciais.

Porém, a falta de critérios nestas concessões judiciais faz com que, na prática, a peça orçamentária no que tange à saúde torne-se mero exercício de futurologia, visto que a interferência das decisões judiciais passa a ser imprevisível até mesmo para o Administrador mais cauto.

### 2.3. ORDENAMENTO SANITÁRIO E O PROBLEMA DA MAXIMIZAÇÃO DOS BENEFÍCIOS SOCIAIS

BARROSO<sup>29</sup>, em uma detenção maior à matéria, traçou a evolução legislativa na área da saúde pós-1988, demonstrando que não se verifica a falaciosa ideia de que o Poder Legislativo é omissor no tocante às políticas públicas. Com o advento da Constituição de 1988, dentre outras, foram editadas: a Lei nº 8.080/90 (a Lei Orgânica da Saúde), que define a competência dos entes federativos e prevê a criação do Sistema Único de Saúde; a Portaria nº 3.916/98/MS, que prevê a Política Nacional de Medicamentos; a Portaria nº 2.577/GM, de 27 de outubro de 2006 e nº 1.321, de 5 de junho de 2007, que trata da aquisição e distribuição dos medicamentos *excepcionais* ou de alto custo.

28 Com efeito, há a destinação de quase R\$ 39 milhões no programa “Pagamento de ações indenizatórias – Administração indireta. Pagamento de precatórios nos termos da legislação vigente; cumprimento de sentenças judiciais em julgado de pequeno valor (cf. Art. 100, § 3º); cumprimento de decisões judiciais proferidas em mandados de segurança e medidas cautelares e outros encargos e Despesas judiciais”. Aliás, não é somente no caso da Saúde que há essa previsão, mas outras Secretarias, como da Educação e do Desenvolvimento, também fazem essa previsão.

29 *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>>. Acesso em 10 jun. 2008, pp. 15-20.

Podemos adicionar, ainda, a Lei nº 8.142/90 que regula a participação da comunidade no SUS e as transferências governamentais, além da Norma Operacional Básica do SUS 96/01<sup>30</sup>, que dispõe sobre a capacitação dos Municípios como gestores do SUS em seus respectivos territórios.

O que se verifica, portanto, é o impulso legislativo no sentido de concretizar o acesso à saúde de forma *gradual*. A gradualidade na concretização dos direitos sociais, *in casu* o direito à saúde, é característica imanente de uma sociedade em desenvolvimento como a brasileira<sup>31</sup>.

Agrave-se ainda o fato de que, nos dizeres de ARISTÓTELES<sup>32</sup>, a saúde “não é constituída pela mesma proporção de elementos em todas as pessoas e nem tampouco por uma proporção particular na mesma pessoa sempre, mas quando ela se acha num processo de dissolução ainda perdura por certo tempo – de sorte que sofre variação de intensidade”. Considerando esta variação das intensidades da necessidade da saúde, como conjugá-las com o orçamento e com a distribuição igualitária? É como salienta AMARAL<sup>33</sup>: “escassez, divisibilidade e homogeneidade dos meios materiais desafiam a visão igualitária do tratamento igual para todos”.

Desta forma, pode-se observar a forma que deve o ordenamento jurídico lidar com o ordenamento “orçamentário”, se assim fosse possível dividi-los. A instituição do ordenamento jurídico da saúde já prevê, intrinsecamente, as escolhas orçamentárias que deverão ser feitas a favor da saúde, sem contar a vinculação constitucional de receitas.

30 Disponível em: <<http://www.sjc.sp.gov.br/sms/downloads/nob.pdf>>. Acesso em 17 jun. 2008.

31 Cf. decisão na ADPF 45/DF, Rel Min. Celso de Mello, j. 29.04.2004, DJ nº 84 em 04.05.2004.

32 *Ética a Nicômaco*. Trad. de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2002, p. 266.

33 *Direito, escassez...*, p. 135.

### 3. O JOGO DO ATIVISMO JUDICIAL: A TEORIA DOS JOGOS NO CASO DAS TUTELAS DE MEDICAMENTOS

A *teoria dos jogos*<sup>34</sup> significa, nas Ciências Econômicas, determinadas ações estratégicas que os jogadores procuram para melhorar o seu retorno em um determinado contexto competitivo. Analisar-se-á, nesta obra, uma variante importante de soma não-nula da teoria dos jogos: o *dilema do prisioneiro*<sup>35</sup>.

O jogo é a conquista da liberdade: a vitória é a liberdade e a derrota significa dez anos de reclusão: se um trair o outro, enquanto o outro não o trair, o traidor ganha o jogo, e o que não traiu perde. No entanto, se ambos jogarem juntos – como em um time – não ganharão o jogo, mas chegarão próximos da vitória (pena de 6 meses de reclusão apenas). Se ambos jogarem competitivamente, “empatam”, com prejuízos mútuos (pena de 5 anos de reclusão).

Este tipo de raciocínio transplantado em uma dimensão coletiva leva à *tragédia dos comuns*<sup>36</sup>, cujo equilíbrio está na utilização dos recursos sem a preocupação com os demais. Se houvesse esta preocupação para a conservação do recurso, o risco de que alguém infringisse a regra de conduta negativa para que todos

34 Cf. MANKIW, Nicholas Gregory. *Introdução...*, p. 358: “A teoria dos jogos é o estudo do comportamento das pessoas em situações estratégicas. Por ‘estratégica’ queremos definir uma situação em que cada pessoa, ao decidir que ações empreender, tem que levar em consideração como os outros responderiam a tal situação”.

35 *Ibid.*, p. 359. O *dilema do prisioneiro* é o “jogo” entre dois prisioneiros capturados que ilustra a dificuldade em obter a cooperação mesmo quando esta é mutuamente benéfica”.

	Cooperar	Desertar
Cooperar	ganho – ganho	perda substancial – ganho substancial
Desertar	ganho substancial – perda substancial	perda – perda

36 *Ibid.*, p. 235. A *tragédia dos comuns* é “(...) uma parábola que ilustra por que (*sic*) os recursos comuns são mais utilizados do que seria desejável do ponto de vista de toda a sociedade”.

usufruissem uma parcela do recurso faria com que se cedesse à tentação de não cooperar e tentar maximizar seus benefícios<sup>37</sup>.

Logo, para o tema trazido à baila, podemos supor a seguinte situação hipotética: Tício, em um determinado mês, precisa de um medicamento "X" contido na lista do SUS, cuja disposição orçamentária só permite a compra de determinada quantidade por mês. Considerando a possibilidade de se conseguir o benefício do Judiciário para garantir a satisfação desta necessidade, e que a orientação jurisprudencial é no sentido da concessão sem qualquer relativização, obtém-se o seguinte:

	Tício recorre ao Judiciário	Tício não recorre ao Judiciário
Os demais recorrem ao Judiciário	Recebe quem conseguir a tutela primeiro, até a exaustão do recurso (equilíbrio de Nash)	Tício não receberá o medicamento (ganho - perda)
Os demais não recorrem ao Judiciário	Tício receberá primeiro (perda - substancial)	Mantém-se a ordem natural das coisas (receberá quem precisar na medida do possível) - (cooperação mútua)

Tal situação, por conseguinte, impulsiona os interessados a recorrerem ao Judiciário para obter a satisfação de seu direito, tornando ineficaz qualquer medida administrativa que possa garantir uma lógica na distribuição de medicamentos (alteram-se as regras iniciais do jogo). Aqui, o *equilíbrio de Nash*<sup>38</sup> é recorrer sempre ao Judiciário.

Por outro lado, suponha-se que a orientação jurisprudencial seja pela negativa na concessão de medicamentos de forma preemp-

37 *Ibid.*, p. 236. O autor ressalta que "(...) quando uma pessoa usa um recurso comum, diminui o benefício que outra pessoa tem do mesmo. Devido a esta externalidade negativa, existe a tendência para o uso excessivo dos recursos comuns".

38 O Equilíbrio de Nash ocorre quando dois ou mais jogadores analisam o contexto e verificam que não há benefícios a se auferir na mudança unilateral da estratégia.

tória, sem apreciação da análise fática: nesse caso, as regras do jogo são mantidas, não havendo interferência da atuação dos jogadores.

	"A" recorre ao Judiciário	"A" não recorre ao Judiciário
Os demais recorrem ao Judiciário	Mantém-se a ordem natural das coisas (receberá quem precisar na medida do possível)	
Os demais não recorrem ao Judiciário		

Em suma, a atuação positiva do Judiciário provoca a situação conhecida como "tragédia dos comuns"; a atuação negativa, em tese, não tem qualquer relevância na dinâmica da distribuição de medicamentos na esfera administrativa e na lógica orçamentária.

Isto, portanto, legitimaria a não intervenção do Poder Judiciário em quaisquer casos? Não, se pensarmos na situação de que há um risco de morte maior, *e. g.*, ao Tício. Então:

	Tício recorre ao Judiciário	Tício não recorre ao Judiciário
Os demais recorrem ao Judiciário	Recebe quem conseguir a tutela primeiro, até a exaustão do recurso (aqui não há equilíbrio de Nash, pois há um prejuízo substancial)	Tício não recebe (ganho - perda substancial)
Os demais não recorrem ao Judiciário	Tício recebe primeiro (ganho substancial-perda)	Tício recebe, se a Administração conceder o medicamento a ele.

O ponto fulcral que legitimaria a atuação do Judiciário estaria no caso da premissa "Tício não recorre ao Judiciário e os demais não recorrem ao Judiciário" não se verificar da forma como exposta, o que caracterizaria *omissão* estatal nas políticas públicas.

BUCCI<sup>39</sup> expressa que a omissão nas políticas públicas pode ser tanto intencional como resultado de um impasse político ou a

39 *Políticas Públicas. Reflexões sobre o conceito jurídico.* São Paulo: Saraiva, 2007, p. 251.

não execução das decisões. Ademais, as políticas públicas também servem para conter a discricionariedade estatal, pois exigem os pressupostos que fundamentam determinada decisão política<sup>40</sup>.

Se houver a política pública implementada, não há que se falar em omissão que legitime a interferência do Judiciário na implementação destas políticas. No entanto, na ausência de políticas que garantam efetivamente o direito à saúde, caberia a atuação do Poder Judiciário. Ao formular uma política econômica, a preocupação primordial é com a quantidade de que os bens serão utilizados por cada um<sup>41</sup>.

#### 4. MEDICAMENTOS, FAZENDA PÚBLICA E AS TUTELAS INDIVIDUAIS

Hodiernamente, muito se discute se as varas da Fazenda Pública não estão promovendo a jurisdicionalização das políticas públicas quando são antecipados os efeitos da tutela definitiva nos termos do artigo 273 do Código de Processo Civil. Sob a argumentação da não implementação de políticas públicas pelo Poder Executivo, a Defensoria Pública e outras entidades, bem como alguns advogados atuantes, sagazmente vêm utilizando do Poder Judiciário como uma “instância substitutiva”<sup>42</sup> das políticas públicas.

Com efeito, grande parte dos magistrados passou a concluir que os artigos 5º, 6º e 196 da Constituição Federal, em cotejo com a Lei 8.080/90, conceberiam um direito público subjetivo à saúde, dotado, *prima facie*, de exigibilidade imediata perante o Estado. Todavia, em uma análise mais acurada, a sistemática constitucional colide com a dinâmica orçamentária estatal, além de

prejudicar uma análise teleológica da positivação dos direitos fundamentais insculpidos no texto constitucional.

Diante desta premissa, pressupor-se-ia que o Judiciário de- tem um aparelhamento adequado para o diagnóstico deste problema, inclusive para determinar quem, em tese, seria o destinatário de certo medicamento em uma situação emergencial. Pois bem, tal diagnóstico constataria que há determinados indivíduos que necessitam de maior atenção, vale dizer, de uma ação contingencial imediata – a concessão *initio litis* da distribuição de medicamentos –, enquanto que outros poderiam quedar-se à revelia da intervenção pública, pelo menos em um primeiro momento. A preterição de um indivíduo por outro neste primeiro espaço de tempo demandaria uma atividade cognitiva e opinativa das ciências médicas, o que raramente acontece na seara jurídica.

Todavia, verifica-se a granel que, com o mero recebimento da vestibular e juntada de parcos e superficiais relatórios médicos, a medida antecipatória é concedida. Ora, medida esta satisfativa neste primeiro *iter* processual, visto que há a vinculação do Estado a uma obrigação de dar, isto é, fornecer medicamentos para a sobrevivência, em tese, do demandante. Sem falar nas imensas repercussões financeiras de uma decisão logo no início do processo, que, ao garantir o resultado final, dificilmente será passível de conversão ou restabelecimento do *status quo ante*. Este tipo de tutela tem o custo deveras elevado, cuja concessão deveria ser, em tese, com mais parcimônia.

E mais: caso fique comprovada a não-necessidade da tutela *initio litis*, o pedido de devolução dos valores expendidos pelo Estado ficará comprometido – como no caso apontado por AMARAL<sup>43</sup>, da 14ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo (Processo nº 351/99), onde o magistrado requereu a devolução de R\$ 175.500,00 ao pai do menor que tentou a ação, “sob

40 *Ibid.*, p. 265.

41 Cf. MANKIW, Nicholas Gregory. *Introdução...*, p. 235.

42 Cf. BURGER, Adriana Fagundes. *Seminário Medicamentos: Políticas Públicas e Judicialização*. Disponível em: <[http://www.ajuris.org.br/sem\\_med/docs/Dra\\_Adriana\\_Fagundes\\_Burger\\_%20DOC.pdf](http://www.ajuris.org.br/sem_med/docs/Dra_Adriana_Fagundes_Burger_%20DOC.pdf)>. Acesso em 10 jun. 2008.

as penas civis e criminais cabíveis”. É uma sentença nitidamente dotada de impossibilidade circunstancial de cumprimento<sup>44</sup>.

Outra questão que merece ser ventilada é que o Judiciário analisa tais pedidos sem ao menos exigir a prévia requisição pelas vias administrativas<sup>45</sup>, esvaziando a Administração de exercer sua defesa em prol do interesse público.

Contudo, a imensa vantagem deste artifício processual é a agilidade na efetivação dos interesses por detrás da lide, evitando, de forma reflexa, o desgaste político oriundo de um maior debate social sobre a temática<sup>46</sup>. Mas, adversamente, o Judiciário acaba sendo acionado para tratar de questões sobre as quais não deveria se pronunciar, agindo como gestor dos recursos em virtude de sua escassez orçamentária, “judicializando” as políticas públicas de saúde<sup>47</sup>.

Outro fator adverso é no tocante ao uso do Poder Judiciário como instrumento para satisfação de objetivos de grupos de interesses na concessão destas tutelas, conforme observa BARATA<sup>48</sup>. É o que adverte HOLMES e SUNSTEIN<sup>49</sup>: “os direitos devem ser sujeitos a restrições com o fito de prevenir sua exploração para fins espúrios”.

Como proceder, então, o magistrado diante do caso concreto? Não se deve negar a tutela jurisdicional quando há necessidade preeminente de proteção à vida, porém, como minimizar o impacto no orçamento público destas medidas concessivas tendo em vista a vigência e implementação de políticas públicas pelo Executivo?

44 Cf. MARTINS, Ives Gandra da Silva. Ordem Judicial de Pagamento – Ausência de Recursos Orçamentários – Teoria de Impossibilidade Material. In: BDA: Boletim de Direito Administrativo. São Paulo. v. 9. nº 5. 1993, p. 279.

45 Cf. SILVA, Francisco Viegas Neves. *Considerações...*, p. 10.

46 Cf. FERREIRA, Camila Duran et al. *Desafios das Políticas Sociais no Brasil: O Judiciário e as Políticas Públicas de Saúde no Brasil: O caso AIDS*. Prêmio IPEA 40 Anos – IPEA-CAIXA 2004, p. 5. Disponível em: <<http://getinternet.ipea.gov.br/Sobrelpea/40anos/estudantes/monografiacamila.doc>>. Acesso em 17 jun. 2008.

47 Cf. SILVA, Francisco Viegas Neves. *Ibid.*, loc. cit.

48 *Regulamentar...*, loc. cit.

49 *The cost...*, p. 103.

## 5. PROPOSTAS

### 5.1. “HARD CASES”

O Tribunal Regional da Terceira Região deparou-se, na apelação cível nº 261.220, com o caso de uma criança portadora de uma síndrome grave chamada *puberdade precoce verdadeira*. No voto, o juiz David Diniz aplicou a teoria dos *hard cases* de DWORKIN, cuja premissa vem no sentido de que o juiz não deve atuar discricionariamente na decisão quando da ausência de normas infraconstitucionais reguladoras de determinado direito, mas tão somente pela aplicação dos princípios<sup>50</sup>.

Afastam-se, destarte, os argumentos políticos, para dar vazão somente aos argumentos de princípio. Deve-se isto ao fato de que “a alocação de recursos públicos em relação aos objetivos e fins do Estado constitui atividade típica de governo e, não obstante, dotada de discricionariedade traduz-se por discurso eminentemente fundado em argumentos de natureza política, os quais – como ressaltamos – são impertinentes em sede de demandas individuais em que se postulam direitos a prestações específicas do Estado (direito ao fornecimento de remédio às crianças enfermas)”<sup>51</sup>.

KELSEN<sup>52</sup> é contrário a quaisquer conjecturas de natureza política no Direito – a ponto de se tornar substrato de ideologias sociais. Visa-se, sobretudo, a uma ciência pura do Direito, buscando-o como ele é, e não como ele deveria ser. Esta teoria, mais tarde, revelou-se inapropriada com a mudança no paradigma da hermenêutica jurídica. O foco de estudo deixou de ser apenas o objeto (as normas), mas também o observador (a sociedade).

Naquele comenos, o autor austríaco propaga pela função ético-política do Direito Natural, cuja funcionalidade serviria para

50 AC 261.220. TRF 3ª Região. Rel. Juiz David Diniz, j. 19.6.2001, p. 5.

51 *Ibid.*, p. 6.

52 *Teoria Pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 118.

eventualmente justificar a atividade ético-política do Direito Positivo. Logo, ao Direito Positivo não caberia o mister da justiça em todas as suas prescrições – mister este almejado pelo Direito Natural, mas também comportaria a injustiça em alguns casos<sup>53</sup>.

Nestes tipos de casos-limites far-se-ia cabível a *rule of rescue*<sup>54</sup>, isto é, quando há um indivíduo com sua vida em risco, há uma obrigação de intervenção, ainda que colida com os interesses da sociedade<sup>55</sup>. HAM<sup>56</sup>, com os ensinamentos de DANIELS e SABIN, propõe que deve imperar a “responsabilidade pela razoabilidade” nas decisões no caso da saúde, com o preenchimento de quatro condições: a) condição *publicitária* (*publicity*): as decisões envolvendo novas tecnologias e suas razões devem ser publicamente acessíveis; b) condição de *relevância* (*relevance*): as razões lógicas devem levar em conta como conjugar as necessidades de cobertura com a escassez de recursos; c) condição de *revisão* (*appeals*): as decisões devem ser passíveis de reformulações em caso de novas evidências ou novos argumentos trazidos à tela; d) condição de *cumprimento* (*enforcement*): deve haver uma regulação do processo para garantir que as três condições anteriores sejam verificadas.

53 *Ibid.*, p. 244.

54 O termo *rule of rescue*, cunhado por A. R. JONSEN, é usado na Medicina como medida ética para salvaguarda da vida do enfermo, com foco individualista e casuísta, ainda que o gasto de verbas fosse mais bem aproveitado para prevenir mortes de centenas cuja identificação seja imprecisa ou abstratamente considerados. Cf. em RICHARDSON e McKIE, *The Rule of Rescue*. Disponível em: <<http://www.buseco.monash.edu.au/centres/che/pubs/wp112.pdf>>. Acesso em 17 jun. 2008: “It represents: ‘a perceived duty to save endangered life where possible’ (Bochner et al., 1994, p. 901); ‘the sense of immediate duty that people feel towards those who present themselves to a health service with a serious condition’ (Nord et al., 1995b, p. 90); ‘an ethical imperative to save individual lives even when money might be more efficiently spent to prevent deaths in the larger population’ (Dougherty, 1993, p. 1359); ‘the powerful human proclivity to rescue a single identified endangered life, regardless of cost, at the expense of many nameless faces who will therefore be denied health care’ (Osborne and Evans, 1994, p. 779)”.

55 HAM, Chris. *Tragic choices in health care: lessons from the Child B case*. BMJ 1999; 319: 1259. Disponível em: <<http://www.bmj.com/cgi/reprint/319/7219/1258>>. Acesso em 17 jun. 2008.

56 *Ibid.*, p. 1260.

É interessante trazer à baila caso analisado pela Corte Constitucional da África (Thiagraj Soobramoney contra o Ministro da Saúde), no qual o autor requisitava tratamento de diálise em razão de problema renal crônico<sup>57</sup>. Na hipótese em comento, a corte entendeu que o hospital só podia fornecer o tratamento a um número limitado de pacientes, dada a precariedade e escassa quantidade de equipamentos disponíveis. Desta forma, a diálise somente era realizada em pacientes com *insuficiência renal aguda*, e não para *insuficiência renal crônica* (que era a condição do autor no momento).

No presente trabalho, donde se faz oportuna a análise detida da condição de relevância, entendemos que a utilização da solução da teoria dos *hard cases* de Ronald DWORKIN prescinde da análise fática no tocante à dinâmica orçamentária, inviabilizando sua aplicação em um contexto de escassez orçamentária. Ou seja, dada a mesma hierarquia de colisão<sup>58</sup> das normas, não se faz possível a aplicação na modalidade *tudo ou nada* (*all or nothing*): o que se considera é a *dimensão do peso* destas normas na situação específica. Logo, os chamados *mandados de otimização* devem ser aplicados com base nos elementos fáticos<sup>59</sup>.

57 Case CCT 32/97. Disponível em: <<http://graduateinstitute.ch/faculty/clapham/hrdoc/docs/soobramoney.pdf>>. Acesso em: 1 out 2009.

58 Cf. RODRIGUEZ, Eduardo Andres Ferreira. *Débitos judiciais no orçamento público*: algumas considerações. Revista de Informação Legislativa. Brasília. v. 41. n.º 163, p. 395. O autor ressalta o mesmo problema de colisão de normas de mesma hierarquia constitucional no caso dos precatórios judiciais: “Observa-se, assim, a colisão de dois conjuntos de preceitos, ambos de hierarquia constitucional: de um lado, a exigência de inclusão, no orçamento público, de dotação suficiente para satisfazer as condenações judiciais do erário, com o conseqüente pagamento no exercício financeiro apropriado, de outro, restrições orçamentárias versando sobre a impossibilidade de adimplir os débitos sem prévia autorização orçamentária (autorização essa que, em muitos casos, presumivelmente, não é formalizada por insuficiência de receita orçamentária). Forma-se, pois, uma antinomia de relevo, a ser devidamente equacionada de forma a evitar a perpetuidade dos prejuízos sociais atualmente verificados, com inegável desgaste do poder Judiciário”.

59 Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade...*, p. 9.

## 5.2. ADMINISTRATIVIZAÇÃO OU COLETIVIZAÇÃO NA ALOCAÇÃO DOS RECURSOS PÚBLICOS

Interessante tese<sup>60</sup> levantada é na atuação do Poder Judiciário como *veto player* e provedor de *veto points* no caso da saúde, o que acarretaria o atendimento de interesses rejeitados na esfera política, interferindo na opção administrativa na alocação dos recursos escassos. Assim sendo, estaria o Judiciário, sorrateiramente, legislando em matéria orçamentária em virtude da aplicação do texto legal<sup>61</sup>.

Quando provocado de sua inércia para decidir sobre uma questão atinente a direitos sociais, o Judiciário atuaria como *veto player*, “no sentido de agir não como meio para que atores políticos determinados atinjam interesses, mas sim no sentido de ser ele próprio, o Judiciário, figura ativa na realocação de recursos estatais. Os tribunais passam a ser verdadeiros centros de regulação (positiva ou negativa) de políticas públicas, com considerável capacidade de veto e criação de políticas públicas”<sup>62</sup>.

Diante deste panorama, o Judiciário acaba realizando as políticas públicas em determinados direitos sociais – *in casu*, a saúde – em detrimento do planejamento governamental e orçamentário. Posto este problema, empiricamente levantou-se o volume de ações requerendo tutela antecipada de medicamentos aos portadores de HIV e as considerações acerca das decisões colegiadas no período de 1997 a 2004 no Estado de São Paulo<sup>63</sup>.

Os resultados são impressionantes: a maioria dos pedidos deduzidos na inicial constavam de medicamentos não incluídos na lista do Ministério da Saúde, o que comprovaria que o Judiciário não estaria efetivando políticas públicas, mas sim as criando, com a respectiva realocação de recursos<sup>64</sup>.

60 Cf. FERREIRA, Camila Duran et al. *Desafios...*, p. 3.

61 *Ibid.*, p. 4.

62 *Ibid.*, p. 6.

63 *Ibid.*, pp. 8 e ss.

64 *Ibid.*, p. 12.

A antecipação da tutela<sup>65</sup>, por sua vez, foi concedida em todos os casos, sendo cassada, por vezes, no Tribunal. Apontou-se, na maioria dos casos, como tese de defesa da Fazenda Pública, a irreversibilidade da decisão<sup>66</sup>.

A partir de então, quanto às decisões do Tribunal de Justiça, pode se extrair o seguinte quadro<sup>67</sup> para sistematizar o concerto jurisdicional propagado:

	Porcentagem das decisões de concessão dos medicamentos	Porcentagem das decisões de não-concessão dos medicamentos
Premissa (1): Somente as políticas públicas poderiam efetivar o direito à saúde.	28,5%	66,7%
Premissa (2): Dimensões do direito à saúde	93% o entendem como direito coletivo, enquanto que 5% o consideraram como individual	53% o entendem como direito coletivo, enquanto que 33% o consideraram como individual
Premissa (3): Critérios econômicos na decisão (escassez de recursos e respeito às previsões orçamentárias)	8,9%	76,2%
Premissa (4): Impactos sociais da decisão, i. e., prejuízos para o todo em virtude da realocação de recursos	4,1%	66,7%

Diante deste panorama, verifica-se que, quando da não concessão, aspectos da macro-justiça são observados, enquanto que, na concessão, o Judiciário atém-se apenas às questões relacionadas à micro-justiça, conforme já salientou BARROSO<sup>68</sup>.

E mais: quando há a concessão, o Judiciário, muitas vezes, ignora a política pública vigente e outros aspectos extraprocessuais, atendo-se às questões meramente endoprocessuais<sup>69</sup>, prejudicando

65 O fundado receio de dano irreparável seria no caso do autor vir a falecer; já quanto à verossimilhança, esta se bastaria na prescrição médica e na necessidade do medicamento (*Ibid.*, p. 13).

66 *Ibid.*, p. 12.

67 De acordo com informações obtidas em *Ibid.*, pp. 12 e ss.

68 *Da falta de efetividade...*, p. 28.

69 Cf. FERREIRA, Camila Duran et al.. *Desafios...*, p. 13, nt. 52.

sobremaneira a atuação do Executivo na alocação das prioridades em matéria de política pública. Noutras vezes, ingere-se nas políticas públicas de forma errônea, obrigando a Administração a ajustar suas disponibilidades financeiras sem considerar o impacto que este ato pode ter em outras searas, inclusive em sede de direitos sociais<sup>70</sup>.

Por sua vez, na não concessão, alguns acórdãos<sup>71</sup> levaram em conta o impacto orçamentário de suas decisões, conscientizando que, tendo em consideração os recursos previstos, o gasto deve ater-se às regras de execução orçamentária.

É salutar ressaltar que a distribuição dos recursos orçamentários, *a priori*, deve-se pautar pela discricionariedade administrativa<sup>72</sup>. Os critérios de conveniência e oportunidade devem ser considerados para que a Administração possa atender a todos, norteadas sempre pelo interesse público. Há necessidade, portanto, de uma "margem de livre apreciação", de acordo com uma óptica administrativa<sup>73</sup>.

### 5.3. A RESERVA DO POSSÍVEL, TRIPARTIÇÃO DE FUNÇÕES E A RESPONSABILIDADE DO JUDICIÁRIO

SARLET<sup>74</sup> explicita uma linha argumentativa contrária ao direito subjetivo a prestações do Estado que se funda na *reserva do possível*<sup>75,76</sup>. O autor menciona a tese do publicista suíço J. P. MÜLLER, cujo núcleo seria a ausência de "capacidade funcio-

70 *Ibid.*, p. 13, nt. 51.

71 *Ibid.*, p. 13, nt. 51 e 54.

72 Cf. PORT, Otávio Henrique Martins. *Os Direitos Sociais e Econômicos e a discricionariedade da Administração Pública*. São Paulo: RCS Editora, 2005, p. 193.

73 *Ibid.*, p. 192.

74 *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 298.

75 Cf. SILVA, Sandoval Alves da. *Direitos sociais: leis orçamentárias como instrumento de implementação*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 182. O autor consigna que o "direito não pode promover a realização senão do que seja econômica e financeiramente possível".

76 *Ibid.*, p. 183. De acordo com a contextualização histórica do autor, o termo *reserva do possível* surge como resposta do Tribunal Constitucional Alemão à tese de universalização de vagas nas universidades, cuja premissa era, primordialmente, a sujeição dos direitos a prestações estatais aos recursos orçamentários.

nal" aos juízes quando decidem acerca de questões de ordem macroeconômica. Ao legislativo restaria a tarefa de decidir sobre os recursos públicos. Logo, seria um problema meramente competencial, visto que quaisquer interferências significariam afronta à separação dos poderes.

Ousamos discordar desta problemática fundada em atribuições institucionais. CONTI<sup>77</sup> ensina que o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) e a adoção de funções atípicas pelos poderes não desnaturam a clássica ideia de repartição de poderes, visto que tal ideário não é absoluto, comportando, deveras, uma *separação de funções*, cujas atividades devem ser harmoniosas entre si.

Não é correto afirmar que a adoção de políticas públicas sociais deva pautar-se na preterição na alocação de verbas em programas mais interessantes politicamente, no caso de escassez financeira estatal<sup>78</sup>. Por vezes, a escolha não é entre construir um viaduto<sup>79</sup> ou fornecer medicamentos às pessoas carentes, mas sim em *maximizar* o atendimento com os recursos disponíveis. Ou, conforme os dizeres de BARROSO, "é o direito à vida e à saúde de uns *versus* o direito à vida e à saúde de outros"<sup>80</sup>.

E, ao contestar judicialmente estas escolhas, no entender de FRANCO<sup>81</sup>, acaba-se "questionando as escolhas do eleitor, levando o resultado das urnas para o 'tapetão' e criando insegurança jurídica". A efetivação dos direitos fundamentais já começa nas eleições, quando os eleitores decidem qual candidato tende a priorizar determinados desideratos sociais de forma mais eficaz. Logo, é a pró-

77 *Autonomia Financeira do Poder Judiciário*. São Paulo: MP Editora, 2006, pp. 24-25.

78 Cf. SEMER, Marcelo. Folha de São Paulo. Garantindo o Exercício dos direitos. Coluna Tendências/Debates: *É positivo que o Estado seja obrigado por decisão judicial a fornecer certos medicamentos?* São Paulo: Folha de São Paulo de 17 de março de 2007.

79 E mesmo a construção de um viaduto pode ser importante para a saúde, ao melhorar o trânsito para eventuais ambulâncias, por exemplo.

80 Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade...*, p. 4.

81 *O Judiciário e a economia*. Coluna "Em foco". Revista Veja de 1º de setembro de 2004, p. 87.

pria população que deveria decidir o rumo das políticas macroeconômicas, na forma da democracia representativa<sup>82</sup>.

Importa, dessarte, em uma mudança do paradigma dos direitos fundamentais em cotejo com a problemática da efetivação: esta dependeria de uma “reserva possível”, *i. e.*, a subordinação às disponibilidades econômicas de cada Estado<sup>83</sup>.

SILVA<sup>84</sup> explicita no tocante aos direitos de segunda dimensão que as “(...) prestações positivas fornecidas pelo Estado devem encontrar limites na riqueza nacional ou na situação econômica de um país, visto que não se deve acreditar na utópica inesgotabilidade dos recursos públicos e, por conseguinte, na viabilidade de atendimento de todas as necessidades sociais e na possibilidade de garantir a total felicidade do povo”.

#### 5.4. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES COM RELAÇÃO ÀS PROPOSTAS APRESENTADAS

A doutrina<sup>85</sup> e a jurisprudência<sup>86</sup> têm insistido na teoria da impossibilidade fática – ou exaustão financeira / reserva do possível – como forma de justificar, por vezes, o não cumprimento das decisões judiciais. O Supremo Tribunal Federal já decidiu que essa alegação só cabe com a combinação do binômio *razoabilidade da pretensão individual e disponibilidade financeira* do Estado<sup>87</sup>.

Entendemos que o princípio da reserva do possível deve ser encarado por outro viés: o econômico-financeiro. A exaustão financeira muitas vezes é vista como tão somente a mera impossibilidade de se cumprir as decisões judiciais por restrições financeiras, o que

denotaria um sentido restritivo à teoria. Afinal, não há tais restrições em um país como o Brasil (talvez no caso do Haiti a reserva do possível possa ser vista nesse sentido). Aqui a questão é outra: há recursos, mas ao mesmo tempo há diversos programas que devem ser atendidos, que operam concorrentemente na busca por recursos: saúde, erradicação da fome, da pobreza, educação, dentre outros.

Quanto à vinculação orçamentária, tem-se que é, de fato, um imperativo constitucional. As diversas disposições constitucionais, tais como os artigos 167 e 169, estabelecem todo o desenho das finanças públicas do ordenamento que deve ser respeitado, sob pena do colapso orçamentário estatal. Ademais, o artigo 198, § 2º estatui recursos mínimos a serem aplicados na área da saúde.

Porém, afirmar-se-ia que, sob a ótica da dignidade da pessoa humana, não há regra orçamentária que se imponha perante a necessidade premente de medicamentos de um determinado indivíduo. Sem dúvidas a dignidade da pessoa humana deve prevalecer: estar-se-ia diante de um direito natural face a meras normas procedimentais de finanças públicas. Entretanto, a aparente dicotomia não se encerra somente neste campo. Deve-se analisar, conforme exposto, que as decisões judiciais – atuando como fatos exógenos – alteram sobremaneira em sede de política orçamentária, olvidando-se da atividade interpretativa que o magistrado deve ter das normas em cotejo com a realidade.

Aqui, a exaustão financeira toma outros aspectos: não há que se falar em impossibilidade material de cumprir as decisões judiciais. Recursos há, no entanto, meticolosamente distribuídos. Não haveria possibilidade de o magistrado, ante o caso concreto, definir se os recursos destinados à publicidade são realmente supérfluos como algumas decisões andaram defendendo. O juízo de importância de determinada dotação orçamentária não caberia ao juiz, alheio aos processos políticos, desprezando a política imposta pelos representantes eleitos do povo.

Caberia, no entanto, quando houvesse a clara omissão ou inércia estatal frente a um iminente dano ao núcleo intangível do

82 *Ibid.*, *loc cit.*

83 Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 474.

84 *Direitos Sociais...*, p. 183.

85 Cf., dentre outros, MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Ordem Judicial...*, pp. 277 e ss; SILVA, Sandoval Alves da. *Direitos sociais...*, pp. 190 e ss.

86 A título de exemplo, STF, IF 1.207-4/SP, Pleno, Rel Min. Marco Aurélio, j. 19.03.2003, DJU 30.05.2003.

87 ADPF 45/DF *cit.*

*mínimo existencial*, a atuação jurisdicional<sup>88</sup>. Nesse caso, far-se-á imprescindível a comprovação da agressão aos direitos de conteúdo *mínimo* que garantam a dignidade da pessoa humana, e, por se tratar de uma violação grave aos pressupostos constitucionais, o Judiciário deve avaliar cuidadosamente o pleito.

A análise mais detida do *case* ajudará a evitar a outra problemática que surge: suponha-se que realmente o Judiciário comece a traçar os limites das políticas públicas como a de medicamentos, determinando a retirada de recursos de um programa (*v.g.*, educação) para a saúde. Como resolver o problema do programa (educação) prejudicado? Retirando recursos de outro programa para suprir a educação?

O raciocínio circular leva ao colapso estatal, e, ao final, prejudicando as fontes geradoras de recursos para a compra destes mesmos remédios objeto de tutela judicial. Frisando-se novamente, recursos financeiros há, só não há possibilidade racional de utilizá-los, pois há todo um encadeamento lógico para a sustentação financeira racional do Estado. Esse encadeamento lógico é o *orçamento público*, que garante que a correlação entre crescimento e investimento se verifique<sup>89</sup>.

Sem orçamento racional não há como sustentar o Estado. Ao ser menosprezado, conforme continuamente se observa nos Tribunais, prejudicam-se outros direitos e a possibilidade de implementá-los. Prioriza-se o atendimento a um direito, mas desprezam-se outros.

88 ADPF 45/DF *cit.* No entender do Ministro Celso de Mello: "É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico –, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado".

89 Cf. MANKIIV, Nicholas Gregory. *Introdução...*, p. 540.

A aplicação da reserva do possível deveria se dar fora do chamado *mínimo vital*, que é garantido positivamente pela Constituição Federal. Como o texto constitucional é analítico e prevê diversos direitos que se pressupõem mínimos, difícil é estabelecer as prioridades, o que dificulta a atividade do legislador orçamentário.

Tudo isto leva à teoria do *cost of rights* de HOLMES e SUNSTEIN, o que nos faz chegar à seguinte conclusão: não há direitos sem recursos; os recursos existentes servem para garantir, pelo menos nos limiares mínimos, os direitos previstos constitucionalmente; a utilização destes recursos deve seguir regras, sob pena de se solapar alguns direitos em detrimento de outros; estas regras devem ser seguidas para não levar o Estado à ruína financeira.

#### CONCLUSÃO: NOSSA PROPOSTA

Diante destes esclarecimentos, propomos uma solução que efetivamente dê resultados fáticos, porquanto a argumentação de que o direito à saúde seja absoluto não nos permite a solução do problema, da mesma forma que a reserva do possível e a escassez orçamentária também têm suas falhas. O que se propõe, portanto, é a atividade parcimoniosa do Judiciário, para não comprometer a dinâmica orçamentária. Como proceder, então, no caso concreto?

O magistrado deve partir da premissa de que os recursos são escassos e que o atendimento a um implicará o prejuízo a outrem (*custo de oportunidade*). Dependendo de seu comportamento, os jogadores (a sociedade) irão reagir de determinada forma para garantir a satisfação dos seus interesses.

Destarte, o juiz, ao receber um pedido de medicamentos, deverá conceder a tutela – se necessária –, no entanto, sob critérios rigorosos. Poder-se-ia levar em conta, primeiramente, a real hipossuficiência do autor e de seus familiares, em virtude do corolário constitucional da proteção mútua familiar. Se for o caso, *e. g.*, de

um indivíduo que não tem recursos para custear seu tratamento, mas seu irmão os tem, o juiz poderia exigir a prestação deste antes de repassá-la à comunidade.

No fracasso desta alternativa, deve o magistrado verificar se é o caso de risco iminente à saúde. Considerando que a necessidade por medicamentos é infinita, enquanto que a aquisição deles pelo Estado não o é, o magistrado deve deixar a cargo da Administração as políticas públicas de distribuição de medicamentos. Logo, defendemos a realização de uma perícia técnica inicial que comprove o risco iminente à saúde do autor-enfermo. Desta feita, afastar-se-ia demandas supérfluas, como as que demandam queijos, fraldas, leite, etc. Para isto, há os programas assistenciais de distribuição de insumos<sup>90</sup>.

Isto importa em mudança do paradigma processual na conjuntura das concessões de medicamentos. Atualmente, o principal meio de satisfação é mediante a antecipação da tutela, nos termos do artigo 273 do CPC. O que poderia ser feito é a antecipação da tutela apenas após a realização desta perícia médica e/ou farmacêutica, a qual, evidentemente, deve ser realizada celere-mente para não comprometer a saúde do indivíduo.

Terceiro passo: o magistrado deve analisar se se trata de um medicamento de alto custo não contido na lista do SUS. Para tanto, deverá socorrer-se também a uma perícia médica ou farmacêutica para determinar se tal medicamento – ainda que não liberado pela ANVISA e contido na lista do Ministério da Saúde – é realmente imprescindível para a subsistência da vida (digna) do autor-enfermo. Vale dizer, se os medicamentos genéricos ou similares existentes no mercado possuem um resultado aproximado aos de alto custo de forma que garantam o “estado de

90 Cumpre pôr em relevo que achamos a concessão destes produtos ou insumos um absurdo ao se levar em consideração a atual dinâmica orçamentária na saúde, que fica prejudicada em cotejo com estas concessões – a rigor, de insumos supérfluos – quando se tem um contexto de imensa demanda por medicamentos necessários à subsistência do indivíduo.

completo bem-estar físico, mental e social, e não somente a ausência de doenças<sup>91</sup> do indivíduo.

Após, deve o magistrado inquirir-se sobre as consequências macroeconômicas do pedido. Se for o caso de conceder, dever-se-á condicionar a concessão a avaliações médicas periódicas que possam determinar o momento em que a medida possa ser substituída por outro tratamento equivalente.

Decisões que retiram recursos de um programa para alocar na saúde devem ser prontamente rechaçadas. É que o magistrado, atendo-se ao caso concreto, pode olvidar-se de que a distribuição e alocação de recursos nos diversos programas são caudatárias de uma nação desenvolvimentista e permeada pela segurança jurídica e financeira. Não é factível a alocação de todos os recursos públicos na saúde, ou na educação, ou na segurança pública. Cada um tem sua função primordial<sup>92</sup> para garantir o pleno desenvolvimento nacional, inclusive o desenvolvimento recíproco dos programas.

O magistrado deve sempre fazer a inteligência destes fatores econômicos em suas decisões, sob pena de se determinar a retirada indevida do recurso de um programa para cobrir outro em seu problema pontual. Tal fato deve ser repudiado pelo ordenamento, pois imprime situações de extrema insegurança jurídica à Administração. O planejamento orçamentário deve cumprir com seu escopo de previsibilidade mínima<sup>93</sup>, sob pena de se tornar peça inútil.

91 Conceito de *saúde* para a Organização Mundial de Saúde, na *Constitution of the World Health Organization*, p. 2. Disponível em: <[http://whqlibdoc.who.int/hist/official\\_records/constitution.pdf](http://whqlibdoc.who.int/hist/official_records/constitution.pdf)>. Acesso em 17 jun. 2008.

92 Até mesmo a publicidade tem a sua utilidade, como campanhas de combate à dengue, por exemplo. Ou então uma publicidade institucional que comunica aos munícipes a construção de uma Unidade Básica de Saúde em determinado local da periferia.

93 O planejamento serve para dar segurança às atividades humanas. Se uma família planeja guardar dinheiro em uma caderneta de poupança para a compra de uma casa, não pode, e.g., retirar estes valores tendo em vista alguma circunstância superveniente, como a compra de um carro novo em virtude do perecimento do antigo. Dois basilares motivos impedem tal escolha: o primeiro porque a prática reiterada destes desvios de planejamento desestimula novos planejamentos, privilegiando o imediatismo, não satisfazendo as necessidades realmente

Para tanto, a Economia elegeu como princípio primordial o *custo de oportunidade* das escolhas, cuja relevância é primordial na atividade dos magistrados. Ademais, o Judiciário deve acautelar-se com suas ações, visto que atuam efetivamente como *players*, influenciando políticas públicas e as ações dos indivíduos na sociedade, conforme foi trabalhado nesta obra.

Outrossim, o magistrado deve verificar se a concessão da tutela não implica a violação ao princípio da igualdade no acesso à saúde. Considerando que apenas determinada parcela da população detém o conhecimento pleno de seus direitos e a possibilidade de exigí-los no Poder Judiciário, como ficariam os demais que se encontram na mesma situação do pleiteante, contudo, sem a assessoria jurídica devida?

Por fim, defendemos a existência de um maior diálogo entre as esferas de Poder. O Judiciário atualmente concede as tutelas de forma indiscriminada, mormente em virtude do pleno desconhecimento da dinâmica orçamentária e do planejamento estatal que a envolve. De outra sorte, o Executivo atua sem, por vezes, analisar as especificidades do caso concreto – que, muitas vezes, demanda medidas excepcionais e urgentes por parte do poder público.

Talvez uma comunicação mais efetiva entre as esferas de Poder evitaria medidas drásticas pelo Judiciário, tais como a expedição de mandado de prisão ao Secretário de Saúde e outros responsáveis pelo descumprimento das ordens judiciais ou então o pedido de intervenção no Estado ou Município. Por outro lado, a atuação mais seletiva do Judiciário implicaria maior respeito ao cumprimento das decisões judiciais pelo Executivo, pois haveria a confiança de que a tutela proferida é realmente a medida última a garantir a boa saúde do indivíduo.

---

primordiais; o segundo porque decisões despidas de planejamento nem sempre analisam todas as consequências oriundas destes atos (ou seja, ficar sem uma casa própria e com um carro b é uma escolha ruim vista em longo prazo).

## BIBLIOGRAFIA

- AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2002.
- AUBERT, Jean-luc. *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*. 7ª ed. Paris: Armand Colin, 1998.
- BARATA, Luiz Roberto Barradas. Regulamentar é o melhor caminho. *Coluna Tendências/Debates: É positivo que o Estado seja obrigado por decisão judicial a fornecer certos medicamentos?* São Paulo: Folha de São Paulo, 17 de março de 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>>. Acesso em 10 jun. 2008.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. (org.). *Políticas Públicas*. Reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BURGER, Adriana Fagundes. *Seminário Medicamentos: Políticas Públicas e Judicialização*. Disponível em: <[http://www.ajuris.org.br/sem\\_med/docs/Dra\\_Adriana\\_Fagundes\\_Burger\\_%20DOC.pdf](http://www.ajuris.org.br/sem_med/docs/Dra_Adriana_Fagundes_Burger_%20DOC.pdf)>. Acesso em: 10 jun. 2008.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- CONTI, José Mauricio. *A Autonomia Financeira do Poder Judiciário*. São Paulo: MP Editora, 2006.
- FERREIRA, Camila Duran *et al.* *Desafios das Políticas Sociais no Brasil: O Judiciário e as Políticas Públicas de Saúde no Brasil: O caso AIDS*. Prêmio IPEA 40 Anos – IPEA-CAIXA 2004. Disponível em: <<http://getinternet.ipea.gov.br/SobreIpea/40anos/estudantes/monografiacamila.doc>>. Acesso em: 10 jun. 2008.

- FRANCO, Gustavo. O Judiciário e a economia. Coluna "Em foco". Revista *Veja* de 1º de setembro de 2004, p. 87.
- HAM, Chris, Tragic choices in health care: lessons from the Child B case. *BMJ* 1999; 319; 1259. Disponível em: <<http://bmj.bmjournals.com/cgi/content/full/321/7253/105>>. Acesso em: 10 jun. 2008
- HOLMES, Stephen, e SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 1999.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MANKIW, Nicholas Gregory. *Introdução à Economia: princípios de micro e macroeconomia*. Tradução da 2ª ed. por Maria José Cyhlar Monteiro. 19ª tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Ordem Judicial de Pagamento – Ausência de Recursos Orçamentários – Teoria de Impossibilidade Material*. BDA: Boletim de Direito Administrativo. São Paulo. v. 9. n. 5. 1993, p. 277-90. maio. 1993.
- PORT, Otávio Henrique Martins. *Os Direitos Sociais e Econômicos e a discricionariedade da Administração Pública*. São Paulo: RCS Editora, 2005.
- RICHARDSON, Jeff; McKIE, John. *The Rule of Rescue*. Centre for Health Program Evaluation. Disponível em: <<http://www.buseco.monash.edu.au/centres/che/pubs/wp112.pdf>>.
- RODRIGUEZ, Eduardo Andres Ferreira. Débitos judiciais no orçamento público: algumas considerações. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília. v. 41. n. 163. p. 391-401. jul./set. 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- SEMER, Marcelo. *Folha de São Paulo*. Garantindo o Exercício dos direitos. Coluna Tendências/Debates: É positivo que o Estado seja obrigado por decisão judicial a fornecer certos

medicamentos? São Paulo: Folha de São Paulo de 17 de março de 2007.

- SILVA, Francisco Viegas Neves. *Considerações sobre a Judicialização do Acesso à Saúde*. Monografia submetida à Comissão Julgadora do Prêmio Ajuris – Direitos Humanos. Pelotas: 2005. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/dhumanos/mhonrosa5.doc>>. Acesso em: 10 jun. 2008.
- SILVA, Sandoval Alves da. *Direitos sociais*. Leis orçamentárias como instrumento de implementação. Curitiba: Juruá, 2007.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Constitution of the World Health Organization*. Disponível em: <[http://whqlibdoc.who.int/hist/official\\_records/constitution.pdf](http://whqlibdoc.who.int/hist/official_records/constitution.pdf)>. Acesso em 17 jun. 2008.