

OS IMPACTOS DA JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE PARA O ORÇAMENTO PÚBLICO E PARA A SOCIEDADE

Mauro Luís Silva de Souza*
Rafaella Basquerote Blauth**

Resumo: O artigo debate e busca indicar os impactos que a judicialização do Direito à Saúde produz no orçamento público brasileiro e na sociedade, apontando se são eles positivos ou negativos. Para atingir estes escopos, foi utilizado o método dedutivo; partindo-se da premissa maior de que existem efeitos gerados pela judicialização do Direito à Saúde no Brasil e da premissa menor de que a concessão exacerbada de pretensões individuais afeta as contas públicas, surge a hipótese de que os efeitos são negativos. O procedimento utilizado foi o de revisão bibliográfica, de livros e artigos sobre o tema, bem como o documental, em que se comparam julgados dos tribunais nacionais. Finalmente, a abordagem do presente estudo é qualitativa, já que visa entender os fenômenos através da sua explicação e motivos; sua natureza é básica, pois tenciona gerar conhecimentos para a comunidade jurídica.

Palavras-chave: Judicialização. Direito à saúde. Orçamento público. Coletividade. Impactos.

* Doutor em Direito (Direitos Sociais e Políticas Públicas) Universidade de Santa Cruz do Sul. Bacharel em Direito pela Universidade de Passo Fundo (1986), especializado em direito público pela Universidade Luterana do Brasil (1996) e em direito sanitário pela Universidade de Brasília (2003), mestrado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2004). Promotor de Justiça do Ministério Público do Rio Grande do Sul, atuando principalmente nos seguintes temas: direitos humanos e saúde pública. Diretor e professor da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul – FMP nas disciplinas de Direito Sanitário, Introdução ao Estudo do Direito, Hermenêutica e Desafios Jurídicos. *E-mail:* mauroluiss@gmail.com

** Bacharelanda em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul – FMP. *E-mail:* rafaellablauth@gmail.com

Sumário: 1. Introdução. 2. Judicialização e orçamento público: normas orçamentárias como normas que deveriam limitar a atuação judicial. 2.1. O fenômeno da judicialização. 2.2. Função limitadora do poder judiciário das leis orçamentárias. 3. Limitação de recursos, escolhas trágicas e intervenção judicial. 3.1. Escassez de recursos e custos dos direitos. 3.2. Reserva do possível e mínimo existencial. 3.3. Escolhas trágicas. 4. Atuação judicial alheia à previsão de despesas. 5. Considerações finais. Referências.

THE IMPACTS OF JUDICIALIZATION OF THE RIGHT TO HEALTH FOR THE PUBLIC BUDGET AND FOR THE SOCIETY

Abstract: This research has as its central theme the discussion about the impact of judicialization of the Right to Health for the Brazilian public budget and, therefore, for all the population. It is also intended to discover whether these effects are positive or negative. To achieve these scopes, the deductive method was used: starting from the major premise that there are effects generated by the judicialization of the right to health in Brazil and the minor premise that the exacerbated concession of individual claims affects the public budget, arises the hypothesis of the research that the effects are negative. The procedure used to reach this conclusion was the bibliographic, due to the use of books and scientific articles, as well as the documentary procedure. Finally, the approach of the present work is qualitative, as it aims to understand the phenomena through its explanation and reasons and its nature is basic, since it intends to generate knowledge for the advancement of the legal community.

Keywords: Judicialization. Right to health. Public budget. Public. Impacts.

Summary: 1. Introduction. 2. Judicialization and Public Budget: Budgetary Laws as Laws that Should Limit the Judicial Action. 2.1. The Phenomenon of Judicialization. 2.2. Limiting Function of the Judiciary Power of Budgetary Laws. 3. Resource Limitation, Tragic Choices and Judiciary Intervention. 3.1. Scarcity of Resources and Cost of Rights. 3.2. Reserve for Contingencies and Existential Minimum. 3.3. Tragic Choices. 4. Judicial Action Strange to the Forecast of Expenses. 5. Final considerations. References.

1 Introdução

O presente trabalho estuda os impactos da judicialização do Direito à Saúde no Brasil para o orçamento público e para a sociedade. Logo, é necessário observar que o Direito à Saúde é previsto na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 6º, ou seja, no rol dos direitos sociais dentro do título de direitos e garantias fundamentais e que este possui aplicabilidade imediata, conforme estipulado no artigo 5º, §1º, também da Carta Maior.

Tendo este fato em vista, muitos julgadores se valem dessa premissa da aplicabilidade imediata do Direito à Saúde como justificativa para deferir exacerbadamente as demandas individuais ajuizadas pelos cidadãos que, por sua vez, esperam sempre ter suas pretensões atendidas. Nota-se, neste cenário, que a via eleita pelo cidadão, na grande maioria das vezes, é a judicial.

Este fenômeno da judicialização, contudo, gera impactos para o orçamento público e, conseqüentemente, para a própria sociedade. Isso porque o orçamento é a ferramenta que faz com que seja possível a execução das políticas públicas que garantem o Direito à Saúde, conforme previsto no artigo 196 da Constituição Federal de 1988. Por isso, torna-se indispensável a análise dos impactos gerados pela judicialização do direito à saúde para o orçamento público.

Desse modo, o problema de pesquisa aqui enfrentado consiste em saber se estes impactos são positivos ou negativos. Ademais, indaga-se como isso pode, por conseguinte, afetar toda a população para gerar reflexões nos operadores do Direito e, possivelmente, motivar mudanças na maneira como a comunidade jurídica lida com o tema.

Para isto, o trabalho se divide em três momentos: no primeiro tópico, objetiva-se explicar o fenômeno da judicialização e apontar como as normas orçamentárias deveriam limitar a atuação judicial, evidenciando a relação entre ambos os assuntos; em um segundo momento, a pesquisa pretende explicar dois fatores de suma importância no momento da formulação do orçamento, isto é, as escolhas trágicas e a limitação dos recursos; na terceira etapa indica-se de que forma as decisões judiciais atuam de modo alheio às normas orçamentárias e os efeitos dessa postura por parte dos julgadores para o orçamento público e para a sociedade.

2 Judicialização e orçamento público: normas orçamentárias como normas que deveriam limitar a atuação judicial

2.1 O fenômeno da judicialização

A Judicialização é um fenômeno que possui causas diversas. Algumas delas, inclusive, demonstram tendências mundiais, como observado por Klatt (2015) e Dantas e Dantas (2020). Em muitos países ocidentais, constata-se, desde o final da Segunda Guerra Mundial, um avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária realizada pelos poderes legislativo e executivo democraticamente eleitos. A tendência judicializante é comum nas sociedades atuais e um traço típico das democracias de massa (FONSECA, 2018; COUTO, 2018).

No Brasil, algumas das causas da judicialização estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro e são estas que o presente tópico pretende descrever (BARROSO, 2009).

Observa-se que não há consenso entre os estudiosos a respeito da conceitualização do fenômeno da judicialização. Os juristas utilizam este termo para referirem-se à obrigação legal de apreciação judicial. Contudo, a expressão pode possuir um sentido de processo social e político quando é utilizada para referir-se à expansão do âmbito de atuação do sistema judicial e do aumento do número de processos nos tribunais brasileiros. Para fins desta pesquisa, será utilizado o segundo conceito (DANTAS; DANTAS, 2020).

BARROSO (2009) define a judicialização como episódios em que órgãos do Poder Judiciário decidem questões de larga repercussão política ou social que deveriam ser decididas pelas instâncias políticas tradicionais, como o Congresso Nacional e/ou o Poder Executivo. Assim, “[...] a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.”

A transferência de poder citada por Barroso (2009), na realidade, nada mais é do que uma interferência inadequada do Poder Judiciário no campo de atuação dos demais poderes e ocorre quando o judiciário interpreta e aplica direitos constitucionais de modo a assumir o controle do sistema político, consequentemente, excluindo os segmentos democraticamente eleitos que deveriam ser responsáveis por esse controle. Há usurpação judicial do poder político (KLATT, 2015).

Mais recentemente, Barroso (2018) conceitua que a judicialização ocorre com a mera possibilidade de levar conflitos para serem apreciados pelo judiciário, visto que o país experimenta, nos últimos anos, uma explosão de ações judiciais que faz com que o Judiciário tenha que resolver questões de larga importância, afetando os mais diversos âmbitos da cidadania. Em verdade o que ocorre é que o debate político da arena pública é transferido para o judiciário, que o aceita, mesmo sem ter expertise técnica e poder político para fazê-lo.

Ao contrário do que se observa no fenômeno da judicialização (SOUZA, 2020), a concretização dos direitos deve ser construída politicamente pelo poder executivo e legislativo através dos representantes democraticamente eleitos pela população. Desta maneira, o controle judicial justifica-se nos casos em que a prática administrativa desvia seu conteúdo do preconizado constitucionalmente (LEITE, 2011).

No contexto da concretização do direito fundamental à saúde, isso significa dizer que o judiciário tem o dever de sanar a inércia do legislador e/ou administrador, determinando a prática dos atos necessários para a produção das políticas públicas indicadas pelo legislador em 1988, no artigo 196 da Constituição. O julgador precisa conhecer a legislação infraconstitucional e regulamentadora do Direito à Saúde e do Sistema Único de Saúde (SUS) e apenas in-

tervir nos casos em que as políticas públicas estabelecidas não estão de acordo com essa legislação para indicar ao executivo e ao legislativo qual caminho deve ser seguido ou que adequações realizar (LEITE, 2011; SOUZA, 2020).

Portanto, verifica-se que o judiciário, através da judicialização, acaba violando a própria fundamentalidade dos direitos fundamentais ao não considerar a decisão democrática e constitucionalmente tomada pela coletividade (BITENCOURT, 2013; NOVAIS, 2012).

Importante destacar que não se contesta a possibilidade de jurisdição constitucional, pois, se bem exercida, ela é uma garantia para a democracia e não um risco. Entretanto, é necessário observar que há parâmetros jurídicos para esse controle (SOUZA, 2020; LEITE, 2011).

Barroso (2009) indica alguns desses parâmetros: (i) o juiz não deve agir por vontade política própria, apenas deve agir de acordo com a Constituição e as leis; (ii) o julgador deve respeitar a presunção de validade das leis, sendo deferente para com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador; (iii) embora não tenha sido eleito, o magistrado exerce um poder representativo que emana do povo e que deve ser exercido em seu nome, por este motivo, sua atuação tem que estar em sintonia com o sentimento social, isto é, com a moralidade da nação, mesmo que esta seja oposta às convicções pessoais do julgador. Deste modo, cabe à lei, votada pelo parlamento e sancionada pelo Presidente da República, fazer as escolhas entre as diferentes alternativas que caracterizam as sociedades pluralistas, devendo o julgador observar se os valores e fins constitucionais foram atendidos (BARROSO, 2009).

Em uma análise mais histórica da judicialização no Brasil, a Constituição de 1988 é um marco na mudança da atuação judicial; ela foi a responsável por gerar duas significativas mudanças: ampliar o catálogo de direitos dos cidadãos e estabelecer o dever de cumprir de modo imediato o texto constitucional (TASSINARI, 2012).

Isso ocorreu, pois, o legislador buscou criar a Constituição como norma de plena eficácia e não mais como repositório de promessas vagas, de nítido cunho político e sem aplicabilidade imediata, como era no período autoritário. Assim, estabeleceu-se um Estado Democrático e Social de Direito, no qual o Judiciário, declarado como guardião da Constituição, viu-se no dever de efetivar todos os direitos previstos na Carta Magna na maior medida do possível (BARROSO, 2009; LEITE, 2011).

As normas passaram a possuir aplicabilidade direta e imediata por juízes e tribunais, deixando de ser apenas integrantes de um documento somente público. Nesse ambiente, os direitos fundamentais transformaram-se em direitos subjetivos em sentido pleno, podendo o cidadão acionar o judiciário para obter

a sua realização. Logo, houve um fortalecimento e expansão do campo de atuação do julgador, uma vez que, em caso de divergência na interpretação das normas constitucionais ou legais, quem dá a palavra final é ele (BARROSO, 2012; BARROSO, 2009).

Nesse cenário, o legislador constituinte, ao perceber o risco de ocorrer a judicialização, estabeleceu no artigo 197 da Constituição Federal que o Direito à Saúde tem que ser regulamentado por leis. Razão pela qual as Leis 8.080/90 e 8.142/90 foram formuladas. Ademais, o legislador estabeleceu as normas orçamentárias como normas limitadoras do poder judiciário (LEITE, 2011). O que vai exatamente na linha da dogmática dos direitos sociais (NOVAIS, 2012), que não geram pretensão contra o Estado, e, por conseguinte, contra a sociedade, diretamente da Constituição, devendo ter a integração das normas infraconstitucionais que lhes especificarão e delimitarão o conteúdo, colocando as prioridades de atendimento nos planos de saúde e nos planos orçamentários plurianuais, leis de diretrizes orçamentárias, e lei orçamentária anual, como também previsto constitucionalmente.

2.2 Função limitadora do poder judiciário das leis orçamentárias

O orçamento público pode ser definido como o processo em que se elaboram, aprovam, executam e avaliam os planos e programas de obras, serviços e encargos governamentais, com estimativa da receita e fixação das despesas de cada exercício financeiro. Frisa-se que, em 1988, a Constituição Federal brasileira passou a conceber o orçamento como uma ferramenta de planejamento e controle governamental sobre os recursos públicos e não mais como apenas um objeto de mera contabilização (BÜHLER, 2017).

Esse planejamento orçamentário e financeiro deve ser realizado através de três leis orçamentárias de iniciativa exclusiva do chefe do Executivo, conforme estipula o artigo 165 da Constituição: (i) a Lei do Plano Plurianual, (ii) a Lei de Diretrizes Orçamentárias e (iii) a Lei Orçamentária Anual. A Lei do Plano Plurianual (PPA) determina as diretrizes e metas, de forma regionalizada, da Administração para as despesas de capital e as dela decorrentes, bem como as relativas aos programas de duração continuada, podendo ser considerada a principal ferramenta para o planejamento de médio e longo prazo, pois orienta e permite a elaboração dos demais planos e programas do poder público (BRUNO, 2007; MEIRELLES, 2008).

A Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), por sua vez, prevê as prioridades da Administração, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orienta a elaboração da Lei Orçamentária Anual (LOA)

e dispõe sobre as alterações na legislação tributária local. Por fim, a Lei Orçamentária Anual estima receitas e fixa as despesas para um exercício financeiro, permitindo a avaliação de recursos públicos no âmbito dos contribuintes e quem são os beneficiários desses recursos (BRUNO, 2007; MEIRELLES, 2008; GONTIJO, 2004).

Nesta linha, a maior inovação da Constituição de 1988 foi a instituição da LDO, pois, conforme explica Gontijo (2004, p. 1): “[...] a LDO ao identificar no PPA as ações que receberão prioridade no exercício seguinte torna-se o elo entre o PPA, que funciona como um plano de médio-prazo do governo, e a LOA, que é o instrumento que viabiliza a execução do plano de trabalho do exercício a que se refere.” Isto é, a Lei de Diretrizes Orçamentárias instrumentalizou um vínculo entre o plano de governo e o orçamento anual visando tornar mais efetiva a concretização orçamentária (BÜHLER, 2017). Ora, estamos falando de um direito social de igualdade, o direito à saúde, que se realiza por políticas públicas que devem ser validadas pelo controle social (CF 1988, art. 198, inc. III, Lei 8142/90), e que dependem de intenso planejamento para que se elejam as prioridades, se otimizem os recursos (sempre escassos) e se garanta a máxima efetividade da ação pública de saúde. Logo, o que vai para o plano de saúde e para o orçamento público de saúde deve ser respeitado por todos.

Tendo em vista o exposto, a Constituição Federal de 1988 atribuiu ao orçamento outras funções além da administrativa, dentre elas, a função de limitar o poder judiciário, como mencionado anteriormente. No caso do Direito à Saúde, essa função limitadora fica evidente ao analisar o fato de que a Carta Maior de 1988 exige em seu artigo 196 a realização do direito fundamental à saúde necessariamente através de políticas públicas, sendo um direito de todos e um dever do Estado, cuja previsão deve constar no orçamento público constitucional (LEITE, 2011; BÜHLER, 2017).

Ressalta-se que o Direito à Saúde está previsto como um direito social no artigo 6º da Constituição de 1988. Dessarte, embora não constitua direito subjetivo da mesma maneira que as liberdades individuais, ele outorga créditos ao indivíduo contra o poder público que se realizam de maneira coletiva através de políticas públicas, pois constituem a opção por uma prestação estatal que efetivamente pode ser disponibilizada ao coletivo e ao indivíduo (PIVETTA, 2013; LAFER, 1991).

Observa-se, todavia, que existe uma interdependência entre os direitos sociais e individuais, uma vez que os primeiros são condição para o gozo dos segundos. Não levar em consideração este fato e tratar o Direito à Saúde como se fosse um direito individual pode produzir a exclusão de todos os demais, como se verá adiante (BITENCOURT, 2013; FLEURY, 1997).

Verifica-se, portanto, que a Constituição intenta a realização de modo coletivo do Direito à Saúde. Isso ocorre, pois é a coletividade que estabelece as prioridades que devem ser atendidas em matéria de saúde por meio do Estado e das instâncias de participação social. Ademais, a determinação de que o Direito à Saúde será realizado através de políticas públicas presente nos artigos 196, 197 e 198 da Constituição Federal, bem como no artigo 36 da Lei 8.080/90, demonstra uma preocupação em proteger os mais fracos e mais pobres que não possuem recursos próprios para viver dignamente, já que é na coletividade que os mais necessitados são percebidos e atendidos (SOUZA, 2020; LAFER, 1991; COMPARATO, 1999; PIVETTA, 2013).

Assim, a previsão orçamentária é um requisito restritivo constitucional imposto a todos os poderes políticos, inclusive ao judiciário. Desse modo, sem ela, nenhuma política pública poderia ser implementada, nem mesmo as relativas ao Direito à Saúde (BÜHLER, 2017; LOPES, 1994).

3 Limitação de recursos, escolhas trágicas e intervenção judicial

De acordo com Leite (2011), dentre os mais diversos fatores que influenciam na formulação do orçamento público, há dois que mais merecem destaque: a limitação dos recursos e a inevitabilidade das escolhas trágicas. Afirma o autor que é por causa desses fatores que o legislador pré-orçamentário criou determinadas proteções em todos os orçamentos para salvaguardar os valores de maior proteção constitucional. Tendo em vista a importância destes temas, o presente tópico objetiva descrever ambos para que se tenha uma melhor compreensão dos seus efeitos na elaboração do orçamento brasileiro.

3.1 Escassez de recursos e custos dos direitos

De acordo com Klatt (2015) toda medida protetiva implica custos. Heinen (2009) afirma que todos os direitos, mesmo os negativos, causam despesas. Isso porque, não só a implementação, mas também a manutenção agrega um gasto para os cofres públicos. Para o autor, este fato permite concluir que todos os direitos, mesmo os de defesa, possuem um caráter prestacional.

Partindo desta premissa é possível concluir que todo direito possui custos. Dessa forma, é evidente que a questão financeiro-econômica deve ser objeto de exame no momento de atribuição de direitos, uma vez que os direitos somente podem ser prestados caso haja dinheiro suficiente para tal (SABINO, 2014; SUNSTEIN; HOLMES, 1999).

Tendo em vista a importância da questão financeira para a efetividade dos direitos previstos na Carta Magna, o legislador constituinte criou o orçamento público, onde são tratados dois aspectos da alocação orçamentária: a macro e micro alocação. A macro alocação é referente às decisões sobre a quantidade de recursos a serem repassados para cada unidade orçamentária e apenas esse planejamento é capaz de estimar os melhores meios para satisfazer os direitos de maneira coletiva. A micro alocação trata das alocações específicas, isto é, quais instituições ou tipos de serviços serão contemplados pelo dinheiro público fornecido. Destaca-se que não há análise individual em ambos os aspectos (LEITE, 2011).

Sem esse planejamento das políticas públicas haveria um caos completo dos serviços ofertados pelo Estado à população: cada indivíduo apenas requeria as medidas que lhe fossem pertinentes, sem se interessar nos reflexos que isso geraria aos demais cidadãos. Assim, ocorreria um desarranjo total dos cofres públicos, o que impactaria a coletividade, uma vez que o dinheiro público não é infinito (LEITE, 2011; SUNSTEIN; HOLMES, 1999).

A escassez de recursos é uma realidade que não pode ser negada, inclusive na área da saúde. Todos os dias são observados avanços na medicina e na tecnologia mundial que tornam possível a manutenção da vida e o crescimento vegetativo da população mundial. Contudo, esses avanços também aumentam os custos desses serviços e elevam as despesas públicas nesse setor (BIANCA, 2015).

A própria Organização Mundial da Saúde (OMS) reconheceu em seu Relatório mundial da saúde 2010: financiamento dos sistemas de saúde – o caminho para a Cobertura Universal 2010 que “nenhum país, independentemente do grau de riqueza, foi capaz de assegurar que toda a gente tenha acesso imediato a todas as tecnologias e intervenções que podem melhorar a sua saúde ou prolongar a sua vida.” (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2010, p. 11).

De fato, a limitação dos recursos impede que todas as demandas sejam atendidas. Todavia, isso não significa dizer que a concessão de saúde pelo Estado seja apenas uma promessa utópica. Na realidade, isso apenas significa que devem ser utilizados mecanismos para fazer a melhor saúde chegar ao maior número possível de pessoas. Não pode o poder público utilizar a impossibilidade fática de se atender a todos os cidadãos nos mesmos moldes como meio de se isentar do dever de dispensar atendimento universal e igualitário, preventivo e curativo, como prevê a Constituição Federal (SABINO, 2014).

Cabe ressaltar que a escassez pode ser classificada em: relativa ou ficta e absoluta ou real. A escassez relativa ocorre quando há concorrência de diversas contas para a mesma receita. As limitações impostas pelas leis orçamentárias podem ser enquadradas nessa espécie. Já a escassez absoluta ocorre quando

há ausência total de recursos em razão, justamente, da limitação dos recursos. Este trabalho trata da escassez relativa, jamais absoluta. A arrecadação tributária no Brasil é bastante significativa, não se está a tratar de um Estado sem qualquer recurso financeiro (SABINO, 2014; PIVETTA, 2013).

Ferraz e Viera (2008) ao analisarem o tema da escassez de recursos trazem a alegoria do “Cobertor Curto”. Seguindo a hipótese formulada pelos autores, os recursos públicos seriam como um cobertor curto tentando proteger uma família composta por um casal e dois filhos do frio: o cobertor é precisamente justo para livrar os quatro do frio, contudo, não é grande o suficiente para cobrir nenhum deles de maneira confortável. Dessa forma, se algum deles se sentir tentado a puxar o cobertor para se aconchegar mais, certamente os outros integrantes da família, ou ao menos um deles, ficará descoberto em parte ou, até mesmo, totalmente. Além disso, os outros três não terão a mesma vantagem. Em suma, sendo o orçamento escasso, a proteção de alguns gera a desproteção de outros (FERRAZ; VIEIRA, 2008).

Trazendo esta alegoria para o tema da judicialização do Direito à Saúde, deslocar quantias significativas para o atendimento de demandas individuais que não constam nos planos de saúde, significa deixar outras pessoas à mercê de doenças conhecidas e tratáveis que poderiam ser evitadas e que já receberam rubrica orçamentária após extenso estudo e debate. O que está em jogo neste cenário é a demanda à saúde de uns versus a demanda à saúde de outros. É neste ponto que as decisões judiciais equivocadas podem interferir negativamente na gestão da saúde pública (SOUZA, 2020; BARROSO, 2009).

Nesse contexto, quanto maior o planejamento da disposição dos recursos, mais eficaz será o orçamento, deixando menos pessoas “descobertas”. O judiciário, todavia, ao tratar a saúde como direito subjetivo individual acaba gerando gastos imprevistos e cria uma ilusão de que os juízes estão ampliando o acesso à saúde quando, na verdade, o que ocorre é o oposto (FERRAZ; VIEIRA, 2008).

Verifica-se, então, um paradoxo: a concessão de determinado benefício pode gerar a negação dessa mesma prestação a outro cidadão. Nestes casos, a função dos magistrados deve ser de garantir que a alocação de recursos permaneça compatível com os direitos previstos na Carta Magna e nas leis que a regulamentam. Por esta razão, o âmbito de proteção deve ser definido levando em conta a densidade normativa já existente, pois esta oferece padrões satisfatórios para a definição, no caso concreto, da justificabilidade da medida postulada judicialmente, bem como considera interesses colidentes, como a disponibilidade de recursos financeiros e os direitos de terceiros (PIVETTA, 2013; KLATT, 2015).

Pode-se argumentar que a escassez é anterior à judicialização do Direito à Saúde. Afinal, a origem da busca judicial pela tutela desses direitos passa pela escassez: sendo os recursos limitados, algumas pretensões dos cidadãos não serão atendidas, o que o leva a procurar o judiciário como meio de garanti-las. Entretanto, é necessário observar que a limitação orçamentária apesar de ser justificativa para a intervenção judicial, também é um problema, pois reforça-se, gera um desajuste nas contas públicas ao consumir recursos consideráveis e, conseqüentemente, cria dificuldades para a aquisição das terapias e medicamentos previstos nas políticas públicas, desequilibrando a distribuição e promoção igualitária do Direito à Saúde. Portanto, a escassez indica que se o judiciário continuar não considerando o orçamento nas decisões que profere, como se verá no tópico 4, o prejuízo para o erário e para a própria sociedade será inevitável (SABINO, 2014; HEINEN, 2009).

3.2 Reserva do possível e mínimo existencial

A expressão “reserva do possível” teve origem na Alemanha, em julgamento ocorrido em 1972, quando o Tribunal Constitucional Federal Alemão entendeu que os direitos sociais de participação em benefício estatais “se encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade” (SCHWABE, 2005). Nesse contexto, a tese da reserva do possível surgiu para limitar as pretensões dos indivíduos em se tratando de direitos sociais de participação em benefícios estatais, uma vez que nem todos os pleitos são razoáveis. Deve haver um critério de proporcionalidade no momento de concessão do que é pretendido pelas partes (FALSARELLA, 2012).

Com o passar dos anos a ideia de reserva do possível passou a ser associada majoritariamente à alegação de insuficiência de recursos, isto é, a escassez tratada anteriormente. A expressão lembra que há um limite de possibilidades materiais para os direitos fundamentais (FALSARELLA, 2012; BARCELLOS, 2011).

Não é demais observar também que a reserva do possível pode ser tanto fática quanto jurídica. A respeito, Barcellos (2011) explica que a reserva do possível fática está ligada à existência ou não de recursos, enquanto a jurídica trata da existência de previsão orçamentária para a despesa.

A reserva do possível, portanto, passou a configurar tanto a possibilidade quanto o poder de disposição dos recursos por parte do Estado, o que indica que a realização de direitos sociais exige escolhas políticas, já que os recursos

disponíveis não são infinitos e o cobertor é curto. Assim, ela é um elemento que deve ser considerado no momento de tomada de decisão judicial, principalmente quando estiver em causa um dever de atuação positiva do Estado para concretização do Direito à Saúde (SARLET, 2001; PIVETTA, 2013).

Tendo em vista o exposto, a reserva do possível é considerada uma cláusula de restrição pela doutrina, dado que limita o atendimento ao pleito. Entretanto, essa restrição não deve ser compreendida como um obstáculo intransponível para a realização de prestações por parte do Estado e nem deve ser utilizada como mero argumento para impedir a intervenção judicial. A reserva do possível deve ser compreendida como um fator que direciona a forma como os recursos são alocados para que se cumpram satisfatoriamente as finalidades estipuladas no orçamento pelo Estado (ALEXY, 2011; PIVETTA, 2013).

Na prática, como verificou Alencastro (2014), o Estado utiliza essa tese como principal argumento de defesa; os pontos mais levantados pelo poder público são: (i) que não é possível executar ordens judiciais que determinam a atuação positiva do Estado, como no caso de fornecimento de medicamentos, sem prejudicar o andamento da máquina pública e (ii) que é impossível fornecer os mesmos medicamentos de alto custo para todos que necessitam.

A propósito, o STF decidiu no julgamento da ADPF 45/DF que a reserva do possível não pode ser invocada quando o Estado, sem fundamentação plausível, se mantém inerte na proteção dos direitos fundamentais. A fundamentação utilizada para embasar tal entendimento é que o Estado não pode negar o exercício de um direito fundamental, visto que a Carta Magna determina um mínimo existencial que objetiva assegurar os direitos básicos do cidadão (ALENCASTRO, 2014).

Segundo Barcellos (2011), o mínimo existencial é composto por quatro elementos: (i) a educação fundamental; (ii) a saúde básica; (iii) a assistência aos desamparados; e (iv) o acesso à justiça. Para a autora, esses quatro componentes correspondem ao núcleo da dignidade da pessoa humana a que se reconhece a eficácia jurídica positiva que pode ser exigida judicialmente. Dessa maneira, o mínimo existencial pode ser compreendido como o mínimo necessário para a existência digna (NETO NAGIBE, 2008).

Pivetta (2013) acrescenta que o mínimo existencial busca delimitar uma esfera de juridicidade que serviria como um critério para identificar omissões inconstitucionais. Contudo, o doutrinador frisa, o problema na construção do conceito de mínimo existencial é como estabelecer o quantum do direito assegurado.

Na área da saúde, em um primeiro momento, é possível entender que existe essa dificuldade para definir o quantum do direito, dado que as decisões nesse campo envolvem, não raro, a vida e a morte, fazendo com que exista o

risco de se conceder judicialmente um direito dispendioso a um único cidadão às custas do não atendimento de toda a coletividade. Todavia, essa dificuldade já foi vencida pelo legislador através da Constituição e das leis que regulamentam o Direito à Saúde, onde se inclui a participação da coletividade na definição de prioridades. Dessarte, é na explicitação feita pelo legislativo e pelo executivo com a participação da comunidade que se define o quantum do direito fundamental à saúde. Um exemplo disso é o Plano de Saúde previsto no art. 36 da Lei 8.080/90: se o Plano de Saúde cumprir os requisitos legais e constitucionais para sua formulação, basta que o orçamento aloque recursos suficientes para executar o que foi definido nele (BARCELLOS, 2011; SOUZA, 2020; PIVETTA, 2013).

De todo modo, Barcellos (2011) entende que o mínimo existencial da saúde é composto pela “saúde básica”, isto é, apenas pelas prestações que podem ser disponibilizadas a toda a população. Cabe destacar que essas prestações mínimas não visam apenas garantir a existência biológica dos cidadãos, mas sim a vida digna (PIVETTA, 2013).

Em razão dessa ligação entre o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana, alguns autores, como Torres (2009), sustentam que a proteção positiva do mínimo existencial não pode ser limitada pela reserva do possível, ou seja, afirmam que o mínimo existencial deve ser provido independentemente de haver recursos com destinação predefinida para tal. Esta parte da doutrina fundamenta seu entendimento no artigo 5º, §1º da Constituição Federal, pois este assegura a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (PIVETTA, 2013).

A outra parte da doutrina, por sua vez, afirma que os direitos sociais são uma garantia do mínimo existencial e que as prestações necessárias para a efetivação destes dependem da disponibilidade financeira e da capacidade jurídica do poder público, já que este tem o dever de assegurá-las. Ademais, sustentam que a inobservância dos limites orçamentários pode levar a decisões vazias, ou seja, sem qualquer eficácia, justamente pela ausência de recursos. Desse modo, os direitos a prestações e o próprio mínimo existencial podem ser restringidos pela reserva do possível (SARLET; FIGUEIREDO, 2008; SABINO, 2014).

Contudo, essa limitação do mínimo existencial pela reserva do possível somente seria aplicável nos casos em que a limitação financeira fosse fática, isto é, nos casos em que a limitação financeira não decorresse de omissão administrativa motivada por escolhas discricionárias, salvo nas situações em que o Estado efetivamente demonstrasse que a omissão decorreu das chamadas “escolhas trágicas”, que serão tratadas no próximo tópico (SABINO, 2014).

Assim, não se está a afirmar que a reserva do possível constitui excludente ou atenuante da responsabilidade estatal. Ainda que a demanda seja custosa, o seu deferimento não deve levar em conta apenas os aspectos financeiros. O

que esta parte da doutrina defende é que quanto menor a disponibilidade de recursos, mais se torna essencial uma deliberação responsável a respeito de sua destinação, ou melhor, cada vez se torna mais necessária a busca pelo aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática do orçamento público e a tese da reserva do possível é peça primordial para atingir esse fim (SARLET, 2003; PIVETTA, 2013).

Logo, o maior desafio a ser enfrentado pelos julgadores nas decisões que possuem carga de valoração a respeito de direitos fundamentais sociais está em conciliar o mínimo existencial e a reserva do possível. Para auxiliar o judiciário nesse problema, o Estado precisa ofertar ao juízo informações inteligíveis e estar estruturado de maneira que tenha pleno controle sobre suas contas e gastos para comprovar a insuficiência de recursos porquanto a exceção da reserva do possível apenas deve ser admitida quando houver comprovação cabal do saldo insuficiente. Os magistrados, por sua vez, precisam possuir uma formação em questões orçamentárias, visto que ao “puxar o cobertor” a decisão judicial pode deixar direitos desatendidos que são fruto de lutas maiores do que a pretensão individual que a decisão atendeu (BIANCA, 2015; SABINO, 2014).

Em especial no orçamento da saúde, o julgador também precisa conhecer a legislação infraconstitucional que regulamenta o Direito à Saúde. Dessa forma, apenas nos casos em que as políticas públicas não estão de acordo com essas normas é que o magistrado deverá dizer ao administrador qual o melhor caminho a ser seguido ou quais adequações devem ser realizadas (SOUZA, 2020).

3.3 Escolhas trágicas

Primeiramente é fundamental destacar que, enquanto o tópico anterior tratou de uma análise econômica do problema do excesso de judicialização do Direito à Saúde para o orçamento público, o presente tópico tratará de uma análise política. Isso porque as escolhas trágicas nada mais são do que opções políticas que podem ser realizadas com os recursos existentes, sendo um conceito eminentemente político que se relaciona profundamente com a escassez de recursos, já que esta é a causa da existência das escolhas trágicas (SCAFF, 2018a; MONTEIRO FILHO, 2020).

Esse fato foi constatado por Guido Calabresi e Phillip Bobbit em 1978, quando ambos formularam o conceito de “escolhas trágicas”. Os autores concluíram que os recursos disponíveis para a realização de políticas públicas eram insuficientes para o atendimento de todas as demandas existentes. Dessa maneira, as escolhas trágicas estariam fadadas a acontecer, pois sempre haveria alguém que deixaria de ter sua demanda atendida.

Nesse cenário de recursos escassos, optar é subtrair recursos de alguém para dar a outrem, em outras palavras, opção importa sacrifício. Sabendo disso, o julgador, ao decidir a respeito de uma tutela individual à saúde opta entre (i) proteger a vida de um indivíduo em detrimento de muitos e (ii) proteger a coletividade em detrimento do direito deste indivíduo (GALDINO, 2005; HEINEN, 2009).

A alocação orçamentária, evidentemente, também lida com situações em que a escassez de recursos prejudica o nível de alcance da proteção de direitos fundamentais. No entanto, um orçamento que, embora tenha previsto elevadas quantias de recursos para a proteção de direitos, não consegue garanti-los no grau esperado, não pode ser considerado injusto do ponto de vista individual, visto que sua função não é a satisfação de necessidades específicas, mas sim de necessidades gerais. Desse modo, a escolha orçamentária não é trágica do ponto de vista geral, mas pode ser no individual (LEITE, 2011).

A condição humana faz com que as necessidades sejam infinitas, entretanto, os recursos e os direitos são finitos e o custo de implementação deles é enorme. Assim, é dever do julgador identificar o que é direito e deferir apenas as pretensões que são legais e legítimas (SABINO, 2014; SOUZA, 2020).

Pertinente salientar que o orçamento pode e deve ser analisado judicialmente quando a alocação de recursos destoar dos fins constitucionais, mas não em questões pontuais, como no caso de demandas individuais. Isso porque quando o juiz substituiu forçadamente o gestor público, ele desequilibra o planejamento. A escolha de quem receberá e quem não receberá determinada demanda já havia sido realizada pelo administrador e pelos cidadãos nos termos do art. 36 da Lei 8.080/90 (LEITE, 2011).

Tendo em vista o exposto, o setor de planejamento tem o papel de orientar o poder executivo em suas escolhas a fim de não comprometer o orçamento e prejudicar a população. É necessário que o administrador aplique os recursos com eficiência (BIANCA, 2015; SABINO, 2014).

4 Atuação judicial alheia à previsão de despesas

Como visto anteriormente, o legislador constituinte, prevendo uma potencial judicialização, estabeleceu normas para limitar a atuação do poder judiciário, dentre elas as normas orçamentárias. Todavia, esse limite não é demasiado efetivo, por certo o judiciário assumiu a postura de invalidar atos que podem obstruir o seu exercício, sem se preocupar com as consequências de sua decisão, principalmente quando se trata do impacto financeiro subjacente. Surgiu, assim, um judiciário alheio às questões orçamentárias (LEITE, 2011).

A propósito, cita-se tese do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2000) que confirma este entendimento, conforme trecho do voto do Min. Marco Aurélio no julgamento do Recurso Extraordinário – RE 195192:

O Estado deve assumir as funções que lhe são próprias, sendo certo, ainda que problemas orçamentários não podem obstaculizar o implemento do que previsto constitucionalmente. (BRASIL, 2000)¹

Observa-se que, o judiciário, por não dispor de força e habilidade para realizar os efeitos das suas decisões, apenas se limita a intervir através de determinações imperativas à Administração Pública, impondo que ela atenda às necessidades do requerente gratuitamente e relegando à própria Administração a tomada de providências. Sequer é dispensada a devida atenção ao tema (BARROSO, 2012; LEITE, 2011).

É importante destacar, também, que o judiciário não desconhece que surgem consequências das suas decisões, apenas as considera irrelevantes e inaceitáveis como critério de solução. Isso porque, segundo a corrente doutrinária que embasa este entendimento, a vontade do constituinte seria frustrada se os problemas de caixa fossem considerados obstáculos para a efetivação de um direito social, pois isso significaria reduzir sua eficácia a zero (CUNHA JUNIOR, 2008).

A doutrina, além disso, é forte no sentido de que as decisões judiciais devem prevalecer sobre as alegações orçamentárias. Contudo, esse posicionamento deixa de analisar que a importância do orçamento decorre, dentre outros fatores, do fato de que ele é o meio pelo qual o governo realiza a justiça distributiva e redistribui as riquezas da sociedade. Isto é, o processo orçamentário público serve, justamente, para alocar recursos financeiros do governo para a satisfação das necessidades públicas, funcionando como uma lei essencial para a efetivação das políticas públicas, como as previstas para a proteção do Direito à Saúde. Este fato, por si só, deveria atrair a questão orçamentária para a análise judicial para servir como parâmetro de julgamento e fundamentação das decisões proferidas (RIANI, 2013; SCAFF, 2018b).

De acordo com Flávio Galdino (2005), um direito fundamental subjetivo apenas pode ser reconhecido como tal quando, dentre outras condições, houver possibilidade de torná-lo efetivo de fato, ou melhor, quando a análise dos custos e benefícios autorizar o seu reconhecimento. Desse modo, o judiciário precisa internalizar o fato de que decidir em favor de uma parte implica em falta de recursos para outra, assim sendo, é primordial para evitar a inefetividade dos próprios direitos fundamentais e das decisões que visam protegê-los.

¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 195192/RS*. Mandado de Segurança. Adequação do inciso LXIX do Artigo 5º da Constituição Federal. Saúde, Aquisição e fornecimento de medicamentos – doença rara. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Rodrigo Skrsypcsak. Relator: Min. Marco Aurélio, 22 de fevereiro de 2000. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur107199/false>>. Acesso em: 4 out. 2022.

Outra razão que deveria servir como motivação para atrair a questão orçamentária para o campo da análise judicial é que a garantia de direitos gera custos, logo, um Estado falido não é capaz de garantir direito algum. Haja vista, a atuação judicial pode enfraquecer as políticas públicas ao causar interferência na gestão da saúde, gerando desorganização e gastos excessivos, já que uma decisão que impõe uma obrigação de fazer ao estado tem intromissão no orçamento (SABINO, 2014; SOUZA, 2020).

Ademais, essa intromissão judicial altera a carga de previsibilidade do orçamento, pois as despesas imprevistas decorrentes das decisões judiciais impactam a distribuição dos recursos anteriormente prevista na lei. Agindo assim, o julgador, ao concluir pela procedência da demanda, decide sobre a realocação de despesas de uma área para outra, o que só poderia ocorrer, via de regra, com alteração do próprio orçamento pelo poder competente (LEITE, 2011; SOUZA, 2020).

Verifica-se, dessa maneira, que o judiciário tem chamado para si a possibilidade de intervir, controlar e até mesmo formular políticas públicas. Ocorre uma verdadeira usurpação, como apontado anteriormente, da administração do orçamento ao judiciário, o qual não possui o conhecimento jurídico necessário para tal (SOUSA, 2020; VALLE, 2016).

Segundo Sabino (2014), o julgador decide com bases somente jurídicas e lineares, as quais são indissociavelmente ligadas. O raciocínio meramente jurídico impede o juiz de analisar os impactos econômicos e financeiros de sua decisão, o que deve ser sempre levado em consideração quando se trata de questões que podem impactar políticas públicas, mesmo em pedidos individuais. Já o pensamento linear, por sua vez, autoriza o juiz a decidir na base do que o autor denomina “argumento linear” que segue a seguinte lógica: o Estado tem o dever de prover saúde a todos, de maneira isonômica; o autor apresenta uma hipótese em que houve uma omissão executiva na consecução da política de saúde, visto que ele precisa da medida que não lhe atingiu; isso é suficiente para que a demanda seja concedida, pois entende-se que essa omissão fere um direito fundamental constitucional, uma vez que o poder público falhou no seu dever de assegurar a saúde e o judiciário, como responsável por corrigir omissões inconstitucionais, precisa garantir o direito, não importando as oposições.

Outros autores também identificaram que os argumentos apresentados pelo poder judiciário seguiam um padrão. Miranda (2013) apontou que em um grande número de decisões apenas foram utilizados como argumentos princípios jurídicos da dignidade da pessoa humana e do direito à saúde, sem ao menos ocorrer a análise a respeito da existência de políticas específicas para o caso concreto. Sobre isto, Barroso (2009) ressaltou que o artigo 196 da Constituição Federal, que trata da saúde como direito fundamental, está positivado

como norma programática que depende de regulação por meio de políticas sociais e econômicas, não podendo, por si só, embasar uma decisão judicial. Fato este que é evidenciado na redação do artigo 197 da Constituição Federal que prevê que as ações e serviços de saúde devem ser executados diretamente ou através de terceiros, bem como por pessoa física ou jurídica de direito privado, nos termos lei. E a lei veio imediatamente após a Constituição de 1988, já no ano de 1990, exatamente para discriminar como e o que seria assegurado ao cidadão em termos de direito à saúde, e como isso seria traduzido em orçamento público (Lei 8080/90, art. 36). Daí não se poder dizer nem mesmo que houve inércia do legislado ou do gestor público em transformar a construção constitucional em promessa irresponsável como se viu em algum acórdão de tribunais superiores.

Souza (2020) coloca que é possível identificar a incidência do “argumento linear” nas decisões judiciais do país desde o voto proferido pelo Ministro Celso de Mello no julgamento da Petição 1.246/SC de 13/02/1997, ou seja, há pelo menos 25 anos são utilizados os mesmos argumentos para a tomada de decisão em casos envolvendo políticas públicas de saúde. Desse modo, é possível constatar que os argumentos jurídicos utilizados pelos magistrados, muitas vezes, não passam de recursos de retórica que objetivam apenas fundamentar uma decisão que foi tomada antes mesmo da análise dos fatos e fundamentos teóricos do caso concreto.

Portanto, o argumento linear desconsidera todos os estudos e discussões do tema orçamentário, ignorando pontos igualmente relevantes levantados por aqueles que acreditam que o poder judiciário não está preparado para lidar com o orçamento e com a administração de políticas públicas. O julgador sequer atua considerando a multiplicidade de aspectos do assunto. Neste cenário, a decisão judicial não pode ser considerada uma decisão fundamentada, pois não produz, ao menos, uma linha para afastar a incidência da regra contrária à conclusão do juiz (SABINO, 2014; SOUZA, 2020).

Ademais, a falta de conhecimento dos juízes sobre o tema possibilita que as decisões judiciais sejam embasadas em argumentos não jurídicos ou racionais, mas emocionais. Sabino (2014) chega a afirmar que já ouviu magistrados alegarem que, diante de um pedido individual por certo medicamento, a concessão será a medida a rigor, dado que, caso contrário, eles (juízes) não conseguiriam dormir em paz. Isto implica severos problemas, uma vez que o cobertor é curto e que essa decisão fará com que um grupo de pessoas fique desatendida (SABINO, 2014).

José Reinaldo Lima Lopes (2006) ao tratar da distorção causada por decisões judiciais que levam em conta os apelos do demandante mais do que as razões jurídicas ou de boa técnica cunhou a expressão “justiça de misericór-

dia”. O autor sustenta que este tipo de decisão é especialmente encontrada em ações individuais. Sabino (2014) acredita que isto ocorre, pois, em casos individuais não há a abstração própria da tutela coletiva que faz com que os juízes se sintam mais “confortáveis” para racionalizar sobre o objeto da demanda e levar em conta argumentos como a escassez de recursos. Afinal, os magistrados, antes de serem juízes, são humanos com emoções.

Obviamente a escolha é difícil quando se trata de vida e morte, porém, isso não pode ser uma justificativa para o poder judiciário se comportar como se as questões envolvendo políticas públicas de saúde fossem de fácil resolução, tendendo sempre ao deferimento do pedido. Ele apenas foca nas partes como indivíduos e não no coletivo. Para comprovar estes fatos, é necessária a análise de alguns dados (LEITE, 2011).

Miranda (2013) observou que, dentre os processos analisados, o percentual de casos indeferidos era menor que 30% em todas as regiões do Brasil, sendo que a minoria dos casos possuía como base para deferimento a legislação infraconstitucional, em sua maioria eram utilizados apenas princípios jurídicos como argumentos.

Segundo Fernanda Vargas Terrazas e Ana Luiza Chieffi, no período de 2008 a 2017, houve um crescimento de 1300% nas despesas do Ministério da Saúde com o pagamento de demandas judiciais. O valor, em 2016, chegou a um bilhão e seiscentos milhões de reais. Ainda, as pesquisadoras constataram que o maior número de processos envolve pedidos individuais de medicamentos que estão fora das listas e protocolos dos SUS e que isto ocorre em razão do desconhecimento da população e dos operadores do direito a respeito do funcionamento do próprio SUS (FÁBIO, 2019).

Em 2020, Costa, Silva e Ogata (2020) indicaram que um dos desafios que devem ser superados acerca da judicialização é o aceite indiscriminado das demandas judiciais, onde a taxa de deferimento das ações de tratamento de alto custo não constante em listas oficiais chega a ser maior do que 90%.

O relatório publicado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em 2021 também trata dos impactos da judicialização na saúde. No relatório é possível verificar que o assunto mais judicializado é o fornecimento de medicamentos (mais de metade dos casos), fato este que manteve a tendência do relatório anterior de 2019. Outrossim, é possível constatar que a taxa de concessão de liminares é, em média, 80%, enquanto a taxa de deferimento é de 71,6% nos processos julgados procedentes, 12,5% nos processos julgados parcialmente procedentes e 15,9% nos processos julgados não procedentes. Quanto ao crescimento no número de novos processos, o CNJ averiguou que houve um aumento de 9,53% na quantidade de processos nos tribunais estaduais e 11,64% nos Tribunais Regionais Federais no período de 2015 a 2020.

Posto isso, percebe-se prejudicada, em última instância, a proteção do interesse social, uma vez que não são raras as decisões que visam atender uma demanda individual que pode comprometer o todo. O CNJ chegou a afirmar em 2019 que a judicialização da saúde no Brasil é majoritariamente para a tutela de interesses individuais (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019; HEINEN, 2009).

Miranda (2013) já alertava sobre a necessidade de definir prioridades no momento de escolha de onde alocar os recursos limitados e de utilizar critérios racionais e com amparo científico para atender o maior número de cidadãos. O autor apontou que os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do próprio SUS já atendiam essa necessidade, mas que eles não eram observados nas decisões.

Cabe destacar que a doutrina majoritária no Brasil entende que, apesar de o judiciário possuir legitimidade para prover direitos individuais quando as políticas públicas são insuficientes ou inexistentes, ele não possui legitimidade para elaborar políticas públicas ou para interferir no seu planejamento. Esta função é do poder executivo e legislativo e, até mesmo, da comunidade (JABOUR, 2012).

Autores com posicionamentos mais radicais, como Riani (2013) entendem que substituir o processo político – elaborado pelo poder legislativo e executivo – pelo processo judicial é transferir a elaboração de políticas públicas para uma aristocracia judicial que não possui capacidade para tanto. O autor chega, inclusive, a afirmar que o judiciário não pode prover essas questões.

De forma geral, a alocação de recursos envolve escolhas políticas, jurídicas e técnicas, sendo o poder executivo o ente que possui visão global dos recursos disponíveis e das necessidades a serem supridas, fato que lhe permite tomar as melhores decisões a respeito do planejamento de políticas públicas. Tendo isso em vista, pode-se afirmar que os Tribunais não são capacitados para lidar com questões complexas e de impacto jurídico elevado, pois não possuem a mesma visão que o poder executivo, e sequer são preparados para se posicionar frente a questões que demandam alto grau científico ou empírico de outras áreas, que não a jurídica (OLIVEIRA, 2014; KLATT, 2015).

Além do exposto, a proteção judicial em um caso significa a mesma solução para os demais casos semelhantes. Por conseguinte, se uma decisão resulta em custos, a sua repetição poderá significar custos elevados que sequer foram pensados no momento da primeira proteção judicial. Quando a saúde é tratada como um bem individual, ela não evidencia ao juiz um problema estrutural, aparentando ser um problema de fácil solução que não reverbera tanto no orçamento público. O judiciário até poderá mudar de posicionamento após perceber a elevação dos custos decorrentes do seu posicionamento, mas já se

terá uma posição desconfortável, na qual alguns demandantes foram satisfeitos e outros não. Reconhece-se que as consequências de se adotar uma regra, e não outra, são difíceis de calcular, não havendo uma resposta taxativa. Todavia, existem aquelas consequências que não há como afastar, como o custo da efetivação dos direitos, tratado anteriormente, devendo estas ser analisadas (LEITE, 2011; SABINO, 2014).

Os dados quantitativos e financeiros do Ministério da Saúde podem exemplificar: no período de 2019 a 2021 houve um aumento de 12% no custo médio por autor, o que indica o aumento no valor das medidas postuladas. Ainda, houve um crescimento de 274,7% do valor total pago pelas tecnologias fornecidas através de decisões judiciais, chegando a um valor de dois bilhões e duzentos de sessenta e quatro milhões de reais (COSTA, 2022).

Exigir a análise dos custos demandaria apenas que o julgador verificasse o que foi previsto na lei orçamentária dentro dos recursos disponíveis do governo. Isto poderia se dar, na prática, por meio da análise de cópia da peça orçamentária e seus anexos. Já o exame dos recursos disponíveis, poderia se dar através de uma análise das leis orçamentárias, ou seja, PPA, LDO e LOA, bem como a Lei de Responsabilidade Fiscal e a verificação das contas públicas do ente federado em questão (LEITE, 2011; SABINO, 2014).

O problema, portanto, consiste em sequer ser verificado concretamente se o pedido formulado pelo jurisdicionado é financeiramente possível, apesar de existir toda uma disciplina constitucional que proíbe a realização de gastos não previstos nas normas orçamentárias. Dessa forma, as decisões judiciais que obrigam o Estado a efetivar pretensões dos cidadãos, mesmo que tenham boas intenções, desarranjam as contas públicas, permitindo a realocação forçada de recursos financeiros de uma despesa para cobrir os efeitos advindos da criação de outra. Isso tudo sem que sejam feitas mínimas considerações sobre a constitucionalidade desses julgados, uma vez que a Constituição proíbe o aumento de despesas em desacordo com o PPA (SOUZA, 2020; SABINO, 2014).

Dessa maneira, quando o julgador age sem qualquer conhecimento multidisciplinar e sem ponderar os impactos de sua decisão, ele prejudica as políticas públicas. Portanto, o orçamento deveria ser de conhecimento obrigatório dos juízes para que seja possível optar pelo meio que traga menores desvantagens e um menor gravame no âmbito público (SABINO, 2014).

Os efeitos consequentialistas, ao contrário do que ocorre, deveriam ser vistos como elementos diferenciais no estágio final de interpretação, especialmente nas questões de difícil análise, como as que envolvem políticas públicas. Contudo, o que se nota é uma tentativa de o judiciário afastá-los das questões jurídico-orçamentárias, não interessando que efeitos as decisões judiciais gerem aos cofres públicos ou se há recursos disponíveis para efetivar tais decisões (LEITE, 2011).

Isto posto, a liberdade de atuação judicial na proteção de um direito deveria ser inversamente proporcional às consequências da decisão quanto aos seus custos, à necessidade de alteração dos programas do governo para atendimento do pleito, à quantidade de sujeitos que poderão ser beneficiados com essa decisão e à possibilidade de esta medida judicial se tornar uma via alternativa para a obtenção dos direitos no lugar das políticas públicas desenvolvidas para isto (LEITE, 2011).

Não se sustenta que a análise consequencialista deve ser o único norte interpretativo da decisão judicial, mas que ela é um ponto de suma importância que deve ser levado em consideração no momento de tomada de decisão, por certo as consequências podem justificar o caminho a ser seguido com base no melhor destino para a coletividade, isto é, a via menos gravosa para as partes, que produz efeitos na sociedade e que segue os princípios de ordem jurídica (MEDINA, 2020).

5 Considerações finais

Analisando o exposto, conclui-se que os impactos causados pela judicialização do Direito à Saúde são negativos para o orçamento público e, consequentemente, para a sociedade brasileira, uma vez que o processo orçamentário público serve para alocar recursos financeiros do governo para a satisfação das necessidades coletivas, funcionando como uma lei essencial para a efetivação das políticas públicas.

A judicialização é problemática justamente por isso. O julgador, ao deferir desenfreadamente as pretensões individuais ajuizadas, acredita estar efetivando o direito à saúde, quando, na realidade, está fazendo o oposto. Isso porque nem toda pretensão é legítima e é necessário que o julgador, no momento de tomada de decisão, diferencie desejo de necessidade e de direito. Os direitos, assim como os recursos, são limitados, enquanto os desejos e as necessidades não. A conjugação dos comandos da Carta Maior de 1988 e da legislação ordinária formam o direito à saúde, restando ao julgador o dever de aplicar essa legislação.

Assim, se a pretensão individual for legal e legítima, não há qualquer impedimento para o seu deferimento, o orçamento público não deve ser tido como uma barreira intransponível. Em um cenário como este, a questão orçamentária passa para o segundo plano. Entretanto, o que acaba ocorrendo é que o judiciário entende que todas as pretensões buscadas judicialmente são direitos que merecem ser assegurados e desconsidera completamente a questão orça-

mentária, “puxando o cobertor” em favor do indivíduo em detrimento da coletividade e deixando direitos desatendidos, que são fruto de lutas maiores do que a pretensão individual que a decisão atendeu.

Finalmente, reiterando, estes e os demais pontos explorados no artigo embasam a conclusão de que os impactos causados pela judicialização do Direito à Saúde são, decerto, negativos para o orçamento público e, como resultado, para a sociedade.

Referências

- ALENCASTRO, Carlos. *A judicialização da saúde e seus impactos no Direito e no orçamento*. 8 set. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/31774/a-judicializacao-da-saude-e-seus-impactos-no-direito-e-no-orcamento>>. Acesso em: 30 ago. 2022.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 276.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Suffragium, Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez., 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva – Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamento e parâmetros para atuação judicial. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora – RPGMJF*, Belo Horizonte: Fórum, ano 2, n. 2, p. 37-66, jan./dez., 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- BIANCA, Aparecida da Silva. *Os impactos do excesso de judicialização da saúde sobre o orçamento público*. Orientadora: Ana Lúcia Damascena. 2015. 27 p. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade Metodista Granbery. Disponível em: <<http://re.granbery.edu.br>>. Acesso em: 9 set. 2022.
- BITENCOURT, Caroline Müller. *Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013.
- BRASIL. [Constituição de 1988]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988a. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03>. Acesso em: 25 jun. 2022.
- BRASIL. *Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 23 out. 2022.
- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 195192/RS*. Mandado de Segurança. Adequação do inciso LXIX do Artigo 5º da Constituição Federal. Saúde, Aquisição e fornecimento de medicamentos – doença rara. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Rodrigo Skrspytsak. Relator: Min. Marco Aurélio, 22 de fevereiro de 2000. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur107199/false>>. Acesso em: 4 out. 2022.

BRUNO, Reinaldo M. *Lei de Responsabilidade Fiscal e Orçamento Público Municipal*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

BÜHLER, Alex Pereira. *Orçamento Público e Decisão Judicial sob uma Perspectiva dos Limites Constitucionais*. Alex Pereira Bühler. Pouso Alegre, MG: FDSM, 2017.

CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. *Tragic Choices – The conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources*. New York/London: W. W. Norton & Company. 1978.

CHIEFFI, A. L.; SANTOS, L.; TERRAZAS, F. *Judicialização da Saúde no Brasil*. 1. ed. Campinas: Editora Saberes, 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das Demandas, Causas e Propostas de Solução*. Brasília, DF: Insper, 2019. Disponível em: <<https://static.poder360.com.br/2019/03/relatório-judicializacao-saude-Insper-CNJ.pdf>>. Acesso em: 5 mar. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA; PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. *Judicialização e Sociedade: Ações para Acesso à saúde pública de qualidade*. 164 p. Conselho Nacional de Justiça. CNJ. Brasília, 2021.

COSTA, Cecília de Almeida. *Gastos com a judicialização de tecnologias de saúde: um estudo empírico no Executivo Federal do Brasil*. Orientador: Prof. Dr. Rogério João Lunkes. 2022. 105 p. Trabalho de Conclusão de Curso submetido ao Programa de Pós-Graduação em Controle de Gestão da Universidade Federal de Santa Catarina para a obtenção do título de Mestre em Controle de Gestão, Florianópolis/SC, 2022. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/235886>>. Acesso em: 21 set. 2022.

COSTA, Kemily Benini; SILVA, Lia Mota; OGATA, Márcia Niituma. A judicialização da saúde e o Sistema Único de Saúde: revisão integrativa. *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, [S. l.], v. 9, n. 2, p. 149–163, 2020. DOI: 10.17566/ciads.v9i2.635. Disponível em: <<https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/635>>. Acesso em: 30 jan. 2022.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DANTAS, Claudia de Carvalho; DANTAS, Fernanda de Carvalho. Judicialização da saúde no Brasil: da história à contemporaneidade. *Brazilian Journal of Development*, Curitiba, PR, v. 6, n. 12, p. 99.759-99.777, dez., 2020.

FÁBIO, André Cabette. Por que a Judicialização da Saúde Cresce Tanto no Brasil. *Nexo Jornal*, São Paulo, 20 mar. 2019. Disponível em: <<https://www.nexojournal.com.br/expresso>>. Acesso em: 20 jun. 2022.

FALSARELLA, Chistiane. Mina. Reserva do possível como aquilo que é razoável se exigir do Estado. In: *XXXVIII Congresso Nacional de Procuradores do Estado*, 2012, Foz do Iguaçu, Anais, 2012.

FERRAZ, Octávio Luiz da Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino. “Direito à Saúde, Políticas Públicas e Desigualdades Sociais no Brasil: Equidade como princípio fundamental”, trabalho apresentado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 2007 e submetido à *Revista Dados* em maio de 2008.

FONSECA, Lorena; COUTO, Felipe Fróes. Judicialização da Política e ativismo judicial: uma diferenciação necessária. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 13, n.2, 2º quadrimestre de 2018. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica>. ISSN 1980-7791. Acesso em: 20 jun. 2022.

FLEURY, Sônia Maria Teixeira. A Questão Democrática na Saúde. In: FLEURY, Sônia Maria Teixeira (Org.). *Saúde e Democracia: A luta do CEBES*. São Paulo: Lemos Editorial, 1997.

GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos – direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GONTIJO, Vander. *Instrumentos de planejamento e orçamento no Brasil*. Brasília, DF: Portal da Câmara dos Deputados, 2004 (Artigo técnico).

HEINEN, Juliano. *O custo do direito à saúde e a necessidade de uma decisão realista: uma opção trágica*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2009.

JABOUR, Ana Maria Lammoglia. A justiciabilidade do direito fundamental à saúde. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora – RPGMJF*, Belo Horizonte: Fórum, ano 2, n. 2, p. 67-77, jan./dez., 2012.

KLATT, Matthias. Direitos a prestações positivas: quem deve decidir. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery (Org.). *Dignidade Humana, Direitos Sociais e Não-Positivismo Inclusivo*. Florianópolis: Qualis, 2015.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos Direitos Humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

LEITE, Harrison Ferreira. *Autoridade da Lei Orçamentária*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos Sociais – teoria e prática*. 1. ed. v. 1. São Paulo: Método, 2006. 303 p.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Judiciário, democracia, políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 122, abr./jun., 1994. p. 259.

MEDINA, José. M. Garcia. *Curso de direito processual civil* [livro eletrônico]. 5. ed. Thomson Reuters Brasil, 2020.

MEIRELLES, Hely L. *Direito Administrativo Brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MIRANDA, C. C. *SUS – Medicamentos, Protocolos Clínicos e o Poder Judiciário: Ilegitimidade e Ineficiência*. Brasília: Ed. Kiron, 2013. 135 p.

MONTEIRO FILHO, Augusto César. Perspectivas sobre a Judicialização da Saúde no Brasil sob o Enfoque do Direito e Economia. *MSJ. Meu Site Jurídico*, [s. l.], 13 abr. 2020. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/04/13/perspectivas-sobre-judicializacao-da-saude-no-brasil-sob-o-enfoque-direito-e-economia>>. Acesso em: 2 set. 2022.

NETO NAGIBE; M. Jorge. *O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos fundamentais sociais*. Salvador: Jus Podivm, 2008.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito*. Coimbra: Coimbra, 2012.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. 6. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2014.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Relatório mundial da saúde 2010: financiamento dos sistemas de saúde – o caminho para a Cobertura Universal*. Genebra: Organização Mundial da Saúde; 2010.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito Fundamental à Saúde: regime jurídico- constitucional, políticas públicas e controle judicial*. 2013. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. Disponível em: <<https://www.acervodigital.ufpr.br>>. Acesso em: 29 abr. 2022.

RIANI, Frederico Augusto d'Ávila. Autonomia financeira dos municípios brasileiros para a definição e execução de políticas públicas sociais: de uma visão geral à análise do Município de Juiz de Fora (2005-2010). *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora – RPGMJF*, Belo Horizonte, ano 3, n. 3, p. 51-76, jan./dez., 2013.

SABINO, Marco Antônio da Costa. *Políticas Públicas, Judiciário e Saúde: Limites, Excessos e Remédios*. São Paulo, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos direitos Fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e Proporcionalidade: o Direito Penal e os Direitos Fundamentais entre Proibição de Excesso e de Insuficiência. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre, v. 12, 2003.

SARLET, Ingo W.; FIGUEIREDO, Mariana F. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: Acesso em: 23 ago. 2022.

SCAFF, Fernando Facury. *Você nem sabe, mas vive entre a reserva do possível e as escolhas trágicas*. Consultor Jurídico, São Paulo, 23 jan. 2018a.

SCAFF, Fernando Facury. *O orçamento republicano, justiça distributiva e a liberdade igual*. Consultor Jurídico, São Paulo, 12 jun. 2018b.

SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Leonardo Martins (Org.). Tradução de Beatriz Hennig, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Geraldine Ferreira. Uruguay: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005. Disponível em: <http://www.kas.de/wf/doc/kas_7738-544-1-30.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2022.

SOUSA, Eva Claudia Folha. *Judicialização da saúde: Impactos da judicialização da saúde no orçamento do Estado do Tocantins*. 2020. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/direito-constitucional/10298/judicializacao-saude-impactos-judicializacao-saude-orcamento-estado-tocantins>>. Acesso em: 15 out. 2021.

SOUZA, Mauro Luís Silva de. *Gestão da saúde pública no Brasil: controle social, intervenção judicial e propostas de harmonização*. 1. ed. Blumenau, SC: Dom Modesto, 2020. p. 145-186. ISBN 978-65-86537-04-08.

SUNSTEIN, Cass e HOLMES, Stephen. *The cost of rights*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

TASSINARI, Clarissa. *Ativismo judicial: uma análise da atuação do judiciário nas experiências brasileira e norte-americana*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2012.

TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle social*. Belo Horizonte. Fórum, 2016.