

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE, RESERVA DO POSSÍVEL E CUSTOS DE  
TRANSAÇÃO: uma análise econômica**

Jade Caputo Correa<sup>1</sup>

**RESUMO**

Tomando como base o Município de Juiz de Fora no decorrer do ano de 2014, a finalidade básica do presente artigo é analisar a interferência do Poder Judiciário na efetivação do direito social à saúde, ponderando o conceito de escassez utilizado tanto na análise econômica do direito quanto no princípio da reserva do possível. Para atingir tal objetivo, foi realizada uma pesquisa bibliográfica e documental. A problemática aqui apresentada (direitos fundamentais *versus* limitação orçamentária) está longe de um consenso; pois não se pode negar a existência de políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal de 1988 e a escassez de recursos públicos para o atendimento de todas as demandas na área da saúde.

**PALAVRAS-CHAVE: JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE. SAÚDE. DIREITO. ECONOMIA. ESCASSEZ.**

## INTRODUÇÃO

Em um Estado democrático de direito, a dignidade da pessoa humana está no núcleo dos direitos fundamentais, exprimindo a ideia de que a pessoa humana é titular de direitos que necessitam ser reconhecidos e protegidos pelo Estado.

A Constituição Federal de 1988 elencou, em seu artigo 5º, diversas garantias individuais essenciais ao ser humano, como o direito à vida, à liberdade, à igualdade, entre outros. Nessa conjuntura, pode-se ressaltar o direito à vida, eis que serve de alicerce para a materialização dos demais direitos. Na mesma linha de pensamento, o artigo 6º da Carta Magna traz os denominados direitos sociais, que visam consolidar a efetivação da justiça social, através da atuação do Estado na garantia e provimento desses direitos.

Dentre os direitos sociais destaca-se o direito de acesso aos serviços públicos de saúde, cuja prestação, a partir da Carta de 1988, foi ampliada a todos os brasileiros, independentemente de vínculo empregatício. Dispõe o artigo 196 da CF/88 que a saúde é “direito de todos e dever do Estado”, e estabelece o “acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

A formulação e implementação de políticas públicas pelos Poderes Executivo e Legislativo, especialmente aquelas destinadas a garantir os chamados direitos de segunda dimensão<sup>2</sup> (direitos econômicos, sociais e culturais), depende, em grande

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pelas Faculdades Integradas Vianna Júnior. Email: jade.caputo@hotmail.com

<sup>2</sup> Tradicionalmente, os direitos fundamentais estão classificados em três grandes gerações ou dimensões, em que cada uma delas está traduzida nos ideais da Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade). Desta forma, os direitos de primeira dimensão (direito à vida, à propriedade, à igualdade perante a lei, à igualdade no que tange às garantias processuais e a participação política), traduzidos na conotação de liberdade, objetivam fixar limites jurídicos ao poder do Estado perante o indivíduo. Por sua vez, a segunda dimensão dos direitos fundamentais está ligada à atuação positiva do Estado na promoção social do cidadão, representando a esperança na justiça social e em uma vida mais digna do ser humano na sociedade em que participa, onde merecem destaque os direitos sociais, culturais e econômicos. Já os direitos de terceira dimensão, considerados como direitos coletivos ou difusos possuem como característica específica o fato de não mais estarem centrados no homem individualmente considerado, mas sim na coletividade. Esses direitos são classificados como direitos coletivos ou difusos, dentre os quais aponta-se o direito ao meio ambiente sadio, o direito do consumidor, o direito ao desenvolvimento econômico sustentável, o patrimônio comum da humanidade, o direito à paz, dentre outros. Alguns autores ainda admitem a existência de uma quarta geração de direitos fundamentais. Segundo Bonavides, no âmbito de uma sociedade que caminha rumo à globalização econômica neoliberal, cuja filosofia de poder é negativa e intenta a dissolução do Estado Nacional, debilitando os laços de soberania, os direitos de quarta geração surgem junto à globalização política na esfera da normatividade jurídica. São eles os direitos à

parte, de alternativa política e de disponibilidade orçamentária e financeira do Poder Público, o qual poderá, em tese, se eximir de implementar total ou parcialmente tais políticas em decorrência da deficiência ou escassez de recursos financeiros.

Contudo, com a força normativa conquistada pela Constituição nos últimos anos, as normas constitucionais passaram a ser dotadas do caráter de imperatividade, com aplicabilidade direta e imediata pelo Poder Judiciário. Conseqüentemente, os direitos sociais (considerados em sentido amplo), e o direito à saúde em especial, tornaram-se direitos subjetivos em sentido pleno, passíveis de serem protegidos e exigidos judicialmente, implicando na interferência do Poder Judiciário no sentido de obrigar à Administração Pública o fornecimento gratuito de medicamentos e a prestação de assistência médica em uma vasta multiplicidade de situações.

Diante desse contexto é que surge a judicialização da saúde. Fenômeno que ocorre no Brasil tanto no campo da saúde pública quanto no da saúde privada, e se ampliou com especial força a partir da década de 90.

Essa judicialização consiste em buscar efetividade do atendimento às necessidades de saúde através de determinações judiciais que decidem que uma instituição pública ou privada deve atender àquilo que o sujeito de direito, autor da ação, entende como um direito subjetivo e fundamental garantido pela Constituição Federal de 1988. Na quase totalidade dos casos estudados, lidos e considerados para esta pesquisa, obtidos junto à Procuradoria Geral do Município de Juiz de Fora, o pleito apresentado pela parte autora está fundamentado em relatório médico que dispõe ser aquele o procedimento (tratamento, medicamento, internação, cirurgia, entre outros pesquisados) recomendado para o caso concreto; frise-se que, a grande maioria dos relatórios médicos apresentados pela parte autora traz a seguinte situação: “sem alternativa disponibilizada pelo Sistema Único de Saúde (SUS)”.

---

democracia, à informação e ao pluralismo. Augusto Zimmermann defende ainda a existência de uma quinta dimensão dos direitos fundamentais, advindos da chamada realidade virtual e que compreendem aspectos relacionados ao desenvolvimento da cibernética atual, implicando o rompimento de fronteiras e estabelecendo conflitos entre países com realidades distintas, por meio da Internet. Em síntese, seriam os direitos ligados à informática.

Para alguns estudiosos a judicialização é positiva e possui o condão de garantir a efetividade dos direitos sociais previstos na Carta Magna. Para outra parcela dos juristas, esse fenômeno enseja preocupação e estimula pensamentos sobre as consequências que essa prática ocasiona, não somente no universo do judiciário, mas também na sociedade civil brasileira do ponto de vista econômico.

Nesse contexto esta pesquisa pretende analisar a interferência do Poder Judiciário na efetivação do direito social à saúde, ponderando o conceito de escassez utilizado tanto na análise econômica do direito quanto no princípio da reserva do possível, e, nessa medida corroborar a ideia de que o que se vivencia hoje é uma crise instalada ante a interferência do Judiciário nas finanças do Município (aqui considerado, para efeitos da pesquisa, o Município de Juiz de Fora no ano de 2014), determinando a realização de despesas não planejadas no orçamento público. Para atingir tal objetivo, foi realizada uma pesquisa bibliográfica e documental, no que se refere aos dados econômicos selecionados a partir de planilhas fornecidas por órgãos do Município de Juiz de Fora<sup>3</sup>.

O artigo, assim sendo, foi dividido em quatro partes. Na primeira, o conceito de saúde é apresentado como uma construção histórica e social, além do que, trabalhou-se a aproximação das seguintes ciências: saúde, direito e economia.

A segunda parte traz o conceito construído historicamente para o princípio da reserva do possível, pautando-se no conceito de escassez, bem como apresenta a aplicação do mencionado princípio como suposta motivação para a não efetividade dos direitos constitucionalmente garantidos por parte do ente público em confronto com os direitos constitucionalmente garantidos, em especial, o direito à saúde.

A terceira parte, por sua vez, trabalha a ciência denominada “Análise Econômica do Direito”, pautando-se na conceituação de dois tópicos, quais sejam: escassez e de custos de transação.

---

<sup>3</sup> Cumpre ressaltar que, devido ao tempo de estágio realizado na Procuradoria Geral do Município de Juiz de Fora, na área da saúde, compreendido entre 11/03/2014 a 11/03/2015, os dados quantitativos que compõem a presente pesquisa foram obtidos através de e-mail, sendo certo que, não estão disponíveis para consulta do público em geral. Apenas no que diz respeito à questão orçamentária destinada a área da saúde, “Quadro de Detalhamento de Receita - Dezembro 2014”, encontra-se disponível para consulta no site da Prefeitura de Juiz de Fora.

Por fim, a última parte analisa a argumentação utilizada em alguns casos do Município de Juiz de Fora no ano de 2014 sobre a efetividade do direito à saúde pública. O escopo é considerar os fundamentos das decisões judiciais e observar como o princípio da dignidade da pessoa humana de sobrepõe, sobremaneira, sobre o princípio do contraditório e da ampla defesa e, até mesmo, sobre qualquer argumento utilizado pelo ente público (aqui considerado o Município de Juiz de Fora).

## **1 SAÚDE, DIREITO E ECONOMIA TRANSITAM EM CONJUNTO**

Saúde é um conceito histórico, político e social instituído, principalmente, por médicos. O aspecto jurídico desse conceito expresso notadamente na Constituição Federal de 1988 é decorrência da construção histórica, política e social, bem como do caminho da Medicina enquanto profissão legitimamente formada para definir o que é saúde, o que é doença e o que é tratamento prescrito para uma moléstia.

No mundo contemporâneo os médicos quase sempre são os únicos permitidos para fixar conceitos de saúde, de doença e, em consequência disso, os únicos autorizados a definir o tratamento apropriado para as pessoas.

Os estudos sobre a Medicina e seu papel político e social incumbem ao que hoje se nomeia de *sociologia do conhecimento médico*, que possui estudos que têm contribuído para a percepção do papel do médico nas sociedades hodiernas, principalmente em relação à autoridade que exercem na caracterização do que é moléstia e do que é saúde e, nessa linha de pensamento, na destinação da aplicação dos recursos públicos e privados na prevenção e no tratamento de doenças, realização de exames e utilização de medicamentos e outras terapias de cura.

Esses estudos são essenciais para a concepção das dificuldades objeto desta pesquisa, uma vez que a busca pela proteção jurisdicional para a aquisição de acesso a tratamentos de saúde que tem ocorrido de forma sistemática na sociedade brasileira contemporânea está sempre fundamentada no parecer do médico que assiste o sujeito de direitos que vai ao Judiciário ver garantido seu direito à saúde.

E contestar o parecer técnico do médico é inexecutável para os julgadores, seja pela complexidade do conhecimento na área médica, seja pela exclusividade que se atribui ao médico para tratar dos assuntos referentes à saúde e sua manutenção.

A determinação do médico, portanto, é tratada como soberana. O imaginário social construído ao longo de muitos anos associa o médico com o exclusivo profissional competente para dizer o que é certo e o que é errado em matéria de saúde. Essa projeção da opinião do médico é robustecida no Código de Ética Médica, Resolução 1931, de 2009, que no Capítulo I trata dos Princípios Fundamentais e determina:

[...]

XVI - Nenhuma disposição estatutária ou regimental de hospital ou de instituição, pública ou privada, limitará a escolha, pelo médico, dos meios cientificamente reconhecidos a serem praticados para o estabelecimento do diagnóstico e da execução do tratamento, salvo quando em benefício do paciente.

XVII - As relações do médico com os demais profissionais devem basear-se no respeito mútuo, na liberdade e na independência de cada um, buscando sempre o interesse e o bem-estar do paciente.

A autonomia médica pode ser empregada para determinar tratamentos cujos efeitos ainda não estão suficientemente demonstrados, medicamentos de alto custo em lugar de outros mais baratos, inclusão de novas tecnologias sem a cogente avaliação da relação custo-benefício, e, por vezes, a adoção de procedimentos derivados de pressão da indústria de produção de aparelhos, próteses, órteses ou de medicamentos.

Nessa atmosfera é que o Direito tem sido chamado a determinar quem pode e quem não pode ter acesso a essas novas tecnologias. Ao julgar pedidos de tutela antecipada ou de liminares para que o paciente possa ser tratado com uma tecnologia ou um medicamento ainda não disponível para toda a coletividade atendida pelo Sistema Único de Saúde (SUS), entretanto preconizado pelo médico que o assiste e considerado indispensável para o êxito do tratamento, o Direito acaba por impactar os orçamentos da saúde pública e privada; e o médico acaba por adquirir a capacidade de definir os custos dos tratamentos de saúde disponíveis para o seu paciente.

As disposições médicas possuem por finalidade garantir o melhor tratamento para a saúde do paciente, mas na contemporaneidade é patente que há repercussão econômica dessas decisões.

O contexto é polêmico e para alguns autores, saúde e economia são áreas do conhecimento que não podem caminhar conjuntamente, visto que não se restringem esforços para salvar uma vida. Para outros, saúde e economia já caminham juntas, pois os médicos e gestores estão sensíveis aos avanços tecnológicos e às solicitações incessantes do mercado de produtos farmacêuticos e de produtos para a área médica. Para muitos, por fim, é forçoso repensar os conceitos que nos trouxeram até esta fase da narrativa da humanidade, e introduzir inovações nas perspectivas de reflexão sobre alocação de recursos na saúde.

O debate sobre a saúde e o acesso aos meios de prevenção e tratamento se dilatou muito na última década no Brasil, fenômeno conhecido como Judicialização de políticas públicas<sup>4</sup>, e incorporou novos participantes a esse cenário, colocando o médico, os gestores e todos os envolvidos no processo em um panorama em que saúde, Direito e economia devem transitar em conjunto.

Na esfera da saúde, o fenômeno Judicialização de políticas públicas é mais fácil de ser compreendido. Em reiteradas decisões, acolhendo demandas de particulares, o Poder Judiciário acaba por inflacionar os orçamentos públicos, estabelecendo circunstâncias de gastos não antevistos; o que desestabiliza o planejamento anual antecipadamente aprovado pelas Casas Legislativas. Dessa forma, ainda que o Poder Judiciário proclame o direito constitucional da pessoa à saúde, a prestação de serviços médicos é, não raras vezes, declarada inviável, por importar um desequilíbrio indesejado aos cofres públicos.

No campo da saúde pública, o Estado é chamado em ações particulares e passa a aguentar o ônus dos procedimentos não garantidos pelo SUS, ou além dos

---

<sup>4</sup> Conforme Sarlet (*apud* CUNHA et al. (Orgs.), 2013, p. 9), a Judicialização de políticas públicas, é um fenômeno recente em que o Poder Judiciário interfere em diretrizes anteriormente estabelecidas pelo Poder Executivo, a quem compete originariamente sua criação e condução.

limites determinados pela regulamentação do plano orçamentário previamente decidido. Essa situação ocorre por força de determinações judiciais, verdadeiras ingerências jurisdicionais numa situação jurídica que sequer é estabelecida pelo Réu, o Estado (aqui considerado em sentido amplo).

Como o poder executivo não efetiva os direitos sociais fundamentais, em especial a saúde, o poder judiciário, através da prestação jurisdicional, entra na discricionariedade administrativa, e interfere nas políticas de saúde, tanto na esfera pública quanto na privada. O Poder Judiciário é provocado, desse modo, a atuar como contraditor das políticas definidas pelo Poder Executivo, em nome da efetividade de direitos fundamentais protegidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Fato é que, o Estado, diante dos recursos arrecadados e das inúmeras demandas sociais, ao fixar suas despesas na área da saúde, o faz de acordo com técnicas de planejamento, tais como percentual da receita a ser aplicada, demandas judiciais, prioridade do programa ou ação. Nesse ponto, cabe destacar que a receita inicial destinada para gastos com saúde no Município de Juiz de Fora, no ano de 2014, totalizou uma quantia de R\$297.938.639,11 (duzentos e noventa e sete milhões, novecentos e trinta e oito mil, seiscentos e trinta e nove reais e onze centavos)<sup>5</sup>. Não se recusa a necessidade de intervenção do Poder Judiciário para garantir o mínimo existencial ao indivíduo, não obstante, essa prática, se não for dotada de critérios lógicos, pode ensejar um vasto dano para a própria saúde pública, pois recursos instituídos à realização de outras despesas terão de ser remanejados para o cumprimento de ordem judicial de caráter individual.

Na imensa maioria das ações, os julgadores deferem a tutela antecipada sem a oitiva do ente público, em afronta ao princípio do contraditório. Como tais medidas são satisfativas, os cofres públicos são onerados mesmo que se comprove, posteriormente, a impossibilidade de recursos ou a ineficiência do tratamento/medicamento ou mesmo a possibilidade de fornecimento do medicamento pelo SUS que apenas

---

<sup>5</sup> Dado obtido através da Prefeitura de Juiz de Fora - Quadro de Detalhamento de Receita – Dezembro 2014. Órgão: 10000 – Fundo Municipal de Saúde / Sec. Saúde.



possui nomenclatura diferente daquela descrita pelo médico que assiste o paciente. E nessas circunstâncias, mesmo com a cassação da liminar, depois de apresentadas as respostas do ente público e demonstradas as possibilidades de substituição do tratamento/medicamento, destaca-se que não há a restituição da quantia investida no tratamento do sujeito. Ou seja, os cofres públicos foram onerados de maneira desnecessária, bastava, tão somente, que lhe fosse dado o direito ao contraditório antes do magistrado deferir a tutela antecipada ou liminar.

Reconhece-se que o argumento da escassez de recursos financeiros e a utilização do princípio da “reserva do possível” são recorrentes, no entanto há a necessidade de sua comprovação pelo Poder Público, avaliando os princípios da eficiência e economicidade, de forma a garantir o direito à boa administração pública.

De acordo com Canotilho (*apud* VIANA; PACHECO, 2011, p. 7), as demandas não podem ser solucionadas conforme a dimensão absoluta do “tudo ou nada”, dependendo de exame do caso concreto. Assim sendo, o Estado deve comprovar a existência de políticas públicas de saúde e a impossibilidade de realização do tratamento sem prejuízo de sacrifício a outra demanda também constitucionalmente resguardada. Transferir essa avaliação ao Poder Judiciário é o mesmo que transferir as escolhas políticas que o gestor deve fazer perante tantos processos a serem executados. Por isso a necessidade de se respeitar as políticas instituídas por meio da legislação específica, porquanto a carência de um parâmetro normativo muitas vezes contribui para decisões judiciais sem a aplicação de um critério racional dos recursos públicos.

Como bem ressaltou a Desembargadora Maria Izabel de Azevedo Souza (*apud* VIANA; PACHECO, 2011, p. 7), no julgamento do AI nº 70019001916, ocorrido na data de 26/04/2007:

O direito social à saúde, a exemplo de todos os direitos (de liberdade ou não) não é absoluto, estando o seu conteúdo vinculado ao bem de todos os membros da comunidade e não apenas ao indivíduo isoladamente. Trata-se de direito limitado à regulamentação legal e administrativa diante da escassez de recursos, cuja alocação exige escolhas trágicas pela impossibilidade de atendimento integral a todos, ao mesmo tempo, no mais elevado *standard* permitido pela ciência e

tecnologia médicas. Cabe à lei e à direção do SUS definir seu conteúdo em obediência aos princípios constitucionais.

Nessa linha de pensamento, entende-se que é plenamente exigível, por meio de demanda judicial, o fornecimento de remédios incluídos nas listas editadas por meio de portarias do SUS, observadas a competência de cada ente federativo. Como exemplos podem ser citadas a Relação Municipal de Medicamentos Essenciais (Remume); Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename), que orienta a oferta de medicamentos para o tratamento dos principais problemas de saúde da população; e a relação do Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, em que constam os medicamentos para tratamento das doenças mais raras. Nesses casos, o Poder Público estabeleceu uma política pública e está obrigado a cumpri-la, designando os recursos necessários para tanto, visto que deixar de fornecer tais medicamentos caracterizaria um retrocesso a um direito fundamental reconhecido pelo Estado, devendo ser compelido pelo Judiciário caso não o faça.

Em contrapeso, como dito anteriormente, ordenar que o Poder Público arque com tratamentos, medicamentos e procedimentos, de forma descomedida, não previstos em seu orçamento é ocasionar uma crise nas despesas públicas que se instituem a cada começo de ano. Para exemplificar tal situação, ressalta-se o município de Juiz de Fora, que no ano de 2014, empenhou um total de R\$7.330.684,76 (sete milhões, trezentos e trinta mil, seiscentos e oitenta e quatro reais e setenta e seis centavos), tão somente com mandados judiciais<sup>6</sup>.

## 2 DEMANDAS DA SAÚDE E O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

Analisando as restrições de ordem econômica à efetivação dos direitos sociais, passou-se a argumentar que estes direitos sociais estariam condicionados ao que se denominou chamar de princípio da reserva do possível<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Dado obtido através da Prefeitura de Juiz de Fora - Quadro de Detalhamento de Receita – Dezembro 2014. Órgão: 10000 – Fundo Municipal de Saúde / Sec. Saúde.

<sup>7</sup> Também conhecido como o Princípio da Reserva de Consistência, o Princípio da Reserva do Possível teve sua origem no julgamento do caso “numerus clausus” pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, julgado em 1972. Nas palavras de Ana Carolina Lopes Olsen (*apud* MORAES, 2010, p. 17), debatia-se o acesso ao curso de

Flávio Galdino (*apud* MORAES, 2010, p. 17) considera a reserva do possível como integrante dos direitos fundamentais, na medida em que avalia a escassez de recursos financeiros não como um elemento de limitação à efetividade do direito fundamental, mas sim como uma condicionante da própria essência do direito. Explica o autor:

Na medida em que o Estado é indispensável ao reconhecimento e efetivação dos direitos, e considerando que o Estado somente funciona em razão das contingências de recursos econômico-financeiros captados junto aos indivíduos singularmente considerados, chega-se à conclusão de que os direitos só existem onde há fluxo orçamentário que o permita.

Ao encontro desse pensamento está o entendimento de Gustavo Amaral e Danielle Melo (*apud* MORAES, 2010, p. 17), para quem “a escassez faz parte da definição, da delimitação em concreto do próprio direito”, de forma que, prosseguem, “a chamada 'reserva do possível' é elemento integrante”, portanto, do cerne essencial dos direitos fundamentais; em outras palavras, significa dizer que, a reserva do possível condiz com o que se assentou designar limites imanentes dos direitos fundamentais, na medida em que, conforme exposto anteriormente, “os direitos só existem onde há fluxo orçamentário que o permita.”

A reserva do possível, portanto, é chamada quando da impossibilidade de o Estado, através de prestações positivas, garantir inteiramente a efetivação de todos

---

medicina e a compatibilidade de certas regras legais estaduais que restringiam esse acesso ao ensino superior (*numerus clausus*), com a Lei Fundamental, que garantia a liberdade de escolha da profissão. O Tribunal decidiu que a prestação exigida do Estado deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, e entendeu que não seria razoável impor ao Estado a obrigação de acesso a todos os que pretendessem cursar medicina. A reserva do possível nessa situação, assim sendo, relacionou-se à exigência de prestações dentro do limite da razoabilidade, não da escassez de recursos, como ocorre no Brasil. Destaca-se que, mesmo que o Estado possua os recursos necessários disponíveis, o mesmo não é compelido a prestar algo que não seja razoável, como entendeu a Corte alemã no caso supracitado, referente aos estudantes que discutiam vagas de medicina em uma determinada instituição de ensino. Em conclusão, a Reserva do Possível, quando de seu surgimento, estava relacionada intimamente com o limite da razoabilidade da prestação; no Brasil, entretanto, a reserva do possível foi incorporada pautando-se na limitação financeira do Estado em efetivar os direitos fundamentais da sociedade. Significa dizer que, o Estado (considerado em sentido amplo) não poderia ser compelido a concretizar direitos que, de fato, determinem esforços materiais e/ou financeiros desproporcionais, pois poderia impactar expressivamente e negativamente o orçamento público, danificando o investimento em diferentes políticas públicas.

os direitos fundamentais sociais, sob pena de imensa lesão ao tesouro e, consequentemente, à coletividade como um todo.

Entretanto, a teoria da reserva do possível foi “importada” para o Brasil e decodificada exclusivamente como a Reserva do Financeiramente Possível, eis que é avaliada, por muitos juristas como limitação à materialização dos direitos fundamentais sociais, vinculada, tão somente, à existência ou não de recursos públicos disponíveis.

Verdadeiramente houve uma modificação na essência da teoria quando interpretada em solo brasileiro, uma vez que existem significantes diferenças sociais, culturais e econômicas entre a Alemanha, berço da teoria da Reserva do Possível, e o Brasil.

Sobre a importação da reserva do possível pelo Brasil, face às grandes diferenças entre os países, critica Krell (*apud* MORAES, 2010, p. 18):

Devemos nos lembrar que os integrantes do sistema jurídico alemão não desenvolveram seus posicionamentos para com os direitos sociais num Estado de permanente crise social e milhões de cidadãos socialmente excluídos. Na Alemanha – como nos países centrais – não há um grande contingente de pessoas que não acham vagas nos hospitais mal equipados da rede pública; não há necessidade de organizar a produção e distribuição da alimentação básica a milhões de indivíduos para evitar sua subnutrição ou morte; não há altos números de crianças e jovens fora da escola; não há pessoas que não conseguem sobreviver fisicamente com o montante pecuniário de assistência social que recebem, etc.

Deste modo, no Brasil, em razão de sua realidade econômica e social, este princípio consiste na realização dos direitos sociais dependente da quantidade de recursos disponíveis, sob pena de, ao dar prioridade a apenas um desses direitos, inviabilizar a prestação de outros.

Sobre o tema, assim se posiciona Barcellos (*apud* SOUZA, 2013, p. 3):

(...) é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos. Em suma: pouco adiantará, do ponto de vista prático, a previsão normativa ou a refinada técnica hermenêutica se

absolutamente não houver dinheiro para custear a despesa gerada por determinado direito subjetivo.

Em virtude da insuficiência de condições financeiras de garantir integralmente todos os direitos fundamentais sociais, cabe ao Estado realizar escolhas, instituindo as prioridades e critérios a serem adotados.

Assim sendo, cabe à Administração Pública, tendo em vista o caso concreto e os direitos colidentes, procurar compatibilizá-los, procedendo a uma análise interpretativa que leva em consideração a hierarquização desses direitos, fazendo prevalecer, conseqüentemente, os direitos avaliados como de maior importância naquela determinada circunstância. Entretanto, é inequívoco que não há obstáculo ao julgador para que ele ordene que o Poder Público realize determinado dispêndio para fazer valer um dado direito constitucional, até porque as normas em conflito (previsão orçamentária *versus* direito fundamental a ser concretizado) estariam no mesmo plano hierárquico, cabendo ao magistrado dar prevalência ao direito fundamental dada a sua superioridade axiológica quando contraposto à regra orçamentária.

Ao encontro desse pensamento vale destacar a importante decisão do Min. Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a Pet. 1.246-SC: (...) entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, *caput* e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> O Promotor de Justiça e Mestre em Direito Público pela UERJ Marcos Masseli Gouvêa critica o posicionamento extremista do Ministro Celso de Mello. De acordo com seu entendimento, "atividade burocrática que cerca a implementação do fornecimento estatal de medicamentos (notadamente aquela ligada à previsão e ao controle orçamentários), de fato, pode ceder espaço a outras normas sobranceiras (prioritárias por imperativo constitucional ou jusfundamental) quando de sua aplicação, mas nem por isso deve ser considerado um 'problema secundário' ou burocrático. O tom do aresto coligido, porém, parece olvidar que o orçamento público, ele também, é algo 'previsto constitucionalmente', correspondendo aos importantes imperativos de transparência e racionalização da gestão financeira" (GOUVÊA, Marcos Masseli. O Direito ao Fornecimento Estatal de Medicamentos. Disponível em: [http://www.nagib.net/texto/varied\\_16.doc](http://www.nagib.net/texto/varied_16.doc)).

Portanto, como ficou demonstrado, “o simples argumento de limitação orçamentária, ainda que relevantes e de observância indispensável para a análise da questão, não bastam para limitar o acesso dos cidadãos ao direito à saúde garantido pela Constituição Federal” (*apud* SILVA, s.d., p. 28).

Obviamente, a discricionariedade nos comportamentos do administrador não autoriza que ele prefira por concretizar ou não um direito fundamental, mas sim que, ao realizar a repartição de recursos, faça uma avaliação no tocante aos bens jurídicos em questão.

Condicionar a efetivação dos direitos fundamentais sociais exclusivamente à existência ou não de recursos disponíveis e, por conseguinte, à deliberação do administrador, provoca uma imensa insegurança jurídica, razão pela qual as escolhas concretizadas por este devem ser sempre antecedidas de um exame cuidadoso do caso concreto, tendendo sempre a mais perfeita decisão possível para o conflito de interesses.

A Reserva do Possível, sob pena de ser aproveitada pelo Estado como maneira de se desobrigar dolosamente do cumprimento de suas obrigações delineadas constitucionalmente, só poderá ser chamada quando restar objetivamente demonstrada a inexistência de recursos financeiros para a efetivação de determinado fim, na medida em que, diante da realidade brasileira, a escassez de recursos inflige ao poder público a tomada de decisões complexas, relacionadas à melhor alocação dos recursos.

Todavia, o que se averigua na realidade pátria é a criação de políticas públicas de saúde insuficientes para atender à demanda da população brasileira.

De acordo com Barroso (*apud* PEREIRA, 2010, p. 12):

Aqui se chega ao ponto crucial do debate. Alguém poderia supor, a um primeiro lance de vista, que se está diante de uma colisão de valores ou de interesses que contrapõe, de um lado, o direito à vida e à saúde e, de outro, a separação de Poderes, os princípios orçamentários e a reserva do possível. A realidade, contudo, é mais dramática. O que está em jogo, na complexa ponderação aqui analisada, é o direito à vida e à saúde de uns *versus* o direito à vida e à saúde de ou

tros. Não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nessa questão.

Essa ponderação de valores possui como corolário um exagerado ativismo judicial<sup>9</sup>, na medida em que, cada vez mais, os sujeitos recorrem ao Poder Judiciário para fazer valer os mandamentos constitucionais garantidores do direito subjetivo à saúde.

No entanto, a restringida disponibilidade de recursos do Poder Público para prover as infinitas necessidades da sociedade, no âmbito da saúde pública, é uma realidade que tem o condão de acarretar o descontentamento das pessoas que, frequentemente, acabam buscando o Poder Judiciário para a resolução do empecilho. Frise-se que, tão somente, no ano de 2014 foram 1.445 (um mil quatrocentos e quarenta e cinco) ações contra o Município de Juiz de Fora<sup>10</sup>, considerando, tão somente, demandas no âmbito da saúde.

Em geral, o julgador não se preocupa com os impactos orçamentários de sua determinação, muito menos com a existência de meios materiais disponíveis para o seu cumprimento. Esquece-se, entretanto, que os recursos são finitos. Nessa linha de pensamento, é preciso examinar até que ponto sua ordem será passível de atendimento sem colocar em risco o equilíbrio financeiro do Sistema Único de Saúde, notadamente em ocasiões de crises econômicas.

Esse tipo de decisão do Judiciário, no qual não existe um exame prudente do caso em concreto, pode ocasionar sérias dificuldades para a Administração Pública, posto que o administrador, para conseguir cumprir o determinado nas decisões Judi

---

<sup>9</sup> Nas palavras de Luís Roberto Barroso, em seu artigo intitulado “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática, p. 6, “ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A idéia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.”

<sup>10</sup> Conforme informado na nota de número dois, o dado a que se refere ao número de demandas judiciais no âmbito da saúde contra o Município de Juiz de Fora no ano de 2014, foi obtido através de e-mail, devido ao tempo de estágio realizado na Procuradoria Geral do Município, sendo certo que, não está disponível para consulta do público em geral.

ciais, muitas vezes tem que retirar recursos de uma área específica para que sejam aplicados segundo a ordem judicial.

Essa circunstância origina uma violação direta ao princípio constitucional da igualdade, pois para cumprir determinada decisão judicial e, em consequência, favorecer um indivíduo particular, não raras vezes o Poder Público, necessita realocar verbas de outra área, acarretando prejuízo àqueles que dela dependiam.

Os recursos financeiros dedicados ao custeio e a novos investimentos são e sempre serão finitos (fato inquestionável), mormente quando analisados os custos crescentes na área da saúde, relacionados à ampliação dos cuidados, ao envelhecimento populacional, às características próprias da atividade econômica do setor e à crescente incorporação de novas tecnologias.

Na ótica governamental o tema não pode se restringir apenas a aspectos econômicos e orçamentários, mas também na necessidade de estabelecimento de critérios claros que orientam a incorporação de novas tecnologias, pautados em evidência científica de sua legitimidade. Bem como na ótica judicial, a discussão não pode se limitar, tão somente, a aspectos da dignidade da pessoa humana, na possibilidade de sobrevida digna, na possibilidade de cura, no novo experimento que pó

de vir a trazer a cura, para um único indivíduo em detrimento de toda uma coletividade.

### 3 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Pode-se conceituar a disciplina de Direito e Economia como um corpo teórico fundado na aplicação da Economia às normas e instituições jurídico-políticas<sup>11</sup>. Na síntese de Richard Posner (*apud* SALAMA, 2008, p. 9), o Direito e Economia com

<sup>11</sup> Aqui tomo o termo “instituição” no sentido empregado por Douglass North segundo o qual as instituições “são as regras do jogo em uma sociedade, ou, mais precisamente, são as restrições que moldam as interações humanas... [sendo] perfeitamente análogas às regras do jogo em uma competição esportiva” (NORTH, Douglass C. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, p. 3-4). Isso quer dizer que as instituições compreendem tanto as regras formais (Constituição, leis ordinárias, etc.) quanto as regras informais (normas de comportamento, códigos de conduta, convenções, valores, crenças, costumes, religiões, etc.) que pautam a atuação dos diversos indivíduos e entes sociais (inclusive empresas, con-



preendem “a aplicação das teorias e métodos empíricos da economia para as instituições centrais do sistema jurídico”. Para Nicholas Mercurio e Steven Medema (*apud* SALAMA, 2008, p. 9), trata-se da “ aplicação da teoria econômica (principalmente

microeconomia e conceitos básicos da economia do bem-estar) para examinar a formação, estrutura, processos e impacto econômico da legislação e dos institutos legais”. Na mesma linha de raciocínio Sandel afirma que “hoje, a economia tomou boa distância de seu objeto tradicional. (...) a economia não diz respeito apenas à produção, à distribuição e ao consumo de bens materiais, mas também à interação humana em geral e aos princípios que regem a tomada de decisões pelos indivíduos.”

É comum, portanto, diante de tal pensamento destacar duas dimensões, ou dois níveis epistemológicos, da disciplina de Direito e Economia: a dimensão positiva (ou descritiva) e a dimensão normativa (ou prescritiva). À primeira dá-se o nome de Direito e Economia Positivo, e à segunda de Direito e Economia Normativo. São duas dimensões distintas e autônomas. O Direito e Economia Positivo se ocupa das repercussões do Direito sobre o mundo real dos fatos; o Direito e Economia Normativo se preocupa em estudar se, e como, noções de justiça se comunicam com os conceitos de eficiência econômica, maximização da riqueza e maximização de bem-estar.

Seja como for, o foco do presente estudo pauta-se no Direito e Economia Positivo, o qual emprega, principalmente, modelos mentais e instrumentos analíticos típicos da Economia. Ainda que haja aqui e ali abertura cognitiva para outras ciências, utilizam-se, especialmente, os modelos microeconômicos marginalistas, aproveitando-se também da Teoria dos Custos de Transação, Teoria do Agente, Teoria da Escolha Pública e da Teoria dos Jogos.

Cumprido destacar que o Direito e Economia Positivo fundamenta-se em cinco conceitos centrais, quais sejam: 1- escassez – que traz o conceito de que os recur-

tos são finitos, conseqüentemente, para o pesquisador em Direito, significa dizer que a proteção de direitos consome recursos; 2- maximização racional – vale dizer que os indivíduos farão escolhas que atendam seus interesses pessoais, o que indica que, se parte da premissa de que os indivíduos calculam para conseguirem os maiores benefícios aos menores custos; 3- equilíbrio – importa o padrão comportamental interativo que se atinge quando todos os sujeitos estão maximizando seus próprios interesses concomitantemente; 4- incentivos – a ideia de que pessoas possam operar como maximizadores racionais de suas prioridades, e que dão ensejo a padrões interativos relativamente estáveis (as situações de equilíbrio); e 5- eficiência – termo que comporta distintas significações, dentre as quais, a mais comum diz respeito à maximização da riqueza e do bem-estar e à minimização de custos sociais. Dessa perspectiva, um processo será considerado eficiente se não for possível aumentar os benefícios sem também aumentar os custos.

Todavia, para o presente estudo, pautar-se-á na análise de um único conceito, qual seja: escassez. O mesmo que também está presente como fundamento do princípio da reserva do possível (quando da incorporação do mencionado princípio pela doutrina brasileira), conforme analisado anteriormente.

A escassez é o ponto de partida da análise econômica. Se os recursos fossem ilimitados, não haveria a dificuldade de se ter que equacionar sua alocação; todos poderiam ter tudo o que desejassem, e nas abundâncias que ambicionassem. Para ficarmos com a conceituação clássica de Lionel Robbins (*apud* SALAMA, 2008, p. 16), a Economia é a “ciência que estuda o comportamento humano como uma relação entre fins e meios escassos para os quais há usos alternativos”. A escassez obriga os indivíduos a realizarem escolhas e a incorrerem em *trade-offs*. Os *trade-offs* são, na realidade, “sacrifícios”: para se ter qualquer coisa é preciso abrir mão de alguma outra coisa – nem que seja, tão somente, o tempo. Esse algo de que se abre mão é o denominado “custo de oportunidade”. Todas as escolhas possuem custos de oportunidade. Isso significa dizer que nem tudo pode ser feito ou produzido; tudo tem um custo; e cada centavo gasto em uma determinada atividade, é o mesmo centavo que não é gasto em todas as demais.

A ideia é a de que os sistemas jurídicos poderiam ser percebidos como sendo a resultante das determinações de maximização de preferências das pessoas em um ambiente de escassez.

A noção de escassez acarreta uma série de decorrências para o estudioso, o profissional, e o pesquisador em Direito. Uma delas – talvez a mais dramática e corriqueira – diz respeito ao fato de que a proteção de direitos consome recursos.

A partir desse ponto de vista, ao contrário das necessidades da sociedade (intermináveis), os recursos são finitos. Pelo que, perante a miserabilidade de orçamento público, o Estado (aqui compreendido como o município de Juiz de Fora) é compelido a realizar escolhas, instituindo critérios e preferências para promover o maior bem social possível. Em outras palavras, significa dizer que, se os recursos financeiros são limitados, não há outra opção senão “conservá-los”. Pois, quanto mais for usado em demandas judiciais atendendo necessidades individuais, menos haverá para manter as necessidades dos demais cidadãos. Com base nesse pressuposto, levar em consideração a questão financeira é uma maneira de preservar um recurso escasso e tentar atender ao maior número de necessidades da população.

Mas nesse contexto de estudo entre Direito e Economia o que são custos de transação?

Douglass North, citado no artigo “O que são Custos de Transação?”, melhor definiu custos de transação como sendo os custos de se mensurar aquilo que é trocado por meio da execução dos contratos, em outras palavras, custos de transação significam as consequências de certas decisões tomadas em determinadas situações. Logo, se os agentes econômicos são racionais, se seus recursos são escassos e se o objetivo individual de cada um é a maximização de tais recursos para cada um obter o maior bem estar possível – essas três variáveis chaves – escassez, maximização racional e equilíbrio – determinam a porque razão sempre se pretende o menor custo de transação na execução dos contratos.

Sobrevém, no entanto, que na realidade brasileira deparamo-nos com uma ineficácia da *Instituição Judiciário* e da legislação que ela deve aplicar. Em outras palavras, percebe-se que os estímulos que se originam da atividade jurisdicional são contraproducentes para o ambiente econômico.

#### **4 ESTUDO DA SITUAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA NO MUNICÍPIO DE JUIZ DE FORA NO ANO DE 2014**

O Ministro Gilmar Mendes afirmou no discurso de abertura da Audiência Pública nº 04, convocada em 05 de março de 2009:

O fato é que a judicialização do direito à saúde ganhou tamanha importância teórica e prática que envolve não apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo.

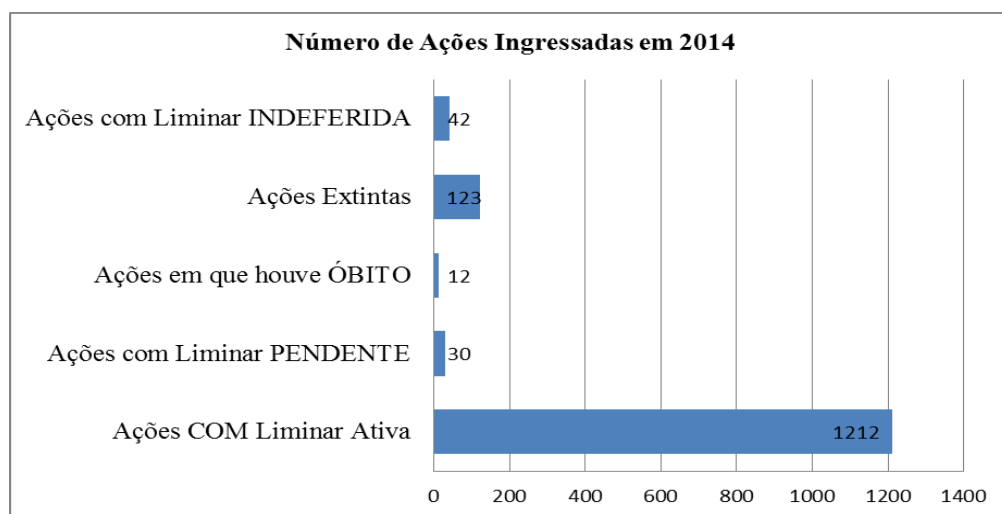
Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício da cidadania e para a realização do direito social à saúde, por outro, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão perante os elaboradores e executores das políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área da saúde e além das possibilidades orçamentárias. A ampliação dos benefícios reconhecidos confronta-se continuamente com a higidez do sistema.

A declaração acima não demonstra preocupação do Judiciário com a insuficiência de dados técnicos concisos para avaliar o caso individualizado e as implicações administrativo-financeiras da decisão para o município que terá que cumpri-la. Nem pondera que, em determinadas conjunturas, o Judiciário precisaria deixar a decisão para órgãos técnicos que pudessem julgar o pedido com maior amplitude de exame, analisando não apenas a necessidade individual, mas também as decorrências para a sociedade como um todo.

Durante um ano de estágio realizado na Procuradoria Geral do Município de Juiz de Fora, na área da saúde, o contato direto com tais demandas permitiu detec

tar que os argumentos utilizados são, quase sempre, a conjugação do artigo 6º<sup>12</sup> com o artigo 196<sup>13</sup> da Constituição Federal de 1988, para concluir que o cidadão possui direito de ter acesso integral à saúde, além de ser recorrente o fato de que os argumentos apontados pelo médico assistente do requerente são considerados verdadeiros, substrato suficiente para a decisão judicial, em especial quando há arguição de urgência ou de emergência.

Diante da circunstância, no ano de 2014, foram 1.445 (um mil, quatrocentos e quarenta e cinco) ações novas, tão somente no âmbito da saúde. Desse total destaca-se a seguinte situação<sup>14</sup>:



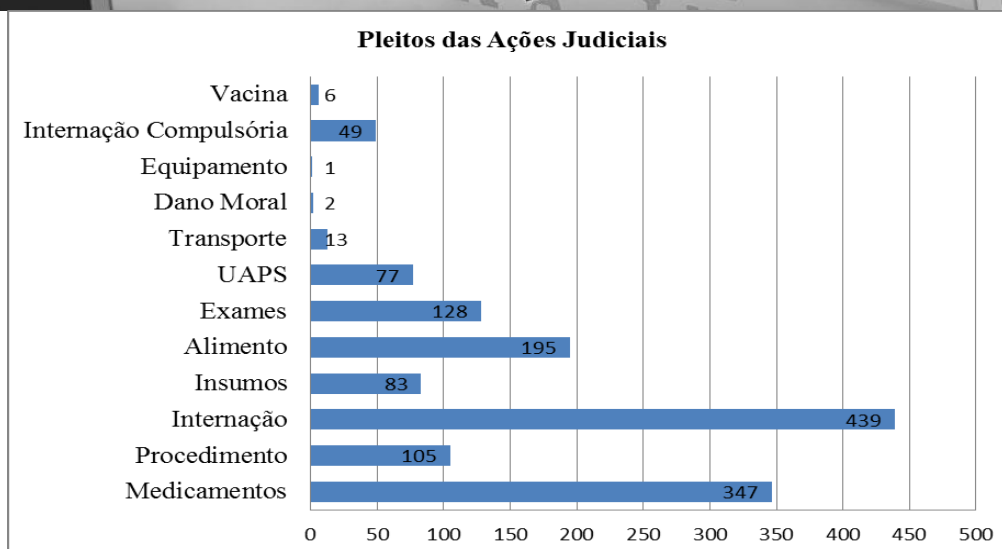
Fonte:  
Adaptado da  
Plani-  
lha de  
Controle  
de Ações  
Judici-

ais da Procuradoria Geral do Município de Juiz de Fora no âmbito da Saúde, 2014.

<sup>12</sup> Art. 6º – São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

<sup>13</sup> Art. 196 – A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

<sup>14</sup> Conforme informado anteriormente, devido ao tempo de estágio realizado na Procuradoria Geral do Município de Juiz de Fora, os dados utilizados para a produção dos gráficos apresentados foram obtidos por meio de e-mail, sendo certo que, não estão disponíveis para consulta do público em geral.



Fonte: Adaptado da Planilha de Controle de Ações Judiciais da Procuradoria Geral do Município de Juiz de Fora no âmbito da Saúde, 2014.

Ana Paula Barcellos (*apud* CARLINI, 2011, p. 144-145), pondera:

É certamente penoso para um magistrado negar, e.g., o transplante ou o medicamento importado que poderá salvar a vida do autor da demanda, pelo fato de tais prestações não estarem compreendidas no *mínimo existencial* que decorre da Constituição e nem constarem de qualquer outra norma jurídica ou de uma opção política adicional veiculada pelo Legislativo ou pelo Executivo. Nesse contexto, as impressões psicológicas e sociais do magistrado, a quem cabe afinal aplicar a Constituição, não podem ser desconsideradas. Um doente com rosto, identidade, presença física e história pessoal, solicitando ao Juízo uma prestação de saúde é percebido de forma inteiramente diversa da abstração etérea do orçamento e das necessidades do restante da população, que não são visíveis naquele momento e têm sua percepção distorcida pela incredulidade do magistrado, ou ao menos pela fundada dúvida de que os recursos públicos estejam sendo efetivamente utilizados para promoção da saúde básica.

A escassez de recursos é verdadeira e estabelece ao gestor público a realização de escolhas que venham ao encontro dos reais anseios da sociedade, quase sempre por meio da tomada de decisões complexas. De outro lado, o direito constitucional à saúde está na essência do mínimo existencial cogente à dignidade da pessoa humana. Nas palavras de Barroso (*apud* PEREIRA, 2010, p. 28):

O Estado constitucional de direito gravita em torno da dignidade da pessoa humana e da centralidade dos direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana é o centro de irradiação dos direitos fundamentais, sendo freqüentemente identificada como o núcleo essencial de tais direitos. (...) Os três Poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário – têm o dever de realizar os direitos fundamentais, na maior extensão possível, tendo como limite mínimo o núcleo essencial desses direitos.

Fato é que o Poder Judiciário não tem acesso a todos os documentos sobre políticas públicas do município, e nem tem como tê-los, porque, se tivessem, o tempo dos magistrados seria destinado à leitura de orçamentos e de relatórios que expressam a execução das rubricas orçamentárias.

Carlos Portugal Gouvêa (Advogado, Professor da Faculdade de Direito da USP, Doutor de Direito pela Universidade de Harvard), nessa linha de pensamento afirma:

Cada uma dessas ações oferece ao juiz um dilema com o qual nenhum de nós gostaria de se deparar: ou conceder o remédio ou a pessoa irá morrer ou sofrer uma grave consequência para sua saúde. Infelizmente o juiz não tem as informações necessárias para tomar tal decisão. Primeiro, a análise sobre a adequação do tratamento exigiria a opinião de uma junta médica independente, e não apenas do médico que receitou o tratamento para dizer se o tratamento é eficaz e se as alegações da ação têm fundamento. Segundo, a juíza ou juiz não tem informação suficiente sobre a capacidade econômica de quem está pedindo para saber se a pessoa teria condições de arcar com as despesas que o governo deixará de aplicar no atendimento de outras pessoas. Terceiro, os magistrados não têm informações sobre o orçamento público da saúde para saber quantas pessoas vão deixar de receber outros tratamentos por falta daqueles recursos. Diante de tais situações, não é de se admirar que em quase todos os casos os remédios sejam concedidos por meio de liminar.

A partir dessa perspectiva, o Juiz deve ter em mente que alocar recursos financeiros para determinada demanda de saúde (individual), na esfera judicial, significa deslocar recursos designados a outras demandas também garantidas pela Constituição Federal.

Não se nega que a saúde é um direito humano fundamental, mas encontra-se mal implementada; esse é o principal fator que desencadeia o desenvolvimento da judicialização da saúde. Apesar disso, é imperioso haver um comedimento entre a consecução do direito individual e das políticas públicas previstas, para que o orçamento público não seja onerado a tal ponto que torne irrealizável a atuação do Município.

Ao encontro desse pensamento, Daniel Wang, no artigo "Pesquisa em foco: Judicialização: um risco para a saúde pública no Brasil", pesquisador e professor de Direitos Humanos da London School of Economics, afirma que:

a garantia de um determinado tratamento para os indivíduos, por meio de processo judicial, isola a necessidade do indivíduo de um contexto maior de uma política pública de saúde. A avaliação do fenômeno da judicialização não pode se limitar a olhar quem ganha, mas deve também considerar seu impacto em termos de justiça distributiva e eficiência no gasto público, e a evidência, até o momento, mostra que o impacto da judicialização sobre o sistema de saúde é negativo. (grifo nosso).

## CONCLUSÃO

A garantia de direitos que dependem de atuação positiva provoca despesas para o Estado, que, conseqüentemente, restringem o caráter absoluto desses direitos. Diante disso, e sopesando ainda a escassez de recursos orçamentários, cabe ao gestor público promover a eficiência a locativa desses recursos de maneira a não frustrar as expectativas de justiça social emanadas da Carta Constitucional.

No enredamento dessa situação, em que se confrontam, de um lado, a garantia do direito fundamental à saúde, e, de outro, a capacidade financeira do Estado, é que a presente pesquisa procurou abordar a controversa questão do fornecimento de medicamentos, tratamentos, cirurgias, etc. pelo Município de Juiz de Fora, decorrente de decisão judicial.



Essa questão foi bem retratada pelo próprio Ministro da Saúde, José Gomes Temporão (*apud* PEREIRA, 2010, p. 27), na sua exposição durante a Audiência Pública realizada no Supremo Tribunal Federal:

[...] a via judicial bem educa o gestor omissivo que não provê dentro da sua competência e responsabilidade os bens e serviços de saúde, mas também acho que ela não pode se constituir em meio de quebrar os limites técnicos e éticos que sustentam o Sistema Único de Saúde, impondo o uso de tecnologias, insumos ou medicamentos, ou sua incorporação à crítica, desorganizando a administração, deslocando recursos de destinações planejadas e prioritárias e o que mais surpreende, muitas vezes, colocando em risco e trazendo prejuízo à vida das pessoas.

Tais palavras do Ministro da Saúde parecem refletir o posicionamento da Suprema Corte Brasileira a respeito da questão, pois, conquanto admita a invocação do princípio da reserva do possível - com a observação de que o mesmo não insinue a negação pura e simples da garantia de condições mínimas de existência do indivíduo -, não há qualquer jurisprudência firmada sobre o tema.

Pelo contrário, na atual situação em que o Executivo e o Legislativo se enredaram em denúncias de corrupção, descrédito, má utilização das verbas públicas, lentidão e falta de eficiência, o Judiciário, através de decisões judiciais de amplo impacto divulgadas nos noticiários mais assistidos pelo país e também nos jornais impressos e na mídia eletrônica, colaboraram (de forma pouco estudada, mas plausível de ser considerada) para que os julgadores se transformassem no imaginário popular criaturas que tudo podem deliberar e que têm o poder de decidir que direitos poderão ser desfrutados por quaisquer sujeitos.

Neste contexto, a inércia governamental frente ao rápido desenvolvimento científico e tecnológico no âmbito da saúde parece ser o fato motivador da procura por novas formas de tratamento de saúde pela via judicial. Conseqüentemente, a questão que se coloca é se essa inércia procede da complexidade da política de incorporação de novas tecnologias ou de deliberada escolha do poder público ao onerar de forma demasiada os cofres públicos, privilegiando aqueles que procuram o Poder Judiciário para fazer valer seus direitos fundamentais.

É fato incontestável que a questão aqui apresentada (direitos fundamentais *versus* limitação orçamentária) está longe de um consenso. A escassez de recursos é verdadeira e impõe ao gestor público a efetivação de escolhas que venham ao encontro das reais aspirações da coletividade, quase sempre por meio da tomada de decisões trágicas. Por outro lado, o direito constitucional à saúde está no centro do mínimo existencial necessário à dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, há pretexto de proteger os direitos fundamentais, os magistrados têm incidido na prática corriqueira de conceder medidas satisfativas na área da saúde, obrigando o Poder Público a realocar verbas já dedicadas a outros pacientes, os quais seguramente morrerão, anonimamente, à falta de assistência médica adequada. Condena-se a administração pública, por exemplo, a adquirir medicamentos especiais de alto custo sem o procedimento licitatório ou de tomada de préços, sendo certo que as decisões não assinalam de forma clara, de onde devem sair os recursos financeiros.

Significa que a denominada “justiça distributiva” por Aristóteles<sup>15</sup>, aplicada de forma equivocada, acaba gerando a quebra do princípio da igualdade entre os cidadãos, impondo aos menos afortunados má-sorte de não estarem judicialmente assistidos. Se os recursos são insuficientes e os procedimentos médicos possuem alto custo, evidentemente que haverá um racionamento dos recursos que acabará por prejudicar os menos afortunados na sociedade.

Em consequência, embora não se vislumbre uma solução única e imediata para o problema da judicialização da saúde, é imprescindível a necessidade do aprimoramento das políticas públicas de saúde, mediante a racionalização de gastos, o adequado planejamento e a realização de investimentos no setor. Por outro lado, a atuação judicial deve pautar-se por legislação adequada que mantenha o caráter universal do atendimento à saúde, privilegiando a sociedade como um todo e

---

<sup>15</sup> A justiça distributiva é a que se observa na distribuição pela *polis*, isto é, pelo Estado, de bens, honrarias, cargos, assim como responsabilidades, deveres e impostos. “Uma das espécies de justiça em sentido estrito e do que é justo na acepção que lhe corresponde, é a que se manifesta na distribuição de funções elevadas de governo, ou de dinheiro, ou das outras coisas que devem ser divididas entre os cidadãos que compartilham dos benefícios outorgados pela constituição da cidade, pois em tais coisas uma pessoa pode ter participação desigual ou igual à de outra pessoa.” (ARISTÓTELES, 1996, p. 197). Significa dizer que, a justiça distributiva é um meio termo com quatro termos na relação: dois sujeitos comparados entre si e dois objetos. Será justo, portanto se atingir a finalidade de dar a cada um aquilo que lhe é devido, na medida de seus méritos.

respeitando os limites orçamentários correspondentes, pois conforme afirmou Sandel “democracia não quer dizer igualdade perfeita, mas de fato exige que os cidadãos compartilhem uma vida comum.”

Afastar-se o debate da judicialização da saúde da área do judiciário é o grande desafio. Fazer com que essa contenda retorne para a sociedade civil e se faça em diálogo com o Executivo e com o Legislativo, esse é o caminho a ser traçado e trilhado. Mas isso ainda não basta: é preciso que o diálogo seja qualificado, envolvendo todos os interessados (médicos, juristas, advogados, políticos, indústrias do ramo da saúde), de alto nível, com adequada quantidade de informações técnicas e científicas.

## **JUDICIALIZATION OF HEALTH, RESERVE OF POSSIBILITY AND COSTS OF TRANSACTION: AN ECONOMIC ANALYSIS**

### **ABSTRACT**

Based on the Juiz de Fora municipality during the year 2014, the basic finality of this article is to analyze the interference of the judiciary in the realization of the social right to health, considering the concept of scarcity used both in the economic analysis right as the principle of reservation possible. To achieve this goal, a bibliographic and documentary research was conducted. The problem presented here (fundamental rights versus budget constraint) is far from a consensus; because one can not deny the existence of public policies established in the Federal Constitution of 1988 and the scarcity of public resources to meet all demands in health.

**KEYWORDS: JUDICIALIZATION OF HEALTH. HEALTH. RIGHT. ECONOMY. SCARCITY.**

## REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Ética à Nicômaco**. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

BARROS Jr. Edmilson de Almeida. **código de ética médica 2010**: comentado e interpretado. Resolução CFM 1.931/2009. S. Paulo: Atlas, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. s.d. Disponível em:  
<<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 18 jun 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da república federativa do Brasil**, Brasília, DF: Senado, 1988.

CARLINI, Angélica Luciá. **Judicialização da saúde pública no Brasil**: causas e possibilidades de solução. São Paulo, 2011.

CUNHA, Camila Mazzinghy da et al.(Orgs.). **A Judicialização da saúde suplementar**: uma análise econômica. 2013. Disponível em:

<<http://blog.newtonpaiva.br/pos/wp-content/uploads/2013/02/E4-D-09.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

GOUVÊA, Carlos Portugal. **Judicialização da saúde**: depoimento. [03/09/2013]. Disponível em:  
<<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/judicializacao-da-saude/11957>>. Acesso em: 18 de fev. de 2015.

MENDES, Gilmar. **Discurso de abertura da audiência pública n. 04**, convocada em 05 de março de 2009. Disponível em:  
<[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSade/anexo/Abertura\\_da\\_Audiencia\\_Publica\\_MGM.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSade/anexo/Abertura_da_Audiencia_Publica_MGM.pdf)>. Acesso em: 30 de abr. de 2015.

MORAES, Daniela Pinto Holtz. Efetividade dos direitos sociais: Reserva do possível, mínimo existencial e ativismo judicial. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 76, maio 2010. Disponível em:



<[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7701](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7701)>. Acesso em: 22 jul 2015.

PEREIRA, Delvechio de Souza. **O orçamento público e o processo de judicialização da saúde**. Artigo apresentado ao Instituto Serzedello Corrêa – ISC/TCU. Brasília – DF. 2010.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em Direito e Economia. **Cadernos Direito GV**. v. 5, n. 2, 2008.

SANDEL, Michael J. **O que o dinheiro não compra**: os limites morais do mercado. Michael J. Sandel; tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2008.

SILVA, Leny Pereira da. **Direito à saúde e o princípio da reserva do possível**. s.d. Disponível em:

<[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO\\_A\\_SAUDE\\_por\\_Leny.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAUDE_por_Leny.pdf)>. Acesso em: 20 mai 2015.

SOUZA, Lucas Daniel Ferreira de. Reserva do possível e o mínimo existencial: embate entre direitos fundamentais e limitações orçamentárias. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 116, set 2013. Disponível em: <[http://ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13621&revista\\_caderno=4](http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13621&revista_caderno=4)>. Acesso em: 14 jun 2015.

VIANA, Tatiana Cardoso Teixeira; PACHECO, Pablo Viana. A judicialização do direito à saúde e o princípio da reversa do possível: necessidade de uma interpretação sistemática da Constituição. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 85, fev 2011. Disponível em:

<[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8957](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8957)>. Acesso em: 16 jul 2015.

PESQUISA EM FOCO: **Judicialização**: um risco para a saúde pública no Brasil. Disponível em: <<http://direitosp.fgv.br/node/71962>>. Acesso em: 17 de abr. de 2015.