

# ALGUMAS APROXIMAÇÕES ENTRE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE, ORÇAMENTO E DECISÕES JUDICIAIS

## *SOME APPROACHES BETWEEN PUBLIC HEALTH POLICIES, BUDGET AND JUDGMENTS*

**Octavio Campos Fischer<sup>1</sup>**

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

**Heletícia Leão de Oliveira<sup>2</sup>**

Advogada

**RESUMO:** O presente artigo tem como objeto tratar de algumas aproximações entre políticas públicas de saúde, orçamento e decisões judiciais. Para atingir este propósito, analisa-se aspectos relevantes sobre as políticas públicas e a legitimidade de seu controle judicial. E também se reflete sobre as limitações à realização de políticas públicas abordando os custos dos direitos, a escassez de recursos

e a reserva do possível. Neste ponto, destaca-se a forma como o Supremo Tribunal Federal vem decidindo acerca desse tema. Alguns julgadores desprezam a questão dos custos dos direitos determinando uma aplicação quase absoluta da norma constitucional e colocando, em um segundo plano, as consequências jurídicas de suas decisões para o orçamento público. Por isso, é necessário buscar uma

<sup>1</sup> Doutor em Direito Tributário pela Universidade Federal do Paraná (2002), Mestre em Direito Tributário pela Universidade Federal do Paraná (1999), Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1993). É professor de Direito Tributário do Mestrado, da Especialização e da Graduação nas Faculdades Integradas do Brasil (UniBrasil). Foi professor colaborador do programa de mestrado em direito do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP/DF) em 2012 e 2013. Foi vice-coordenador do Programa de Mestrado em Direito da UniBrasil (2010-2011).

<sup>2</sup> Mestre em Direito pelas Faculdades Integradas do Brasil (UniBrasil) na área de concentração “Direitos Fundamentais e Democracia”, Pesquisadora do Núcleo de Pesquisas em Direito Constitucional da UniBrasil (NupeConst), Pós-Graduada em Direito Público pela Escola da Magistratura Federal do Paraná, Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar, Graduada em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba).

posição de equilíbrio e racionalidade, a partir da adequada aplicação da teoria da reserva do possível. Ademais, problematiza-se sobre a questão da competência no controle das políticas públicas pelo orçamento. Discute-se a legalidade da interferência do Poder Judiciário em matéria orçamentária, pois a concretização de direitos fundamentais exige uma sensível alocação de bens materiais, cuja distribuição recebe tratamento em atos normativos aprovados pelo Poder Legislativo. Ainda, tratam-se dos impactos de uma crescente intervenção judicial nos domínios econômicos no Brasil. Diante das dificuldades orçamentárias e dos limites da reserva do possível, propugna-se por um ativismo judicial moderado e comprometido com a guarda da Constituição.

**PALAVRAS-CHAVE:** Políticas públicas de saúde; controle judicial; teoria da reserva do possível; orçamento; decisões judiciais.

**ABSTRACT:** *This article discusses some links between public health policies, budget and judicial decisions. To achieve this purpose, the study analyzes relevant aspects of public policy and the legitimacy of its judicial control. It also examines the limitations of the implementation of public policies addressing the costs of rights, the scarcity of resources and the clause of “reservation of possibility”. At this point, it is noteworthy how the Supreme Court is deciding on the subject. Some judges disregard the issue of costs of rights, stating an almost absolute application of constitutional rule, putting on a background of the legal consequences of their decisions to the public budget. Therefore, it is necessary to seek a position of balance and rationality from the proper application of the “reservation” clause. Furthermore, it discusses about the question of jurisdiction in the control of public policies for the budget. It argues the legality of the interference of the Judiciary in budgetary matters, because the realization of fundamental rights requires a significant allocation of material goods, whose distribution receives treatment in normative acts approved by the Legislature. Also, it analyses the impacts of a growing judicial review in Brazilian economic areas. Finally, given the budgetary constraints and the limits of the “reservation of possibility”, this essay argues for a judicial activism considerate moderate and committed to safeguarding the Constitution.*

**KEYWORDS:** *Public health policies; judicial control; “reservation of possibility”; budget; judicial decisions.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Políticas públicas: aspectos gerais e controle judicial; 2 Limitações à realização de políticas públicas de saúde: custos dos direitos, escassez de recursos e reserva do possível; 3 Decisões judiciais, orçamento e reserva do possível; Conclusões; Referências.

**SUMMARY:** *Introduction; 1 Public policy: general aspects and judicial control; 2 Limitations for the implementation of public health policies: cost of rights, lack of resources*

*and "reservation of possibility"; 3 Judgments, budget and the clause of "reservation of possibility"; Conclusions; References.*

## INTRODUÇÃO

Nem sempre as políticas públicas de saúde desenhadas pelo legislador são efetivadas, ou seja, nem sempre a vontade da lei se torna realidade. Entre os motivos, destaca-se a carência de recursos financeiros e os custos para a efetivação dos direitos fundamentais sociais. Por isso, a problemática da relevância das questões financeiras e orçamentárias tem sido objeto de intensa análise por parte da doutrina.

Além disso, há transferência de uma parcela significativa de poder das instituições representativas ao Judiciário. Contudo, tal atitude mais ativa e criativa dos juízes, em alguns casos, não leva em consideração a matéria orçamentária. Pode-se verificar que não há unicidade no entendimento jurisprudencial acerca da possibilidade de intervenção do Judiciário na implementação de políticas públicas, tampouco sobre a forma por meio da qual tal intervenção deve acontecer.

Observa-se que, embora tais decisões estejam vinculadas juridicamente, é certo que a sua efetivação está submetida, entre outras condicionantes, à reserva do financeiramente possível. E se afirma que a gestão da despesa pública deve estar vinculada aos parâmetros constitucionais: se os recursos são escassos, sua aplicação deve privilegiar o atendimento aos fins considerados prioritários pela Constituição Federal.

Assim, é necessário aclarar qual a posição ocupada pela reserva do financeiramente possível na teoria dos direitos fundamentais sociais, de maneira que não seja utilizada como argumento genérico manejado para se negar a concretização desses direitos, inclusive do direito à saúde.

Neste ponto, chama-se a atenção para a forma como o Supremo Tribunal Federal vem decidindo sobre escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível.

Também aponta-se para a necessidade de mais discussão e de realização de um estudo de maior amplitude no campo das políticas públicas de saúde e do orçamento público.

Diante do exposto, mister se faz a reflexão sobre o referido objeto no meio acadêmico.

## 1 POLÍTICAS PÚBLICAS: ASPECTOS GERAIS E CONTROLE JUDICIAL

Para que o Estado possa influenciar a atuação da sociedade civil, é elaborada uma série de mecanismos jurídicos para que sua atuação ocorra a contento e o instrumento utilizado para a promoção dessa participação perante as relações sociais são as políticas públicas<sup>3</sup>.

Fábio Konder Comparato esclarece que o primeiro autor a tratar do conceito técnico de política no campo jurídico foi Ronald Dworkin ao fazer uma contraposição entre política e princípio<sup>4</sup>.

Para o autor norte-americano, o argumento de política estabelece um objetivo coletivo, ao passo que o argumento de princípio gera um direito individual:

As metas coletivas estimulam as trocas de benefícios e encargos no seio de uma comunidade, tendo em vista a produção de algum benefício geral para a comunidade como um todo. [...] Em cada caso, os princípios distributivos estão subordinados a uma certa concepção do bem coletivo agregado, de modo que uma oferta menor de algum benefício a um homem possa ser justificada simplesmente mostrando que isso levará a um maior benefício geral.<sup>5</sup>

Bem assevera Maria Paula Dallari Bucci que o estudo das políticas públicas sob a perspectiva jurídica é aceitar um grau de interpenetração entre as esferas jurídica e política. Ela afirma que é “assumir a comunicação que há entre os dois subsistemas, reconhecendo e tornando públicos os processos dessa comunicação na estrutura burocrática do poder, Estado e Administração Pública”<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> BREUS, Thiago Lima. Políticas públicas no estado constitucional: a problemática da concretização dos direitos fundamentais sociais pela administração pública brasileira contemporânea. 246 f. Dissertação de mestrado pela Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, ago. 2006. p. 179.

<sup>4</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade das políticas públicas. *Revista Informação Legislativa*, Brasília, n. 138, abr./jun. 1998. p. 44.

<sup>5</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 142-143.

<sup>6</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 241-242.

Com efeito, o conceito de política pública (*policy*) diz respeito a metas coletivas, objetivos sociais que demandam programas de ação pelos Poderes Públicos, comum em um Estado que se pretende social<sup>7</sup>.

Além disso, Ana Paula de Barcellos explica que as políticas públicas representam um conceito bastante abrangente que envolve não apenas a prestação de serviços ou o desenvolvimento de atividades executivas diretamente pelo Estado, como também sua atuação normativa, reguladora e de fomento em diversas áreas<sup>8</sup>.

Em consonância com Estefânia Maria de Queiroz Barboza e Katya Kozicki não se pode descurar que é por meio de políticas públicas coletivas que a Constituição brasileira pretende que sejam realizados e garantidos os direitos fundamentais sociais: “[...] são direitos que dizem respeito a toda a sociedade, considerada em sua forma coletiva e não apenas de garantias de direitos individuais, e por isso a necessidade de políticas macro para sua realização, dando-se conta das necessidades do povo, bem como da capacidade do Estado”<sup>9</sup>.

Portanto, as políticas públicas são compreendidas como instrumento de efetivação de direitos fundamentais sociais. Sem a implementação de políticas públicas, o Estado Social não existe, pois a sua razão de ser está voltada para a concretude dos direitos das pessoas na comunidade onde vivem.

Não há tratamento uniforme na legislação pátria acerca da nomenclatura utilizada para o termo “políticas públicas”. Assim, são usados de forma indistinta, conceitos como plano (Plano Nacional de Educação), programa (Programa Minha Casa Minha Vida e Programa Mais Médicos) ou política (Política Nacional de Resíduos Sólidos)<sup>10</sup>.

Segundo Saulo Lindorfer Pivetta, esses termos “[...] se destinam, basicamente, a explicitar objetivos e os instrumentos necessários à sua

<sup>7</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 72, jan./jun. 2012.

<sup>8</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais – Orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 102.

<sup>9</sup> BARBOZA, Estefânia Queiroz; KOZICKI, Katya. Op. cit., p. 72.

<sup>10</sup> PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde: regime jurídico-constitucional, políticas públicas e controle judicial*. 270 f. Dissertação de mestrado pela Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, 15 mar. 2013. p. 99.

realização, que devem ser observados pelo Poder Público, especialmente pela Administração Pública<sup>11</sup>.

É mister destacar que as políticas públicas podem ser classificadas segundo a sua natureza como sociais ou econômicas. E ambas se complementam para “impulsionar a melhoria das condições gerais, o desenvolvimento da Nação, através da melhoria das condições gerais de vida de todos os cidadãos”<sup>12</sup>.

O presente artigo concentra-se nas políticas públicas sociais, inclusive nas políticas destinadas às áreas de saúde. Eloisa de Mattos Hofling vincula as políticas sociais à proteção social do Estado:

[...] políticas sociais se referem a ações que determinam o padrão de proteção social implementado pelo Estado, voltadas, em princípio, para a redistribuição dos benefícios sociais visando à diminuição das desigualdades estruturais produzidas pelo desenvolvimento socioeconômico. As políticas sociais têm suas raízes nos movimentos populares do século XIX, voltadas aos conflitos surgidos entre capital e trabalho, no desenvolvimento das primeiras revoluções industriais.<sup>13</sup>

Posto isso, a efetivação do processo de escolha de políticas públicas tem seu fundamento na lei. O legislador será o artífice da fixação das políticas públicas necessárias à comunidade e definirá os critérios de preferência na escolha dos serviços e atividades mais urgentes para a população<sup>14</sup>.

Mas não basta que as ações públicas atendam aos comandos exarados na lei, é necessário também que esses comandos estejam ligados e subordinados ao princípio do respeito à dignidade da pessoa humana e do interesse público, assim como aos demais princípios constitucionais administrativos que sustentam o Estado Democrático de Direito<sup>15</sup>.

---

<sup>11</sup> Idem.

<sup>12</sup> APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba, Juruá, 2006.

<sup>13</sup> HOFLING, Eloisa de Mattos. Estado e políticas (públicas) sociais. *Cad. CEDES [on-line]*, v. 21, n. 55, p. 31, 2001.

<sup>14</sup> LIBERATI, Wilson Donizeti. *Políticas públicas no estado constitucional*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 91.

<sup>15</sup> Idem, p. 112.

Além disso, o processo de elaboração de políticas públicas é conhecido como ciclo de políticas públicas que pode ser restringido em sete fases principais: identificação do problema, formação da agenda, formulação de alternativas, tomada de decisão, implementação, avaliação e extinção. Esse ciclo raramente reflete a real dinâmica ou vida de uma política pública, porque as fases se apresentam misturadas e/ou as sequências se alternam, mas ele possui uma utilidade heurística que ajuda a simplificar a complexidade de uma política pública<sup>16</sup>.

É mister destacar que a definição de prioridades inclui, expressivamente, o aspecto financeiro porque sem um aporte qualificado de recursos, é impossível executarem-se serviços públicos<sup>17</sup>.

Na área da saúde, como exemplo de operacionalização de políticas públicas, cita-se o Sistema Único de Saúde (SUS). Ele é definido como o conjunto de ações e serviços de saúde, tanto promocionais, de prevenção, como de cura e reabilitação, prestados por órgãos e instituições públicas no âmbito dos três governos (federal, estadual e municipal) assim como de Administração Direta e Indireta, e pelas fundações mantidas pelo Poder Público<sup>18</sup>.

Ademais, Wilson Donizeti Liberati leciona que “a omissão estatal em garantir o exercício dos direitos fundamentais conduz o Estado à sua própria negação, deixando de existir como ente político diante da omissão no seu dever fundamental de satisfazer integralmente as necessidades dos cidadãos”<sup>19</sup>.

Por isso, a execução das políticas públicas compete, primariamente, à Administração Pública, que tem que usar o seu efetivo material para realizá-las. Contudo, a omissão do Poder Público, geralmente, é justificada pela falta de recursos financeiros<sup>20</sup>.

Assim, se o cumprimento das políticas públicas que asseguram direitos fundamentais sociais é negligenciado, inclusive o direito à saúde, é comum que haja uma invocação jurídica, em determinada situação concreta. Por isso, no

<sup>16</sup> SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013. p. 43-44.

<sup>17</sup> LIBERATI, Wilson Donizeti. Op. cit., p. 91.

<sup>18</sup> LUNA, Lara. “Fazer viver e deixar morrer”: A má-fé da saúde pública no Brasil. In: SOUZA, Jessé. *A ralé brasileira: Quem é e como vive*. Belo Horizonte: UFMG, 2011. p. 310.

<sup>19</sup> LIBERATI, Wilson Donizeti. Op. cit., p. 97-98.

<sup>20</sup> Idem, p. 107.

campo das políticas públicas de saúde, muitas vezes questões complexas são postas à apreciação do órgão julgante.

Dessa forma, demandas que antes eram dirigidas ao Legislativo, são apresentadas, agora, ao Judiciário, na expectativa de que ele venha a suprir determinados serviços negligenciados pela Administração Pública<sup>21</sup>.

Outrossim, o Poder Judiciário brasileiro tem experimentado, após a Constituição de 1988, um expressivo processo de judicialização da política como resultado da constitucionalização dos direitos e das políticas públicas<sup>22</sup>.

Assim, juízes e tribunais vêm abdicando de uma postura meramente técnica para assumirem uma função política dialogando com a sociedade e visando à defesa dos princípios e direitos fundamentais consagrados pelo Estado Democrático<sup>23</sup>.

Contudo, o Poder Judiciário vem sendo questionado e criticado por estar exercendo um controle judicial sobre as políticas públicas. Assim, passa-se a

<sup>21</sup> A situação atual da saúde pública demonstra que há um fosso entre a realidade e a proclamação de intenções na Constituição Federal. José Renato Nalini afirma que entre o sistema único propiciador de saúde integral para todos e a situação verificada nos hospitais, prontos-socorros e centros de atendimento à saúde em todo o Brasil há uma distância intransponível. NALINI, José Renato. O Judiciário e a ética na saúde. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coords.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 200. A esse respeito, consulte também: G1. *Fantástico percorre hospitais do Brasil e encontra UTI sem médicos*. 25.05.2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2014/05/fantastico-percorre-hospitais-do-brasil-e-encontra-uti-sem-medicos.html>>. Acesso em: 10 jun. 2014; G1. *Sem atendimento médico, mulher morre em frente a UPA em Curitiba*. 24.06.2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2015/06/sem-atendimento-medico-mulher-morre-em-frente-upa-em-curitiba.html>>. Acesso em: 25 jun. 2015. Ainda, o Tribunal de Contas da União realizou amplo diagnóstico em 116 hospitais do SUS, que reúnem 27.614 leitos, em todos os estados da Federação. Foram identificados problemas graves, complexos e recorrentes, tais como: insuficiência de leitos; superlotação de emergências hospitalares; carência de profissionais de saúde; desigualdade na distribuição de médicos no País; falta de medicamentos e insumos hospitalares; ausência de equipamentos ou existência de equipamentos obsoletos, não instalados ou sem manutenção; estrutura física inadequada e insuficiência de recursos de tecnologia da informação. Brasil. Tribunal de Contas da União, Processo nº 032.624/2013-1, Rel. Min. Benjamin Zymler, Julgado em: 26.03.2014. Disponível em: <[http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/imprensa/noticias/detalhes\\_noticias?noticia=502278](http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/imprensa/noticias/detalhes_noticias?noticia=502278)>. Acesso em: 27 dez. 2014.

<sup>22</sup> ARANTES, Rogério Bastos. Constitutionalism, the expansion of justice and the judicialization of politics in Brazil. In: SIEDER, Rachel, SCHJOLDEN, Line; ANGELL, Alan. *The judicialization of politics in Latin America*. New York: Palgrave Macmillan, 2006. p. 233.

<sup>23</sup> VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. O ativismo judicial como instrumento de concreção dos direitos fundamentais no estado democrático de direito: uma leitura à luz do pensamento de Ronald Dworkin. 255 f. Tese de Doutorado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito Público. Belo Horizonte, 2011. p. 52.

análise das principais críticas acerca dessa matéria tratando da desigualdade quanto ao acesso à justiça, o desrespeito ao princípio da separação dos poderes e o caráter antidemocrático da intervenção judicial.

A primeira objeção se refere a questão do acesso à justiça e alega que ele atenderia aos interesses das classes com melhores condições socioeconômicas e alcance à informação.

Assim, haveria um aumento na desigualdade social porque, “partindo do princípio de que o acesso à justiça ocorre em maior parte pela classe média, a tutela concedida aumentaria ainda mais a concentração de renda a dita classe, em prejuízo aos menos favorecidos”<sup>24</sup>.

Dessa forma, são inviabilizadas políticas públicas de saúde eficazes, uma vez que comprometem, com a entrega a poucas pessoas de atendimentos e medicamentos extremamente caros, os escassos recursos destinados à proteção dos direitos fundamentais de toda a população<sup>25</sup>.

Segundo Cláudio Pereira de Souza Neto, este argumento “incorre numa falácia, pois utiliza a desigualdade de acesso para negá-lo a todos, não só à classe média, mas também aos pobres. Ao invés de apontar soluções a um acesso mais amplo ao Judiciário, opta-se por podar de todos o acesso, o que não seria razoável”<sup>26</sup>.

A quem afirme que a solução para essa situação reside na ampliação do acesso ao Judiciário, inclusive aos pobres, como a criação de leis que regulamentem esse acesso de forma simples e gratuita. Um exemplo que ilustra esse caso está disposto na “Lei 12.153/09 que dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. Somado a isso, deve-se também promover uma melhor estruturação das Defensorias Públicas e se cobrar uma ação mais efetiva por parte do Ministério Público”<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> SUZIN, Jederson. *A Implementação do direito à saúde: A legitimidade do judiciário e seus limites*. 100 f. Dissertação (mestrado) - Faculdades Integradas do Brasil, Programa de Pós-graduação em Direito. Defesa. Curitiba, 2012. p. 37-38.

<sup>25</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 708.

<sup>26</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: Críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito sociais: Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 534.

<sup>27</sup> SUZIN, Jederson. Op. cit., p. 38.

Outra crítica à possibilidade de controle judicial sobre políticas públicas alega que tal intervenção representa uma ingerência indevida do Poder Judiciário em matérias que teriam sido exclusivamente conferidas ao Legislativo ou ao Executivo.

Por isso, a viabilidade desse controle é questionada frente ao princípio da separação de poderes, cristalizado no art. 2º da Constituição Federal, que proclama: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

A ofensa ao princípio da separação dos poderes é um dos argumentos mais fortes de oposição à atuação do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional (como o direito à saúde). Isto porque “a atuação do Judiciário no campo social representaria uma usurpação de competências do Legislativo e do Executivo. O Judiciário deveria apenas aplicar as normas que disciplinam o modo como os direitos sociais devem ser providos pelo Estado. Não lhe caberia determinar a execução de políticas públicas”<sup>28</sup>.

Gilmar Ferreira Mendes entende que não cabe ao Poder Judiciário formular políticas sociais e econômicas sendo sua obrigação verificar se as políticas eleitas pelos órgãos competentes atendem aos comandos constitucionais do acesso universal e igualitário<sup>29</sup>.

Contudo, Sérgio Cruz Arenhart explica que “a nova mentalidade, exigida do Judiciário na sua função de concretização dos direitos fundamentais, necessita de uma revisão acerca da clássica ideia da tripartição dos poderes, que impede sua atuação como legislador positivo em face das omissões legislativas”<sup>30</sup>.

Estefânia Maria de Queiroz Barboza e Katya Kozicki aduzem que para que se tenha um eficaz controle de pesos e contrapesos dos Poderes Executivo e Legislativo, é preciso que também ocorra um crescimento dos papéis do Poder Judiciário. Portanto, segundo as referidas doutrinadoras, a teoria da separação rígida dos poderes está superada<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Op. cit., p. 520.

<sup>29</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 706.

<sup>30</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo poder judiciário. *Custos legis - revista eletrônica do ministério público federal*. Rio de Janeiro, a. 1, n. 1, p. 8-9, 2009. Disponível em: <[http://www.prrj.mpf.gov.br/custoslegis/revista\\_2009/2009/aprovados/2009a\\_Tut\\_Col\\_Arenhart%2001.pdf](http://www.prrj.mpf.gov.br/custoslegis/revista_2009/2009/aprovados/2009a_Tut_Col_Arenhart%2001.pdf)>. Acesso em: 15 jun. 2012.

<sup>31</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya, Op. cit., p. 74.

No entendimento de Luís Roberto Barroso “o Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Eventual atuação contramajoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia”<sup>32</sup>.

Outrossim, o protagonismo judicial é condição indispensável para a efetiva proteção dos direitos sociais e para a estabilidade da democracia<sup>33</sup>.

Segundo Estefânia Maria de Queiroz Barboza e Katya Kozicki, a partir do momento em que a Constituição estabelece que as políticas públicas são os instrumentos adequados de realização dos direitos fundamentais, entende-se que se trata de matéria constitucional sujeita ao controle do Judiciário: “[...] pensar em sentido contrário consistiria em retorno ao pensamento de que a Constituição é apenas um documento político, desprovido de normatividade, algo inaceitável em um Estado Constitucional e Democrático de Direito”<sup>34</sup>.

Ainda, Octavio Campos Fischer afirma que:

[...] não podemos admitir é a tese de que a Constituição é norma e, na prática, assemelhá-la a uma folha de papel, com a alegação de que o princípio da separação dos poderes não permite que o Judiciário tome, espontaneamente, atitudes próprias de outros órgãos, na omissão destes. Afinal, este princípio deve servir à Constituição e aos direitos fundamentais e não ser um fim em si mesmo<sup>35</sup>.

Além disso, há doutrinadores<sup>36</sup> que se manifestam adversos a esse controle judicial por compreendê-lo danoso à democracia entendendo que o juiz

<sup>32</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 13, p. 31, jan./mar. 2009.

<sup>33</sup> CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos fundamentais sociais: Dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do poder judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 150.

<sup>34</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Op. cit., p. 73-74.

<sup>35</sup> FISCHER, Octavio Campos. Arguição de descumprimento de preceito fundamental no direito tributário. In: FISCHER, Octavio Campos (Coord.). *Tributos e direitos fundamentais*. São Paulo: Dialética, 2004. p. 280-281.

<sup>36</sup> MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012; TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013; ABBOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

substituí o Executivo, bem como o povo, que não foi consultado na definição das prioridades das políticas públicas. Dessa forma: “[...] a verdade é que o povo elege (bem ou mal) os titulares dos cargos políticos, mas não elege os juízes; pode pedir contas e ajustar contas com os eleitos, mas não pode responsabilizar politicamente os juízes”<sup>37</sup>.

Por outro lado, Cláudio Pereira de Souza Neto afirma que a crítica de que a atuação judiciária no campo dos direitos sociais é antidemocrática desconsidera que o Judiciário pode exercer importante papel na garantia da deliberação pública: “O Judiciário, ao garantir os direitos sociais fundamentais, capacita o cidadão para uma participação pública efetiva e, com isso, qualifica o debate público”<sup>38</sup>.

Isto posto, o Ministro Celso de Mello proferiu decisão emblemática na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 sobre o controle judicial de políticas públicas. Ele sustentou que formular e implementar políticas públicas não está entre as atribuições do Supremo nem do Poder Judiciário como um todo. E ressaltou que é possível atribuir essa incumbência, excepcionalmente, aos ministros, desembargadores e juízes quando o Legislativo e o Executivo deixam de cumprir seus papéis (encargos político-jurídicos), colocando em risco a eficácia e a integridade dos direitos individuais e coletivos (direitos fundamentais) previstos na Constituição Federal<sup>39</sup>.

A referida decisão estabeleceu parâmetros para a intervenção do Judiciário em políticas públicas. De acordo com o paradigma adotado, existem três situações em que cabe a intervenção do Judiciário nas políticas públicas: quando a omissão ou a política já implementada não oferecer condições mínimas de

---

<sup>37</sup> NUNES, António José Avelãs. Os tribunais e o direito à saúde. *Revista Juris Poiesis*, Rio de Janeiro, a. 14, n. 14, p. 489, jan./dez. 2011.

<sup>38</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Op. cit., p. 523.

<sup>39</sup> “Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da “reserva do possível”. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do “mínimo existencial”. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).” (Brasil. Supremo Tribunal Federal, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Julgado em: 29.04.2004, DJ: 04.05.2004)

existência humana; se o pedido de intervenção for razoável; e, do ponto de vista administrativo, a omissão ou a política seja desarrazoada. Em todos os casos, é preciso que haja verba pública para a implementação das medidas<sup>40</sup>.

Com efeito, o ativismo judicial representa a insuficiência do Estado em atender aos anseios da sua população. Trata-se de “uma patologia constitucional cada vez mais necessária, desde que seja na sua vertente positiva, para a proteção do indivíduo contra omissões ou excessos do Estado”<sup>41</sup>.

Ao se defender o controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário “[...] não se quer colocar o primeiro como salvador da pátria ou como protagonista de um processo de transformação e de redução de desigualdades em nossa sociedade, e sim que ele atue junto com os outros poderes e possa, por meio da efetivação dos direitos fundamentais sociais, melhorar o processo democrático existente”<sup>42</sup>.

Na maioria dos casos, “é o Judiciário quem está mais próximo dos cidadãos que podem, diretamente, lá reivindicar a satisfação de seus direitos constitucionais. Assim, a efetivação dos direitos sociais pela jurisdição constitucional pode muito bem promover o processo democrático”<sup>43</sup>.

Portanto, apesar das críticas ao controle judicial de políticas públicas, conclui-se que quando a inércia dos Poderes Executivo e Legislativo representa um entrave à democracia, é legítimo ao Judiciário atuar na efetivação do direito fundamental à saúde.

---

<sup>40</sup> Cumpre registrar que a ADPF 45 foi julgada prejudicada em virtude da perda superveniente de seu objeto. A referida ação foi promovida contra veto, emanado do Presidente da República, que incidiu sobre o art. 55, § 2º (posteriormente renumerado para art. 59), de proposição legislativa que se converteu na Lei nº 10.707/2003 (LDO), destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004. Contudo, o objetivo perseguido foi inteiramente alcançado com a edição da Lei nº 10.777, de 24.11.2003, promulgada com a finalidade específica de conferir efetividade à EC 29/2000, concebida para garantir, em bases adequadas recursos financeiros mínimos a serem necessariamente aplicados nas ações e serviços públicos de saúde. Destaca-se que a superveniência desse fato não obsta o reconhecimento de que a referida ação constitucional “[...] qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, [...] venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República”. *Idem*.

<sup>41</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Revista Direito GV*, v. 8, n. 1, São Paulo, p. 9, jan./jun. 2012.

<sup>42</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. *Op. cit.*, p. 79.

<sup>43</sup> *Idem*.

## 2 LIMITAÇÕES À REALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE: CUSTOS DOS DIREITOS, ESCASSEZ DE RECURSOS E RESERVA DO POSSÍVEL

Nem sempre as políticas públicas de saúde desenhadas pelo legislador são efetivadas, ou seja, nem sempre a vontade da lei se torna realidade. Entre os motivos, destaca-se a escassez de recursos financeiros e os custos para a efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Nesse contexto, interessa a diferenciação entre os direitos fundamentais de defesa e os direitos fundamentais a prestações (em sentido estrito), também denominados de direitos fundamentais sociais. É que estes, ao contrário daqueles, dependem para sua efetivação uma atuação material direta do Estado, a qual requer investimento e previsão orçamentária.

Nesta distinção, a doutrina tradicionalmente não leva em conta a dimensão econômica dos custos necessários à implementação dos direitos negativos.

Ingo Wolfgang Sarlet explica que os direitos de defesa, por serem, precipuamente, dirigidos a uma conduta omissiva, são geralmente considerados destituídos da dimensão econômica, na medida em que o bem jurídico que protegem pode ser assegurado (como direito subjetivo exigível em juízo), independentemente das circunstâncias econômicas<sup>44</sup>.

Contudo, os custos econômicos não se limitam apenas aos direitos de caráter prestacional, mas a todos os direitos fundamentais. Tal posicionamento foi sustentado por Stephen Holmes e Cass R. Sunstein<sup>45</sup>.

Acerca do suporte financeiro dos direitos negativos, José Casalta Nabais leciona que:

[...] os clássicos direitos e liberdades, os ditos direitos negativos, são, afinal de contas, tão positivos como os outros, como os ditos direitos positivos. Pois, a menos que tais direitos e liberdades não passem de promessas

<sup>44</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais - Orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 27.

<sup>45</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York and London: W. M. Norton, 1999. p. 43.

pedosas, a sua realização e a sua proteção pelas autoridades públicas exigem recursos financeiros.<sup>46</sup>

No dizer de Gustavo Amaral, “todos os direitos têm custos porque todos pressupõem o custeio de uma estrutura de fiscalização estatal jusfundamental”<sup>47</sup>.

Logo, não há como negar que para a implementação das políticas públicas de direitos fundamentais, inclusive dos direitos sociais, há um custo.

Destaca-se que, embora a dimensão economicamente relevante seja comum a todos os direitos fundamentais, de todas as dimensões, acaba assumindo particular relevância à efetivação dos direitos fundamentais como direitos a prestações<sup>48</sup>.

Com efeito, Virgílio Afonso da Silva destaca que, além de se pressupor recursos financeiros disponíveis, há um custo específico para cada um dos direitos sociais, o que aumenta ainda mais seus custos. Assim, “cada direito social exige uma prestação estatal exclusiva que só é aproveitada na sua realização, mas não na realização de outros”<sup>49</sup>.

Logo, a construção e manutenção de hospitais, a contratação de médicos e a compra de materiais hospitalares só são aproveitadas para a realização de um único direito social, o direito à saúde.

Ocorre que os recursos são escassos, não há o suficiente para satisfazer a todos, e as necessidades finitas. E como o “dinheiro não nasce em árvores”<sup>50</sup>, há de se alocar os recursos com atenção ao custo dos direitos, às prioridades constitucionais e à aplicação de políticas públicas idealizadas como as mais adequadas à realidade. O cobertor é curto, e os direitos não podem ser protegidos sem consideração dos seus custos<sup>51</sup>.

<sup>46</sup> NABAIS, José Casalta. *A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos*, p. 12. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15184-15185-1-PB.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2014.

<sup>47</sup> AMARAL, Gustavo. *Direito escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 73.

<sup>48</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Op. cit., p. 27.

<sup>49</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 241.

<sup>50</sup> GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

<sup>51</sup> LEITE, Harrison Ferreira. *Autoridade da lei orçamentária*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 137.

Ademais, o sistema financeiro é um sistema de vasos comunicantes, para se gastar de um lado, precisa-se retirar dinheiro de outro. E aí será feito aquilo que no ditado popular se diz como “descobrir um santo para cobrir outro”<sup>52</sup>.

No mesmo sentido, Luis Roberto Barroso leciona que se tratam de escolhas difíceis, pois investir recursos em determinado setor sempre implica deixar de investi-los em outros<sup>53</sup>.

A ideia de escassez traz consigo a noção de *trade-off*. Pode-se dizer que a alocação de recursos envolve, simultaneamente, a escolha do que atender e do que não atender. Assim, “preferir empregar um dado recurso para um dado fim significa não apenas compromisso com esse fim, mas também decidir não avançar, com o recurso que está sendo consumido, em todas as demais direções possíveis”<sup>54</sup>.

Gustavo Amaral afirma que a alocação de recursos, no caso do direito à saúde, “é a escolha de quem salvar, mas também a escolha de quem danar”. E com essa escolha sempre haverá as vítimas<sup>55</sup>. Trata-se de escolhas trágicas, isto é, *tragic choices* da obra de Guido Calabresi e Philip. Bobbit<sup>56</sup>.

Um exemplo atual destas escolhas está no aceite do Brasil como sede da Copa do Mundo de 2014. Apesar da alegria gerada para grande parcela da população brasileira, não é possível desprezar o custo que isso representou para o País: “Ora, se é certo que o direito ao lazer e diversão auxiliam na concreção das condições de uma vida com qualidade, mais certo é que, numa realidade de carências, deve-se prioritariamente garantir aqueles direitos necessários à manutenção da própria vida”<sup>57</sup>.

---

<sup>52</sup> SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais - Orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 153.

<sup>53</sup> BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial, p. 24. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

<sup>54</sup> AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais - Orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 92.

<sup>55</sup> AMARAL, Gustavo. Op. cit., p. 181.

<sup>56</sup> CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. *Tragic choices: the fels lectures on public policy analysis*. New York: Norton, 1978. p. 18.

<sup>57</sup> SUZIN, Jederson. Op. cit., p. 32.

Logo, diante de uma comprovada escassez de recursos, o Estado tem o dever de implementar uma política de definição de prioridades que implica um processo de escolhas e opções políticas seletivas de alocação de recursos, bem como as necessidades e interesses individuais no acesso a bens econômicos, sociais ou culturais<sup>58</sup>.

Além disso, em face da limitação de recursos orçamentários e da consequente impossibilidade de efetivação de todos os direitos fundamentais sociais ao mesmo tempo, passou-se a sustentar a teoria da reserva do possível<sup>59</sup>.

Os economistas possuem uma expressão bastante interessante denominada de “limite do orçamento”. O significado é o mesmo, qual seja: todo orçamento possui um limite que deve ser utilizado de acordo com exigências de harmonização econômica geral<sup>60</sup>.

A reserva do possível é definida como a dependência de recursos financeiros disponíveis, ou seja, os direitos fundamentais sociais dependem da existência dos recursos econômicos que foram delimitados pelo legislador.

Para Jorge Reis Novais a reserva do possível implica em um limite fático ao Estado à prestação dos direitos fundamentais sociais, ou seja, não pode ser buscado aquilo que não existe<sup>61</sup>.

A doutrina constitucionalista, geralmente, aponta como origens da reserva do possível (*Der Vorbehalt des Möglichen*), uma série de decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão, inclusive o célebre caso *numerus clausus I* (BVerfGE 33, 303, 1973). Seu entendimento foi reiterado na decisão sobre as universidades (BVerfGE 35, 79, 1973) e reafirmado no julgamento *numerus clausus II* (BVerfGE 43, 291, 1977)<sup>62</sup>.

---

<sup>58</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 91.

<sup>59</sup> MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do poder judiciário na implementação de políticas públicas. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, a. 5, n. 18, p. 180-181, jul./set. 2007.

<sup>60</sup> SCAFF, Fernando Facury. Op. cit., p. 151.

<sup>61</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit., p. 89-92.

<sup>62</sup> No ano de 1973, o Tribunal Constitucional Federal alemão tratou da reserva do possível e fez remissão expressa ao precedente BVerfGE 33, 303, 1973. Trata-se da decisão das universidades ou *Hochschul-Urteil*, na qual o condicionou direitos de participação apelando à racionalidade, à razoabilidade e a proporcionalidade das expectativas individuais em relação à sociedade e afastando interpretações excessivamente extensivas de pretensos direitos subjetivos individuais. Alguns anos depois, o referido Tribunal reiterou o entendimento do caso *numerus clausus I*, ou seja, da reserva do possível em uma

Em síntese, levadas em consideração as circunstâncias do caso concreto, o Tribunal Constitucional alemão decidiu pela impossibilidade de declarar a inconstitucionalidade das leis de Hamburgo e da Baviera que estabeleciam o *numerus clausus*, bem como afirmou a inexistência de um direito subjetivo individual à vaga no curso e na universidade de livre escolha do candidato. Assim, a decisão fixou entendimento no sentido de que o cidadão somente pode exigir da sociedade (e do Estado) aquilo que dela possa racionalmente esperar<sup>63</sup>.

O modelo jurisprudencial e teórico da reserva do possível conheceu notável circulação, tendo sido recepcionado pela doutrina e jurisprudência de vários países, inclusive as do Brasil.

Contudo, o tema evolui, para determinar que a reserva do possível fosse entendida como a reserva do financeiramente possível, no sentido de que, mesmo quando a pretensão de prestação é razoável, o Estado só está obrigado a realizá-la se dispuser dos recursos necessários.

Assim, se considerou como limite absoluto à efetivação de direitos fundamentais sociais a suficiência de recursos públicos e a previsão orçamentária da respectiva despesa<sup>64</sup>.

Todavia, não é o Estado que fixa o montante de recursos disponíveis para a concretização das ações, pois este dever compete ao legislador, que ajusta o orçamento pretendido pelo Estado, ou seja, prever e planejar os custos das prestações que deve dispor à população, inclusive para o cumprimento dos direitos fundamentais<sup>65</sup>.

Essa compreensão se afasta do modelo originário, especialmente, em se considerando, comparativamente, os contextos histórico, econômico, social, político-filosófico e jurídico do país de origem do modelo com aquelas variadas correlatas dos países de destino<sup>66</sup>.

A reserva do possível passou a ser aplicada pelos tribunais brasileiros como um elemento a inviabilizar a realização dos direitos fundamentais exonerando

---

terceira decisão. Assim, tal entendimento foi constituído jurisprudência naquela corte. (SGARBOSSA, Luís Fernando. *Crítica à teoria dos custos dos direitos*. Reserva do possível. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, v. 1, 2010. p. 142)

<sup>63</sup> Idem, p. 140.

<sup>64</sup> MÂNICA, Fernando Borges. Op. cit., p. 182.

<sup>65</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit., p. 91.

<sup>66</sup> SGARBOSSA, Luís Fernando. Op. cit., p. 148.

o Estado de obrigações constitucionalmente assumidas, em virtude da alegação de ausência de recursos<sup>67</sup>.

Assim sendo, afirma-se a existência de um problema de fundo, ou seja, a ausência de “vontade política” na realização dos valores constitucionais: “[...] reiteradas vezes, o Poder Público, diante das dificuldades teóricas para sustentar a validade de leis contrapostas à Constituição, tem levado a bandeira dos prejuízos financeiros que as decisões judiciais podem causar aos cofres públicos”<sup>68</sup>.

Por isso, atualmente, as decisões têm exigido do Poder Público não a mera alegação de inexistência de recursos, mas a comprovação de ausência de recursos, também denominada exaustão orçamentária<sup>69</sup>.

Outrossim, Ana Lúcia Pretto Pereira leciona que a reserva do possível somente poderá ser arguida na relação Estado-cidadão, e quando comprovadamente os recursos escassos já tiverem atendido à prévia destinação legal para a satisfação das necessidades em questão. Desse modo, o argumento apenas servirá para reafirmar a progressividade da satisfação daquelas necessidades, e não a exclusão da responsabilidade estatal<sup>70</sup>.

Fernando Borges Mânica afirma que esse viés da teoria da reserva do possível é relevante e deve ser entendido com o objetivo de vincular o direito à economia, no sentido de que as necessidades são ilimitadas e os recursos são escassos<sup>71</sup>.

Destarte, alguns julgadores desprezam a questão relativa ao custo destes direitos, determinando uma aplicação quase que absoluta da norma constitucional, de modo a colocar em um segundo plano eventuais consequências jurídicas de suas decisões para o orçamento público<sup>72</sup>.

<sup>67</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível. 390 f. Dissertação de mestrado pela Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, 2006. p. 375.

<sup>68</sup> FISCHER, Octavio Campos. *Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 29-30.

<sup>69</sup> MÂNICA, Fernando Borges. Op. cit., p. 182.

<sup>70</sup> PEREIRA, Ana Lúcia Pretto. A reserva do possível na jurisdição constitucional brasileira. 287 f. Dissertação de mestrado pela Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, 2009. p. 264.

<sup>71</sup> MÂNICA, Fernando Borges. Op. cit., p. 182.

<sup>72</sup> VALLE, Vanice Regina Lirio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 241-242.

Assim, pouco interessa se os efeitos das decisões ruirão ou não os cofres públicos ou se há recursos suficientes para a eficácia da decisão. Esquece-se que, ao decidir, deve o Judiciário mirar não apenas o passado (consistência e coerência), mas também o futuro (consequências), no sentido de projetar o estado de coisas que surgirá de sua decisão, em cotejo com o que provavelmente surgiria caso sua decisão fosse em sentido contrário<sup>73</sup>.

No sistema brasileiro, se repete uma variedade de decisões, de grande relevância para as finanças públicas, tendo-os como parâmetro decisões que desprestigiam a força do orçamento, e não a matéria normativa que realça a sua autoridade<sup>74</sup>.

Nesse sentido, Daniel Wei Liang Wang, em análise das decisões do Supremo Tribunal Federal, afirma que as consequências econômicas das decisões não foram elementos importantes na análise jurídica dos ministros<sup>75</sup>.

Para Ana Paula de Barcellos, a limitação de recursos existe e não pode ser ignorada: “Nada obstante a utilização exaustiva do argumento da reserva do possível pelo Poder Público, que acabou por gerar certa reação de descrédito, é preciso não ignorar o assunto, sob pena de divorciar o discurso jurídico da prática”<sup>76</sup>.

Contudo, hoje, estão começando a surgir decisões judiciais em que a questão do custo é ponderada com os bens jurídicos em conflito na realização de um direito fundamental, segundo critério da proporcionalidade (tal qual adotada na decisão paradigma do *numerus clausus*)<sup>77</sup>.

---

<sup>73</sup> LEITE, Harrison Ferreira. Op. cit., p. 190.

<sup>74</sup> Idem, p. 193. “Tal como pude enfatizar, em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet 1.246-MC/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 humanas” (Brasil. Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 716777/RS, 2ª T., Rel. Min. Celso de Mello, Julgado em: 09.04.2013, DJe: 16.05.2013)

<sup>75</sup> WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais – Orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 358-359.

<sup>76</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 287.

<sup>77</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. Op. cit., p. 113-117.

Desse modo, a ponderação deve levar em conta o pressuposto econômico de que as necessidades são ilimitadas e de que os recursos são escassos e a preocupação acerca do impacto econômico e social das decisões.

Com efeito, Stephen Holmes e Cass R. Sunstein afirmam que levar direitos a sério (sob o prisma da eficácia e efetividade) é sempre também levar a sério o problema da escassez<sup>78</sup>.

Por isso, Ingo Sarlet sustenta que a reserva do possível apresenta em uma dimensão tríplice que abrange: a) a disponibilidade fática dos recursos (escassez); b) a disponibilidade jurídica dos recursos (possibilidade de se criarem ou alocarem recursos contra as regras do orçamento) que guarda conexão com a distribuição de receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas; e c) a proporcionalidade da prestação quanto a sua exigibilidade e razoabilidade<sup>79</sup>.

Fernando Borges Mânica afirma que a teoria da reserva do possível deveria ser entendida como a inexistência de supremacia absoluta dos direitos fundamentais, em toda e qualquer situação, e a inexistência da supremacia absoluta do princípio da competência orçamentária do legislador e da competência administrativa do Executivo como óbices à efetivação dos direitos sociais fundamentais<sup>80</sup>.

Assim, o custo envolvido para a efetivação de um direito fundamental não pode servir como óbice intransponível para sua efetivação, mas deve ser levado em conta no processo de ponderação de bens. Além disso, devem ser consideradas no processo de ponderação a sua necessidade, adequação e proporcionalidade específica para a proteção do direito fundamental invocado<sup>81</sup>.

Logo, diante da escassez de recursos, o Poder Judiciário deve observar a teoria da reserva do possível, buscando uma posição de equilíbrio e racionalidade a partir de sua aplicação<sup>82</sup>.

Em síntese, o entendimento jurisprudencial dos tribunais superiores passou por um período de absolutização dos direitos fundamentais e tende,

<sup>78</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. Op. cit., p. 87.

<sup>79</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Op. cit., p. 30.

<sup>80</sup> MÂNICA, Fernando Borges. Op. cit., p. 184-186.

<sup>81</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>82</sup> MAZZA, Fábio Ferreira; MENDES, Áquilas Nogueira. Decisões judiciais e orçamento: um olhar sobre a saúde pública. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 14, n. 3, p. 62, nov. 2013/fev. 2014.

atualmente, a buscar uma posição de equilíbrio e racionalidade, a partir da adequada aplicação da teoria da reserva do possível<sup>83</sup>.

Por fim, uma jurisprudência clara e coerente sobre escassez de recursos, reserva do possível e custos dos direitos pode trazer grandes contribuições para a Administração Pública, que terá maior previsibilidade para fazer melhor planejamento de políticas públicas, para o cidadão, que terá mais clara a dimensão do que pode exigir do Poder Judiciário e para os juízes, que terão parâmetros mais seguros e coerentes para suas decisões<sup>84</sup>.

### 3 DECISÕES JUDICIAIS, ORÇAMENTO E RESERVA DO POSSÍVEL

Se os direitos possuem custos e os recursos são escassos, surge a necessidade de tributação como fonte de financiamento dos direitos fundamentais. Contudo, essa ideia já está consagrada nas doutrinas nacional e estrangeira, tornando-se cada vez mais relevante verificar não somente a arrecadação, mas também para onde irão estes recursos. Logo, não adianta somente aumentar a carga fiscal sem a consequente coerência estatal sobre quais direitos e em que extensão estes serão financiados<sup>85</sup>.

Segundo Octávio Campos Fischer: “[...] sentimos a ausência de uma teoria que leve a sério o orçamento. Preocupamo-nos em desenvolver teorias que evitem uma tributação arbitrária, mas deixamos de lado o fortalecimento do papel que o orçamento tem na realização de direitos fundamentais”<sup>86</sup>.

Outrossim, busca-se o resgate da valorização dos atos Legislativos, tendo como foco o orçamento público, insistentemente relegado ao desprezo da análise jurídica. Há uma preocupação muito maior da doutrina em tratar da criação e instituição de tributos, ao invés do seu controle e destinação, objeto do Direito Financeiro. Assim, é próprio da cultura brasileira desconsiderar a importância do orçamento e evitar a discussão sobre ele. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, começam a surgir estudos que buscam refletir sobre a destinação dos tributos. Assim, mister a realização dos fins estabelecidos no art. 3º da Constituição Federal, no qual destaca-se o inciso I: construir uma sociedade livre, justa e solidária.

<sup>83</sup> MÂNICA, Fernando Borges. Op. cit., p. 185.

<sup>84</sup> WANG, Daniel Wei Liang. Op. cit., p. 370.

<sup>85</sup> Idem, p. 186.

<sup>86</sup> FISCHER, Octavio Campos. *Arguição...*, p. 283.

Por isso, problematiza-se sobre a questão da competência no controle das políticas públicas pelo orçamento. Discute-se a legalidade da interferência do Poder Judiciário em matéria orçamentária, pois a concretização de direitos fundamentais exige uma sensível alocação de bens materiais, cuja distribuição recebe tratamento em atos normativos aprovados pelo Poder Legislativo.

Assim sendo, ao impor tarefas ao Poder Público, em razão de uma omissão, o Poder Judiciário depara-se com restrições fáticas, decorrentes dos efeitos que a sua decisão pode provocar. E que se traduz no sério problema: Será que o Poder Judiciário pode impor tarefas aos demais Poderes e, em caso de resposta afirmativa, pode impor tarefas que venham a comprometê-lo economicamente? De modo mais abrangente, é admissível uma decisão judicial que possa trazer dificuldades para a sua própria concretização por motivos de ordem econômica?<sup>87</sup>

Ricardo Lobo Torres destaca que “os direitos fundamentais têm uma relação profunda e essencial com as finanças públicas. Dependem, para a sua integralidade e defesa, da saúde e do equilíbrio da atividade financeira do Estado, ao mesmo tempo em que lhe fornecem o fundamento da legalidade e da legitimidade”.<sup>88</sup>

Dessa forma, a título exemplificativo, se o Poder Judiciário determina que certo tratamento médico deva ser realizado, porque não adequadamente oferecido pelo SUS, inevitavelmente, apenas com alterações do orçamento é que tal decisão poderia ser satisfeita.<sup>89</sup>

Trata-se de sentenças aditivas. Estas decisões, no dizer de Fernando Facury Scaff, são aquelas que implicam “aumento de custos para o Erário, obrigando-o ao reconhecimento de um direito social não previsto originalmente no orçamento do Poder Público demandado”.<sup>90</sup>

Assim ocorre com a sentença que determina a implementação de direitos sociais, sejam aqueles reconhecidos por leis e que não foram executados, sejam

<sup>87</sup> FISCHER, Octavio Campos. *Os efeitos...*, p. 24-28.

<sup>88</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. O orçamento na constituição. Rio de Janeiro: Renovar, v. 5, 2000. p. 499.

<sup>89</sup> LEITE, Harrison Ferreira. Op. cit., p. 176.

<sup>90</sup> SCAFF, Fernando Facury. Op. cit., p. 134.

aqueles que decorrem de uma aplicação direta da Constituição (hipóteses mais comuns no Brasil)<sup>91</sup>.

Ademais, entende-se que quando a Constituição constrói, a partir dos arts. 86, 166, 167 e 169, o princípio da legalidade da despesa tem em mira situações deflagradas por vontade da Administração Pública. Assim, veda-se que esta realize despesas ou assumas obrigações que excedam o orçamento (art. 167, II), mas não há incidência de uma tal norma quando a realização de despesa ou o nascimento de uma obrigação decorre de uma decisão judicial<sup>92</sup>.

Dessa forma, pode-se dizer que as decisões judiciais são influenciadas pelo limite fático da reserva do possível (e não pelo princípio da legalidade da despesa), no que se refere ao problema da efetivação dos direitos sociais.

Essa intervenção judicial no orçamento público “[...] tem se verificado por meio da determinação de abertura de créditos suplementares no orçamento em curso ou pela inclusão de recursos em favor de programas de trabalho em orçamentos futuros”<sup>93</sup>.

Com efeito, existem precedentes judiciais que determinam que diante da ausência de recursos, o custeio da atividade poderá ser extraído da rubrica correspondente à “verba de propaganda”.<sup>94</sup>

Esse caminho “expressa uma reação do Poder Judiciário à reiterada apresentação do argumento da ausência do orçamento (num plano mais imediato) e da reserva do possível, como bloqueio absoluto a qualquer pretensão concretizadora de direitos fundamentais”<sup>95</sup>.

Destacando a importância dessa tentativa de realocação dos recursos escassos, Dirley da Cunha Júnior:

Cuida-se, aqui, de se permitir ao Poder Judiciário, na atividade de controle das omissões do Poder Público, determinar uma redistribuição dos recursos públicos existentes, retirando-os de outras áreas (fomento

---

<sup>91</sup> Idem, p. 134-135.

<sup>92</sup> FISCHER, Octavio Campos. *Os efeitos...*, p. 25.

<sup>93</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. Op. cit., p. 109.

<sup>94</sup> Brasil. Justiça Federal, Seção Judiciária de Santa Catarina, Ação Civil Pública nº 5021354-24.2013.404.7200/SC, 3º V.F. de Florianópolis, Julgador: Juiz Federal Substituto Diógenes Tarcísio Marcelino Teixeira, Julgado em: 16.12.2014.

<sup>95</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. Op. cit., p. 108.

econômico a empresas concessionárias ou permissionárias mal administradas; serviço da dívida; mordomias no tratamento de certas autoridades políticas, como jatinhos, palácios residenciais, festas pomposas, seguranças desnecessários, carros de luxo blindados, comitivas desnecessárias em viagens internacionais, pagamento de diárias excessivas, manutenção de mordomias a ex-presidentes da República; gastos em publicidade, etc.) para destiná-los ao atendimento das necessidades vitais do homem, dotando-o das condições mínimas de existência.<sup>96</sup>

Contudo, a distribuição na Lei de Meios dos recursos não se dá a partir desse tipo de qualitativo genérico, no qual a ordem judicial, por sua inespecificidade, pode recair no vazio, revelando-se inapta a determinar os efeitos perseguidos. Assim, há riscos de que essa seja apenas uma determinação de cunho simbólico, que pacifique os espíritos, sem que assim se assegure a atuação pública a um quadro normativo bem concebido<sup>97</sup>.

Apesar do caráter inovador desse manejo jurisdicional do orçamento, Vanice Regina Lírio do Valle entende que tudo está a indicar que os esforços de construção de um caminho de solução para um exercício adequado do controle judicial de políticas públicas estão ainda em fase muito incipiente. Por isso, ela afirma a necessidade de exploração de outras alternativas de enfrentamento da questão<sup>98</sup>.

Alceu Maurício Junior defende que a intervenção judicial sobre as decisões relativas à alocação de recursos deve ser feita por meio do próprio orçamento. Dessa forma, havendo razões para considerar que as alocações efetuadas pelo Legislativo e pelo Executivo não atendem razoavelmente às exigências constitucionais, o Judiciário deve, conforme o caso, determinar a realocação dos recursos previstos no orçamento ou a inclusão, na lei orçamentária do

<sup>96</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. A efetividade dos direitos fundamentais sociais e a reserva do possível. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). *Leituras complementares de constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2006. p. 287.

<sup>97</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. Op. cit., p. 108-109.

<sup>98</sup> Idem, p. 113-117.

exercício seguinte, da previsão ou extensão do programa ou projeto destinado à implementação do direito constitucionalmente protegido<sup>99</sup>.

Outrossim, a referida intervenção judicial leva em conta a reserva do possível, pois permite ao Judiciário ter uma visão mais precisa sobre a disponibilidade de recursos e a destinação existente, dando visibilidade sobre quais prestações estatais estão sendo atendidas<sup>100</sup>.

A intervenção via orçamento se apresenta como uma razoável solução para o problema da inadequação do Judiciário e dos procedimentos judiciais nas questões sobre a alocação dos recursos. Isto porque, intervindo por meio do orçamento, os juízes não conduzirão as políticas públicas, mas apenas determinarão que se atenda a uma necessidade específica, deixando a cargo do legislador e do administrador a escolha dos meios necessários. E, principalmente, mantendo elevada parcela de discricionariedade com o Legislativo e o Executivo, a intervenção judicial por meio do orçamento prestigia o princípio democrático<sup>101</sup>.

A Constituição, no art. 100, já prevê uma hipótese de vinculação judicial na alocação de recursos. Sempre que a Fazenda Pública é condenada a um pagamento, esta prestação é saldada pelo orçamento, no sistema constitucional de precatórios. O raciocínio do sistema de precatórios revela que existe hipótese explícita de intervenção judicial – ou de criação de vinculações judiciais – no orçamento, e que pode ser estendida a outras violações de direitos fundamentais, bem como permite visualizar certas limitações a essa prática<sup>102</sup>.

Com efeito, a revisão das escolhas orçamentárias por meio do próprio orçamento não é um procedimento estranho aos tribunais brasileiros<sup>103</sup>.

<sup>99</sup> MAURÍCIO JÚNIOR, Alceu. A revisão judicial das escolhas orçamentárias e a efetivação dos direitos fundamentais. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 15, jan./mar, 2007. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_seguro/Revisao\\_Judicial\\_Escolhas.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/Revisao_Judicial_Escolhas.pdf)>. Acesso em: 22 jul. 2014.

<sup>100</sup> *Idem*, p. 23.

<sup>101</sup> *Idem*, p. 23-25.

<sup>102</sup> *Idem*, p. 22.

<sup>103</sup> “ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: NOVA VISÃO - 1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador. 2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente. 3. Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas. 4. Recurso especial provido.” (Brasil. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 493.811/SP, 2ª T., Relª Min. Eliana Calmon, 11 nov. 2003, DJ: 15.03.2004)

Por outro lado, o Executivo tem insistido no argumento de que ele é o órgão apropriado para eleger as escolhas alocatícias, em observação aos parâmetros traçados na Constituição, de modo que, naquilo que a Constituição não delimitou taxativamente, a ele cabe decidir, até porque o tema das alocações é tipicamente político<sup>104</sup>.

No mesmo sentido, Ricardo Lobo Torres aduz que, caso não exista dotação orçamentária, a abertura de créditos adicionais cabe aos Poderes Públicos (Administração e Legislativo), e não ao Judiciário, que apenas determina aos demais Poderes a prática dos atos orçamentários<sup>105</sup>.

Harrison Ferreira Leite explica que o orçamento é lei e como tal deve ser cumprido nos moldes aprovados pelo Legislativo. Logo, permitir a sua alteração por individuais decisões judiciais significa alterar a própria lei e o Judiciário não altera lei<sup>106</sup>.

Vanice Regina Lírio do Valle também defende que a intervenção orçamentária não seja o caminho mais apto, em tese, para a indicação da solução do problema de ausência ou insuficiência de políticas públicas<sup>107</sup>.

Ademais, o orçamento instrumentaliza as políticas públicas e define o grau de concretização dos valores fundamentais constantes do texto constitucional<sup>108</sup>.

É no orçamento-programa que o Governo estabelece sua política com previsões de despesas e respectivas receitas. A função de traçar as políticas públicas é de iniciativa do Poder Executivo, com a aprovação do Poder Legislativo na elaboração orçamentária, para posterior aprovação pelo Congresso Nacional, em se tratando do orçamento federal.

O processo de elaboração desse orçamento obedece a um ciclo integrado ao planejamento de ações, ou seja, o sistema constitucional de finanças públicas (arts. 163 a 169 da Constituição) formado por três leis: Lei do Plano Plurianual – PPA (art. 165, § 4º), a Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO (art. 166, § 4º) e a Lei Orçamentária Anual – LOA.

<sup>104</sup> LEITE, Harrison Ferreira. Op. cit., p. 141-142.

<sup>105</sup> TORRES, Ricardo Lobo. Op. cit., p. 409.

<sup>106</sup> LEITE, Harrison Ferreira. Op. cit., p. 177.

<sup>107</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. Op. cit., p. 113.

<sup>108</sup> MÂNICA, Fernando Borges. Op. cit., p. 3.

Fora do sistema constitucional de finanças públicas, tem-se a Lei de Responsabilidade Fiscal, que por meio das leis orçamentárias, exige do Poder Público o equilíbrio das contas públicas. Ela tem como preocupação, juntamente com o controle dos gastos públicos, a melhor gestão da receita pública, disciplinando aspectos como arrecadação tributária e renúncia de receita<sup>109</sup>.

Destaca-se que os projetos do Estado não são de curto prazo, executados individualmente quando surge a demanda, mas planos que são levados a efeitos por etapas, e que podem ser obstados com eventual decisão judicial. Daí a imposição constitucional do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e da lei orçamentária anual. Há uma lógica programática em tudo isso<sup>110</sup>.

Diante disso, há quem defenda que o Poder Judiciário não pode ser um agente do orçamento público, pois na análise judicial de um caso concreto, o juiz não pode discutir e ter a visão global dos quadros de receitas e despesas públicas<sup>111</sup>.

Tal argumento consiste na crítica técnica, a qual se apoia na percepção de que o Judiciário não domina o conhecimento específico (déficit de *expertise*) necessário para instituir políticas públicas. O juiz é um ator social que observa apenas os casos concretos, a microjustiça, ao invés da macrojustiça, cujo gerenciamento é mais afeto à Administração Pública<sup>112</sup>.

Contudo, nem se cogita, de outra forma, que o Judiciário – considerando-se o regime constitucional democrático – pluralista, pode, em igual medida, ser “o idealizador solitário das políticas sociais”<sup>113</sup>.

Afirma-se que quando as sentenças aditivas resultam um aumento dos encargos do Estado, colidem com ditames constitucionais, uma vez que provocam um agravamento imprevisível das despesas públicas, alternando as previsões orçamentárias aprovadas pelo Parlamento<sup>114</sup>.

<sup>109</sup> JUNG, Thais Michelle Wikler. Reserva do possível: entre a concretização de direitos sociais prestacionais e o sistema orçamentário constitucional. 155 f. Dissertação de mestrado pelas Faculdades Integradas do Brasil, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, 2013. p. 84.

<sup>110</sup> LEITE, Harrison Ferreira. Op. cit., p. 183.

<sup>111</sup> LIBERATI, Wilson Donizeti. Op. cit., p. 172-173.

<sup>112</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Da falta...*, p. 27.

<sup>113</sup> GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. *Direitos fundamentais sociais: releitura de uma constituição dirigente*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010. p. 218.

<sup>114</sup> LIBERATI, Wilson Donizeti. Op. cit., p. 173.

Segundo Fernando Facury Scaff, o papel do Poder Judiciário não é o de substituir o Poder Legislativo, senão o de dirimir conflitos nos termos da lei. O Judiciário não cria dinheiro, ele redistribui o dinheiro que possuía outras destinações estabelecidas pelo Legislativo e cumpridas pelo Executivo é a Reserva do Possível (limite do orçamento)<sup>115</sup>.

Entretanto, isto não significa que o Poder Judiciário não possa proferir sentenças aditivas: “Pode e deve fazê-lo nos limites da lei”<sup>116</sup>.

Logo, obriga-se o Estado a realizar gastos públicos e, uma vez que os recursos públicos disponíveis são menores do que o necessário para oferecer a todos os cidadãos todos os direitos que a Constituição prevê, muitas vezes, a Administração não têm ou não pode dispor dos recursos necessários para atender a decisão judicial sem prejudicar a tutela de outros direitos para outras pessoas<sup>117</sup>.

Assim, “[...] se o juiz determina que determinado paciente seja atendido, ele está, ainda que não o veja, privando outros cidadãos de beneficiar-se das verbas da saúde, que são, infelizmente, finitas”<sup>118</sup>.

Ademais, ainda que alguns pedidos isolados talvez não tragam maiores problemas para as finanças públicas, ao se abrir um precedente, todos aqueles que se encontram na mesma situação podem fazer o mesmo pedido ao Judiciário criando um efeito multiplicador que terá um maior impacto para as contas públicas<sup>119</sup>.

De acordo com Lenio Luiz Streck vários Estados da Federação gastam mais em pagamentos de ações judiciais sobre o acesso à saúde e remédios do que nos próprios orçamentos. Em São Paulo, por exemplo, os gastos da Secretaria Estadual da Saúde com medicamentos por conta de condenações judiciais em

---

<sup>115</sup> SCAFF, Fernando Facury. Op. cit., p. 152.

<sup>116</sup> Idem, p. 153.

<sup>117</sup> WANG, Daniel Wei Liang. Op. cit., p. 349.

<sup>118</sup> SCHWARTSMAN, Hélio. Obscurantismo judicial. *Folha de S.Paulo*, 25 jun. 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/colunas/helioschwartzman/2014/06/1475850-obscurantismo-0judicial.shtml>>. Acesso em: 27 jun. 2014.

<sup>119</sup> WANG, Daniel Wei Liang. Op. cit., p. 370.

2011 chegaram a R\$ 515 milhões, quase R\$ 90 milhões gastos além do previsto no orçamento do ano<sup>120</sup>, destinado a medicamentos<sup>121</sup>.

Enquanto a judicialização é contingencial, o ativismo ocorre quando os juízes e tribunais se substituem ao legislador e ao Poder Executivo, fazendo juízos políticos e morais sobre a legislação e sobre o modo de administrar. O problema é que cada juiz faz o seu próprio juízo político e moral. O resultado é uma fragmentação das decisões. Assim, ao invés de os Governos elaborarem políticas públicas, acabam gastando energias para atender demandas *ad hoc*. E isso acaba sendo interessante para os Governos, porque ao invés de concederem remédios e proporcionarem internamentos por meio de políticas para todos, eles fornecem advogados para que as pessoas ingressem com ações. E isso forma um círculo vicioso<sup>122</sup>.

No mesmo sentido, Ana Paula de Barcellos aduz que há um grave problema, porque “[...] cria-se um círculo vicioso, pelo qual a autoridade pública exime-se da obrigação de executar as opções constitucionais na matéria a pretexto de aguardar as decisões judiciais sobre o assunto, ou mesmo sob o argumento de que não há recursos para fazê-lo, tendo em vista o que é gasto para cumprir essas mesmas decisões judiciais”<sup>123</sup>.

Fernando Moutinho Ramalho Bittencourt e Luis Otavio Barroso da Graça realizaram uma pesquisa empírica sobre os impactos financeiros diretos da ação do Poder Judiciário sobre o Orçamento Público no Brasil. Na análise dos dados, eles verificaram que os custos das sentenças e outras despesas judiciais para

---

<sup>120</sup> Sucede que, a partir do Governo de Fernando Henrique Cardoso, algumas emendas constitucionais criaram vinculações das receitas da União, Estados e Municípios a despesas com educação, saúde e a pobreza e estabeleceram discriminações de despesa entre os três níveis de Governo, sem, todavia, distinguirem entre direitos fundamentais e sociais. Assim, as vinculações criadas pelas EC 14/1996 (educação), 29/2000 (saúde) e 31/2000 (erradicação da pobreza). (TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais - Orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 75)

<sup>121</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013; \_\_\_\_\_. *O papel das constituições e do constitucionalismo na contemporaneidade: crise dos sentidos e sentidos da(s) crise(s)*. XI Simpósio Nacional de Direito Constitucional, Curitiba, 1 a 3 de maio de 2014.

<sup>122</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Direitos ambientais no estado socioambiental*. Seminário Internacional Direitos Fundamentais no Estado Socioambiental, 16 de setembro de 2013. Disponível em: <<http://amprs.jusbrasil.com.br/noticias/2659885/lenio-streck-abre-seminario-internacional-direitos-fundamentais-no-estado-socioambiental>>. Acesso em: 6 maio 2014.

<sup>123</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Eficácia...*, p. 322.

todo o orçamento público no Brasil apresentam tendência crescente em termos reais de 2003 a 2005, tendo crescido 47,16% no período<sup>124</sup>.

Assim, há doutrinadores que afirmam que é incompatível com o regime democrático a atuação jurisdicional que desborde a sua reservada área de poder. Vulneta o princípio constitucional da repartição dos poderes estatais o ato de órgão judiciário que substitua o Executivo ou o Legislativo, ingressando na órbita de questões atinentes ao mérito de práticas administrativas ou de político legiferante<sup>125</sup>.

Ademais, o Poder Judiciário, quando provocado, deve garantir o cumprimento dos direitos fundamentais sociais, sem que isso possa configurar afronta ao princípio da separação dos poderes ou trazer desequilíbrio ao orçamento do Estado. Somente na análise das circunstâncias do caso concreto, o Poder Judiciário pode intervir e determinar ao Poder Público o cumprimento da obrigação<sup>126</sup>.

Além disso, a prévia adequação do cumprimento de obrigações constitucionais às disponibilidades orçamentárias, com base em ampla prova técnica, resguarda o equilíbrio das finanças públicas sem descuidar da implementação dos direitos sociais. As dificuldades orçamentárias e os limites da reserva do possível podem ser resolvidos por um ativismo judicial moderado, responsável e comprometido com a guarda da Constituição<sup>127</sup>.

Portanto, há preocupação sobre os impactos de uma crescente intervenção judicial nos domínios econômicos no Brasil, quer nas suas consequências estritamente econômicas, quer em reflexos institucionais mais profundos, derivados de uma até então insuspeitada fragilização do princípio do equilíbrio dos poderes proveniente da hipertrofia da ação judiciária<sup>128</sup>.

<sup>124</sup> BITTENCOURT, Fernando Moutinho Ramalho; GRAÇA, Luis Otavio Barroso da. Decisões judiciais e orçamento público no Brasil: aproximação empírica a uma relação emergente. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais - Orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 203.

<sup>125</sup> MENESES, Geraldo Magela e Silva. Limites ao poder jurisdicional na perspectiva do direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, 40 (159), jul./set. 2003. p. 94.

<sup>126</sup> LUPION, Ricardo. O direito fundamental à saúde e o princípio da impessoalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais - Orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 323.

<sup>127</sup> Idem, p. 324.

<sup>128</sup> BITTENCOURT, Fernando Moutinho Ramalho; GRAÇA, Luis Otavio Barroso da. Op. cit., p. 205-206.

Controlar políticas públicas requer muito mais do que simplesmente ser um juiz “boca da lei”, mas um agente público preocupado com os destinos de toda uma comunidade. Obviamente não o único, mas questões constitucionais que envolvem a materialização dos planos de governo merecem um juiz capaz de dar-se conta do conjunto de mazelas que assola a sociedade, das desigualdade e dos férteis campos de patrimonialismo brasileiros<sup>129</sup>.

Outra dificuldade em relação a essa matéria diz respeito à atuação do juiz e suas impressões psicológicas e sociais, que não podem ser desconsideradas<sup>130</sup>.

Com efeito, “um doente com rosto, identidade, presença física e história pessoal, solicitando ao Juízo uma prestação de saúde não autorizada por lei, mas sem a qual ele pode vir mesmo a falecer, é percebido de forma inteiramente diversa da abstração etéreas do orçamento e das necessidades do restante da população”. Essas questões não são visíveis no momento da decisão jurídica e elas têm sua percepção distorcida pela incredulidade do magistrado, ou seja, pela dúvida de que os recursos públicos estejam sendo efetivamente utilizados na promoção da saúde básica<sup>131</sup>.

Diante desse quadro, Ana Paula Barcellos explica que “[...] é difícil para o juiz deixar de ceder à tentação de dar uma solução jurídica localizada e individual a um problema cujo espaço de discussão é essencialmente político”. E a referida doutrinadora adverte que é necessário que ele “[...] atente a convicção sólida a respeito dos limites de seu papel no âmbito do Estado Democrático de Direito e pela certeza de que há meios jurídicos aptos a impor ao Poder Público a prestação na área da saúde”<sup>132</sup>.

Uma solução para tal problema poderia estar na capacitação técnica dos julgadores sobre a matéria orçamentária. Dessa forma, acredita-se que eles terão uma postura mais técnica e racional no trato das referidas questões, deixando as suas impressões psicológicas e sociais em segundo plano.

---

<sup>129</sup> OHLWEILER, Leonel Pires. *Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do estado democrático de direito*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais - Orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 307-308.

<sup>130</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Eficácia...*, p. 322.

<sup>131</sup> NALINI, José Renato. *Op. cit.*, p. 200.

<sup>132</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Eficácia...*, p. 322-323.

Além disso, Angélica Carlini sugere a criação das câmaras técnicas, isto é, mecanismos de auxílio aos magistrados para fornecimento de argumentação técnica a ser adotada na solução dos casos concretos<sup>133</sup>.

As referidas câmaras consistem em “grupos multiprofissionais que analisam os casos judiciais e fornecem laudos técnicos para os magistrados alicerçarem suas decisões em processos que pleiteiam medicamentos, tratamentos, internações em hospitais, próteses”<sup>134</sup>.

Mister se faz também a criação de varas especializadas, núcleos e grupos de acessoriamente e estudo, estabelecimento de convênios de cooperação técnica entre os Poderes constituídos para a solução de problemas de grande envergadura, com a participação de magistrados, procuradores, defensores públicos, advogados, especialistas, cientistas da área da saúde, são ideias que começam a se materializar e despontar no cenário nacional<sup>135</sup>.

Neste contexto, exemplifica-se o caso de alguém que sofra de glaucoma e proponha uma ação contra o Estado para obter a medicação de que necessita. Perante esse caso, o magistrado, provavelmente, deva considerar que o direito à saúde é um direito fundamental previsto na Constituição e que dele deriva o direito a medicamentos. E ele também haverá de refletir sobre “[...] a realização do referido direito, que é uma resposta a uma questão de política pública; a questão sobre a quantidade de recursos a ser empregada na área da saúde e a maneira de o fazer”<sup>136</sup>. Diante do exposto, pode-se vislumbrar que os direitos fundamentais foram negados de uma forma tão intensa, em face da reserva do possível, que houve um movimento de reação do Judiciário também em sentido acentuado.

Trata-se de um *hard case*, pois o ordenamento jurídico não oferece uma resposta prévia para esta questão. O Poder Judiciário vê-se na contingência de busca apoio em argumentos de princípio<sup>137</sup> e ponderar sobre qual dos valores

<sup>133</sup> CARLINI, Angélica. *Da saúde pública e privada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 178-179.

<sup>134</sup> Idem.

<sup>135</sup> SILVA, Ricardo Augusto Dias da. O fórum nacional do judiciário como instrumento na efetivação do direito à saúde. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coords.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 447.

<sup>136</sup> ZANITELLI, Leandro Martins. Custos ou competências? Uma ressalva à doutrina da reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais – Orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 191.

<sup>137</sup> Ronald Dworkin prefere que os tribunais laborem suas decisões por meio de princípios. “Minha visão é que o Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as

em jogo tem mais peso; não só abstratamente, mas em relação às situações em concreto. E “a insegurança jurídica toma, aqui, proporções bem mais assustadoras aos olhos dos operadores tradicionais e dos leigos, já que podemos dizer que não há outra solução a não ser a tentativa de buscar o consenso”<sup>138</sup>.

Entende-se que “as dificuldades orçamentárias e os limites da reserva do possível podem ser resolvidos por um ativismo judicial moderado, responsável e comprometido com a guarda da Constituição”<sup>139</sup>.

Destaca-se o posicionamento de Octavio Campos Fischer, para quem:

[...] é necessário asseverar que o discurso da Reserva do Possível deve ser tomado a sério pelo Poder Judiciário. Não pode este deixar-se levar por qualquer argumentação, que visivelmente tenha o intuito de inviabilizar a concretização de direitos dos cidadãos. Do contrário, o argumento da Reserva do Possível, efetivamente, tornar-se-á um manto legitimador para a falta de vontade na concretização normativa da Constituição.<sup>140</sup>

Portanto, há um longo caminho a percorrer. Entende-se que, o julgador deve levar em consideração que “as necessidades devem ser ponderadas e ela deve ocorrer, preferencialmente, no campo do controle das escolhas públicas, na atividade orçamentária”<sup>141</sup>.

## CONCLUSÕES

O ativismo judicial nasce a partir da ineficiência da Administração Pública em prestar políticas públicas garantidoras dos direitos fundamentais sociais. Dessa forma, o Judiciário atua, positivamente, como forma de compensação do déficit social que o Brasil apresenta.

---

peças têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral e que deve tomar essas decisões elaborando e ampliando a teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o Governo deve tratar as pessoas como iguais.” (DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 101).

<sup>138</sup> FISCHER, Octavio Campos. *Os efeitos...*, p. 29.

<sup>139</sup> LUPION, Ricardo. *Op. cit.*, p. 324.

<sup>140</sup> FISCHER, Octavio Campos. *Os efeitos...*, p. 30.

<sup>141</sup> AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. *Op. cit.*, p. 98.

Assim sendo, há um aumento da responsabilidade do Judiciário em decidir sobre políticas públicas, especialmente sobre questões relacionadas ao direito fundamental à saúde, sendo o Judiciário questionado e criticado por estar intervindo nessa esfera. Argumenta-se que o Judiciário estaria, com sua postura ativista, usurpando funções do Legislativo e Executivo, quando sua função seria somente a de aplicar as normas legais (o desrespeito ao princípio da separação dos poderes). Outra objeção alega que o Judiciário não responderia politicamente pelo povo, pois ele não seria democraticamente legítimo para dizer quais são as suas necessidades, cabendo esta decisão ao próprio povo, através dos órgãos eleitos (o caráter antidemocrático da intervenção judicial). Ainda, alega-se que o acesso a justiça atenderia aos interesses das classes com melhores condições socioeconômicas e alcance à informação (desigualdade no acesso à justiça). Em sentido diverso, há doutrinadores que defendem que a atividade atualmente desempenhada pelo STF não é imprópria à função de um Tribunal porque consiste num instrumento eficaz de concreção da dignidade da pessoa humana, cidadania, justiça e democracia.

Posto isso, todos os direitos fundamentais têm custos. Mas os recursos necessários à sua implementação são finitos. Assim, se os direitos possuem custos, mister se faz discutir a sua arrecadação. Contudo, hoje surge uma preocupação maior em se tratar para onde irão esses recursos arrecadados e quais direitos deverão possuir prioridade concretizadora. Por isso, problematizou-se sobre a questão orçamentária na realização dos direitos fundamentais.

Há a reserva do possível, ou seja, o limite orçamentário. O modelo jurisprudencial e teórico da reserva do possível originou-se na Alemanha e conheceu notável circulação, tendo sido recepcionado pelo Brasil. Entretanto, o tema evoluiu e atualmente é entendido como a reserva do financeiramente possível, no sentido de que mesmo quando a pretensão de prestação é razoável, o Estado só está obrigado a realizá-la se dispuser dos recursos necessários.

Ademais, a reserva do possível passou a ser aplicada pelos tribunais brasileiros como um elemento a inviabilizar a realização dos direitos fundamentais exonerando o Estado de obrigações constitucionalmente assumidas, em virtude da alegação de ausência de recursos. Por isso, atualmente, as decisões têm exigido do Poder Público não a mera alegação de inexistência de recursos, mas a comprovação de ausência de recursos, também denominada exaustão orçamentária.

No sistema brasileiro se repete uma variedade de decisões, de grande relevância para as finanças públicas, tendo-os como parâmetro decisões que desprestigiam a força do orçamento, e não a matéria normativa que realça a sua autoridade. Dessa forma, alguns julgadores desprezam a questão relativa aos custos destes direitos, determinando uma aplicação quase que absoluta da norma constitucional, de modo a colocar em um segundo plano eventuais consequências jurídicas de suas decisões para o orçamento público.

Contudo, entende-se que, apesar do uso exaustivo do argumento da reserva do possível pelo Poder Público, que gerou certa reação de descrédito, a limitação de recursos existe e não pode ser ignorada. Logo, diante da escassez de recursos, o Poder Judiciário deve observar a teoria da reserva do possível, buscando uma posição de equilíbrio e racionalidade a partir de sua aplicação.

A questão também é controversa quando se trata da possibilidade de controle judicial dos limites materiais à elaboração e execução do orçamento público. É a questão da justiciabilidade das políticas públicas pelo orçamento.

Essa intervenção judicial no orçamento público tem se verificado por meio da determinação de abertura de créditos suplementares no orçamento em curso ou pela inclusão de recursos em favor de programas de trabalho em orçamentos futuros. Trata-se de sentenças aditivas, das decisões que implicam aumento de custos para o Erário, obrigando-o ao reconhecimento de um direito social não previsto originalmente no orçamento do Poder Público demandado.

A casuística também aponta precedentes, que diante da ausência de recursos, o custeio da atividade poderá ser extraído da rubrica correspondente à “verba de propaganda”. Apesar do caráter inovador desse manejo jurisdicional do orçamento, há doutrinadores que entendem que os esforços de construção de um caminho de solução para um exercício adequado do controle judicial de políticas públicas estão ainda em fase muito incipiente, afirmando a necessidade de exploração de outras alternativas de enfrentamento da questão.

Diante disso, há quem defenda que o Poder Judiciário não pode ser um agente do orçamento público, pois na análise judicial de um caso concreto, o juiz não pode discutir e ter a visão global dos quadros de receitas e despesas públicas. Tal argumento consiste na crítica técnica, a qual se apoia na percepção de que o Judiciário não domina o conhecimento específico necessário para instituir políticas públicas. O juiz é um ator social que observa apenas os casos concretos, a microjustiça, ao invés da macrojustiça, cujo gerenciamento é mais afeto à Administração Pública.

Ainda, afirma-se que, quando as sentenças aditivas resultam em um aumento dos encargos do Estado colidem com ditames constitucionais, uma vez que provocam um agravamento imprevisível das despesas públicas.

Em suma, há quem afirme que, se o orçamento é insindicável, caso as opções orçamentárias não estivessem de acordo com a Constituição e com o cumprimento dos direitos fundamentais, poderia se afirmar que há um espaço no ordenamento jurídico que não é controlável, tendo em vista que a Constituição é normativa. Por outro lado, há doutrinadores que defendem a sindicabilidade do orçamento ressaltando a necessidade de atendimento das disposições constitucionais.

Dessa forma, obriga-se o Estado a realizar gastos públicos e, uma vez que os recursos públicos disponíveis são menores do que o necessário para oferecer a todos os cidadãos todos os direitos que a Constituição prevê, muitas vezes, a Administração não tem ou não pode dispor dos recursos necessários para atender a decisão judicial sem prejudicar a tutela de outros direitos para outras pessoas.

Ainda que alguns pedidos isolados talvez não tragam maiores problemas para as finanças públicas, ao se abrir um precedente, todos aqueles que se encontram na mesma situação podem fazer o mesmo pedido ao Judiciário, criando um efeito multiplicador que terá um maior impacto para as contas públicas.

A doutrina já destaca que vários Estados da Federação gastam mais em pagamentos de ações judiciais sobre o acesso à saúde e remédios do que nos próprios orçamentos. Assim, ao invés de os Governos elaborarem políticas públicas, acabam gastando energias para atender demandas *ad hoc*. Tal situação é interessante para os governos, pois ao invés de concederem remédios e proporcionarem internamentos por meio de políticas para todos, eles fornecem advogados para que as pessoas ingressem com ações. E isso forma um círculo vicioso, pelo qual a autoridade pública exime-se da obrigação de executar as opções constitucionais na matéria a pretexto de aguardar as decisões judiciais sobre o assunto, ou mesmo sob o argumento de que não há recursos para fazê-lo, tendo em vista o que é gasto para cumprir essas mesmas decisões judiciais.

Portanto, há preocupação sobre os impactos de uma crescente intervenção judicial nos domínios econômicos no Brasil, quer nas suas consequências estritamente econômicas, quer em reflexos institucionais mais profundos

derivados de uma até então insuspeitada fragilização do princípio do equilíbrio dos poderes proveniente da hipertrofia da ação judiciária.

Outra dificuldade em relação a essa matéria diz respeito à atuação do juiz e suas impressões psicológicas e sociais, que não podem ser desconsideradas. Uma solução para tal problema poderia estar na capacitação técnica dos julgadores sobre a matéria orçamentária. Dessa forma, acredita-se que eles terão uma postura mais técnica no trato das referidas questões, deixando as suas impressões psicológicas e sociais em segundo plano. E a doutrina também sugere a criação de câmaras técnicas e varas especializadas.

Diante do exposto, pode-se vislumbrar que os direitos fundamentais foram negados de uma forma tão intensa, em face da reserva do possível, que houve um movimento de reação do Judiciário também em sentido acentuado.

Por fim, conclui-se que as dificuldades orçamentárias e os limites da reserva do possível, podem ser resolvidos por um ativismo judicial moderado e comprometido com a guarda da Constituição. Portanto, há um longo caminho a percorrer. As possibilidades, devem ser ponderadas e ela deve ocorrer preferencialmente no campo do controle das escolhas públicas, na atividade orçamentária.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

AMARAL, Gustavo. *Direito escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

\_\_\_\_\_; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais – Orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba, Juruá, 2006.

ARANTES, Rogério Bastos. Constitutionalism, the expansion of justice and the judicialization of politics in Brazil. In: SIEDER, Rachel, SCHJOLDEN, Line; ANGELL, Alan. *The judicialization of politics in Latin America*. New York: Palgrave Macmillan, 2006.

ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Custos legis – Revista Eletrônica do Ministério Público Federal*. Rio de Janeiro, a. 1, n. 1, p. 8-9, 2009. Disponível em: <<http://www.prrj.mpf.gov.br/custoslegis/>

revista\_2009/2009/aprovados/2009a\_Tut\_Col\_Arenhart%2001.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2012.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Stare decisis*, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de *common law* e *civil law* na sociedade contemporânea. 264 f. Tese de doutorado pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, 28 fev. 2011.

\_\_\_\_\_; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 59-86, jan./jun. 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

\_\_\_\_\_. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais - Orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 13, p. 71-91, jan./mar. 2009.

\_\_\_\_\_. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

BITTENCOURT, Fernando Moutinho Ramalho; GRAÇA, Luis Otavio Barroso da. Decisões judiciais e orçamento público no Brasil: aproximação empírica a uma relação emergente. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais - Orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BRASIL. Justiça Federal, Seção Judiciária de Santa Catarina. Ação Civil Pública nº 5021354-24.2013.404.7200/SC, 3ª V.F. de Florianópolis, Julgador: Juiz Federal Substituto Diógenes Tarcísio Marcelino Teixeira, Julgado em: 16.12.2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 493.811/SP, 2ª T., Relª Min. Eliana Calmon, 11 nov. 2003, DJ: 15.03.2004.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 716777/RS, 2ª T., Rel. Min. Celso de Mello, Julgado em: 09.04.2013, DJe: 16.05.2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Julgado em: 29.04.2004, DJ: 04.05.2004.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União, Processo nº 032.624/2013-1, Rel. Min. Benjamim Zymler, Julgado em: 26.03.2014. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/>>

page/portal/TCU/imprensa/noticias/detalhes\_noticias?noticia=502278>. Acesso em: 27 dez. 2014.

BREUS, Thiago Lima. Políticas públicas no estado constitucional: a problemática da concretização dos direitos fundamentais sociais pela administração pública brasileira contemporânea. 246 f. Dissertação de mestrado pela Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, ago. 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. *Tragic choices: the fels lectures on public policy analysis*. New York: Norton, 1978.

CARLINI, Angélica. *Da saúde pública e privada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade das políticas públicas. *Revista Informação Legislativa*, Brasília, n. 138, abr./jun. 1998.

CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos fundamentais sociais: Dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do poder judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. A efetividade dos direitos fundamentais sociais e a reserva do possível. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). *Leituras complementares de constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FISCHER, Octavio Campos. A manipulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade e alguns reflexos no direito tributário. 250 f. Tese de doutorado pela Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, 2002.

\_\_\_\_\_. Arguição de descumprimento de preceito fundamental no direito tributário. In: FISCHER, Octavio Campos (Coord.). *Tributos e direitos fundamentais*. São Paulo: Dialética, 2004.

\_\_\_\_\_. *Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

G1. *Fantástico percorre hospitais do Brasil e encontra UTI sem médicos*. 25.05.2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2014/05/fantastico-percorre-hospitais-do-brasil-e-encontra-uti-sem-medicos.html>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

G1. *Sem atendimento médico, mulher morre em frente a UPA em Curitiba*. 24.06.2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2015/06/sem-atendimento-medico-mulher-morre-em-frente-upa-em-curitiba.html>>. Acesso em: 25 jun. 2015.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. *Direitos fundamentais sociais: releitura de uma constituição dirigente*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

HOFLING, Eloisa de Mattos. Estado e políticas (públicas) sociais. *Cad. CEDES [on-line]*, v. 21, n. 55, p. 31, 2001.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York and London: W. M. Norton, 1999.

JUNG, Thais Michelle Wikler. Reserva do possível: entre a concretização de direitos sociais prestacionais e o sistema orçamentário constitucional. 155 f. Dissertação de mestrado pelas Faculdades Integradas do Brasil, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, 2013.

LEITE, Harrison Ferreira. *Autoridade da lei orçamentária*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Políticas públicas no estado constitucional*. São Paulo: Atlas, 2013.

LUNA, Lara. "Fazer viver e deixar morrer": A má-fé da saúde pública no Brasil. In: SOUZA, Jessé. *A ralé brasileira: Quem é e como vive*. Belo Horizonte: UFMG, 2011, p. 305-327.

LUPION, Ricardo. O direito fundamental à saúde e o princípio da impessoalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais - Orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do poder judiciário na implementação de políticas públicas. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, a. 5, n. 18, p. 169-186, jul./set. 2007.

\_\_\_\_\_. Saúde: um direito fundamental social individual. *Revista Brasileira de Direito da Saúde*, Brasília: CMB, v. 1, p. 21-34, 2012.

MAURÍCIO JÚNIOR, Alceu. A revisão judicial das escolhas orçamentárias e a efetivação dos direitos fundamentais. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 15, jan./mar, 2007. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_seguro/Revisao\\_Judicial\\_Escolhas.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/Revisao_Judicial_Escolhas.pdf)>. Acesso em: 22 jul. 2014.

MAZZA, Fábio Ferreira; MENDES, Áquilas Nogueira. Decisões judiciais e orçamento: um olhar sobre a saúde pública. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 14, n. 3, p. 42-65, nov. 2013/fev. 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENESES, Geraldo Magela e Silva. Limites ao poder jurisdicional na perspectiva do direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, 40 (159), jul./set. 2003.

MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

NABAIS, José Casalta. *A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15184-15185-1-PB.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2014.

NALINI, José Renato. O Judiciário e a ética na saúde. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coords.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

NUNES, António José Avelãs. Os tribunais e o direito à saúde. *Revista Juris Poiesis*, Rio de Janeiro, a. 14, n. 14, p. 473-490, jan./dez. 2011.

OHLWEILER, Leonel Pires. *Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do estado democrático de direito*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais – Orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

OLIVEIRA, Heletícia Leão de. Reflexões sobre a judicialização do direito fundamental à saúde a partir do ativismo judicial. *Juris Poiesis, Revista do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá*, Rio de Janeiro, a. 16, n. 16, p. 401-429, jan./dez. 2013.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível. 390 f. Dissertação de mestrado pela Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, 2006.

PEREIRA, Ana Lúcia Pretto. A reserva do possível na jurisdição constitucional brasileira. 287 f. Dissertação de mestrado pela Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, 2009.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde: regime jurídico-constitucional, políticas públicas e controle judicial*. 270 f. Dissertação de mestrado pela Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, 15 mar. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia, efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro*. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra, 2009.

\_\_\_\_\_. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

\_\_\_\_\_; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais - Orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

\_\_\_\_\_; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais - Orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais - Orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SCHWARTSMAN, Hélio. Obscurantismo judicial. *Folha de S. Paulo*, 25 jun. 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/colunas/helioschwartzman/2014/06/1475850-obscurantismo-judicial.shtml>>. Acesso em: 27 jun. 2014.

SGARBOSSA, Luís Fernando. *Crítica à teoria dos custos dos direitos*. Reserva do possível. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, v. 1, 2010.

SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

SILVA, Ricardo Augusto Dias da. O fórum nacional do judiciário como instrumento na efetivação do direito à saúde. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coords.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 427-449.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: Críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito sociais: Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. *Direitos ambientais no estado socioambiental*. Seminário Internacional Direitos Fundamentais no Estado Socioambiental, 16 de setembro de 2013. Disponível em: <<http://amprs.jusbrasil.com.br/noticias/2659885/lenio-streck-abre-seminario-internacional-direitos-fundamentais-no-estado-socioambiental>>. Acesso em: 6 maio 2014.

\_\_\_\_\_. *O papel das constituições e do constitucionalismo na contemporaneidade: crise dos sentidos e sentidos da(s) crise(s)*. XI Simpósio Nacional de Direito Constitucional, Curitiba, 1 a 3 de maio de 2014.

SUZIN, Jederson. A implementação do direito à saúde: a legitimidade do judiciário e seus limites. 100 f. Dissertação de mestrado pelas Faculdades Integradas do Brasil, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, 2012.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Revista Direito GV*, v. 8, n. 1, São Paulo, jan./jun. 2012.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. O orçamento na constituição. Rio de Janeiro: Renovar, v. 5, 2000.

\_\_\_\_\_. *O direito do mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. O ativismo judicial como instrumento de concreção dos direitos fundamentais no estado democrático de direito: uma leitura à luz do pensamento de Ronald Dworkin. 255 f. Tese de Doutorado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito Público. Belo Horizonte, 2011.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais – Orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

ZANITELLI, Leandro Martins. Custos ou competências? Uma ressalva à doutrina da reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais – Orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.