



# POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE E ORÇAMENTO PARTICIPATIVO: PARTICIPAÇÃO POPULAR RUMO À JUSTIÇA DISTRIBUTIVA<sup>1</sup>

HEALTH PUBLIC POLICIES AND PARTICIPATIVE BUDGET: POPULAR PARTICIPATION ON COURSE TO A DISTRIBUTIVE JUSTICE

*Bethânia Pires Amaro<sup>2</sup>*

## Resumo

Este artigo busca contribuir para uma compreensão mais apurada acerca dos limites do direito à saúde e o alcance de sua efetividade. Tal como os demais direitos sociais, o direito à saúde tem sua fundamentabilidade assegurada pela Constituição Federal, que lhe atribui máxima efetividade. Tratam-se de normas de conteúdo eminentemente principiológico, que obrigam o Estado à prestação de serviços que possibilitem a sua concretização, pelo que possuem um relevante conteúdo econômico, capaz de impactar em sua aplicabilidade. De fato, o pleno exercício do direito à saúde se dá através de políticas públicas, as quais operam segundo a reserva do possível, ou seja, buscando a melhor alocação de recursos escassos. Tal alocação de recursos, por refletir diretamente em direitos constitucionalizados, e em razão do dirigismo constitucional, estará, porém, sempre sujeita a controle judicial, que garantirá a verdadeira justiça distributiva. Este controle judicial, contudo, não deve constituir o centro das discussões sobre o tema, sendo o planejamento orçamentário instrumento mais democrático e próprio à realização de escolhas alocativas. Para conferir maior legitimidade a tais escolhas, é essencial a interferência direta da sociedade, através da figura do orçamento participativo, que permitirá uma maior aproximação com as necessidades coletivas. O direito à saúde, como todos os demais, tem, pois, caráter relativo, e deve ser realizado na máxima medida possível, ideal este que, para ser alcançado, necessita da mais ampla participação popular nas escolhas orçamentárias e engajamento de toda a sociedade.

**Palavras-chave:** Direito à saúde; Efetividade; Orçamento participativo.

## Abstract

This paper seeks to contribute to a more thorough understanding about the limits of the right to health and the extent of its effectiveness. Like all other

<sup>1</sup> Artigo recebido em: 22/05/2012. Pareceres emitidos em: 26/08/2012 e 29/08/2012. Aceito para publicação em: 12/09/2012.

<sup>2</sup> Pós-Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Advogada em Direito Eleitoral. Pesquisadora em Direito Público da Universidade Federal da Bahia. Endereço eletrônico: bethamaro@hotmail.com



social rights, the right to health has its essentiality guaranteed by the Constitution, which determines its maximum effectiveness. These rules possess an eminently principle-based content, and require the State to provide services that allow their implementation, therefore having a significant economic content, which can impact on its applicability. In fact, the full exercise of the right to health is through public policies, which operate under the “reservation of possibility”, seeking the best allocation of scarce resources. Since this allocation of resources reflects directly on constitutional rights, and because of the constitutional state intervention, however, it is always subject to judicial review, which will ensure the true distributive justice. This judicial review, however, should not be the center of discussions on the theme, since the budget planning is a more democratic and proper tool to carry out allocative choices. In order to legitimize such choices, a direct interference of society is essential, through the figure of participatory budgeting, which will allow a closer approach to collective needs. The right to health, like all others, therefore, is relative and should be performed to the maximum extent possible. For this ideal to be achieved, the widest popular participation is required, as well as the engagement in budgetary choices of the whole society.

**Keywords:** Right to health; Effectiveness; Participatory budgeting.

## 1 INTRODUÇÃO: A CRISE DEMOCRÁTICO-REPRESENTATIVA

A democracia representativa desenvolveu-se com o pensamento político do século XVIII e as conseqüentes revoluções liberais. Seguindo doutrina de Montesquieu, a representatividade era compreendida, neste período, como imputação, ou seja, ao representado – o povo – imputava-se a vontade do corpo de representantes, sendo que estes, assim, não expressavam propriamente a vontade do povo ou de seus segmentos. A população, deste modo, não era considerada intelectualmente apta a tomar diretamente decisões de cunho político, mas possuiria uma espécie de capacidade natural para discernir aqueles que, sendo mais esclarecidos, poderiam discutir os negócios públicos em seu nome. Ao atribuir a todos os membros da sociedade a capacidade de escolher seus representantes, porém, Montesquieu permite o ingresso de todos os homens no processo político, sendo este o primeiro passo rumo à democratização. (Cf. FERREIRA FILHO, 1995, p. 66-69)

A democratização espalhou-se pelas novas Repúblicas com o ideal de igualdade, liberdade e fraternidade difundido pela Revolução Francesa, que aos poucos levaram à superação do voto censitário e estenderam ao homem comum direitos eleitorais de cunho ativo e passivo. Assim surgiu o sufrágio universal,



inicialmente masculino, que constituiu avanço significativo na democratização dos governos representativos da época. No entanto, este modelo desgastou-se por possuir uma falha essencial: a distância social, política e econômica em regra existente entre os representantes e representados não permite que a vontade destes seja de fato influente nas decisões estatais. Trata-se de uma democracia que funciona sob o princípio de uma elite dirigente ser legitimada, através do voto, a governar em nome da coletividade, mas sem ser porta-voz desta mesma coletividade. Surge, assim, uma evidente crise de legitimidade.

Nesse sentido, afirma André Ramos Tavares (2000, p. 404), citando lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

*O problema da legitimidade surge, precisamente, quando o poder deixa de ter vinculação subjetiva com alguém que o personalizava no desempenho de um papel social não político. [...] Esse problema, trazido pela institucionalização do político, pôde ser em parte evitado nas sociedades de pequenas dimensões, como as *polis gregas*, nas quais os cidadãos governavam-se eles próprios, mas logo se tornou impossível exercer o poder direta ou mesmo semidiretamente e o recurso à representação incorporou, definitivamente, o tema da legitimidade à vida política das sociedades. (destaques do original)*

Esta realidade gerou discrepâncias e insatisfações que levaram à crise do modelo democrático-representativo, especialmente com o crescimento do Estado e sua maior intervenção em aspectos que antes eram regulados pela mera autonomia do particular. A sociedade passou a reunir-se em grupos que defendiam seus interesses no âmbito coletivo, criando um mosaico de organizações sociais que traduziam a opinião pública, capaz de pressionar as instituições políticas e o processo decisório estatal. Estes grupos constituíam um novo modo de representação popular, em oposição à representação política oficial, que adquiria expressividade com apoio da mídia e de centros intelectuais, como universidades, organizações filantrópicas ou religiosas, dentre outros. Num país como o Brasil, em que as desigualdades e desequilíbrios geográficos são marcantes, este processo se desenvolveu rapidamente, acentuando as deficiências do modelo clássico de representação.

A democracia representativa ganhou, no entanto, novo fôlego com a incorporação, ao sistema eleitoral, de partidos políticos no período pós-guerra. Tais



partidos, por possuírem programa pré-definidos, permitiam que os cidadãos identificassem a orientação de governo defendida por este ou aquele representante; além disso, inaugurava o sistema de representação proporcional, vez que as cadeiras das câmaras representativas seriam repartidas entre os partidos políticos a depender da porcentagem de votos que alcançassem. Ainda assim, as falhas do modelo persistiram, pois os partidos políticos são estruturas eminentemente oligárquicas; ademais, num cenário de enorme diversidade de interesses, como ocorre em toda sociedade, diversos partidos seriam eleitos e, ao fazer coalizões em busca de fortalecimento político, acabariam por alterar os programas originais sem qualquer crivo popular. O próprio programa partidário dificilmente é concreto o suficiente para apresentar soluções práticas aos problemas postos, demonstra e muitas vezes não se efetiva, permanecendo no campo dos ideais teóricos. (FERREIRA FILHO, 1995, p. 76-77)

Tentou-se resgatar a democracia representativa, ainda, com a inserção de mecanismos de participação popular direta, a exemplo, no caso brasileiro, do referendo e do plebiscito. Sobre o tema, afirma Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1995, p. 78):

O valor desses instrumentos depende do nível de cultura política do povo que os pratica. Se este é alto, tais instrumentos podem realmente traduzir uma vontade popular consciente. Do contrário, vão ser no fundo o aplauso ou a repulsa, por motivos sem conexão com o tema, de proposta cujo alcance não foi compreendido pelo eleitorado.

Com o surgimento dos plebiscitos e referendos, questiona-se acerca da possibilidade de um aprimoramento ainda maior da democracia, levando à denominada democracia participativa. No dizer de André Ramos Tavares (2000, p. 401-402), trata-se de modelo em que “a soberania é atribuída ao povo não apenas *quod titulum*, mas ainda *quoad exercitium* [...], sem se prejudicar a possibilidade de sua representação, [...], confiada a órgãos constitucionais cotitulares de uma função política de direção superior do Estado.”

No entanto, a realidade fática demonstra que, mesmo com a evolução da democracia, a crise de legitimidade ainda está presente no cenário político brasileiro. Isso se deve em grande parte ao fato de que, dadas as condições de baixa



educação e pobreza que se impõem à maioria da população do país, associadas às técnicas publicitárias e aos meios de comunicação em massa, as escolhas eleitorais não são feitas racionalmente, mas com base em elementos sentimentais, a exemplo do carisma do candidato e da paixão que desperta na sociedade. Tais sentimentos são facilmente manipuláveis através de intenso *marketing* político, que eleva os custos das campanhas a padrões vergonhosos. Devido à ausência de maturidade política da população brasileira, os candidatos eleitos mostram-se comprometidos principalmente com interesses de caráter pessoal, sem qualquer fidelidade ao programa de governo anunciado e, conseqüentemente, sem capacitar-se, muitas vezes, para representar o segmento que o elegeu.

Deste modo, a efetividade de uma democracia participativa depende da cultura política da população, que precisa usar conscientemente os instrumentos constitucionais de interferência direta nas decisões políticas, de modo a integrar a estrutura de poder da sociedade. Deve-se, assim, ultrapassar a ideia de que a participação política do povo restringe-se ao voto, sendo necessário que esta participação de manifeste também de outros modos. Nesse sentido, André Ramos Tavares (2000, p. 408) afirma que, diante do grande contingente populacional das sociedades modernas e da impossibilidade de se estabelecer uma democracia direta por conta de restrições econômico-culturais, a democracia participativa se implementará “com a adoção de mecanismos de participação direta do povo nas decisões estatais, paralelamente aos institutos tradicionais, de representação política”, que implicará numa “autêntica participação política e controle dos atos públicos”.

No Brasil, a cultura política tradicional sempre foi protagonizada por um eleitor, no dizer de João Pedro Schmidt (2001, p. 291-292), citando Baquero e Silveira, “não sofisticado, acrítico, despreparado, pouco politizado, vulnerável a apelos populistas e demagógicos”. Essa realidade vem mudando lentamente, com a ampliação da conscientização e politização dos grupos sociais, ligada ao atual crescimento dos índices econômicos e do grau de escolaridade da população. Com o movimento político de redemocratização, buscou-se superar o modelo autoritário e elitista que permeava os processos decisórios estatais, realizando-se modificações



institucionais que permitiram o ingresso de camadas da população antes politicamente marginalizadas.

Para João Pedro Schmidt (2001, p. 297), o Brasil possui uma cultura política, atualmente, híbrida ou dualista, “em que se mesclam atitudes democráticas, autoritárias e atitudes de apatia e distanciamento das decisões políticas”. O mesmo autor descreve as características de tal estrutura: em primeiro lugar, existe uma nítida preferência da população pela democracia em face de outros regimes políticos, sendo, ainda, o voto valorizado como meio de escolha dos representantes políticos. No entanto, a confiança nas instituições políticas e nos governantes é baixa quando comparada à confiança em instituições sociais, como a família e a igreja<sup>3</sup>. Predomina, assim, uma visão negativa do Estado, que contribui para o fortalecimento da sociedade civil. Em segundo lugar, o cidadão comum não possui um sentimento de eficácia política, ou seja, não se vê como capaz de influenciar as decisões políticas, prevalecendo o conformismo e a impotência frente à relação hierárquica rotineira. (SCHMIDT, 2001, p. 297-298)

Em verdade, porém, a participação popular mostra-se extremamente relevante para a definição de políticas públicas e a legitimação das escolhas alocativas governamentais. João Pedro Schmidt (2001, p. 297-298) alerta para o fato de que o brasileiro, em regra, pouco participa de debates públicos, não conhece o funcionamento das instituições e dos órgãos públicos e nem os limites da atuação dos agentes governamentais, pelo que conclui que “o cidadão comum está despreparado para intervir de forma qualificada no processo das políticas públicas”. Ainda assim, pondera:

Movimentos sociais, organizações não-governamentais, igrejas, sindicatos e associações são a retaguarda, praticamente indispensável, para que o indivíduo ultrapasse o estágio das limitações políticas impostas pela cultura política e o comportamento predominante no país. [...]

<sup>3</sup> Segundo o Índice de Confiança Social divulgado pelo IBOPE, no Brasil, a instituição Presidente da República obteve um índice de 66 pontos em 2009, passou para 69 em 2010 e em 2011 caiu para 60. Pela terceira consecutiva a instituição com maior pontuação entre as 18 organizações foi o Corpo de Bombeiros (86). Igrejas e Forças Armadas aparecem num segundo patamar, ambas com 72 pontos. Os menores índices de confiança foram obtidos, mais uma vez, pelo Congresso (35) e partidos políticos (28). Disponível em: <<http://www.ibope.com.br>>. Acesso em: 30 nov. 2011.



As limitações acima apontadas, decorrentes do padrão cultural e comportamental prevalecente no país quanto à participação dos cidadãos no processo das políticas públicas, não podem impedir a avaliação das potencialidades inerentes. [...] O hibridismo cultural de hoje implica que o cidadão comum, embora despreparado para uma intervenção qualificada nos canais institucionais, tem um interesse razoável por assuntos políticos cujo sentido é minimamente acessível à sua compreensão, aprova a participação popular nas decisões políticas, desconfia da falta de transparência dos órgãos públicos e aprova a investigação rigorosa de possíveis atos ilícitos.

Isso significa que a população brasileira está em processo de evolução, buscando atingir um nível mais avançado de participação democrática e controle estatal, sendo necessário que se ofereçam cada vez mais canais de participação popular direta nas decisões políticas, inclusive aquelas que se referem às políticas públicas. Dentre estes, encontra-se o orçamento participativo, que permite um diálogo entre o povo e o Poder Público, em busca da maximização da justiça distributiva.

## **2 ORÇAMENTO PARTICIPATIVO E AUTORIDADE ORÇAMENTÁRIA**

O Brasil pode ser considerado, pois, uma democracia social e participativa, na medida em que seleciona seus governantes através do voto secreto, universal e periódico, e, ainda, na medida em que requer uma estruturação social que permita o desenvolvimento da igualdade social e econômica, bem como que incentive a participação popular na tomada de decisões políticas. É a junção entre Estado, sociedade (especialmente através de movimentos sociais e organizações não governamentais) e mercado que decide acerca da implementação de políticas públicas, as quais dependem, para seu sucesso, da ação integrada das três esferas. (SCHMIDT, 2001, p. 269)

Com efeito, a Constituição de 1988 determina, em seu art. 1º, parágrafo único, que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. No entanto, a democracia moderna não se limita a estabelecer meios tradicionais de representatividade de participação, através do voto, plebiscitos e referendos, sendo necessário ainda que a sociedade contribua ativamente na elaboração, planejamento e execução de políticas públicas.



A participação da sociedade é, assim, cada vez mais solicitada para a escolha de políticas públicas, com destaque para os conselhos gestores e orçamentos participativos. Pode-se definir o orçamento participativo como aquele que permite a intervenção direta e efetiva da sociedade na elaboração da proposta orçamentária estatal. Nas palavras de Valdecir Pascoal (2009, p. 20):

Por uma decisão de Governo, inspirada nos princípios democráticos e no postulado da cidadania participativa, a própria sociedade civil, por meio de conselhos, associações etc., é ouvida (e não olvidada, como costuma acontecer), quando da definição das metas e dos programas prioritários. Objetiva-se, com isso, atender às efetivas necessidades da população que, muitas vezes, não se sente representada pelos parlamentares eleitos. É, sem dúvida, um avanço com vistas a democratizar a gestão pública e atender ao verdadeiro interesse social.

Segundo Régis Fernandes de Oliveira (1999, p. 91), o orçamento participativo busca a descentralização das decisões orçamentárias, através da criação de conselhos populares, incentivando a participação dos cidadãos nas escolhas alocativas no âmbito local, e dando a estas maior legitimidade democrática.

Trata-se de experiência que desenvolveu-se no Brasil a partir da década de 1970, sempre em caráter local, com participação de associação de moradores e pesquisas de opinião pública realizadas previamente à formulação orçamentária, de modo a refletir os verdadeiros interesses e necessidades da população do município. As primeiras iniciativas ocorreram ainda no período militar, em Lages (SC), Vila Velha (ES) e Pelotas (RS), que não alcançaram grande sucesso por conta das restrições do momento político da época. Com a crise do regime militar e o fortalecimento do movimento “Diretas Já”, culminando num processo de redemocratização das estruturas político-administrativas do país, o tema do orçamento participativo foi redescoberto.

A Constituição de 1988 incorporou o direito ao exercício direto da cidadania como um dos pressupostos do Estado Brasileiro, pelo que se buscou aumentar a participação popular nas decisões políticas, inclusive no campo orçamentário. Em 1989, nova experiência com o orçamento participativo ocorreu em Porto Alegre (RS), desta vez alcançando enorme reconhecimento no cenário nacional e internacional. A ideia foi sendo adotada por governantes de diferentes bandeiras partidárias e



popularizou-se com o crescente afastamento do autoritarismo e proliferação de associações civis e movimentos sociais urbanos.

Atualmente, a Lei de Responsabilidade Fiscal, incentivando a participação da população nas decisões orçamentárias, estabeleceu em seu art. 48 que a transparência da gestão pública será assegurada também mediante incentivo à participação popular e à realização de audiências públicas durante os processos de elaboração e de discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos. No que se refere aos municípios, é a própria Constituição de 1988 que, em seu art. 29, XII, determina a cooperação das associações representativas no planejamento municipal. Ainda em relação aos municípios, o Estatuto da Cidade (Lei Federal n. 10.257/2001), em seu art. 44, afirma que a gestão orçamentária deverá incluir a realização de debates, audiências e consultas públicas sobre as propostas do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, como condição indispensável para sua aprovação pela Câmara Municipal.

Roberto Pires (2001, p. 17), citando Carvalho e Felgueiras, explica o procedimento utilizado nos modelos brasileiros de orçamento participativo. Em primeiro lugar, são elaborados critérios de participação e atendimento às demandas e definidas as instâncias de participação e suas competências, sendo, ainda, feita a regionalização da administração pública local. A partir de sua instituição, as regiões tornam-se referência espacial para a realização de sessões plenárias, as quais constituem o local onde podem ser feitas as demandas e se opera a participação popular na dinâmica do orçamento participativo. Geralmente tais sessões são realizadas em série e objetivam, além da prestação de contas e análise da situação fiscal da prefeitura, a determinação do volume de recursos destinado ao orçamento participativo naquele ano. Num segundo momento, recebem-se as demandas, que serão priorizadas segundo sua viabilidade orçamentária, após o que são escolhidos conselheiros ou delegados para constituir o conselho municipal de orçamento, juntamente com os representantes da prefeitura. Estes conselhos podem ser consultivos ou deliberativos, sendo o plano de investimentos elaborado com base na discussão ocorrida no conselho municipal. É elaborada então a proposta orçamentária, encaminhada pelo Executivo à Câmara de Vereadores.



Posteriormente, haverá uma fiscalização popular das obras e empreendimentos eleitos.

Maciel Felipe Bogucheski (2009, p. 5), citando Genro e Souza, afirma que ao democratizar a informação sobre questões públicas, o orçamento participativo é capaz de “gerar uma nova consciência cidadã. Por meio desta, as pessoas compreendem as funções do Estado e seus limites, e também passam a decidir com efetivo conhecimento de causa”. Desta forma, o orçamento participativo transforma o cidadão em personagem ativo na gestão pública, capaz de contribuir de maneira crítica e engajada para uma alocação democrática de recursos, que vise suprir as necessidades mais prementes da população local.

No entanto, como qualquer modalidade de orçamento, o orçamento participativo estará também sujeito à limitação de recursos, levando a escolhas trágicas, especialmente quando relacionada ao direito à saúde e à vida dos cidadãos. Nesse sentido, afirma Harrison Ferreira Leite (2011, p. 109-110):

Em relação à saúde, [...] há ordens de procedimentos, pautas de prioridades, análises meticolosas de cada doença, proporção populacional, seus efeitos, tudo cotejado com os recursos dispensáveis para a sua proteção. Desse modo, a disponibilidade de um remédio ou a compra de certo número de máquinas para tratamento passa a não ser fruto de uma decisão isolada em face de um caso particular. É consequência de um plano político realizado, num contexto amplo, com a difícil tarefa de alcançar o maior número de pessoas possíveis, sempre atento aos limites financeiros.

[...]

Caso inexistisse direcionamento constitucional das políticas públicas, aliadas à sua implementação via orçamento, haveria completo caos dos serviços a ofertar à população. Em tempos de crescente evolução de conhecimento e tecnologia, onde a todo instante se descobre um tratamento médico mais eficiente e mais caro, em que há aumento da população idosa e cresce a expectativa de um Estado Social (*welfare state*), a ausência de um planejamento orçamentário resultaria em desordem na prestação de serviços públicos, pois cada indivíduo avocaria o serviço que lhe parecesse mais pertinente, com total desatenção aos reflexos que esse atendimento personalizado dimanaria nos demais concidadãos.

O mesmo autor alerta para o fato de que o orçamento público é elaborado com fundamento num espectro de macroalocação, relativo às decisões acerca do montante de recursos que serão repassados a cada unidade orçamentária, e em outro espectro de microalocação, relativa aos tipos de serviços e instituições que serão contemplados pelas específicas alocações, não havendo espaço para



considerações de cunho individual. Tais decisões alocativas são realizadas pelo Executivo, com aprovação do Legislativo, com base nas normas constitucionais, leis infraconstitucionais e com uso da ponderação e razoabilidade, tratando-se de decisão eminentemente política. (LEITE, 2011, p. 109)

Apenas o macroplanejamento seria apto a estabelecer os melhores meios de satisfação dos direitos sociais, por levar em consideração todas as necessidades coletivas, realizando-se a alocação de recursos com base nos percentuais mínimos estabelecidos pelo legislador em determinados setores e através da fixação de prioridades, sempre se considerando a efetiva disponibilidade financeira. Através da utilização do orçamento participativo, permite-se a participação popular direta na busca de um consenso democrático acerca da alocação de recursos escassos, legitimando-a.

Harrison Ferreira Leite (2011, p. 122) aponta os argumentos capazes de sustentar a tese da autoridade da lei orçamentária. Em primeiro lugar, estaria a sabedoria da multidão, que traduz a ideia de que decisões tomadas por grupos, com base numa visão mais ampla e contextualizada, com inevitável ocorrência de debates, seria dotada de maior confiabilidade do que uma decisão tomada individualmente. Nesse sentido, em todas as instituições modernas, os votos são em regra aferidos por maioria, justamente por implicar num acordo de vontades, num resultado advindo de um processo dialético de troca de opiniões e chegada a um consenso.

Em segundo lugar, o autor afirma que a autoridade da legislação embasa-se no reconhecimento da cidadania de cada indivíduo, vez que os mesmos se fazem representar nas Casas Legislativas, assumindo riscos coletivos. Ademais, a formalidade de elaboração das leis, inclusive a orçamentária, torna-as válidas e aptas a produzir efeitos no ordenamento jurídico, possuindo, todas elas, presunção de constitucionalidade. Os ritos procedimentais para aprovação das leis orçamentárias são estabelecidos na própria Carta Magna, e incluem a constituição de comissões específicas de análise, publicidade dos debates legislativos, sucessivas fases de deliberação e tempo para considerações, que inegavelmente conferem autoridade à lei aprovada. Por fim, a autoridade da legislação se justifica diante da impossibilidade de completa concordância social, sendo essencial para a



vida em grupo que haja acordo acerca das normas que regerão as relações sociais. (LEITE, 2011, p. 123 e ss.)

Tais argumentos mostram-se ainda mais evidentes quando se trata do direito à saúde, contexto no qual o orçamento definirá as respectivas políticas públicas com fundamento no total de recursos disponíveis e prioridades estabelecidas. Nesse sentido, o orçamento é instrumento que serve para atender ao direito à saúde da coletividade, em padrões que possam ser fornecidos a todos, indistintamente – por este motivo, interferências nas leis orçamentárias que distribuem recursos relacionados à saúde, canalizando, por vezes, grandes quantias para tratamentos individuais, violam o direito à saúde de diversos cidadãos que dependem das políticas públicas para ter acesso a medicamentos e procedimentos terapêuticos. Deste modo, é essencial determinar qual a legítima esfera de interferência do Judiciário em relação à concessão de medicamentos e tratamentos de saúde.

### **3 INTERVENÇÃO JUDICIAL NO ORÇAMENTO PÚBLICO RELATIVO À SAÚDE**

A judicialização do direito à saúde, inevitável após a sua constitucionalização, é tema que tem ocupado a atenção de muitos doutrinadores. As primeiras demandas acerca da matéria no Brasil datam da década de 90, buscando o fornecimento pelo Estado de medicamentos necessários ao tratamento da síndrome da imunodeficiência adquirida (AIDS), com fundamento no art. 196 da Carta Magna. Após grandes pressões exercidas por associações e grupos sociais, foi aprovada a Lei n. 9.313/96, que autorizou a disponibilização gratuita de remédios aos portadores de HIV, independentemente de sua condição econômica. Esta lei, porém, atribuía a especificação dos medicamentos à lista padronizada do Ministério da Saúde, bem como estabelecia que a responsabilidade para a aquisição dos remédios seria definida em regulamento, que não chegou a ser publicado, de modo que os entes federativos recusavam-se ao cumprimento do texto legal.

Os tribunais, invertendo jurisprudência anterior, passaram então não apenas a conceder os medicamentos essenciais ao tratamento da AIDS, mas também a prestação de serviços médicos de tratamento. Este posicionamento impulsionou



outras pessoas, vitimadas por outras doenças, a procurar o Poder Judiciário, que aos poucos consolidou o entendimento de que seria impossível, diante da ordem constitucional brasileira, negar tutela a direitos essenciais sob o argumento de proteger o erário<sup>4</sup>.

Desde então, diversas críticas surgiram para tentar evitar a ingerência judicial em matérias tradicionalmente consideradas de competência dos poderes Legislativo e Executivo, as quais foram apresentadas durante o curso deste trabalho, e que aqui se retoma, de modo sumário, com base em obra de Luís Roberto Barroso.

Em primeiro lugar, alega-se que o art. 196 da Constituição Federal é norma de cunho programático, cuja realização se dará através de políticas sociais e econômicas, e não através de decisões judiciais, vez que o Judiciário não é órgão legitimado à execução ou elaboração de políticas públicas. Em segundo lugar, argumenta-se que o constituinte originário elaborou um desenho institucional que permitiria a otimização dos recursos e eficiência dos gastos públicos, atribuindo ao Poder Executivo, detentor de visão global acerca das necessidades coletivas, a competência para garantir as políticas públicas de saúde. Uma terceira impugnação refere-se à questão da legitimidade democrática, pela qual os representantes do povo, eleitos regularmente, têm a prerrogativa de decidir de que modo os recursos públicos devem ser utilizados e definir prioridades. A quarta crítica tem natureza técnica, e defende que o Judiciário não possui conhecimentos específicos suficientes para decidir acerca das políticas de saúde, por não conhecer a efetividade dos medicamentos e tratamentos pleiteados. Por fim, a crítica mais frequente diz respeito à reserva do possível, pela qual os recursos públicos seriam insuficientes para atender às necessidades de todos, devendo os direitos realizarem-se dentro da esfera de disponibilidade orçamentária. (BARROSO, 2011, p. 24)

---

<sup>4</sup> Segundo Virgílio Afonso da Silva (O Judiciário e as políticas públicas. *In: Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 593 e ss.), a concessão de medicamentos não levou em consideração a política brasileira de combate à AIDS, reconhecida pela Organização Mundial de Saúde como uma das mais eficazes do mundo, bem como não incentiva a mobilização social, a qual foi, em última instância, responsável pela implementação daquela.



Nessa linha, Gustavo Amaral considera ser o orçamento o espaço para as escolhas alocativas de recursos destinados à saúde, devendo o Judiciário se restringir ao controle das “opções legislativas e das escolhas técnicas e políticas do Executivo, restringindo-as nos casos de erro manifesto, mas não quando, aparentemente, não é a melhor” (AMARAL, 2010, p. 177). Tratar-se-ia, assim, de um controle da justificação das escolhas alocativas realizadas, com base na ampla legalidade, que permite a avaliação da proporcionalidade e razoabilidade de tais decisões. De modo semelhante, afirma Harrison Ferreira Leite (2011, p. 114-115):

Como o orçamento não é vocacionado à satisfação de necessidades específicas, não há falar-se em distribuição de injustiça do ponto de vista individual. A escolha orçamentária não é *trágica* do ponto de vista geral, mas pode sê-lo do ponto de vista individual, e isso não transforma o orçamento numa peça distributiva de injustiça. [...]

O Judiciário pode desempenhar um papel institucional de exigir do administrador, por exemplo, transparência e racionalidade na alocação de recursos para as áreas sociais. Pode, ainda, fiscalizar a efetividade da participação popular nesse processo, garantindo o real funcionamento dos diversos mecanismos do controle social (conselhos de saúde, educação, habitação, criança e adolescente), e, em casos em que não há política pública alguma, pode até esforçar-se mais assertivamente para romper a inércia do legislador. Mas decidir de modo aleatório, sem analisar o impacto distributivo de suas decisões, ainda que dotadas de boa intenção, merece atenção mais cuidadosa.

E, ainda, Sandoval Alves da Silva (2010, p. 218):

A atuação do Poder Judiciário deve, pois, limitar-se a garantir os direitos de participação no processo democrático, aproximando a democracia deliberativa da democracia representativa, proteger os grupos excluídos do processo legislativo, corrigindo as desigualdades decorrentes do processo majoritário, assegurar os requisitos constitucionais definidores dos direitos fundamentais sociais e a tutelar os direitos já definidos de forma clara pela democracia deliberativa, por meio do Poder Legislativo.

Em sentido contrário, Ingo Wolfgang Sarlet defende que, embora se deva levar em consideração a existência de limites fáticos e jurídicos, de modo a relativizar a eficácia dos direitos sociais prestacionais, não se pode negar a qualidade de pretensão subjetiva destes direitos, que podem ser demandados em juízo sempre que se estiver diante de uma situação de cunho emergencial, cujo indeferimento poderá implicar no sacrifício de bens jurídicos essenciais, como, no caso da saúde, a própria vida e dignidade humanas.



A solução, portanto, está em buscar, à luz do caso concreto e tendo em conta os direitos e princípios conflitantes, uma compatibilização e harmonização dos bens em jogo, processo este que inevitavelmente passa por uma interpretação sistemática, pautada pela já referida necessidade de hierarquização dos princípios e regras constitucionais em rota de colisão, fazendo prevalecer, quando e na medida do necessário, os bens mais relevantes e observando os parâmetros do princípio da proporcionalidade. (SARLET, 2007, p. 14)

Também Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 298-299) defende que “os problemas de *caixa* não podem ser guindados a obstáculos à efetivação dos direitos fundamentais sociais pois imaginar que a realização destes direitos depende de *caixas cheias* do Estado significa reduzir a sua eficácia a zero, o que representaria uma violenta frustração da vontade constituinte”. Este vem sendo o entendimento pacífico dos tribunais pátrios, inclusive do Supremo Tribunal Federal, conforme demonstra, exemplificativamente, o seguinte acórdão:

PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO - PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES - DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, “CAPUT”, E 196) - PRECEDENTES (STF) - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de



infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, “caput”, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. [...]” (RE-AgR 393175 / RS - RIO GRANDE DO SUL AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 12/12/2006 Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação: DJ 02-02-2007 PP-00140 EMENT VOL-02262-08 PP-01524)<sup>5</sup>

Deste modo, para esta corrente doutrinária, o Estado não pode se valer de argumentos de cunho orçamentário para escusar-se à implementação dos direitos sociais, devendo sempre prevalecer a intangibilidade da ordem constitucional. Tratar-se-ia, pois, de um desequilíbrio de hierarquia entre normas, que coloca, de um lado, o erário, e de outro, o direito à saúde dos cidadãos. Por este ponto de vista, pareceria mesmo “imoral” discutir custos quando se está lidando com vidas humanas. Considerando-se o histórico de desrespeito aos direitos fundamentais do país, o Judiciário vem tentando inverter esta tendência e conferir efetividade a todas as normas do texto constitucional, tendo os direitos individuais inegável preferência sobre quaisquer outros.

Para legitimar a interferência judicial, alega-se a crise dos instrumentos legislativos, marcada pela corrupção e ausência de confiança que as decisões legislativas geram na população, chegando-se mesmo a falar numa possível “legitimidade meritória” dos juízes em oposição à tradicional legitimação democrática. Além disso, alega-se que o Poder Judiciário é o guardião das leis e da Constituição, podendo exercer uma função normativa supletiva com fins de efetivá-las devidamente, sempre que os demais Poderes falharem nesta tarefa.

De fato, é inegável a legitimidade judicial no controle das políticas públicas e decisões alocativas de recursos, por conta de seu papel fiscalizador da ordem

<sup>5</sup> No mesmo sentido, RE 255627 AgR, RE 256327, RE 261268, RE-AgR 25562, RE-AgR 271286, RE 226835, RE 393175 AgR, RE 534908 AgR, RE 607381, AgR, SL 47 AgR, STA 175 AgR, SS 3724 AgR, SS 2944 AgR, STA 278 AgR, SS 3345 AgR, SS 3355 AgR, SS 2361 AgR, AI 734487 AgR, AI 553712 AgR.



jurídica brasileira. A judicialização dos direitos fundamentais tornou-se inevitável após a sua constitucionalização, especialmente considerando-se a estrutura do ordenamento pátrio, que buscou realçar a supremacia destes direitos e determinar a sua máxima efetivação. O problema consiste em justamente estabelecer os limites deste controle, de modo a evitar extremismos e decisões absurdas, porque impraticáveis. Se, de um lado, não se pode impedir a análise judicial dos mecanismos de concretização dos direitos sociais, por outro lado, tampouco se pode permitir que o Judiciário se sobreponha completamente ao Legislativo e Executivo, ignorando as leis orçamentárias e atendendo necessidades individuais em vez de buscar o melhor aproveitamento dos recursos disponíveis para toda a coletividade.

No caso do direito à saúde, esta questão se mostra ainda mais delicada, vez que a verdadeira dicotomia é entre o direito à saúde de uns e o direito à saúde de outros, considerando-se que as decisões alocativas definem as políticas públicas de saúde, das quais depende a grande maioria da população brasileira. Ocorre que, na prática forense, a cláusula da reserva orçamentária vem sendo utilizada indiscriminadamente pelo Estado, com base em alegações de cunho fundamentalmente genérico, que não demonstram reais limitações ou motivos que justifiquem a exclusão de determinados medicamentos ou tratamentos médicos da rede pública de saúde. O magistrado se encontrará, então, diante de uma conjuntura em que apenas o autor se manifesta sobre a eficácia da medida terapêutica pleiteada, sem que tampouco se ofereçam dados que permitam a avaliação do impacto orçamentário que poderia ser causado através da decisão judicial.

Desta forma, torna-se essencial o desenvolvimento de novos critérios que modelem a atuação judiciária nas demandas relativas aos direitos sociais, capaz de harmonizar a universalidade destes direitos com a inevitável escassez de recursos e, conseqüentemente, com os princípios da justiça distributiva.

Nessa linha, alguns doutrinadores vêm propondo teorias intermediárias, a exemplo de Humberto Ávila, o qual considera que o Poder Legislativo possui uma margem de apreciação relativamente ao conteúdo de seus atos, de forma que seu controle pelo Poder Judiciário deve obedecer a determinados critérios. Para este autor, o controle judicial será tão mais legítimo quanto maiores forem a) a segurança a que o Poder Judiciário possa chegar a respeito da matéria tratada pelo Poder



Legislativo; b) os indícios de equívoco das premissas elegidas pelo Legislativo como justificativa para a restrição a direito fundamental; c) a própria restrição ao direito fundamental e sua importância, aferida por comparação a outros bens jurídicos e por sua hierarquia no ordenamento constitucional. De modo oposto, a interferência judicial será tão mais ilegítima quanto mais duvidosos forem os efeitos da lei, quanto mais complexo e técnico for o julgamento da matéria e quanto mais aberta for a liberdade de ponderação atribuída ao Poder Legislativo pela Carta Maior. (ÁVILA, 2004, p. 369-384)

Já Luís Roberto Barroso (2011, p. 30) distingue entre duas situações: caso haja política pública, fruto de deliberação democrática, acerca do tratamento de determinada doença, o controle judicial apenas poderá se operar com parcimônia, respeitando as opções legislativas e administrativas, com avaliação apenas dos fundamentos morais ou técnicos que embasaram tais decisões. No entanto, nas hipóteses de omissão legislativa e contradição às normas constitucionais, a atividade judicial pode realizar-se plenamente. O autor oferece alguns parâmetros para racionalizar a atuação judicial no fornecimento de medicamentos em ações individuais:

O primeiro parâmetro que parece consistente elaborar é o que circunscreve a atuação do Judiciário – no âmbito de ações individuais – a efetivar a realização das opções já formuladas pelos entes federativos e veiculadas nas listas de medicamentos referidas acima. Veja-se que o artigo 196 da Constituição Federal associa a garantia do direito a saúde a *políticas sociais e econômicas*, até para que seja possível assegurar a universalidade das prestações e preservar a isonomia no atendimento aos cidadãos, independentemente de seu acesso maior ou menor ao Poder Judiciário. Presume-se que Legislativo e Executivo, ao elaborarem as listas referidas, avaliaram, em primeiro lugar, as necessidades prioritárias a serem supridas e os recursos disponíveis, a partir da visão global que detêm de tais fenômenos. E, além disso, avaliaram também os aspectos técnico-médicos envolvidos na eficácia e emprego dos medicamentos. (destaques do original)

Por sua vez, com relação às ações coletivas, estabelece o autor:

Parâmetro: a alteração das listas pode ser objeto de discussão no âmbito de ações coletivas. Um dos fundamentos para o primeiro parâmetro proposto acima, como referido, é a presunção – legítima, considerando a separação de Poderes – de que os Poderes Públicos, ao elaborarem as listas de medicamentos a serem dispensados, fizeram uma avaliação adequada das necessidades prioritárias, dos recursos disponíveis e da eficácia dos



medicamentos. Essa presunção, por natural, não é absoluta ou inteiramente infensa a revisão judicial. Embora não caiba ao Judiciário refazer as escolhas dos demais Poderes, cabe-lhe por certo coibir abusos. [...] No contexto dessas demandas, em que se venha a discutir a alteração das listas, é possível cogitar ainda de outros parâmetros complementares, capazes de orientar as decisões na matéria. Confirmam-se.

*a) O Judiciário só pode determinar a inclusão, em lista, de medicamentos de eficácia comprovada, excluindo-se os experimentais e os alternativos. [...] b) O Judiciário deverá optar por substâncias disponíveis no Brasil. [...] c) O Judiciário deverá optar pelo medicamento genérico, de menor custo. [...] d) O Judiciário deverá considerar se o medicamento é indispensável para a manutenção da vida.*

Em sentido semelhante, afirma Virgílio Afonso da Silva (2008, p. 587-599):

Nesse sentido, é possível defender uma forma de ativismo judicial - ou seja, defender que os juízes são legítimos para discutir políticas públicas - e, mesmo assim, sustentar que esse ativismo é limitado por uma série de razões estruturais. Isso significa que, embora o ativismo judicial seja uma possibilidade, ele depende de diversas mudanças estruturais na educação jurídica, na organização dos tribunais e, sobretudo, nos procedimentos judiciais, para que passe a ser possível tratar os direitos sociais e sobre eles decidir de forma coletiva.

Este último nos parece ser o entendimento mais correto. De fato, a atuação judicial em demandas que envolvem o direito à saúde é basicamente de três tipos: em primeiro lugar, existem situações em que a parte pleiteia medicamentos ou tratamentos médicos que são fornecidos pelo sistema público de saúde, mas que, por algum tipo de deficiência na prestação, não o foram naquele caso concreto. Tais situações são dotadas de pouca controvérsia e serão facilmente solucionadas, sendo evidente a existência do direito da parte.

Um problema mais complexo surge quando as medidas terapêuticas pleiteadas não são alvo de política pública, ou a política pública existente não é capaz de atendê-las de modo suficiente. Nessas hipóteses, a judicialização mostra-se necessária não apenas atender à demanda individual, mas principalmente para iniciar um debate social acerca da implementação de política pública adequada, vez que esta constitui o instrumento próprio à alocação de recursos coletivos. No entanto, não se pode admitir que, diante da inércia do Poder Público, a parte sofra danos consideráveis à sua saúde e mesmo à sua vida, servindo eventual condenação como meio de pressionar o governo a instituir mecanismos apropriados que sejam capazes de lidar com aquelas situações.



Por fim, a hipótese mais polêmica é aquela em que a parte vai a juízo pleitear medicamento ou tratamento médico para doença acerca da qual já existe política pública correspondente, considerada adequada segundo as avaliações técnicas realizadas e o montante de recursos disponível. Nesses casos, pode acontecer de as medidas terapêuticas financiadas pelo Estado, embora mais eficazes em termos coletivos, mostrarem-se incapazes de atender a determinadas necessidades individuais correlatas. Tais demandas, conforme sugerido por Barroso, precisam assumir dimensão coletiva, de forma que “o que se deve decidir não é se uma pessoa deve merecer o provimento da sua postulação judicial; [...] é se todas as pessoas que estão naquela situação merecem ser atendidas” (BARROSO, 2011, p. 7), porque então “em vez de se atender uma pessoa, cria-se uma política pública para atender àquela necessidade”.

Com efeito, uma análise nestas dimensões evitaria a criação de privilégios para aqueles que disponham de meios e recursos suficientes para procurar o Judiciário, bem como dificultaria a tomada de decisão que, embora isoladamente pudesse ser financiada pelo Estado (vez que um tratamento individual jamais poderá ultrapassar o poder econômico dos entes federativos em conjunto), se considerada coletivamente, levaria à clara conclusão pela impossibilidade de financiamento público. Sendo a escassez de recursos inevitável, em oposição a crescentes demandas, não se pode admitir que o sistema jurídico permita que algumas pessoas sejam atendidas em condições que não poderiam ser usufruídas por todos os outros que se encontrem na mesma situação. O direito à saúde não pode ser maior para aqueles que conseguem uma liminar judicial, sob pena de violação dos princípios da justiça distributiva e evidente prejuízo daqueles que, por deficiência intelectual, social ou econômica, não tenham acesso ao Judiciário.

Nesse sentido se manifesta Luís Roberto Barroso (2011, p. 8):

Por que é importante transformar essa disputa de individual em coletiva? Porque aí se acaba com um universo, que é típico brasileiro, de que, como não tem direito para todo mundo, alguns têm um privilégio – o que é extremamente negativo. Em segundo lugar, esta fórmula - com o respeito devido e merecido a quem pensa diferente - da judicialização individual favorece, como regra geral, quem tem mais informação, mais esclarecimento, mais acesso, seja advogado, seja a Defensoria Pública. Eu acho que a judicialização e o atendimento de casos individuais, onde deve haver uma política coletiva, uma política pública, favorece a captura do sistema pela classe média ou pelo menos favorece aqueles que não estão



na base mais modesta do sistema. Mas, sobretudo, essa transformação da ação individual em uma ação coletiva permite que se realize a ideia de universalização e a ideia de igualdade. Vai-se realizar e se atender aquele direito para todo mundo, ou não, mas não se vai criar um modelo em que o atendimento passa a ser lotérico - depende de ter informação, depende de cair em um determinado juízo. Portanto, uma política pública, não o atendimento a varejo de prestações individuais.

Uma avaliação desta natureza deverá levar em consideração, em primeiro lugar, a eficácia da medida terapêutica em questão, o que, de regra, não é analisado com a devida profundidade nas demandas judiciais referentes ao direito à saúde. Para tanto, poder-se-ia sugerir a criação de centros médicos de referência que ofereçam pareceres técnicos acerca de medicamentos e tratamentos médicos pleiteados, integrados por profissionais *ad hoc* da área de saúde, sem conflito de interesses e sem relação com a assistência e prescrição aos pacientes. Uma vez reconhecida a eficácia do bem jurídico demandado, e apenas então, deverá passar o magistrado à análise da disponibilidade de recursos públicos para seu atendimento a nível coletivo, o que implicará necessariamente numa apreciação da ampla legalidade das decisões alocativas realizadas pelo Executivo, com base nos princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade, e na ponderação do seu impacto nas demais políticas sociais.

De fato, o que não pode ocorrer é a manutenção de uma postura em que o Judiciário negue as dimensões do problema do direito à saúde no Brasil, atribuindo-lhe uma efetividade em termos absolutos que apenas se realizará no plano teórico ou muito restritivamente no âmbito judicial, vez que é materialmente impossível atender a todos. A alocação dos recursos destinados à saúde precisa ser discutida no momento próprio, qual seja, o da elaboração do orçamento público, permitindo-se a mais ampla participação popular possível; este papel democrático das leis orçamentárias não pode ser preterido em função de decisões judiciais que, resolvendo casos particulares, podem implicar em graves danos às políticas públicas de saúde. A ingerência do Poder Judiciário deve se realizar apenas a título subsidiário, e sempre tendo em vista os princípios da igualdade e justiça distributivas. Assim, é essencial perceber que o direito à saúde de uns não pode excluir o de outros, simplesmente porque estes não compareceram ao processo e não se encontram diante do magistrado.



Do mesmo modo, faz-se necessária uma participação mais ativa do Poder Público, no fornecimento de elementos capazes de auxiliar os juízes em sua função, evitando o uso de defesas de cunho genérico. Assim, devem os representantes legais dos entes federativos oferecer dados médicos e orçamentários capazes de orientar o magistrado em sua decisão, o que implicará na constituição de uma estrutura de apoio, especialmente centros médicos de referência e colaboração entre as esferas administrativa e legislativa da União, Estado ou Município.

Nesse sentido, deve-se destacar a recente implantação, pelo Tribunal de Justiça da Bahia, de Plantão Médico Judiciário, em atendimento à Recomendação n. 31, publicada em 30.03.2010, pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), com o objetivo de melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. O Plantão foi implantado em conjunto pela Presidência do Tribunal de Justiça e a Diretoria de Assistência à Saúde (9DAS), vinculada à Secretaria de Administração (SEAD).

O Plantão Médico Judiciário oferece serviços de plantão ininterrupto, por dois médicos especializados em auditoria e perícia, que prestam atendimento também por telefone, de modo a auxiliar e orientar, mais agilmente, os magistrados que receberem pedidos de liminares envolvendo a concessão de medicamentos ou tratamentos de saúde. Trata-se de importante avanço no campo do direito fundamental à saúde, que deve servir de modelo para outras unidades federativas.

## CONCLUSÃO

Enquanto direitos de cunho positivo, os direitos fundamentais sociais implicam na assunção de custos pelo Estado, responsável pelo financiamento de políticas públicas, tornando inevitáveis limitações decorrentes da chamada reserva do possível. A reserva do possível traduz-se na inevitável escassez de recursos perante a quantidade de demandas, a qual tanto pode ser natural quanto artificial, caso em que decorre das escolhas políticas estatais. É o Estado que, através da alocação orçamentária, determina o real grau de concretização dos direitos sociais, em escolhas que se mostrem mais vantajosas do ponto de vista coletivo.



No que se refere especificamente ao direito à saúde, que lida com bem essencial do indivíduo, o confronto entre reserva do possível e aplicabilidade imediata das normas constitucionais vem gerando situações trágicas, levadas frequentemente ao Judiciário. Embora a reserva do possível não possa ser utilizada indiscriminadamente pelo Estado como meio de escusar-se ao cumprimento de suas obrigações constitucionais, é também um importante instrumento de limitação ao direito à saúde, devendo ser devidamente considerada para impedir decisões judiciais de impossível execução ou que se mostrem injustas do ponto de vista coletivo.

Assim, deve-se buscar um equilíbrio entre o direito à saúde e a escassez de recursos, vez que ambos são categorias jurídicas relativas, a serem aplicadas segundo os princípios da igualdade e proporcionalidade. Nesse sentido, a plena realização dos direitos à saúde passa necessariamente pelo planejamento orçamentário, com a disponibilização de meios de participação popular direta, que darão maior legitimidade às escolhas alocativas estatais. Com a crise do sistema democrático representativo, se vem privilegiando novos meios de manifestação direta da vontade popular, tendência esta incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro através da Carta Magna, que consagrou os instrumentos do plebiscito, referendo e da iniciativa popular. Nesse contexto, o orçamento participativo, com maior interferência da sociedade, mostra-se um importante mecanismo dentro do campo da concretização dos direitos fundamentais, vez que se mostra apto a melhor identificar as necessidades sociais, tornando as escolhas alocativas mais conscientes.

Percebe-se, pois, que o Poder Judiciário deve figurar como coadjuvante neste cenário, agindo em defesa do ordenamento constitucional e da força normativa dos direitos sociais fundamentais apenas quando há violação ao texto da Carta Maior, sempre respeitando a liberdade de decisão legislativa em matéria de orçamento, conforme determina o clássico sistema de separação de poderes. Este controle é inevitável e essencial à preservação dos direitos fundamentais, enquanto direitos constitucionalizados, e impede que a reserva do possível, alegada genericamente, não constitua limite fático real à efetivação destes direitos, mas manipulação de uma escassez segundo interesses que violem os princípios constitucionais.



A atuação jurisdicional não pode, porém, em nenhuma hipótese, servir para estabelecer privilégios, vez que os bens em conflito envolvem o direito à saúde de uns e o direito à saúde dos demais. Não se pode admitir que o sistema jurídico permita que algumas pessoas sejam atendidas em condições que não poderiam ser usufruídas por todos os outros que se encontrem na mesma situação. Por este motivo, demandas que envolvam a reformulação de políticas públicas devem ser analisadas a nível coletivo, e sem jamais substituir o palco principal onde se devem desenrolar tais discussões, qual seja, o da elaboração do orçamento público.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

**Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ÁVILA, Humberto. Conteúdo, limites e intensidade dos controles de razoabilidade, de proporcionalidade e de excessividade das leis. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 236, abr./jun. 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. (2011) Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>>.

BARROSO, Luís Roberto Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Luís\\_Roberto\\_Barroso.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Luís_Roberto_Barroso.pdf)>. Acesso em: 20 de out. 2011, p. 7

BELTRAMI, Alberto. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr.\\_Alberto\\_Beltrami\\_\\_Secretario\\_de\\_Atencao\\_a\\_Saude\\_.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Alberto_Beltrami__Secretario_de_Atencao_a_Saude_.pdf)>.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: EDIPRO, 2001.

BOGUCHESKI, Maciel Felipe, e DOS SANTOS, Elisa Volker. **O Orçamento Participativo como elemento de democratização do espaço urbano**: análise da



experiência de Porto Alegre. Disponível em: <[http://egal2009.easyplanners.info/area05/5752\\_Maciel\\_Filipe\\_Bogucheski.pdf](http://egal2009.easyplanners.info/area05/5752_Maciel_Filipe_Bogucheski.pdf)>.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BONTEMPO, Alessandra Gotti. **Direitos sociais: eficácia e acionabilidade à luz da Constituição de 1988**. Curitiba: Juruá, 2005

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. 1. ed. brasileira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008,

COMPARATO, Fábio Konder. **Fundamento dos direitos humanos**. Disponível em: <[www.iea.usp.br/artigos](http://www.iea.usp.br/artigos)>.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**. São Paulo: Saraiva, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 4. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1998.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Constituição e governabilidade**. São Paulo: Saraiva: 1995.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HOLMES, Stephen e SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. Nova York: W. W Norton & Company, 1999.

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

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAIS, José Luís Bolzan de. Direitos Humanos, direitos sociais e justiça: uma visão contemporânea. *In*: LEAL, Rogério Gesta; ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de (Orgs.). **Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2001.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Manual de direito financeiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**. 2006. 378f. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2006.

PASCOAL, Valdecir Fernandes. **Direito financeiro e controle externo**. 7. ed., 3. reimpr. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.



- PIRES, Roberto Rocha Coelho. **Orçamento participativo e planejamento municipal**. 2001. 147f. Monografia de graduação em Administração – Escola de Governo Fundação João Pinheiro, Belo Horizonte, 2001.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações acerca do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE**. Salvador, n. 11, set./out./nov., 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- SCHMIDT, João Pedro. Condicionantes culturais das políticas públicas no Brasil. *In*: LEAL, Rogério Gesta; ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de (Orgs).. **Direitos sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2001.
- SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à teoria do custo dos direitos**. Vol. 1: Reserva do Possível. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- SILVA, Sandoval Alves da. **Direitos sociais: leis orçamentárias como instrumento de implementação**. 1. ed. (ano 2007), 1. reimpr. Curitiba: Juruá, 2010.
- SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas. *In*: **Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies**. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- SOUZA, Cláudio Pereira de Souza Neto; SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- TAVARES, André Ramos. Representação política: a superação do modelo de democracia representativa pela participativa. *In*: **As tendências de direito público no limiar de um novo milênio**. BASTOS, Celso Ribeiro; TAVARES, André Ramos. São Paulo: Saraiva, 2000.
- TOFFOLI, José Antônio Dias. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr.\\_Min.\\_Jose\\_Antonio\\_Dias\\_Toffoli\\_Advogado\\_Geral\\_da\\_Uniao\\_.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Min._Jose_Antonio_Dias_Toffoli_Advogado_Geral_da_Uniao_.pdf)>.
- TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário: os direitos humanos e a tributação – imunidade e isonomia**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. *In*: SARLET, I. W. TIMM, L. B., (Orgs). **Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- VALE, André Rufino do. **Estrutura das normas fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores**. São Paulo: Saraiva, 2009.