
JUDICIALIZAÇÃO DO ORÇAMENTO PÚBLICO: REPERCUSSÕES DA INGERÊNCIA DO JUDICIÁRIO NAS CONTAS PÚBLICAS E NO PLANEJAMENTO DA GESTÃO ESTATAL EM DECISÕES REFERENTES À SAÚDE

*JUDICIALIZATION OF PUBLIC BUDGETS: EFFECTS OF THE
INTERFERENCE OF THE JUDICIARY IN PUBLIC ACCOUNTS
AND ON THE PLANNING OF STATE MANAGEMENT IN
DECISIONS RELATED TO HEALTH*

Rínio Geraldo Alessandro de Miranda Luz

Advogado da União

Coordenador de Gestão Estratégica da Procuradoria da União/Minas Gerais

Pós-graduado em Direito Público. Bacharel em Direito pela UFMG.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Ingerência judicial no ciclo de orçamentação; 2 Assistência farmacêutica: ponderação de valores e finitude orçamentária; 3 Indiferença do Judiciário perante o orçamento; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: As crescentes demandas judiciais objetivando o reconhecimento da garantia constitucional do direito à assistência farmacêutica provocam decisões do Judiciário compelindo a União ao fornecimento imediato de medicamentos e medidas terapêuticas. Essa interferência, que vem provocando desequilíbrio e impactantes consequências nas contas públicas dimensionadas na peça orçamentária, se mostra questionável sob os aspectos dos custos dos direitos, da reserva do financeiramente possível, da ingerência de um poder sobre deliberações aprovadas democraticamente pelos demais e da ausência de discricionariedade dos juízes para se pronunciarem sobre o planejamento da gestão pública. Conclui-se que esses éditos judiciais, sob o pretexto de aplicação da microjustiça, acarretam desfalque financeiro em outras áreas de atuação estatal, vulneram o princípio da universalidade de atendimento do Sistema Único de Saúde ao atender em sua maioria demandas orquestradas por setores específicos e comprometem os serviços e ações públicas definidos no ciclo de orçamentação face a finitude dos recursos financeiros de que dispõe o Estado. Trazem ainda em seu bojo efeitos outros não menos nefastos, como a imposição ao administrador público de realizar a compra dos fármacos em mercados altamente monopolizados, negando-lhe a capacidade de administração dos preços de compra em maior escala e sem ser premido pela urgência da medida judicial e a alteração de toda a estrutura burocrática do Executivo.

PALAVRAS-CHAVE: Orçamento Público. Ingerência do Poder Judiciário. Decisões Judiciais. Fornecimento de Medicamentos. Desequilíbrio Orçamentário. Prejuízos ao Erário.

ABSTRACT: Growing lawsuits targeting the recognition of constitutional guarantee of the right to cause pharmaceutical care court decisions compelling the Union to the immediate supply of medicines and therapeutic measures. This interference, which is causing imbalance and impactful consequences on public accounts in part sized budget, shows up under the questionable aspects of the costs of rights, the reserve's financially possible, the interference of a power over resolutions passed democratically by others and the absence of discretion of judges to advise on the planning of public management. We conclude that these judicial edicts, under the pretext of applying micro justice, lead financial embezzlement in other areas of state action, violate the principle of universality of service of the Health System to meet demands mostly orchestrated by specific sectors and undertake services and public actions defined in the budgeting cycle face the finitude of the financial

resources available to the State. Also bring in its wake other no less adverse effects, such as the imposition of public administrator to make the purchase of drugs in highly monopolized, denying him the ability to administer the purchase price on a larger scale and without being pressed by the urgency of the measure judicial and changing all the bureaucratic structure of the Executive.

KEYWORDS: Public Budget. Interference with the Judiciary. Judgements. Drug Supply. Budget Imbalance. Losses to the Treasury.

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos União e Estados-membros, em regra, e em menor escala Municípios¹, vem se defrontando com a crescente proliferação de decisões, proferidas em sede de juízo de delibação ou em cognição exauriente, veiculadoras de comando determinando o fornecimento gratuito de medicamentos de alto custo ou excepcionais² a pessoas que se dizem não atendidas pela cobertura de saúde insculpida no art. 196 da Constituição Federal³.

Na esteira da denominada “judicialização do direito à saúde”⁴ ou, como preferimos, judicialização do orçamento público destinado às políticas públicas de saúde, referidos éditos judiciais, fundamentando-se na

1 A orientação pretoriana vem se consolidando no sentido de que o fornecimento gratuito de medicamentos e demais serviços de saúde constitui responsabilidade solidária da União, dos Estados e dos Municípios (Cf. Apelação Cível nº 70046325668/TJRS). Contudo, tem o Judiciário optado por condenar rotineiramente a União, e em poucos casos os Estados-membros, a arcar com os custos relativos à assistência farmacêutica, sendo que em determinadas situações, por critérios mais pragmáticos que jurídicos, vem os Estados-membros sendo obrigados a comprar e fornecer os medicamentos, cabendo à União, em última instância, o repasse dos custos dispendidos (Cf. ApReeNec nº 2006.3300012009-8/TRF-1).

2 A Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde define medicamento excepcional como sendo aquele utilizado no tratamento de doenças crônicas, consideradas de caráter individual e que, a despeito de atingirem um número reduzido de pessoas, requerem tratamento longo ou até mesmo permanente. Por serem em sua maioria disponibilizados por restrito número de laboratórios, tornam-se excessivamente onerosos, daí também sendo denominados medicamentos de alto custo.

3 Tamanho quantitativo de ações intentadas perante o Poder Judiciário, com reflexos no orçamento da saúde, que culminou com a realização pelo Supremo Tribunal Federal da Audiência Pública nº 4, convocada pelo Ministro Gilmar Mendes. Na oportunidade (27 a 29/04 e 4 a 7/05, 2009), foram ouvidos cinquenta especialistas, entre advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do Sistema Único de Saúde.

4 Para Luís Roberto Barroso, citado por Alves (2010, p. 147), o termo judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo.

obrigação constitucional do Estado de prestar serviço de saúde de forma universal e no princípio da dignidade da pessoa humana, buscam legitimar a intervenção do Judiciário no orçamento público discutido e aprovado pelos poderes eleitos majoritariamente com supedâneo no voto popular.

Essa interferência, que será discutida adiante, vem provocando desequilíbrio e impactantes consequências nas contas públicas dimensionadas na peça orçamentária, mostrando-se questionável sob múltiplos aspectos:

- a) custos dos direitos;
- b) finitude orçamentária;
- c) reserva do financeiramente possível;
- d) ingerência do Judiciário sobre opções políticas traçadas pelo Legislativo e Executivo (separação de poderes e discricionariedade);
- e) desconhecimento técnico dos juízes para procederem ao remanejamento de verbas orçamentárias; e
- f) ausência de discricionariedade atribuída pelo constituinte ao Poder Judiciário para se imiscuir no planejamento da gestão pública.

Conforme será analisado, esse intervencionismo judicializador originado dos tribunais vem acarretando (i) sérias distorções no sistema de orçamentação, com reiterados desfalques financeiros em outras áreas de atuação primordial do Estado e consequente realocação de receitas e despesas, e (ii) obrigando o gestor público, dado o inerente caráter coercitivo que se revestem os comandos judiciais, a redimensionar o orçamento traçado, assim como alterar toda a rotina burocrática para a aquisição dos insumos farmacêuticos determinados em ordens judiciais cada vez mais intransigentes.⁵

Almeja-se, assim, analisar como as decisões judiciais que compelem a União a custear o fornecimento de fármacos e a disponibilizar tratamentos de altíssimo custo repercutem na esfera orçamentária do ente federal, tanto na questão do valor dispendido às expensas de outras

5 Conforme se verifica nos autos dos processos nº 23699-81.2012.4.01.3800, 1387-78.2012.4.01.3811, 4163-51.2012.4.01.3811 e 57816-98.2012.4.01.3800.

políticas públicas como na gestão cada vez mais irrealizável da execução orçamentária, na medida em que obriga o administrador público a realizar verdadeiros contorcionismos contábeis, financeiros e operacionais.

1 INGERÊNCIA JUDICIAL NO CICLO DE ORÇAMENTAÇÃO

Historicamente o orçamento público originou-se da necessidade premente de desvincular as finanças estatais daquelas de propriedade do monarca; em período posterior traduziu-se como o instrumento legal de que se valeu o Estado⁶ para estimar receitas e realizar despesas em dado exercício financeiro;⁷ em fase intermediária passou a agregar a função de confrontar previsão de receitas e realização de despesas, estampando caráter maior de publicidade e controle do agir da Administração Pública; por derradeiro, incorporou o planejamento na tomada de decisões na gestão estatal.

Modernamente, no Brasil, o orçamento estatal caracteriza-se como o instrumento técnico-jurídico-legal que contém o demonstrativo dos recursos financeiros arrecadados pelo Estado e sua destinação de acordo com as políticas públicas⁸ traçadas pela gestão governamental⁹, aprovado após rigoroso processo legislativo traçado na própria Constituição¹⁰.

O orçamento público brasileiro caracteriza-se, assim, como o instrumento realizador da opção política adotada pelo governo. Nesse diapasão:

A decisão de gastar é, fundamentalmente, uma decisão política. O administrador elabora um plano de ação, descreve-o no orçamento, aponta os meios disponíveis para seu atendimento e efetua o gasto. A

6 Aqui e doravante a expressão se presta a ser utilizada na sua acepção ampla (Estado Brasileiro) e não àquela referente aos estados-membros da federação.

7 Assevera-se que “classicamente, o orçamento é uma peça que contém a previsão das receitas e a autorização das despesas, sem preocupação com planos governamentais e com interesses efetivos da população” (OLIVEIRA, Regis Fernandes de; HORVATH, Estevão. *Manual de Direito Financeiro*. 3. ed. São Paulo: RT, 1999).

8 Nesse sentido, Oliveira (2006, p. 251) pontua que as políticas públicas referem-se a “providências para que os direitos se realizem, para que as satisfações sejam atendidas, para que as determinações constitucionais e legais saiam do papel e se transformem em utilidades aos governados”.

9 O orçamento público se caracteriza como “instrumento que a administração dispõe para equacionar as realizações do futuro em termos realísticos, num programa operacional, como um curso de ação, servindo de ligação entre os sistemas de planejamento e de finanças.” (MACHADO JR, J. Teixeira; REIS, Heraldo Costa. *A lei 4320 comentada*. Rio de Janeiro: IBAM, 1997. p. 13)

10 “A lei orçamentária é, depois da Constituição, a mais importante para o país [...]”, nos dizeres do Ministro Ayres Britto (ADI-MC 4048-1/DF, j. 14.5.2008. p. 38).

decisão política já vem inserta no documento solene de previsão de gastos.¹¹

No mesmo sentido, complementando, assinala Ricardo Lobo Torres que:

o relacionamento entre políticas públicas e orçamento é dialético: o orçamento prevê e autoriza as despesas para a implementação das políticas públicas; mas estas ficam limitadas pelas possibilidades financeiras e por valores e princípios como o do equilíbrio orçamentário.¹²

Importante delinear que a peça orçamentária, que ostentará o plano de ação e a implementação das políticas públicas em vários setores da sociedade, se reveste de especial relevância para inúmeros grupos de interesse e de poder interessados, não só preocupados com a forma de arrecadação das receitas que irão alimentar os cofres públicos, como sobretudo pela destinação destes recursos e seus beneficiários. Natural, portanto, que da complexa interação dessas múltiplas forças políticas, econômicas e sociais que compõem o cenário nacional resulte um pacto (consenso político), fruto de concessões mútuas e intenso debate democrático travado na seara política. Afinal:

A vontade política se materializa nas leis orçamentárias. A destinação dos recursos públicos para desenvolvimento das tarefas estatais que proporcionarão o desfrute dos direitos fundamentais sociais é a instrumentalização da ação do Estado e o modo pelo qual são colocadas para os indivíduos as prioridades eleitas para um período determinado.¹³

No Brasil, a Constituição Federal atribui ao Poder Executivo a consolidação da proposta orçamentária, assim como competência exclusiva para propor o projeto de lei respectivo (CF, art. 84, XXIII); ao Legislativo caberá, em momento subsequente, propor emendas na forma regimental, devendo o projeto ser encaminhado à aprovação em sessão

11 OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. São Paulo: RT, 2006. p. 243.

12 TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. v. 5. O Orçamento na Constituição. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 110.

13 SOARES, Inês Virgínia Prado. *Direitos Fundamentais Sociais e Execução Orçamentária*: reflexões sobre a teoria da reserva do possível numa perspectiva constitucional. Artigo não publicado.

conjunta do Congresso Nacional (CF, art. 166), com posterior submissão à sanção presidencial.

Nota-se, pois, que em momento algum, exceto em fase anterior à proposição do projeto de lei orçamentária,¹⁴ participa o Poder Judiciário, como ator político, das discussões e emendas ao projeto de lei que culminará no consenso orçamentário, até porque destituído de discricionariedade¹⁵ e legitimidade para deliberar acerca de decisões políticas fundamentais¹⁶. Nesse aspecto, é justificada a ausência de participação do Judiciário na tomada de decisões de governo, no que andou bem o constituinte originário, pois pautando-se como poder imprescindível à defesa das instituições democráticas e da ordem jurídica, poderia ter questionadas sua imparcialidade ou mesmo credibilidade institucional quando se visse envolvido nas inúmeras negociações e concessões políticas a que se veem submetidos os demais poderes em prol da governabilidade.

Dessa maneira, qualquer intervenção da magistratura nos critérios acertados politicamente durante o processo legislativo orçamentário, que não seja aquela atinente a sua condição de fiscalizador da higidez jurídico-constitucional (controle jurisdicional), soarão no mínimo como ingerência nas competências atribuídas pela própria Carta da República ao Executivo e Legislativo, rompendo, não resta dúvida, com o equilíbrio e harmonia que deve prevalecer entre os poderes estatais (princípio da separação de poderes). Não de outro modo:

Ementa: CONSTITUCIONAL E PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONSTRUÇÃO DE CENTRO DE ENSINO FUNDAMENTAL RESERVA DE RECURSOS

14 Frise-se que ao Poder Judiciário, na sua conformação constitucional, se reconhece a competência para sindicar e corrigir irregularidades formais detectadas no curso da execução orçamentária. Ainda aqui, contudo, estará agindo como órgão judicante e não como poder político no sentido da tomada de decisões fundamentais.

15 Para quem, como MELLO (2001, p. 385), se caracteriza como a “margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal”.

16 Ensina-nos Humberto Lourenço Sampaio Meirelles que Karl Loewenstein “propôs uma nova dinâmica das funções do Estado chamando de decisões políticas fundamentais ou conformadoras as escolhas realizadas pelos representantes da administração pública, que deliberam e discutem assuntos relevantes em diversos aspectos da gestão pública. Uma vez que a lei é o instrumento de efetivação das decisões políticas fundamentais, temos que estas seriam próprias dos Poderes Executivo e Legislativo, ou seja, não seria possível ao Poder Judiciário participar das decisões políticas fundamentais se seus representantes não são dotados de legitimidade pela soberania popular”. (In *O poder judiciário no controle de normas orçamentárias*. Disponível em: <http://www.cgmadvogados.com.br/publicacoes_texto.php?id_pub=294> . Acesso em: 29 jan. 2013).

ORÇAMENTÁRIOS PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. 1. A ELABORAÇÃO DO ORÇAMENTO PÚBLICO É TAREFA QUE COMPETE AOS PODERES EXECUTIVO E LEGISLATIVO, NÃO PODENDO O PODER JUDICIÁRIO DETERMINAR À ADMINISTRAÇÃO QUE RESERVE VERBA ORÇAMENTÁRIA PARA A RECONSTRUÇÃO DO CENTRO DE ENSINO FUNDAMENTAL, SOB PENA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES.¹⁷

Na esteira do quanto afirmado, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em ação na qual se buscava a realização em uma criança brasileira de cirurgia nos Estados Unidos para tratamento de distrofia muscular, assim decidiu:

Não se há de permitir que um poder se imiscua em outro, invadindo esfera de sua atuação específica sob pretexto da inafastabilidade do controle jurisdicional e o argumento do prevalecimento do bem maior da vida. O respectivo exercício mostra amplitude bastante para sujeitar-se ao Judiciário exame das programações, planejamentos e atividades próprias do Executivo, substituindo-o na política de escolha de prioridades na área de saúde, atribuindo-lhe encargos sem o conhecimento da existência de recursos para tanto suficientes. Em suma: juridicamente impossível impor-se sob pena de lesão ao princípio constitucional da independência e harmonia dos poderes obrigação de fazer, subordinada a critérios tipicamente administrativos, de oportunidade e conveniência, tal como já se decidiu [...]¹⁸

Avançando um pouco mais, pode-se afirmar que a Constituição, em que pesem as competências do Executivo e do Legislativo no processo de orçamentação, tratou de limitar as ações desses atores políticos, impondo-lhes restrições na confecção da peça orçamentária. É dizer, pois, que os poderes que deliberam sobre o orçamento não possuem margem absoluta de discricionariedade na destinação dos recursos públicos alocáveis. Nesse sentido:

[...] ao lado de privilegiar o processo orçamentário como instrumento de governo e de vincular a realização de despesas à previsão orçamentária, o texto constitucional definiu uma série de

17 TJDF- Agravo de Instrumento nº 181074320118070000, publ. em 16.01.2012.

18 TJSP – Agravo de Instrumento nº 42.530.5/4, julg. em 11.11.1997.

critérios, limites e objetivos a serem levados em conta na elaboração do orçamento público.¹⁹

Discorrendo sobre os critérios definidos pelo constituinte, Mânica²⁰ enumera-os: princípios da legalidade tributária, anterioridade e capacidade contributiva; dever dos entes federados de aplicar determinada porcentagem na manutenção e desenvolvimento do ensino (art. 212); aplicação de recursos em ações e serviços de saúde pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 198, § 2º); fundos destinados ao atendimento de determinados valores constitucionais (art. 60, § 1º, 71, 72, 79 e 80 do ADCT); pagamento de precatórios decorrentes de débitos judiciais (art. 100).

Como preleciona Scaff²¹, não existe inteira liberdade de conformação do legislador para incluir no sistema de planejamento orçamentário o que bem entender. Já aqui, vislumbra-se a pretensão do constituinte de vincular até mesmo o legislador orçamentário em determinadas matérias, dando-lhe, em contraponto, ampla discricionariedade para destinar no orçamento os demais recursos públicos. Ora, não seria desarrazoado afirmar que se existem limitações impostas pela Constituição aos próprios poderes encarregados de discutir e aprovar o orçamento (Executivo e Legislativo), vinculando-os a determinados *facere* ou *non facere*, com muito mais razão em relação ao Judiciário que foi explicitamente aliado do processo orçamentário.

Em outra quadra, nota-se que o ciclo construtivo do orçamento brasileiro reveste-se de complexidade técnica e estrita obediência às determinações contidas na Constituição, tanto sob o aspecto material como formal. Nesse contexto, o processo de elaboração, aprovação, execução, avaliação e controle do planejamento orçamentário compreende a edição de três leis ordinárias, todas a cargo do Poder Executivo, com posterior aprovação do Poder Legislativo: Plano Plurianual (PPA)²²,

19 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, ano 5, n. 18, p. 169-186.

20 Ibidem, p. 169.

21 SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. *Interesse público*. v. 7, n. 32, jul./ago 2005. p. 220.

22 Preconiza a Constituição que a lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada (CF, art. 165, § 1º).

Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO)²³ e Lei Orçamentária Anual (LOA)²⁴.

Essa complexidade, que não se resume exclusivamente às exigências de legitimidade política para participação do ciclo de orçamentação (competências delineadas na Constituição), nem tampouco a conhecimentos jurídico-legais, estende-se a aspectos técnicos relacionados com contabilidade, finanças, auditoria, gerenciamento e planejamento. Não sem razão a Constituição exige a manifestação da Comissão Mista de Orçamento (CF, art. 166, § 1º). Com isso se quer afirmar que a premissa, sustentada por alguns, de que juízes e tribunais, de formação notoriamente jurídica, tem capacidade para avaliar os desdobramentos resultantes de determinada intromissão ou alteração no orçamento público soa, no mínimo, temerária ou destoante da realidade fática.

Apropriada, nesses termos, a lição dispensada por Luciano Benetti Timm²⁵ quando enfatiza:

O Poder Judiciário, porque preso a um processo judicial (e de seus princípios, como a demanda, o contraditório, a ampla defesa), não pode fazer planejamento, que deve ser a base das políticas públicas, como já defendido, pois, esta permite visualizar objetivos, prever comportamentos e definir metas. Somente um planejamento sério, que envolva profissionais da área de administração, economia e contabilidade, poderá permitir eficiência no emprego de recursos públicos (ou seja, como já dito, atingindo um maior número de pessoas com o mesmo recurso proveniente da tributação).

Na perspectiva de microjustiça aplicada ao caso concreto, o magistrado ou a Corte, instrumentalizando conhecimentos jurídicos, dificilmente conseguirão aferir as repercussões em cadeia proporcionadas

23 Em linhas gerais, a Lei de Diretrizes Orçamentárias define metas e prioridades para a administração pública a partir do Plano Plurianual, assim como orientações para elaboração da Lei Orçamentária, devendo estabelecer as prioridades das metas fiscais, entre o resultado primário e nominal com vistas ao equilíbrio das contas públicas, e ainda relacionar os possíveis riscos fiscais. Tem ainda o objetivo de orientar a elaboração da lei orçamentária anual e dispor sobre alterações na legislação tributária local, além de definir a política da aplicação das agências financeiras oficiais de fomento, critérios e formas de limitação de empenho, direcionar formas de limites de gastos com pessoal, dívidas, uso da reserva de contingência, avaliação dos passivos contingentes e outros riscos capazes de afetar tal equilíbrio.

24 A Lei Orçamentária Anual caracteriza-se como o instrumento autorizador da arrecadação das receitas e execução das despesas necessárias ao desenvolvimento das ações e serviços públicos, para cada exercício financeiro, incluindo os investimentos no sistema econômico.

25 TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos fundamentais – orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 55-68.

por uma decisão judicial na dinâmica orçamentária, tampouco o rearranjo necessário para equacionar receitas e despesas (equilíbrio orçamentário). Em verdade, sendo finitos os recursos públicos que compõem o orçamento estatal, invariavelmente a efetivação de específica despesa em virtude de édito judicial acarretará a anulação de outra anteriormente prevista na peça orçamentária, obrigando, não o magistrado, mas o gestor, a remanejá-la com vistas à estabilização das contas públicas.

Lado outro, não é desconhecido a ninguém que os recursos públicos não raras vezes são malversados, aplicados de forma pouco eficiente e mesmo desviados indevidamente. Contudo, essas anomalias podem e devem ser corrigidas pelo Poder Judiciário no exercício do controle jurisdicional, pronunciando o direito dentro daquele processo de dialeticidade (tese e antítese) que resultará no pronunciamento definitivo (síntese). Para isso, não há dúvidas, existem instrumentos e meios que o ordenamento jurídico disponibiliza aos interessados para provocar a jurisdição (lei da ação civil pública, lei do mandado de segurança, lei de improbidade administrativa, lei da ação popular, entre tantas outras). O que se questiona, e que a nosso sentir não se coaduna com a vontade emanada da Constituição, é querer o Judiciário se arvorar na condição de administrador público ou legislador, sobrepondo-se aos legítimos atores políticos eleitos majoritária e periodicamente, a ditar opções políticas que entende apropriadas e interferindo na mais importante lei depois da Carta Magna (parafrazeando o ministro Carlos Ayres Brito).

2 ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA: PONDERAÇÃO DE VALORES E FINITUDE ORÇAMENTÁRIA

Não se sabe até que ponto notícias veiculadas pela mídia ou pelo próprio governo quanto ao crescimento econômico do Brasil tem exercido influência na concessão de medidas judiciais compelindo o fornecimento de medicação gratuita, mas fato é que o país, ainda situado na zona periférica da economia global, está longe de ser considerado potência econômica, possuindo visíveis e gravíssimas desigualdades sociais a serem equalizadas²⁶.

Não se pode olvidar que mesmo em países centrais como a Alemanha tem-se refutado pleitos que acarretem ônus demasiados ao

²⁶ Para Timm (2008, p. 60) “o Brasil infelizmente não é um país rico. Se a distribuição de renda fosse perfeita (máxima e eficiente) nós chegaríamos a uma distribuição de renda igual à renda per capita do país que hoje é de cerca de R\$ 12.000,00 a R\$ 14.000,00 (cerca de R\$ 7.000,00) por ano, portanto, longe ainda de países ricos (que ficam na casa dos U\$ 20.000,00)”.

Estado e à coletividade, sob o argumento de que não é lícito ao indivíduo demandar prestações estatais que não sejam plausíveis.

Nesse particular, referentemente à denominada teoria da reserva do possível,²⁷ cabe assinalar que no Brasil esta tem sido frequentemente associada à alegação que se vale o Estado da insuficiência de recursos financeiros para fazer frente ao cumprimento de seus deveres prestacionais inscritos na Constituição Federal. Não passa indiferente o fato de que no direito comparado, notadamente no âmbito da comparação constitucional, não raras vezes institutos e conceitos são transplantados com desvios de correlação fidedigna, vezes em decorrência de traduções ou interpretações apressadas, ou porque extraídas de fonte secundária, ou ainda porque a situação fática ou o fundamento jurídico utilizados originariamente não correspondem ao que o pesquisador intentava inicialmente.²⁸ Contudo, talvez por descuidos ou equívocos de interpretação na transposição do instituto para terras nacionais, a acepção originária da teoria da reserva do possível relaciona-se muito mais com a razoabilidade ou plausibilidade das pretensões dos indivíduos perante o Estado, a determinar o que é possível ou não ser exigido da coletividade, do que propriamente com a noção de escassez de recursos econômicos para atender a estas pretensões.

Nesse contexto, antes mesmo de se indagar sobre a existência de recursos públicos para o atendimento de todas as exigências sanitárias dos brasileiros (escassez fática), é preciso inquirir se o fornecimento de medicamentos para alguns (individual) em detrimento aos demais (coletivo) se mostra razoável perante a realidade vivenciada por nosso país e a finitude dos aportes públicos. Na contundente lição de Juliano Heinen:

A primeira limitação que se impõe consiste na impossibilidade de definir a existência de um direito subjetivo de um membro da sociedade com uma visão do caso concreto desconexa do entorno

27 A expressão “reserva do possível” (Vorbehalt des Möglichen) originou-se de pronunciamento do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (Bundesverfassungsgericht), em julgamento proferido em 18 de julho de 1972, no leading case apelidado de *numerus clausus I* ou BVerfGE 33,303, tendo a Corte Constitucional decidido que algumas prestações estatais ficam sujeitas àquilo que a sociedade pode exigir de forma razoável, ou seja, há prestações que ficam restritas a uma reserva do possível.

28 Descreve Posner: “Os problemas com tal tipo de citação de decisões estrangeiras são quatro, além daquele óbvio de que, a menos que o significado de um tratado esteja em questão, a corte internacional não interpretou os mesmos textos constitucionais ou legais ou precedentes que limitaram e guiaram a análise pela corte Norte-americana.” (POSNER, Richard. *No thanks, we already have our own laws*. The court should never view a foreign legal decision as a precedent in any way. *Legal Affairs*, [s.l.], jul./ago. 2004. Disponível em: <http://www.legalaffairs.org/issues/July-August-2004/feature_posner_julaug04.msp>. Acesso em: 19 dez. 2012).

em que se insere. É imperioso enquadrar tal necessidade em uma perspectiva geral, a fim de que o interesse de todos não seja sacrificado em face de uma demanda individual. Enfim, sopesar o custo social de uma concessão individual, cujo atendimento frustraria a própria ideia de segurança jurídica compartilhada. É imperioso que se insira o ato de governo ou o ato judicial em uma perspectiva coletiva, que satisfaça o bem comum, não somente uma perspectiva individual.²⁹

E o questionamento, a ser dirigido ao Judiciário, se mostra imprescindível na medida em que, sendo parcos os recursos públicos (no sentido de finitude), se a ordem judicial determina a entrega do fármaco ao autor da ação, privilegiando a microjustiça, em contraponto estará retirando de outras tantas pessoas recursos para o atendimento de suas variadas necessidades (macrojustiça), desestruturando não só o sistema de saúde que se baseia nos princípios da universalidade, integralidade e equidade, como também outros de vital importância como educação, segurança pública e moradia.

É ir além: estará o magistrado, na sua decisão, contemplando que o fornecimento de certo medicamento de alto custo, restrito a determinada pessoa, equivale a tantos e quantos leitos que poderiam salvar muito mais vidas? Visitando a doutrina de Luís Roberto Barroso, encontramos a mesma angústia:

Aqui se chega ao ponto crucial do debate. Alguém poderia supor, a um primeiro lance de vista, que se está diante de uma colisão de valores ou de interesses que contrapõe, de um lado, o direito à vida e à saúde e, de outro, a separação de Poderes, os princípios orçamentários e a reserva do possível. A realidade, contudo, é mais dramática. O que está em jogo, na complexa ponderação aqui analisada, é o direito à vida e à saúde de uns versus o direito à vida e à saúde de outros. Não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nessa questão.³⁰

29 HEINEN, Juliano. *O custo do direito à saúde e a necessidade de uma decisão realista*: uma opção trágica. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_CUSTO_DO_DIREITO_A_SAUDE_E_A_NECESSIDADE_DE_DE_UMA_DECISAO_REALISTA_UMA_OP-CAO_TRAGICA.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2013.

30 BARROSO, Luís Roberto. *Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva*: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude_-_judicializacao_-_Luis_Roberto_Barroso.pdf/view>. Acesso em: 29 jan. 2013.

Heinen vaticina que, devido à escassez de bens, um conflito entre valores terá que ser resolvido, tendendo os juristas a encontrarem respostas “no vazio da proporcionalidade, no vácuo da ponderação, na metafísica razoabilidade”³¹. Acrescentará ainda:

[...] a posição jurídica é por deveras ampliada se assim posta, uma vez que se trata não de uma ponderação, de uma proporcionalidade ou de uma razoabilidade, mas sim, em última análise, de uma simples opção. O jurista opta, sim, entre dois valores: ou protege a vida de um, em detrimento de se alocar recursos a muitos, ou se opta pela coletividade em detrimento do direito subjetivo de um só. Está posta a opção, sem floreios, nua³².

Concordamos com Dhenize Maria Franco Dias³³ que, com peculiar clareza, referindo-se a “escolhas trágicas”, pondera que essas opções na realização de tarefas públicas se materializam por meio da Lei Orçamentária Anual, que já engloba a teoria do possível.

Em outro quadrante, deve ser apontado que para assegurar o gozo dos direitos sociais insculpidos na Carta Política, necessita o Estado aumentar suas despesas, socorrendo-se invariavelmente das receitas que arrecada. Ocorre, contudo, que o direito à saúde, como qualquer outro direito prestacional (facere) do ente estatal perante o indivíduo, possui custos, a ficarem na dependência de fatores econômicos e disponibilidade, intransponível faticamente pelo próprio Estado³⁴. Nas palavras de Holmes e Sunstein, citados por Paradela:

Para a verdade evidente que os direitos dependem do governo deve ser acrescentado como corolário lógico, com ricas implicações: direitos custam dinheiro. Os direitos não podem ser protegidos efetivamente sem financiamento e apoio público. Esta é a verdade dos direitos antigos como dos novos direitos... Tanto o direito ao bem-estar quanto o direito à propriedade privada tem custos públicos nada menos do que o direito aos cuidados de saúde, o direito à liberdade de

31 HEINEN, op. cit.

32 HEINEN, op. cit.

33 DIAS, Dhenize Maria Franco. A teoria do limite fático da reserva do possível como obstáculo à efetivação dos direitos sociais. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n. 10, p. 22.

34 Nesse sentido, Stephen Holmes e Cass R. Sunstein (The Cost of Rights, 1999) apud NETTO, Sérgio de Oliveira. *O princípio da reserva do possível e a eficácia das decisões judiciais*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=739>. Acesso em: 29 jan. 2013.

expressão, nada menos do que o direito à habitação digna. Todos os direitos clamam pelos cofres públicos.

Ou ainda:

[...] comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.³⁵

Novamente aqui se vê que o Judiciário, na esteira da sua conduta como agente judicializador da saúde, extrapola competências reservadas apenas ao Executivo e ao Legislativo na condução dos assuntos orçamentários. É afirmar, nas palavras de Heinen:

[...] quando o Poder Judiciário decide se os poucos recursos existentes deverão tratar milhares de vítimas de doenças comuns ou um pequeno número de doentes terminais, faz política pública. E, em sendo assim, faz uma opção. E optar é, no âmbito dos poucos recursos, subtrair de alguém para dar a outrem.³⁶

Está claro que não se está aqui advogando a tese da submissão da efetivação dos direitos fundamentais a fatores econômicos ou de mercado, até porque, longe de ser consenso não se amolda aos estreitos limites deste trabalho. Pretende-se, isso sim, deixar evidenciado que restrições de ordem econômico-financeira (limitação patrimonial) impossibilitam, por uma questão fática (e não jurídica ou ideológica) que determinados direitos ou serviços públicos sejam entregues ao indivíduo pelo Estado. Afinal, direitos geram custos:

É indagar, no campo hipotético, se o Estado estaria obrigado juridicamente a prestar assistência farmacêutica quando esgotados todos os seus recursos financeiros (exaustão orçamentária).³⁷

35 ADPF-45. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 185, p. 794-796.

36 HEINEN (op. cit.) cita a advertência feita por Raquel Urbano Melo de Carvalho de que o Estado, "(...) ao ser compelido, por decisão judicial a arcar com despesas que exorbitem seu âmbito regular de atuação em matéria de política pública, [...] tem de destinar parte dos recursos, já escassos, para atendimento específico das ações propostas, em detrimento de outros tantos cidadãos que necessitam de procedimentos e medidas cuja efetivação e/ou prestação também lhe compete".

37 O exemplo, levado ao extremo, não é de todo irrealizável, como se pode notar na situação de países em situação de ruína financeira, como o caso do Haiti e de países africanos.

John Maynard Keynes teorizava que o déficit orçamentário impõe limites à atuação do Estado³⁸. Cabe ainda derradeira lição de Heinen, sempre preciso e realista:

Não há mais saída senão voltar-se para uma leitura pragmática dos direitos fundamentais. Em 2006, verbas públicas destinadas à compra de cadeiras para salas-de-aula foram bloqueadas para custear o tratamento de apenas um paciente. Ontem, foram as cadeiras que não chegaram; amanhã poderão ser os vencimentos, os proventos, os salários...³⁹

Depreende-se do exposto que, preliminarmente à análise da razoabilidade ou plausibilidade da pretensão deduzida pelo indivíduo perante o Estado, deve-se sopesar se existem meios financeiros suficientes para a efetivação do direito invocado (escassez fática) ou, ainda, se existentes esses meios, se sua destinação para a salvaguarda de um (desigualdade perante os iguais) não acarretará prejuízos ou limitações aos direitos do restante da coletividade (igualdade perante os iguais).

3 INDIFERENÇA DO JUDICIÁRIO PERANTE O ORÇAMENTO

No Brasil, desde a promulgação da Carta Política de 1988, notadamente no que se refere às disposições encartadas nos artigos 6º e 196, que se reconhece a saúde como direito social⁴⁰ dispensado aos nacionais e estrangeiros⁴¹.

Sob os argumentos que o Estado Brasileiro comprometeu-se a dispensar aos seus nacionais o acesso universal às políticas de saúde (direito fundamental prestacional) e que a vida humana se encontra no

38 HEINEN, op. cit.

39 HEINEN, op. cit.

40 José Afonso da Silva ensina que os direitos sociais são “prestações positivas proporcionadas pelo Estado, direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a equalização de situações sociais desiguais”. (SILVA, 2000, p. 289).

41 Ressalta-se que alguns estrangeiros são beneficiários do Sistema Único de Saúde (SUS). De acordo com artigo que analisa a fruição do direito à saúde na fronteira do MERCOSUL, a gratuidade do sistema brasileiro na região da Tríplice Fronteira, englobando o Brasil, a Argentina e o Uruguai, é a principal razão que motiva a demanda por não residentes no Brasil. Constata-se relevante número de estrangeiros, em algumas cidades no Brasil, em busca de atendimento fornecido pelo SUS. NOGUEIRA, Vera Maria Ribeiro; PRÁ, Keli Regina del; FERMIANO, Sabrina. A diversidade ética e política na garantia e fruição do direito à saúde nos municípios brasileiros da linha da fronteira do MERCOSUL. *Caderno de Saúde Pública* v. 23, Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-311X2007001400012&script=sci_arttext&ting=>>. Acesso em: 27 dez. 2012.

epicentro da proteção garantista do constituinte originário, vem os juízes e tribunais pátrios sistematicamente compelindo os entes federativos a fornecerem medicamentos e tratamentos de alto custo àqueles pacientes acometidos de grave enfermidade e hipossuficientes para fazerem frente aos gastos financeiros para recuperação da sua saúde.

Nessa cruzada épica do Poder Judiciário almejando atender os reclamos dos que invocam a necessidade de recebimento de fármacos e tratamentos hospitalares de alto custo às expensas do Estado, desconsidera-se de forma arrogante a realidade sócio-econômica do país e a constatação de que os recursos orçamentários são escassos para atender a todas as demandas. Numa alusão ao reverendo Thomas Robert Malthus, enquanto que as necessidades se avolumam em progressão geométrica, os recursos públicos crescem em proporção aritmética.

Argumento salutar, e demasiadamente esquecido, que deve ser trazido à baila, é que os recursos para financiar esse sistema de saúde universal alicerçado por decisões judiciais utópicas partem do Erário Público. Contudo, por mais elementar que seja a premissa, é preciso recordar que o Tesouro Nacional não possui recursos próprios permanentes, socorrendo-se invariavelmente do ingresso de receitas advindas da sociedade. É dizer: quem financia o sistema de saúde é o Estado, que por sua vez é financiado por todos os integrantes da sociedade. Mas, enfim, quem financia o contribuinte?

O Brasil, não se pode nunca esquecer, é um dos países com a maior carga tributária do planeta. O sistema, por si só desigual, se torna definitivamente perverso: muitos outros terão que trabalhar mais, verem seus patrimônios estagnados ou diminuídos, e recolher mais impostos com vistas à transferência de receitas para o Tesouro Nacional custear o tratamento de alguns poucos, sem que isso tenha se dado no amplo debate democrático ou na vontade das urnas – apenas, diga-se, nos gabinetes do Judiciário. A depender do montante gasto com essa assistência farmacêutica, a tributação no bolso dos contribuintes se elevará, convertendo-se em sangria. Para alguns, isso se denomina princípio da solidariedade; para outros, confisco!

Em casos concretos, o que se tem visto nas demandas em que a Procuradoria da União atua na Seção e Subseções Judiciárias Federais do Estado de Minas Gerais permite inferir que os princípios⁴² atinentes ao orçamento público, notadamente aqueles que se referem à escassez de recursos

42 No entendimento de Carrazza "princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam".

e a não previsão de gastos, são cabalmente desprestigiados em detrimento do alegado direito à saúde albergado no art. 196 do Texto Constitucional.

O magistrado, preocupado com a situação clínica do autor e entendendo ser a saúde dever absoluto do Estado, a par de considerar que sua decisão certamente não causará repercussões maiores no gigantesco orçamento da União – afinal, o que é a despesa com certo tratamento farmacêutico em vista de gastos com propagandas, obras superfaturadas e corrupção⁴³ –, afasta para plano secundário eventuais ansiedades orçamentárias.

Porém, pretender o Judiciário que o Estado preste serviços de primeiro mundo aos seus cidadãos é, no mínimo utópico, perverso e antidemocrático: o Brasil e mesmo os países centrais (Alemanha, França, Estados Unidos, para citar alguns) não possuem recursos infinitos que possibilitem a satisfação de todas as necessidades da população; ao decidir pela proteção à saúde, estará o juiz drenando recursos orçamentários aplicados em outros setores também prioritários às ações de governo (educação, segurança pública, moradia et coetera); por derradeiro, se mostra antidemocrática e ilegítima a atuação na medida em que estará, ao fim e ao cabo, elegendo nova opção política, substituindo a vontade dos demais poderes por critérios próprios de discricionariedade, sem qualquer apoio majoritário. Fica consignada a lição de José Gomes Canotilho, citado por Barroso:

[...] os juízes não se podem transformar em conformadores sociais, nem é possível, em termos democráticos processuais, obrigar juridicamente os órgãos políticos a cumprir determinado programa de ação⁴⁴.

Trilhando o caminho da indiferença, muitos magistrados, no afã de entregar a prestação jurisdicional ao paciente que necessita de medicamentos excepcionais ou de alto custo, voltam as costas para dificuldades cotidianas, determinando que a União cumpra a ordem judicial em prazos exíguos (15 dias, 5 dias... 48 horas), esquecendo-se que o Ministério da Saúde, dentro daquelas atribuições definidas no art. 198 da Constituição e no art. 9º da Lei nº 8.080/90, não possui estoques farmacêuticos ou dinheiro em espécie para a pronta aquisição do fármaco – na verdade, sequer estrutura logística

43 A certa altura, nos autos do processo nº 4994-02.2012.4.01.3811, o ilustre magistrado, fundamentando sua decisão de antecipação dos efeitos da tutela, expõe: “Também não posso deixar de considerar a conhecida ineficiência e desvios na aplicação de recursos públicos, razões pelas quais entendo que a solidariedade e a atenção à dignidade da pessoa humana devem orientar o Juiz no exame do caso individual submetido à Justiça, como este”.

44 BARROSO, op. cit., p. 24.

para aquisição, distribuição e recolhimento do fármaco na residência do autor, como exigem certas decisões judiciais⁴⁵.

Faz-se imprescindível assinalar que a ordem judicial por si só não permite ao administrador tangenciar os mecanismos de controle impostos pela lei, sendo que eventual descumprimento de prazos, condições e requisitos impostos legalmente (Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei de Finanças Públicas, Lei de Licitação) acarretará ao gestor público a necessária responsabilização perante o Tribunal de Contas da União e ao próprio Poder Judiciário.

A compra de um medicamento deve acompanhar a execução orçamentária e financeira. Assim:

Mesmo se tiver sido incluído previamente no orçamento, muitas vezes não existe o recurso financeiro, não podendo ocorrer a despesa ou a compra imediata do medicamento. Por outro lado, pode haver recurso financeiro, mas pode ser difícil gastá-lo, se não houver disponibilidade orçamentária.

Todo o processo orçamentário é obrigatório, previsto na Constituição Federal, que determina a necessidade do planejamento das ações de governo por meio da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e da Lei Orçamentária Anual (LOA). Uma vez publicada a LOA, criam-se os créditos orçamentários dos Ministérios e, a partir daí, tem-se o início da execução orçamentária propriamente dita. Executar o orçamento é realizar exclusivamente as despesas públicas nele previstas seguindo à risca três estágios previstos na Lei nº 4.320/64: empenho, liquidação e pagamento. No caso de compra de um medicamento, pode ser feito o pré-empenho, após o recebimento do crédito orçamentário e antes do seu comprometimento para a realização da despesa. Há, ainda, uma fase de licitação obrigatória – dispensada quando há um único fornecedor do medicamento. Antes mesmo do término do processo licitatório ou da compra sem licitação há necessidade de garantir o crédito (por meio da carta de crédito, por exemplo), pois sem essa garantia o laboratório não entrega o medicamento.

Além da programação financeira, habilidade e conhecimento técnico, cada compra de um novo medicamento requer agilidade no planejamento da quantidade necessária, o que depende muitas vezes da programação de estado e municípios; e pesquisa dos preços praticados internacionalmente, para facilitar as negociações. E, em

45 Autos do processo nº 4088-46.2011.4.01.3811

alguns casos, o laboratório pode não ter capacidade de produção para a entrega imediata da demanda solicitada, fator que também resulta em atraso, assim como o processo de importação pode vir a ter dificuldades.

Em face do princípio da legalidade da despesa pública, ao administrador público é imposta a obrigação de observar as autorizações e limites constantes nas leis orçamentárias (art. 167, II, da CF/88), sob pena de incorrer no crime de responsabilidade previsto pelo art. 85, VI, da Constituição Federal.⁴⁶

Imperioso observar ainda que os advogados públicos, como representantes judiciais da pessoa federativa, não detem competência funcional para compelir os gestores públicos a cumprirem a ordem judicial no prazo assinalado, conforme já decidido pelo Conselho Nacional de Justiça⁴⁷.

Ademais, os éditos judiciais que determinam o fornecimento compulsório de medicamentos, dada a peremptoriedade dos prazos assinalados e à compra em pequena escala, trazem em seu bojo o efeito nefasto de imprimir à Administração Pública a perda da capacidade de administrar os preços de compra em um mercado altamente monopolizado, obrigando-a a se curvar à flutuação de preços imposta pelo mercado farmacêutico⁴⁸. Não por outra razão é assente que:

46 SCHEFFER, Mário (Coord.); SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola. *O Remédio Via Justiça: Um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/Aids no Brasil por meio de ações judiciais*. Série Legislação, n. 3. Brasília, p. 48 et seq.

47 Ao menos no âmbito da Seção Judiciária Federal de Minas Gerais e suas adjacências, o Procurador-Chefe da União e seus Advogados, em que pese não terem competência funcional ou poder de gestão sobre a estrutura do Ministério da Saúde, tem sido não poucas vezes advertidos de que a não efetivação do comando inserto na determinação judicial de fornecimento do medicamento no prazo assinalado acarretará, além de multa pecuniária à União, medidas de privação de liberdade, multa pessoal, bloqueio de bens e representação junto à Corregedoria da AGU. Nesse sentido, os autos dos processos nº 23699-81.2012.4.01.3800, 1387-78.2012.4.01.3811, 4163-51.2012.4.01.3811, 57816-98.2012.4.01.3800 e 55019-52.2012.4.01.3800.

48 “Operando sem grande poder de administrar compras e dentro de um mercado monopolizado, o SUS não alcança economias de escala que seriam esperáveis sob outras circunstâncias. Em um sistema de aquisições centralizado é de se esperar que a compra de um maior volume de um medicamento esteja relacionada a um maior poder de barganha e a uma série de economias que, em conjunto, reduzem preços finais. Mesmo na impossibilidade de ganhos expressivos, a compra em maior quantidade assegura, ao menos, a capacidade de manter estável e em níveis mais baixos a relação entre quantidades e preços. A aquisição fragmentada não permite esses ganhos”. (DINIZ, 2012).

Monopólios de distribuição controlam preços, que tendem a ser mais altos do que os praticados em mercados concorrenciais. Nem sempre é possível evitar monopólios de distribuição, em particular no caso de medicamentos que muitas vezes são monopolizados em função da proteção de suas patentes ou, no caso específico das MPS, por serem medicamentos órfãos. Um comprador de grande porte, como o Estado, tem alguma flexibilidade para negociar preços com monopólios quando a aquisição de medicamentos é feita dentro de seu planejamento orçamentário. A judicialização, porém, determina a aquisição obrigatória e imediata de determinadas quantidades dos medicamentos, sem licitação. Isso afasta qualquer planejamento e negociação, que, no caso das compras públicas, são regidos por princípios fixos destinados a garantir que a administração pública faça bons negócios. A sujeição a monopólios de distribuição, portanto, tende a implicar custos totais mais altos para as políticas de saúde.⁴⁹

4 CONCLUSÃO

Medidas de urgência proferidas pelo Poder Judiciário com fins a compelir os Entes Públicos, mormente a União, ao fornecimento de medicamentos, sob o fundamento do reconhecimento do direito constitucional à assistência farmacêutica (CF, arts. 6º e 196), causam desequilíbrio e consequências gravosas nas contas públicas dimensionadas na peça orçamentária.

Sem olvidar da questionável ingerência dos juízes e tribunais pátrios na definição da política pública de saúde sob os aspectos dos

49 DINIZ, op. cit. No mesmo artigo os autores deixam assentado que, no caso das mucopolissacaridoses (MPS), evidencia-se a sujeição do governo brasileiro ao monopólio na aquisição judicializada de medicamentos de alto custo. Prosseguem: "Cerca de 97% da despesa judicializada são feitas com um único distribuidor, a Uno Healthcare Inc., uma empresa especializada em uma carteira restrita de medicamentos de alto custo em fase ainda experimental, e que tem o Estado brasileiro como o seu maior comprador: mais de R\$ 213 milhões em medicamentos para MPS foram comprados desta empresa ao longo de cinco anos (2006-2010). O valor total das compras feitas pelo governo brasileiro junto a essa empresa é ainda maior do que os R\$ 213 milhões, pois além dos três medicamentos relacionados às MPS a Uno Healthcare Inc. vende uma série de outros medicamentos e materiais médicos de custo expressivo – alguns deles também objeto de judicialização, como microcatéteres e enzimas para o tratamento de outras doenças raras, como a doença de Gaucher. Os 3% restantes têm sua aquisição computada como tendo sido feita junto à Genzyme Corporation, uma subsidiária do grupo farmacêutico Sanofi-Aventis. No caso das MPS, pelo menos 97% das compras são feitas na empresa que monopoliza esse mercado no Brasil, pois distribui duas das três enzimas analisadas. A enzima cuja distribuição é compartilhada por duas empresas é aquela de menor relevância no custo total, a laronidase. Trata-se de um monopólio estrito desse mercado específico. Para o sistema de saúde brasileiro, uma consequência da determinação judicial de compra em um mercado monopolizado é a perda da capacidade plena de administrar os preços de aquisição.

custos dos direitos, da reserva do financeiramente possível, da separação dos poderes, da ausência de discricionariedade e do financiamento público pelos contribuintes, procurou-se demonstrar ainda o desfalque financeiro acarretado por decisões judiciais em outras áreas de atuação estatal, comprometendo serviços e ações públicas em face da finitude dos recursos financeiros e patrimoniais de que dispõe o Estado, assim como a ocorrência de efeitos outros não menos nefastos, como a imposição ao administrador público de rearranjar as contas públicas, realizar a compra dos fármacos em mercados altamente monopolizados e a limitação da capacidade da administração pública na imposição dos preços de aquisição de medicamentos.

REFERÊNCIAS

ALVES, Raquel de Andrade Vieira. Legalidade Financeira e Ativismo Judicial: Judicialização das Políticas Públicas. *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 28, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude_-_judicializacao_-_Luis_Roberto_Barroso.pdf/view>. Acesso em: 29 jan. 2013.

CARRAZZA, Roque. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

DIAS, Dhenize Maria Franco. A teoria do limite fático da reserva do possível como obstáculo à efetivação dos direitos sociais. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n. 10, jun. 2011.

DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo; SCHWARTZ, Ida Vanessa. Consequências da judicialização das políticas de saúde: custos de medicamentos para as mucopolissacaridoses. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 28, n. 3, mar. 2012.

HEINEN, Juliano. *O custo do direito à saúde e a necessidade de uma decisão realista: uma opção trágica*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_CUSTO_DO_DIREITO_A_SAUDE_E_A_NECCESSIDADE_DE_DE_UMA_DECISAO_REALISTA_UMA_OPCAO_TRAGICA.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2013.

POSNER, R. *No thanks, we already have our own laws*. The court should never view a foreign legal decision as a precedent in any way. Legal Affairs, [s.l.], jul./ago. 2004. Disponível em: <http://www.legalaffairs.org/issues/July-August-2004/feature_posner_julaug04.msp>. Acesso em: 19 dez. 2012.

MACHADO JR, J. Teixeira; REIS, Heraldo Costa. *A lei 4320 comentada*. Rio de Janeiro: IBAM, 1997.

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, ano 5, n. 18, jul./set. 2007.

MEIRELLES, Humberto Lauer Sampaio. *O poder judiciário no controle de normas orçamentárias*. Disponível em: <http://www.cgmadvogados.com.br/publicacoes_texto.php?id_pub=294>. Acesso em: 29 jan. 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

NETTO, Sérgio de Oliveira. *O princípio da reserva do possível e a eficácia das decisões judiciais*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=739>. Acesso em: 29 jan. 2013.

NOGUEIRA, Vera Maria Ribeiro; PRÁ, Keli Regina del; FERMIANO, Sabrina. A diversidade ética e política na garantia e fruição do direito à saúde nos municípios brasileiros da linha da fronteira do MERCOSUL. *Caderno de Saúde Pública*. Rio de Janeiro, v. 23, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-311X2007001400012&script=sci_arttext&ting=>>. Acesso em: 27 dez. 2012.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. São Paulo: RT, 2006.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de; HORVATH, Estevão. *Manual de Direito Financeiro*. 3. ed. São Paulo: RT.

PARADELA, Valesca Athayde de Souza. Judicialização da saúde. *Revista da Procuradoria Geral do Município de Juiz de Fora – RPGMJF*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1.

POSNER, Richard. *No thanks, we already have our own laws*. The court should never view a foreign legal decision as a precedent in any way. Legal Affairs,

[s.l.], jul./ago. 2004. Disponível em: http://www.legalaffairs.org/issues/July-August-2004/feature_posner_julaug04.msp. Acesso em: 29 jan. 2013.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. *Interesse público*. v. 7, n. 32, jul./ago. 2005.

SCHEFFER, Mário (Coord.); SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola. *O Remédio Via Justiça*: Um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/Aids no Brasil por meio de ações judiciais. Série Legislação, n. 3. Brasília, 2005.

SILVA, José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOARES, Inês Virgínia Prado. *Direitos Fundamentais Sociais e Execução Orçamentária*: reflexões sobre a teoria da reserva do possível numa perspectiva constitucional. Artigo não publicado.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos fundamentais – orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. v. 5. O Orçamento na Constituição. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.