



## ORÇAMENTO PÚBLICO E POLÍTICAS PÚBLICAS: DESAFIO DAS DEMANDAS JUDICIAIS POR MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO

### PUBLIC BUDGET AND PUBLIC POLICIES: CHALLENGE OF CLAIMS BY HIGH COST MEDICINES

<i>Recebido em:</i>	15/12/2019
<i>Aprovado em:</i>	06/12/2020

**Cristiano Elias<sup>1</sup>**

**Alex Pereira Bühler<sup>2</sup>**

#### RESUMO

Diante de toda complexidade jurídica de administração de recursos escassos para a efetivação de políticas públicas orientadas por direitos fundamentais, como conciliar tudo isso com uma decisão judicial que obrigue o estado a pagar por um medicamento de alto custo para um único cidadão? Esse problema de pesquisa apresenta, então, o objetivo geral desse texto que é analisar a compatibilidade do orçamento público e políticas públicas ante o desafio das demandas judiciais por medicamentos de alto custo. Por sua vez, os objetivos específicos são apresentar um caso emblemático entre direito e orçamento, entender os direitos fundamentais como base do estado social de direito e investigar os custos do direito

<sup>1</sup> Professor Titular do Programa do Pós-Graduação e da Graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM. Doutor em Direito Penal da Universidade de São Paulo - USP. Mestre em Direito do Estado Da Universidade de São Paulo - USP. Advogado. E-mail: cristiano\_elias@hotmail.com

<sup>2</sup> Mestre em Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM. Especialista em Direito Tributário das Empresas da União de Cursos Superiores - UNISEB. Oficial Interino do Cartório do Ofício Único de Regeneração - PI. Advogado licenciado. Email: alexpbuhler@gmail.com



e controle judicial. Em síntese, conclui-se que a efetivação do direito fundamental naquelas circunstâncias custa os direitos fundamentais de toda a coletividade. Enfim, o artigo baseia-se em pesquisa de legislação, doutrina e jurisprudência, adotando-se o método analítico.

**Palavras-chave:** orçamento público - políticas públicas - direitos fundamentais - judicialização - medicamentos de alto custo

### ABSTRACT

In front of all legal complexity of management of scarce resource for the enforcement of public policies oriented to fundamental rights, how to reconcile all this with a court decision that obliges the state to pay for a high cost medicines for a single citizen? This research problem presents the general objective of this paper which is to analyze the compatibility of the public budget and public policies face the challenge of the judicial demands for high cost medicines. Then, the specific objectives are to present an emblematic case between law and budget, to understand fundamental rights as the basis of the social rule of law and to investigate the costs of law and judicial control. In fact, it can be concluded that the execution of the fundamental right under those circumstances costs the fundamental rights of the whole community. Finally, the article is based on research of legislation, doctrine and jurisprudence, adopting the analytical method.

**Keywords:** public budget - public policies - fundamental rights - judicialization - high-cost medicines

### INTRODUÇÃO

Os constituintes de 1988 incluíram no rol de direitos constitucionais os direitos fundamentais, humanos e sociais, em atendimento aos requisitos de um Estado Democrático de Direito. Contemporaneamente, não se pode duvidar que, a



omissão do governo na efetivação dos direitos fundamentais universais e indivisíveis, configura um grave estado de infringência jurídica reconhecida internacionalmente, bem como um estado de retrocesso civilizatório construído sob duras lições, entre elas, a segunda guerra mundial.<sup>3</sup>

No Brasil, as políticas públicas são um plano de ações governamentais responsáveis pelas diretrizes e execução dos direitos fundamentais constitucionais, que enfrentam graves problemas de escassez de recursos em face de uma infinidade de probabilidades de despesas com direitos.<sup>4</sup>

Neste contexto, o orçamento público constitucional se mostra como um instrumento útil, expresso com *status* de lei e com amplas funções, que espelham as opções políticas, econômicas e financeiras do governo, permitindo verificar se a sociedade está ou não em um progresso de bem estar social adequado e promissor. Para este fim, deve ficar claro que o orçamento público constitucional envolve diversas dificuldades a serem superadas que estão presentes na sua elaboração, na

---

<sup>3</sup> Segundo Rogério Gesta Leal: “Pode-se afirmar, a despeito da edição da Carta Atlântica firmada por Roosevelt e Churchill (14.08.1941), e a Declaração das Nações Unidas em 01.01.1942, que o marco histórico da internacionalização dos Direitos Fundamentais é a Declaração Universal de 10 de dezembro de 1948, que, após a 2ª guerra, vem consagrar um consenso sobre valores de alcance global. [...] Vários preceitos da Declaração Universal são, com o passar do tempo, incorporados a Tratados internacionais, que possuem, em razão de sua natureza, força jurídica vinculante, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, ambos de 1966, os quais compõem, juntamente com a Declaração Universal, a chamada Carta Internacional dos Direitos Fundamentais. Tais documentos são constituídos fundamentalmente pelo direito à autodeterminação”. (LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais. Os desafios do Poder Judiciário no Brasil*. 2009. p. 61)

<sup>4</sup> Nas palavras do mesmo autor: “De pronto quero lembrar que a Constituição Federal brasileira de 1988, em seu artigo 3º elenca os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a saber: [...] Deste mandamento constitucional retiram-se o significado e a justificativa das chamadas ações afirmativas, aqui entendidas como políticas públicas e privadas destinadas a implementar benefícios em favor de um determinado número de pessoas, dentro de um contexto sócio econômico em que se encontram em desvantagem por razões sociais.” (LEAL, Rogério Gesta. Op. cit.. p. 116)



discricionariiedade de sua execução, no nível de participação democrática para a alocação de recursos, nas ações do poder legislativo e principalmente no seu contingenciamento.

Diante de toda essa complexidade jurídica de administração de recursos deveras escassos para a efetivação de políticas públicas orientadas por direitos fundamentais, como conciliar tudo isso com uma decisão judicial que obrigue o estado a pagar um tratamento de altíssimo custo para um único cidadão? Esse problema de pesquisa apresenta, então, o objetivo geral dessa pesquisa que é analisar a compatibilidade do orçamento público e políticas públicas ante o desafio das demandas judiciais por medicamentos de alto custo. Por sua vez, os objetivos específicos são apresentar caso emblemático entre direito e orçamento, procurar entender os direitos fundamentais como base do estado social de direito e, por fim, investigar os custos do direito e controle judicial.

Enfim, o artigo baseia-se em pesquisa de legislação, doutrina e jurisprudência, adotando-se o método histórico e analítico.

## 1. UM CASO EMBLEMÁTICO ENTRE DIREITO E ORÇAMENTO

O caso referido a seguir remete a um paciente acometido da doença denominada Hemoglobinúria Paroxística Noturna (HPN),<sup>5</sup> segundo artigo de Rizzatti e Sandes,<sup>6</sup> a doença é uma forma rara de anemia hemolítica adquirida que causa a destruição irregular das hemácias com três manifestações clínicas distintas: a

---

<sup>5</sup> Código CID 10 - D59.5 – Hemoglobinúria paroxística noturna (Marchiafava-Micheli)

<sup>6</sup> SANDES, Alex Freire. RIZZATTI, Edgar Gil. *Novo método para o diagnóstico da HPN: mais sensível, mais específico e clinicamente muito mais relevante*. 2011.



hemólise<sup>7</sup> intravascular, um significativo aumento de tromboembólicos<sup>8</sup> e o surgimento de graus variados de falência da medula óssea. Ainda segundo o artigo, a doença afeta pacientes de ambos os sexos em iguais proporções e com média de idade entre 30 anos, cuja taxa de mortalidade pode atingir 35% dos pacientes após 5 anos de diagnóstico, cuja principal causa da morte é identificada com o falecimento da medula óssea ou à ocorrência de tromboes.

A notoriedade do caso foi publicada na Revista Época em 2012, sob o título “O paciente de R\$ 800 mil”<sup>9</sup> e remete à história de Rafael Notarangeli Fávaro, morador São José dos Campos - SP, à época com 29 anos de idade, que acometido da rara doença HPN ajuizou uma ação judicial para receber do Estado de São Paulo, o custeio de um tratamento médico alternativo que envolve a aplicação de um dos remédios mais caros do mundo, o Soliris da indústria Alexion Pharmaceutical, cujo componente ativo é o eculizumabe.

Segundo a revista Forbes de 2010,<sup>10</sup> o Soliris custava anualmente US\$409.500,00, e atualmente segundo a revista International Business Time de

---

<sup>7</sup> Segundo Dicionário Médico on-line: ‘HEMÓLISE – Doença na qual se produz a ruptura da membrana do glóbulo vermelho e perda de seu conteúdo (principalmente hemoglobina) para a corrente sanguínea. Pode ser produzida em algumas anemias congênitas ou adquiridas, como consequência de doenças imunológicas, etc.’ (Disponível em: < <http://www.dicionariomedico.com/Hemólise.html>> Acesso em: 30mai2016)

<sup>8</sup> Segundo Rezende e Soares os ‘[...] tromboembólicos compreendem um grupo de doenças caracterizado pela obstrução de artérias ou veias por coágulos formados localmente ou por trombos liberados na circulação sistêmica. Os distúrbios tromboembólicos compõem as principais causas de morbimortalidade no Brasil e no mundo. [...]’ (REZENDE, Suely Meireles; SOARES, Thiago Horta. *Como diagnosticar e tratar distúrbios tromboembólicos: Venous Thromboembolism*. 2010).

<sup>9</sup> SEGATTO, Cristiane. *O paciente de R\$ 800 mil: a história do rapaz que recebe do SUS o tratamento mais caro do mundo revela um dos maiores desafios do Brasil: resolver o conflito entre o direito individual e o direito coletivo à saúde*. In: Revista Época on-line. Editora Globo: São Paulo, 2012.

<sup>10</sup> HERPER, Mattew. *The world’s most expensive drugs*. 22fev2010. Artigo versão on-line. New York: Revista Forbes, 2010.



2016,<sup>11</sup> o Soliris custa ao ano em torno de US\$440.000,00 cerca de R\$1.754.896,00 na cotação do dólar<sup>12</sup> do dia 13 de fevereiro de 2016, data da matéria.

Rafael logrou em juízo o direito de receber do Estado de São Paulo o custeio do tratamento com Soliris, conforme decisão publicada do acórdão do agravo regimental de nº 0034026-16.2010.8.26.0053/50000 da comarca de SP, como consta de seu dispositivo final:

[...] Por fim, o fornecimento do medicamento importado e sem registro na ANVISA ao portador de doença grave é atualmente o único tratamento existente, conforme demonstrado nos autos. A ausência de registro do medicamento junto à ANVISA ou a falta de autorização de uso pelo Ministério da Saúde, não equivale à proibição de seu consumo. E mais, sendo atualmente o único remédio indicado para a enfermidade, recusá-lo ao impetrante significaria abandoná-la à própria sorte, sem nenhuma assistência. Pelo exposto, nego provimento ao recurso, mantendo-se a decisão monocrática por seus próprios fundamentos. (AGR-SP nº 0034026-16.2010.8.26.0053/50000)

Neste prisma e considerando os valores dos remédios em geral, não pode ser negado que há fortes reflexos das decisões judiciais, em matéria de direitos fundamentais, sobre o orçamento público o que inclui o caso ressaltado envolvendo

---

<sup>11</sup> NORDRUM, Amy. *Drug prices: world's most expensive medicine costs \$440,000 a year, but is it worth the expense?* 13fev2016. Artigo versão on-line: New York: Revista International Business Times, 2016.

<sup>12</sup> Cotação calculada no site do Banco Central do Brasil. Disponível em: <<http://www4.bcb.gov.br/pec/conversao/conversao.asp?id=txconversao>> Acesso em: 30mai2016.





o direito à saúde.

Conforme exposto em 2015, pela Associação da Indústria Farmacêutica de Pesquisa (INTERFARMA), foi publicado um importante trabalho de levantamento quantitativo sobre a judicialização da saúde e seus custos,<sup>13</sup> fenômeno que tem sido tema recorrente em debates sobre os direitos dos pacientes frente à capacidade financeira e orçamentária do Estado brasileiro no atendimento às crescentes demandas judiciais.

Do trabalho da INTERFARMA restou concluído que os gastos do Ministério da Saúde com demandas judiciais dobraram em três anos de 2012 a 2014. Foi gasto no ano de 2012 um valor de R\$367,89 milhões de reais e no ano de 2014 foi gasto um valor de R\$844,21 milhões restando acumulado no período um total de gastos no valor de R\$1,76 bilhão.<sup>14</sup>

Os gastos com saúde em 2012 obedecendo a mandados de segurança sobre as compras públicas, com dispensa ou inexigibilidade de licitação, somaram um valor de R\$324,45 milhões sendo que em 2014 teve um aumento de 116,80% totalizando o valor de R\$703,39 milhões.<sup>15</sup>

Quanto aos depósitos em contas judiciais via mandado de segurança, o valor dos tratamentos reivindicados cresceu 224,18% indo em 2012 do valor de R\$43,44 milhões para em 2014 no valor de R\$140,82 milhões.<sup>16</sup>

O trabalho também concluiu que os principais responsáveis pelas demandas judiciais são pessoas físicas via mandado de segurança para depósito em conta judicial, representando uma taxa de 71,7% do total de gastos no período de

---

<sup>13</sup> FARIA, Reus. (Coord.) *Monitor de judicialização 2015: evolução dos gastos do Ministério da Saúde com ações judiciais (2012 - 2014)*. 2015.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 4.

<sup>15</sup> *Id.*

<sup>16</sup> *Id.*



2012 a 2014 num valor equivalente a R\$213,9 milhões, resultado de 8.112 processos com valor unitário médio de R\$26.4 mil. Também vale ressaltar que no mesmo período os fundos estaduais de saúde receberam um repasse de R\$49.2 milhões representando um valor médio de R\$17.3 mil por processo ajuizado, bem aquém da real necessidade de custeio do sistema de saúde se comparado com o valor unitário demandado por processo.<sup>17</sup>

A compra de medicamentos por via judicial formou quase a totalidade dos gastos do Departamento de Logística (DELOG), num montante de R\$1.47 bilhões no período de 2012 a 2014, de forma que a compra de medicamentos representou um crescimento de 60%.<sup>18</sup>

Já, a compra de medicamentos importados através de demandas judiciais em 2013 cresceu 59% o montante pago às indústrias estrangeiras, contra 67% pago às empresas com estabelecidas no país. No ano de 2014 conclui o estudo que, os gastos com demandas judiciais pelo DELOG representaram 84.7% do total de gastos no ano com a compra de remédios.<sup>19</sup>

No trabalho da INTERFARMA também consta destacado um importante dado diretamente ligado ao caso do paciente de 800 mil, o levantamento traz expressamente que o Ministério da Saúde gastou R\$339 milhões com o medicamento a base de eculizumabe, comercialmente denominado de Soliris, representando 29,7% das compras por via da judicialização.<sup>20</sup>

Destarte, pode ser abstraído que de todos os recursos públicos gastos com medicamentos quase 30% foram gastos com uma pequena parcela de pacientes que demandaram seu direito individual à saúde, em detrimento do direito coletivo à

---

<sup>17</sup> Ibid., p. 15.

<sup>18</sup> Ibid., p. 18.

<sup>19</sup> Ibid., p. 19.

<sup>20</sup> Ibid., p. 21.





saúde, prejudicando a execução das políticas de saúde direcionada a uma maior escala de atendimento.

Em 2013, foram gastos R\$125.450.132 com este medicamento representando um percentual no total de gastos de 28,6%, em 2014 foram gastos R\$213.729.849 com o mesmo medicamento representando um percentual no total de gastos de 30,4%. No período 2013 a 2014, o Soliris totalizou o valor de R\$339.179.981 representando um percentual no total de gastos com medicamentos no período de 29,7%.<sup>21</sup>

Retornando ao caso do Paciente de R\$ 800 mil, que atualmente passou para um paciente de R\$1.7 milhão ao ano como já deduzido da cotação mais recente do dólar, ele revela uma situação jurídica e orçamentária pública bastante conflitante e decadente, que tem se tornado um dos maiores desafios para o Brasil: tornar eficaz os direitos fundamentais constitucionais equilibrando os conflitos entre o direito individual e o direito coletivo num cenário de orçamento público para efetivação de políticas públicas de recursos públicos deveras escassos.

Esse cenário de conflito pode ser percebido em outro trabalho mais recente, de junho de 2016, em que a INTERFARMA publicou uma pesquisa voltada para a compreensão das razões da judicialização da saúde no Brasil com foco na demanda por medicamentos.<sup>22</sup> No trabalho encontram-se definidos seis motivos que provocam e aumentam a judicialização da saúde sendo eles:

- a) A falta de subsídio para a compra de medicamentos: considerando que, a maioria da população conta somente com o um baixo salário e 75% não tem nenhum tipo de auxílio para a compra de medicamentos;<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> Ibid., p. 23.

<sup>22</sup> NUNES, Octávio. (Coord.) *Por que o Brasileiro Recorre à Justiça para Adquirir Medicamentos? Entenda o que é judicialização da saúde*. 2016.

<sup>23</sup> Ibid. p. 5.



- b) A crise econômica: as dificuldades financeiras estão aumentando e a inflação acima dos 10% a.a somada à taxa de desemprego faz a renda familiar cair;<sup>24</sup>
- c) O envelhecimento da população: os idosos já representam 12% da população com expectativa de vida de 71 anos para homens e 78 anos para mulheres, em um percentual progressivo que reflete o aumento de uma série de doenças que requerem tratamentos complexos, contínuos e caros;<sup>25</sup>
- d) O orçamento da saúde pública deficitário: o novo perfil democrático brasileiro ampliou o fornecimento de tratamentos complexos, contínuos e a compra de medicamentos modernos de alto custo. Contudo o orçamento da saúde pública não tem sido suficientemente complementado e ao contrário tem sofrido cortes orçamentários no ano de 2013 em R\$ 13 bilhões, estando previsto para 2017 um novo corte de R\$ 24 bilhões em relação ao orçamento inicial de 2015 corrigido pelo índice de preços ao consumidor amplo (IPCA). Conclui o trabalho que o governo está sem dinheiro para incorporar novas drogas no Sistema Único de Saúde (SUS).<sup>26</sup>
- e) Falta incorporação de medicamentos no sistema de saúde: o SUS não renova a incorporação de medicamentos mais modernos, prevalecendo as tecnologias mais antigas. Conforme a pesquisa o governo barrou 56,3% dos pedidos de incorporação de novos remédios que recebeu nos últimos três anos até 2015.
- f) Atrasos e problemas de logística: é um problema cada vez mais presente

---

<sup>24</sup> Id.

<sup>25</sup> Ibid., p. 6.

<sup>26</sup> Id.



à falta de medicamentos na rede de saúde pública incluindo os medicamentos incorporados pelo SUS, entre os motivos elencados encontram-se problemas de logística juntamente com a redução do volume de compras e a falta de pagamento de fornecedores devido à crise econômica e a falta de reforço orçamentário.<sup>27</sup>

Por fim, resume o trabalho que a judicialização por saúde pública é reconhecida como um fenômeno recorrente no país tendo como balizador das conquistas o Poder Judiciário, no sentido de que não se pode discriminar a judicialização da saúde pública da judicialização geral por direitos no país. Conclui que isso seria um erro, porque condenar a judicialização e o acesso à justiça para a efetivação dos direitos fundamentais seria um retrocesso democrático e um golpe à cidadania. Mas reconheceu-se que a judicialização possui também o viés de desorganizar as contas públicas e o planejamento na assistência à saúde, bem como a judicialização possui o efeito antidemocrático de favorecer a quem tem mais condições de demandar em desfavor dos mais necessitados.<sup>28</sup>

Apesar de tudo, é conveniente deixar esclarecido que ninguém deseja condenar à morte Rafael ou qualquer outra pessoa que demande por saúde no país ou qualquer outro direito, mas é importante destacar que as circunstâncias, da efetivação dos direitos fundamentais de forma geral e em especial à saúde no Brasil não estão caminhando bem e o sistema poderá sofrer um colapso se o governo e a sociedade não se entenderem e não planejarem uma estratégia para a solução deste quadro caótico.

Do caso Rafael pode ser retirado algumas observações, a primeira é que quando os Entes Federativos, principalmente Estados e Municípios, são obrigados

---

<sup>27</sup> Id.

<sup>28</sup> Ibid., p. 6-7.



judicialmente a fornecer medicamentos caríssimos da noite para o dia sem licitação, ao preço que o fornecedor impõe, os gestores públicos são obrigados a retirar recursos já alocados no orçamento para outra finalidade específica restando prejudicado todo um planejamento orçamentário público para efetivação de políticas públicas feito previamente por via democrática.

No caso do Soliris, a própria matéria do artigo da revista Forbes expressa a dificuldade de se discutir o seu preço, porque é um medicamento muito especial desenvolvido para uma doença rara e fornecido por um único fabricante que mantém a patente do medicamento. Trecho da revista Forbes on-line:

A venda de medicamentos para doenças raras tornou-se imensamente rentável. Há tão poucos pacientes que as empresas não têm de investir tão fortemente em marketing. Os medicamentos geralmente são pagos por seguradoras ou **governos**. [...]

O sucesso dos medicamentos especiais para doenças raras ocorre em um momento em que o negócio tradicional de drogas, de vender medicamentos, às massas está em declínio. [...]

Medicamentos especiais ficaram mais caros do que alguém imaginava. Durante anos, as companhias farmacêuticas ignoraram qualquer doença que não afligisse milhões de pacientes. Isso começou a mudar em 1983, quando o Congresso, inspirado por um episódio do programa de televisão *Quincy, MD.*, aprovou uma lei dando um monopólio extra para medicamentos de doenças órfãs que atingem menos de 200.000



peças no país. [...] (, GRIFOS NOSSO E TRADUÇÃO LIVRE).<sup>29</sup>

Ressaltasse que é facilmente imaginável como a verba destinada para um frasco de Soliris é capaz de sequestrar uma grande quantidade de recursos que seriam suficientes para garantir milhares de doses de outros medicamentos mais baratos, os quais atendem uma grande parcela da população e sem interrupções.

Enfim, esse caso demonstra de certa forma o drama da alocação de recursos posta à decisão e administração do Poder Executivo, que muitas vezes não é capaz de resguardar o direito frente às diversas dificuldades que se apresentam, desde já nas limitações das leis orçamentárias, as quais não previram o uso dos recursos públicos escassos, para um fim de direito exercido em caráter particular e em um montante de valores tão alto em detrimento do mesmo direito, porém exercido em caráter ou proveito coletivo.

## 2. DIREITOS FUNDAMENTAIS SÃO BASES DO ESTADO SOCIAL DE DIREITO

A evolução do Estado Liberal de Direito para o Estado Social de Direito implicou na ampliação dos Direitos a serem proporcionados ao indivíduo e à sociedade pelo Estado garantidor.<sup>30</sup> Da mesma forma que no Estado Liberal de Direito

---

<sup>29</sup> Texto original da revista: “Selling drugs for rare diseases has become immensely profitable. There are so few patients that companies don’t have to invest as heavily in marketing. The medicines usually get paid for by insurers or governments. [...] The success of specialty drugs for rare diseases comes at a time when the traditional drug business of selling medicines to the masses is in decline. [...] Specialty drugs have gotten more expensive than anyone imagined. For years drug companies ignored any disease that didn’t afflict millions of patients. That started to change in 1983 when Congress, inspired by an episode of the television show *Quincy, M.D.*, passed a law giving an extra monopoly for drugs for “orphan diseases” that hit fewer than 200,000 people in the country. [...]” (HERPER, Matthew. *Op. cit.*).

<sup>30</sup> Nas palavras de Streck e Morais, “[...] o Estado de Direito não é mais considerado somente como um dispositivo técnico de limitação de poder, resultante do enquadramento do processo de



o foco estava direcionado para os direitos individuais que atingiram *status* constitucional, igualmente, no Estado Social de Direito foi acrescentado ao rol constitucional as garantias e liberdades sociais com o mesmo reconhecimento.

Sobre este contexto, compreende-se de Ingo Wolfgang Sarlet que a relação entre Estado Social e Direitos Fundamentais é estreita e está consagrada na maioria das constituições contemporâneas. Mesmo na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, apesar dela não constar expresso em termos o Brasil como um - Estado Social de Direito - segundo o autor esta ausência não é capaz de afastar o entendimento majoritário da doutrina no qual, o Estado Brasileiro está implicitamente alicerçado em bases constitucionais que o fazem um Estado Social de Direito. Isto é verificável através da observação de vários direitos fundamentais e princípios estampados na Constituição de (1988) em seu Título I, como por exemplo, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, a construção de uma sociedade livre justa e solidária, além de várias outras previsões de direitos sociais dispersos no texto da Magna Carta a serem prestados pelo Estado. Conclui-se de Sarlet que no Estado Social de Direito assim como o que está consagrado na Constituição Federal de (1998), a regra é a mesma, os direitos fundamentais sociais constituem requisito essencial para as liberdades e garantias da igualdade e oportunidades, todos os valores inerente à Democracia e a um Estado de Direito não apenas formal, mas com justiça material.<sup>31</sup>

Por sua vez, de José Afonso da Silva<sup>32</sup> compreende-se que para uma

---

produção de normas jurídicas; é também uma concepção que funda liberdades públicas, democracia, constituindo-se como o fundamento subjacente da ordem jurídica.” (STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política & teoria geral do Estado*. 2014. p. 94).

<sup>31</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 2003, p. 67-68.

<sup>32</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 68-70.





existência digna, um dos fatores para a melhoria das condições na sociedade está a agregação dos Direitos Fundamentais no Estado de Direito Social. Os Direitos Fundamentais transformam a realidade permitindo os cidadãos, através da participação política, definirem seu destino arraigado nos valores de um Estado Democrático de Direito, nos seus elementos constitutivos e em sua ordenação jurídica. As origens advêm do encontro dos ideais de um Estado Democrático conjugados às garantias jurídicas e às preocupações sociais, de forma a não sobrepor conceitos e sim aglutinando um conteúdo próprio de valores que mesmo vinculado à legalidade, a busca pela igualdade não é perseguida pela generalidade na norma, mas sim através dela com intervenções estatais que resultem na transformação da situação da comunidade.

A transformação do Estado moderno em um Estado de proteção social, em resumo de François Ost,<sup>33</sup> baseou-se inicialmente nas teorias contratualista clássicas de Hobbes, Locke, Rousseau e Kant. A primeira fase tem como marco o século XIX com a proteção minimalista do Estado Liberal, passando posteriormente pelas transformações das experiências dos pós-guerras mundiais do século XX e crises econômicas, cujos efeitos alargaram as funções do Estado de mero garantidor de uma sobrevivência mínima, para a garantia mais ampla de um bem-estar social.

A compreensão deste quadro requer a concepção do contexto político, social e cultural, entre o final do século XIX e início do século XX, no qual o liberalismo foi paulatinamente transformado pela realidade do fenômeno da industrialização e da urbanização das sociedades de massa e de risco que geraram problemas advindos das necessidades de toda ordem. Os problemas fundamentais dos quais na época o Estado não estava estruturado adequadamente para enfrentar, compreendiam a

---

<sup>33</sup> OST, François. *O tempo do direito*. 2001, p. 336-338.



necessidade de uma saúde pública, a repressão ao crime e o desenvolvimento da justiça social igualitária. Estando diante de uma nova realidade, os Estados foram forçados a modificar seu aparelhamento para a tomada de uma ação social mais efetiva, o que resultou em uma maior intervenção estatal. Assim, a partir daquela realidade ficou claro que as promessas Iluministas liberais de uma sociedade livre, igual e fraterna não se verificaram e estavam comprometidas a tal ponto que o Estado Liberal, mínimo e garantidor dos direitos individuais já não se sustentava mais restando aclamada a necessidade de intervenção, isso ao mesmo tempo em que o Estado se deparava com as dificuldades de manter o respeito aos direitos individuais e resolver as demandas geradas pelas desigualdades sociais que se formaram.<sup>34</sup>

Expõe Antônio E. Perez-Luño que conforme o Estado Liberal de Direito evoluiu para a forma de Estado Social de Direito, o significado dos direitos fundamentais foram dinamizados com a função de garantia das liberdades existentes e no decorrer do tempo, os Direitos Fundamentais tem deixado de ser meros limites para as ações do poder político, como garantias negativas, e passaram a definir um conjunto de valores ou fins dirigentes para a ação positiva dos poderes públicos.<sup>35</sup>

---

<sup>34</sup> Neste sentido colabora Barraclough: Num famoso "diagnóstico do nosso tempo", publicado em 1930, o filósofo espanhol Ortega y Gasset proclamou que "o fato mais importante" da época contemporânea foi a ascensão das massas. Não é necessário adotar a interpretação de Ortega y Gasset sobre o significado desse fato para compartilharmos de sua crença na importância do mesmo. Basta olharmos em redor para ver quão radicalmente o advento da sociedade das massas alterou não só o contexto de nossa vida individual como também o sistema político em que nossa sociedade está organizada. Também neste aspecto as décadas finais do século XIX ou, mais amplamente, talvez, os anos entre 1870 e 1914, situam-se como divisor entre o final de um período histórico e o início de outro. Quando foram introduzidos os novos processos industriais em larga escala e surgiram novas formas de organização industrial, requerendo a concentração das populações em tentaculares áreas congestionadas, de fábricas fumegantes e ruas sujas, todo o caráter da estrutura social mudou. Nos novos aglomerados urbanos, uma vasta, impessoal, maleável sociedade de massas nasceu e a cena ficou montada para desalojar os então predominantes sistemas social e político burgueses, bem como a filosofia liberal que os sustentavam, substituindo-os por novas formas de organização política e social. (BARRACLOUGH, Geoffrey. *Introdução à história contemporânea*. Tradutor: Álvaro Cabral, 1973, p. 120).

<sup>35</sup> PEREZ-LUÑO, Antônio E., *Los derechos fundamentales*. 2005, p. 21.



No Estado Social de Direito, os direitos fundamentais sociais enquanto os deveres de prestação estão baseados na postura ativa estatal. Abstrai-se de Robert Alexy<sup>36</sup> uma importante distinção entre a prestação de Direitos Fundamentais e Direitos Fundamentais Sociais, o primeiro destinasse a garantir a esfera de liberdade do indivíduo em face da atuação estatal como direitos de defesa, são as ações negativas, enquanto que o segundo visa garantir as prestações estatais para a eficácia dos Direitos Sociais, são direitos a ações positivas.<sup>37</sup>

Nesta direção, já não é mais aceitável que o Estado se mantenha em uma postura absenteísta em relação aos direitos fundamentais sociais, do Estado deve ser exigido ações mais ativas e efetivas de prestações no sentido de se garantir a efetividade material desta categoria de direitos.

### 3. CUSTOS DOS DIREITOS E CONTROLE JUDICIAL

As pretensões positivas dos direitos dependem primeiramente da atuação legislativa orçamentária alocativa em virtude da escassez de recursos. Eis o motivo da referência à falta de equivalência do dever-direito em relação às pretensões positivas constitucionais, uma vez que o titular de um direito subjetivo, em tese, não poderia reivindicá-lo diretamente do texto constitucional.<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradutor: Virgílio Afonso da Silva, 2015, p. 442-ss.

<sup>37</sup> Sobre o conceito de ação positiva e ação negativa do Estado, Alexy conceitua que: “Todo direito a uma ação positiva, ou seja, a uma ação do Estado, é um direito a uma prestação. Nesse sentido, o conceito de direito a prestações é exatamente o oposto do conceito de direito de defesa, no qual se incluem todos os direitos a uma ação negativa, ou seja, a uma abstenção estatal. [...] Direitos a ações negativas impõem limites ao Estado na persecução de seus objetivos. Mas eles não dizem nada sobre que objetivos devem ser perseguidos. Direitos a ações positivas do Estado impõem ao Estado, em certa medida, a persecução de alguns objetivos.” (ALEXY, Robert. Op. cit., p. 442-444).

<sup>38</sup> KRELL, Andreas J. *Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos*. In: Revista de Informação Legislativa. Ano 36. 1999. p. 252.



Conforme escreve Gustavo Amaral, “todos os direitos fundamentais são extremamente custosos”. Para sua realização o Estado pode somente atribuir aquilo que recebe na forma de tributos. Porém isso não significa que a capacidade de realização do Estado também não dependa da distribuição dos bens existentes, sobre tudo daquilo que o Estado pode desapropriar de bens particulares desde que respeitado os direitos fundamentais.<sup>39</sup> Da mesma maneira, existe a extrema dificuldade em administrar os graus de atendimento a ser decidido se serão prestados em grau mínimo ou em grau máximo, isto em virtude das múltiplas formas de satisfação a ser administradas e nas necessidades exigidas, as quais aumentam com o tempo e com a tecnologia.<sup>40</sup> Enfim, apreende-se desse autor que, tudo o aquilo que custa dinheiro não pode ser absoluto e desta premissa abstraísse que nenhum direito que pressuponha uma despesa seletiva dos valores arrecadados publicamente também não podem ser absolutos, contudo pode ser garantido de maneira unilateral pelo judiciário sem as considerações de suas consequências sobre o orçamento, contrariamente às responsabilidades que os outros poderes estão submetidos.<sup>41</sup>

Não obstante, é necessário questionar seus pressupostos de argumento para que seja determinado as consequências futuramente geradas, admitindo a sua verdade do caso concreto face à realidade orçamentária. Esse é o desafio de interpretação que deve ser cuidadosamente introduzida. O primeiro pressuposto é que todo direito tem seu custo com certo peso a ser arcado pelo Estado. O segundo pressuposto é que ao Judiciário não compete analisar as consequências orçamentárias num primeiro plano, restando a responsabilidade orçamentária constitucional somente para os poderes Legislativo e Executivo na alocação de

---

<sup>39</sup> AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2001. p. 106

<sup>40</sup> Id.

<sup>41</sup> Ibid., p. 78.



recursos. E o terceiro pressuposto é o de que os poderes responsáveis pela alocação dos recursos estão a cumprir suas ações políticas orçamentárias materiais conforme orçamento constituído e publicado.

Em relação ao primeiro pressuposto, partindo de Stephen Holmes e Cass R. Sustein, é correto afirmar que todo direito tem algum custo para os cofres públicos, como exemplo, a manutenção da propriedade privada pressupõe a manutenção dos órgãos públicos e da segurança pública em face do esbulho e da turbação, bem como de uma justiça para a prevenção e correção do direito, restando incluído também a proteção contra as excursões estrangeiras que demandam o custeio e um exército.<sup>42</sup> É interessante notar que a visão oferecida por esses autores norte-americanos superam a visão míope de que somente os direitos sociais representam custos para o orçamento público.

Já, o segundo pressuposto da teoria dos custos dos direitos trata da falta de legitimidade do Judiciário em relação às alocações orçamentárias. Segundo a Constituição, a lei orçamentária deve determinar o planejamento para todos os níveis dos entes federados e ser elaborada pelo Legislativo e o Executivo de forma prévia, coerente e teleológica, condições estas nas quais o Judiciário não se condiciona num primeiro instante. Entretanto, deve se levar em consideração que se o orçamento público é uma lei e seu descumprimento da execução orçamentária é relevante para a análise pelo Judiciário, seria coerente no mínimo que o mesmo considerasse o orçamento para suas decisões com reflexos sobre as finanças públicas. A lei orçamentária legitimada pelo Legislativo torna a execução orçamentária obrigatória no sentido da natureza material da lei orçamentária, como visto, de forma que o orçamento público constitui o meio pelo qual as razões definitivas são movimentadas

---

<sup>42</sup> HOLMES, Stephen.; SUSTEIN, Cass R.. *The cost of rights. Why liberty depends on taxes.* 2000. p. 62.



para o cumprimento dos direitos fundamentais como princípios.<sup>43</sup>

Por fim, o terceiro pressuposto torna patente a não atuação judicial, porquanto a revela como ilegítima e não razoável. Contudo, não se pode considerar que a responsabilidade orçamentária exclusiva dos outros poderes, pressupondo que os gerenciamentos pelos outros poderes funcionem em um nível de excelência sobre os recursos públicos de forma que este estado gerencial não pudesse permitir ser controlado em nenhuma hipótese por quem não detém a legitimidade para a elaboração da peça orçamentária.

Na verdade, a omissão sobre as pretensões positivas dos direitos fundamentais é um gênero, cuja espécie é a omissão da execução orçamentária com relação aos direitos fundamentais. A teoria dos custos orçamentários dos direitos é criticada quando se voltasse ao âmbito da proteção judicial dos direitos fundamentais em face da omissão gênero, isto porque, importa a omissão espécie; a questão funciona partindo do pressuposto de que os recursos são sempre utilizados em seu gerenciamento num nível ótimo de gastos pelos poderes públicos e somente quando este deixa de atender as demandas por direitos fundamentais porque os recursos foram escassos e acabaram antes da eficácia do atendimento do direito.

Considerasse válida a crítica de gênero da omissão e por causa disso é possível concordar com o dissertado por Gustavo Amaral e a teoria dos custos dos direitos. Não pode o Judiciário sob o argumento de proteger os direitos fundamentais aplicando a Constituição em um caso concreto, agir unilateralmente esquecendo as disposições orçamentárias prévias. Nesta ótica, o ativismo judicial não se fundamenta através da defesa da micro justiça, no caso concreto no sentido de quem consegue primeiro uma liminar tem o direito.<sup>44</sup>

---

<sup>43</sup> Ibid., capítulo 4.

<sup>44</sup> AMARAL, Gustavo. Op. cit., p. 78





Nesse sentido, José Reinaldo de Lima Lopes escreve que, uma vez não havendo hospitais e servidores suficientes para prestar o serviço, o que deve ser feito? Prestá-lo a quem tiver a sorte de obter uma decisão judicial e esquecer a maioria coletiva na fila de espera? Isto seria viável para o direito e para os fatos, qual pauta deve ser considerada pelo Estado? A da universalidade, a da impessoalidade ou pelo atendimento de quem mais necessita de um atendimento primeiro em face de outro? Observasse que as dificuldades se engrandecem quando se trata da defesa de direitos fundamentais com apoio em argumentos individuais de direito social.<sup>45</sup>

Portanto a omissão das pretensões positivas dos direitos fundamentais ocorre como gênero e tem como sua espécie a omissão na execução orçamentária quanto aos direitos fundamentais. Uma vez estando frente a uma omissão em espécie, a crítica sobre atuação judicial deve ser refutada, o Judiciário deve analisar a questão considerando o descumprimento da lei orçamentária por omissão total ou parcial, pois é justamente este o ponto, a probabilidade dos recursos serem insuficientes é grande uma vez que foram alocados de forma prévia, teleológica e coerente, com base no princípio do planejamento orçamentário. Sobre o exposto, acompanhando a teoria de Gustavo Amaral, a atividade judicial sobre o orçamento somente poderia ser criticada, caso ela se dê ignorando os custos dos direitos, de forma unilateral em relação às dotações orçamentárias já existentes, bem como em relação ao procedimento político democrático de ponderação entre as pretensões elencadas nas regras de preferências internas e externa. Isto porque o direito-dever se faz presente desde a disposição orçamentária devidamente editada pela lei. O Estado com o orçamento obriga-se, assim como na autovinculação dos contratos privados,<sup>46</sup> um

---

<sup>45</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no estado social de direito*. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 2002. p. 131.

<sup>46</sup> AMARAL, Gustavo. Op. cit., p. 106-107.



binômio específico em relação às necessidades contidas na Constituição e em suas leis orçamentárias editadas após as escolhas trágicas tomadas pelos entes políticos de forma democrática. Transmutasse a vinculação das razões definitivas dos direito constitucionais fundamentais.

A base argumentativa de que a escassez ocorre no globo e que o mínimo existencial nunca poderá ser atingido, mesmo em países mais desenvolvidos, não poderá servir à paralisia das autoridades em um Estado Democrático de Direito. Essa situação chega a nivelar a questão para compreensão de um mandamento de otimização como utopia, sobre isso Gustavo Amaral escreve que, quase todos os países não conseguiram atingir um padrão de vida aceitável o que comprova não ser a escassez em relação ao mínimo existencial uma excepcionalidade, “uma hipótese limite e irreal que não deva ser considerada seriamente”.<sup>47</sup> Mesmo antes disso o autor já evidencia o problema de alocação de recursos no Brasil, com base em estudos sobre a elevada carga tributária e de investimentos nominais na área social brasileira, no enfrentamento dos resultados da educação, da mortalidade infantil, saneamento básico e outras necessidades essenciais.<sup>48</sup>

Visto por outro lado, um padrão de vida diferente em cada país segundo seu desenvolvimento é imperioso discernir que os países desenvolvidos assim estão classificados em razão de seus efetivos resultados e dos indicadores sociais, que proporcionam uma condição de vida melhor à sua população, praticamente com a mesma carga tributária, Gustavo Amaral faz a comparação entre a carga tributária brasileira de 28,9% quase ao nível da carga tributária dos Estados Unidos da América.<sup>49</sup> É inegável que o Brasil poderia proporcionar um padrão de vida melhor

---

<sup>47</sup> Ibid., p. 185.

<sup>48</sup> Ibid., p. 184.

<sup>49</sup> Ibid., p. 183



com os recursos que possui, diminuindo a corrupção e resolvendo os problemas da má alocação de recursos. Enquanto a discussão se concentra nas escolhas trágicas e das prioridades, as pessoas sofrem com a falta de educação, saneamento, saúde deficitária, tudo isso mesmo com a arrecadação suficiente comparável a dos países desenvolvidos.

O que não se admite é falar que os recursos são escassos e que a situação melhor nunca será alcançada, isto corresponde a um estado de acatalepsia, de estática,<sup>50</sup> e cancelar esta situação retrógrada, não é o suficiente para o escopo de um Estado de Direito Aceitável.

Um diálogo institucional é importante quando se refere a direitos fundamentais, as premissas dos custos dos direitos, da interpretação necessária da Constituição, da precedência condicionada e do sopesamento, fazem crer que é necessário instituir o diálogo de cooperação entre os Poderes. O Judiciário não pode se excluir do diálogo institucional democrático com os outros Poderes, quando ele age assim ocorre a caracterização do ativismo judicial,<sup>51</sup> em outras palavras, a atuação inconsequente dos impactos financeiros das decisões sobre prestação de direitos *prima facie*, quando há uma circunstância fática relevante que impeça a efetivação dos direitos, pelo Executivo ou Legislativo, o Judiciário não pode decidir unilateralmente porque a decisão será cumprida a um alto custo democrático e financeiro.

Deve ser compreendido que os direitos não são autoaplicáveis, isto resume

---

<sup>50</sup> BACON, Francis. *Novum Organum ou Verdadeiras Indicações acerca da Interpretação da Natureza*. Tradutor: José Aluysio Reis de Andrade. 2003. p 11.

<sup>51</sup> Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Revista Atualidades Jurídicas. nº 4, jan-fev/2009, OAB. p. 6.

Com relação à necessidade de diálogo institucional no exercício da jurisdição constitucional, vide ainda: ELIAS, Cristiano; MAGALHAES, Luiza Antunes. *Abertura do diálogo institucional face a (i)legitimidade democrática das decisões do STF em sede de controle de constitucionalidade: os possíveis arranjos do judicial review*. Revista de direito constitucional e internacional. v. 108, 2018.



um ponto teórico dos custos dos direitos. Inexoravelmente haverá um custo para o Estado, com peso sobre o erário público, as circunstâncias da decisão exige que ela seja tomada em um ambiente de diálogo institucional e não unilateral, a não ser que o Judiciário arque com o seu próprio orçamento as consequências de suas decisões que imponham as prestações fáticas do Estado. Com essas vertentes de pensamento, almeja-se provocar o início do diálogo institucional entre os três Poderes, a finalidade é concretizar com a maior transparência possível os direitos sociais fundamentais, com vistas às necessidades públicas ou cumpridos baseados nas normas programáticas, por meio da atuação harmônica entre Poderes prevista na Constituição Federal de 1988.

Esse é o fundamento para a busca da colaboração entre os três Poderes, para resolver um diálogo institucional em um âmbito de harmonia utilizando premissas comuns.<sup>52</sup> No caso do planejamento orçamentário sendo um conjunto de razões definitivas o mesmo deve ser respeitado como tal como um argumento de competência, contudo pode ser, neste último caso, sopesado se ocorrer uma interferência desproporcional quanto ao cumprimento dos direitos fundamentais. Uma premissa fundamental desse diálogo é que a realização dos direitos fundamentais não representa somente a vontade política enquanto conveniência e vontade ou social quanto clamor popular, mas sim da vontade da Constituição, tendo em vista a sua força normativa da constituição conforme Konrad Hesse.<sup>53</sup>

Resumindo para concluir, saliente-se que há interessantes novidades no ordenamento jurídico brasileiro que podem ajudar a resolver esse problema em pesquisa. Nesse sentido, verifica-se a Lei 13655, de 25 de abril de 2018, que dispõe

---

<sup>52</sup> BAHIA. Saulo José Casali. *Poder judiciário e direitos humanos*. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 20, out. 2007.

<sup>53</sup> HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. 1991, p. 23-24.



sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Essa lei modifica a redação do Decreto-Lei 4657/42 que trata das normas de introdução ao direito brasileiro. Em síntese, impõe aos órgãos de controle da administração pública o dever de fundamentar a decisão baseada em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Nesse caso, o Judiciário passa a ter o ônus de motivar em sua decisão a razão de transcender o direito positivo, mensurando todas as consequências, sobretudo econômicas, da decisão jurídica.

Em 22 de maio de 2019, o Supremo Tribunal Federal julgou, em sessão do pleno, o Recurso Extraordinário 657718, fixando as seguintes teses de interesse dessa pesquisa. Em primeiro lugar, decidiu-se que o “Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais”, bem como que “A ausência de registro na Anvisa impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial”. Aduz ainda que “É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da Anvisa em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei 13.411/2016)” Enfim, a prescindibilidade da certificação da agência depende da “a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil, salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras”, “a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior” ou “a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil”. Conclui-se ainda que todas “as ações que demandem o fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão ser necessariamente propostas em face da União”.<sup>54</sup>

---

<sup>54</sup> *Decisão do STF desobriga Estado de fornecer medicamento sem registro na Anvisa*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=411857&caixaBusca=N>> Acesso em: 14dez2019.



Enfim, essa decisão não serve de paradigma para o Soliris, mas, pelo menos, impede que decisões judiciais obriguem a fazenda pública a arcar com terapias ou medicamentos alternativos de altos custos, sem o mínimo de comprovação científica de eficácia. É possível especular que se economizarão dezenas de bilhões de reais com tal decisão.

## CONCLUSÃO

Lei formal ou material seja como for considerada, o orçamento público representa a democracia do Estado em dinâmica, a qual se manifesta através dos investimentos efetuados, nas ações de incentivos, limitações e abstenções executadas de tributos pelo Executivo. Assim, como manifestação democrática deve o orçamento público enquanto lei ser respeitada em toda a sua dimensão, por todos os entes federativos e em suas dimensões também pelos poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário. Atualmente, a democracia não é mais um princípio jurídico que trata simplesmente de como executar as normas, mas sim um rol de exigências da sistemática democrática para os aplicadores e assim, um instrumento para ser democrático este também deve preencher seus requisitos de modo que o resultado seja um produto democrático a ser obrigatoriamente respeitado na medida em que foi realizado no âmbito da democracia.

Estes requisitos são enunciados de normas de precedência que a Constituição impõe segundo sua fundamentalidade para as necessidades públicas de dever estatal. O cumprimento dessas exigências constitucionais deve ser observado e fiscalizado pelos três Poderes, uma vez que a democracia deve ser defendida em um processo contínuo por um agir cooperativo dos poderes. Em sintonia com essa premissa, denota-se que a separação entre os poderes não é absoluta e nem estanque,





os poderes são de fato independentes, mas sua autonomia não obsta a harmonia, nem mesmo com a interferência da fiscalização externa atividades atípicas exercidas por um poder sobre o outro.

Se por um lado o diálogo não pode ser unicamente exclusivo, por outro lado, ele é necessário para a execução políticas públicas sobre direitos fundamentais. O Judiciário para atuar de forma subsidiária precisa atuar com o objetivo de democratizar os atos arbitrários cometidos pelos outros poderes. Esta é a razão para a qual se tem o mandado de segurança e o mandado de injunção, como remédios constitucionais direcionados ao Judiciário com o objetivo de dirimir e amenizar uma situação de arbitrariedade do Executivo, do Legislativo ou até do próprio Judiciário quando for o caso. Igualmente, deriva do princípio democrático a necessidade da participação do Judiciário, quando forem tratadas questões que impactarão o orçamento público, na promoção de um diálogo institucional, segundo consta do atual senso hermenêutico constitucional.

A partir desta concepção, se o orçamento público constitui o conjunto das decisões democráticas sobre as alocações de recursos escassos para execução de políticas públicas, que derivam de decisões a respeito de prioridades fáticas. Por lógica, o orçamento público é a regra de precedência condicionante na medida em que ele pressupõe uma série de sopesamentos a respeito dos objetivos constitucionais, em relação às circunstâncias de fato, como a existência de recursos financeiros para as necessidades mais urgentes dos administrados, além das jurídicas como os princípios em tensão no momento da sua elaboração. Compreende-se que cabe ao Judiciário em última instância a defesa do orçamento público em prol do conjunto de decisões democráticas constituindo as regras de precedências condicionadas e subordinadas à eficácia dos princípios constitucionais. Somente assim, o orçamento público e as políticas públicas orientadas por direitos



fundamentais podem sobreviver ao desafio das demandas judiciais por medicamentos de alto custo.

Como se vê, promoveu-se uma maior aproximação entre a realidade e a Constituição de 1988, no intuito de salvaguardar o orçamento público e as políticas públicas orientadas por direitos fundamentais. O desrespeito orçamentário público praticado por qualquer dos poderes causa consequências negativas às políticas públicas de efetivação direitos fundamentais. Logo, o instrumento orçamento público deve ser tratado com máxima seriedade, sem espaço para ativismo judicial irresponsável. A necessidade de construir uma sociedade mais equilibrada depende do diálogo institucional entre Poderes a respeito disso, conjugando valores e razões para a perseguição de um estado de coisas que proporcione uma existência humana digna em um ambiente democrático sadio.

## BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradutor: Virgílio Afonso da Silva 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BACON, Francis. *Novum organum ou verdadeiras indicações acerca da interpretação da natureza*. Tradutor: José Aluysio Reis de Andrade. Belo Horizonte: Virtualbooks, 2003.



BAHIA. Saulo José Casali. *Poder judiciário e direitos humanos*. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 20, out. 2007. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao020/Saulo\\_Bahia.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao020/Saulo_Bahia.htm)>. Acesso em: 04ago2016.

BARRACLOUGH, Geoffrey. *Introdução à história contemporânea*. Tradutor: Álvaro Cabral. 2 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1973.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Revista Atualidades Jurídicas. n. 4 (jan-fev), 2009, OAB. Disponível em <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 16ago2016.

ELIAS, Cristiano; MAGALHAES, Luiza Antunes. *Abertura do diálogo institucional face a (i)legitimidade democrática das decisões do STF em sede de controle de constitucionalidade: os possíveis arranjos do judicial review*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. v. 108, 2018

FARIA, Reus. (Coord.) *Monitor de judicialização 2015: evolução dos gastos do ministério da saúde com ações judiciais (2012 - 2014)*. Interdoc 3 v. São Paulo: INTERFARMA, 2015. Disponível em: <<http://www.interfarma.org.br/uploads/biblioteca/eca/99-monitor-judicializaao.pdf>> Acesso em: 30mai2016.

HERPER, Mattew. *The world's most expensive drugs*. 22fev2010. Artigo versão on-line. New York: Revista Forbes 2010. Disponível em: <<http://www.forbes.com/2010/>



02/19/expensive-drugs-cost-business-healthcare-rare-diseases.html> Acesso em: 30mai2016.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991.

HOLMES, Stephen.; SUSTEIN, Cass R.. *The cost of rights. Why liberty depends on taxes*. New York: Norton, 2000.

KRELL, Andreas J. *Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos*. In: Revista de Informação Legislativa. Ano 36. n. 144. Brasília (out/dez), 1999.

LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais*. Os desafios do Poder Judiciário no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no estado social de direito*. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2002.

NORDRUM, Amy. *Drug Prices: World's most expensive medicine costs \$440,000 a year, but is it worth the expense?* 13fev2016. Artigo versão on-line: New York: Revista International Business Times, 2016. Disponível em: <<http://www.ibtimes.com/drug-prices-worlds-most-expensive-medicine-costs-440000-year-it-worth-expense-2302609>> Acesso em: 30mai2016.



NUNES, Octávio. (Coord.) *Por que o brasileiro recorre à justiça para adquirir medicamentos? Entenda o que é judicialização da saúde*. São Paulo: INTERFARMA, 2016. Disponível em: <<http://www.interfarma.org.br/uploads/biblioteca/101-por-que-o-brasileiro-vai-a-justiaa-em-busca-de-medicamentos-site.pdf>> Acesso em: 15ago2016.

OST, François. *O tempo do direito*. Lisboa: Piaget, 2001

PEREZ-LUÑO, Antônio E., *Los derechos fundamentales*, Madrid: Tecnos, 2005.

REZENDE, Suely Meireles; SOARES, Thiago Horta. *Como diagnosticar e tratar distúrbios tromboembólicos: venous thromboembolism*. 2010. Artigo versão on-line. Revista do Grupo Editorial Moreira JR. Disponível em: <[http://www.moreirajr.com.br/revistas.asp?fase=r003&id\\_materia=4601](http://www.moreirajr.com.br/revistas.asp?fase=r003&id_materia=4601)> Acesso em: 30mai2016

RIZZATTI, Edgar Gil.; SANDES, Alex Freire. *Novo método para o diagnóstico da HPN: mais sensível, mais específico e clinicamente muito mais relevante*. 2011. Artigo versão on-line. Revista Médica Fleury Medicina e Saúde. Disponível em: <<http://www.fleury.com.br/medicos/educacao-medica/artigos/Pages/novo-metodo-par-a-o-diagnostico-da-hpn-mais-sensivel,-mais-especifico-e-clinicamente-muito-mais-relevante.aspx>> Acesso em: 30mai2016

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.



SEGATTO, Cristiane. *O paciente de R\$ 800 mil: a história do rapaz que recebe do SUS o tratamento mais caro do mundo revela um dos maiores desafios do Brasil: Resolver o conflito entre o direito individual e o direito coletivo à saúde*. In: Revista Época online. Editora Globo: São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/tempo/noticia/2012/03/o-paciente-de-r-800-mil.html>> Acesso em: 12mai2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política & teoria do estado*. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Decisão do STF desobriga Estado de fornecer medicamento sem registro na Anvisa*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=411857&caixaBusca=N>> Acesso em: 14dez2019.