

## RESUMO EXPANDIDO

### A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E A RESERVA DO POSSÍVEL NAS CAUSAS RELACIONADAS À SAÚDE.

SOUZA, Eduardo Milanezi Siqueira<sup>1</sup>; ISHY, Leandro<sup>2</sup>; LAMBERTI, Eliana

**RESUMO:** O presente trabalho discute o impacto que a Lei n. 13.655/2018 trouxe ao dispor sobre o dever do magistrado em observar a Análise Econômica do Direito em suas decisões. Além disso, traça um paralelo entre as normas constitucionais que estabelecem políticas públicas, especialmente o direito à saúde, bem como a sua judicialização e o contraponto do mínimo existencial e a reserva do possível. Por fim, pondera a ligação entre a inovação trazida na LINDB e o instituto citado por último.

**PALAVRAS-CHAVE:** Análise Econômica do Direito; Reserva do Possível; Mínimo Existencial; Direito à saúde;

#### INTRODUÇÃO:

No ano de 2018, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB foi alterada pela Lei 13.655 para incluir novos artigos em seu texto, um desses acréscimos em questão dispõe que “*não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas de sua decisão*”. Diante disto, o objetivo do presente trabalho é demonstrar a relação entre essa novidade legislativa, com a Análise Econômica do Direito e o princípio da reserva do possível, observando a possível aplicação desses conceitos nas demandas judiciais na área da saúde. Ademais, busca-se a suscitar o debate sobre o tema, tendo em vista que por ser recente, ainda não foi amplamente debatido.

#### METODOLOGIA:

A metodologia da pesquisa será qualitativa, porque busca analisar a complexidade do fenômeno em detrimento da quantidade de casos em que foi observada a análise econômica do direito ou aplicado o princípio da reserva do possível. Já a técnica de coleta de dados será a pesquisa documental e bibliográfica, envolvendo a jurisprudência do STF bem como o posicionamento da doutrina sobre o tema.

---

<sup>1</sup> Pós-graduando no curso de especialização lato sensu em Direitos Difusos e Coletivos da UEMS, na Unidade Universitária de Dourados. E-mail: mr\_milanezi@hotmail.com;

<sup>2</sup> Pós-graduando no curso de especialização lato sensu em Direitos Difusos e Coletivos da UEMS, na Unidade Universitária de Dourados. E-mail: ishy\_msn@hotmail.com;

## RESULTADO DAS DISCUSSÕES:

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trouxe em seu texto diversas metas e programas de atuação do Estado quer seja na seara econômica, social ou cultural (MENDES, 2019, p. 63). De tal maneira, George Marmelstein pondera que: “O papel do Estado, de acordo com a Constituição de 88, não é o de mero espectador dos atores sociais e econômicos” (MARMELSTEIN, 2019, p. 70).

Na verdade, o Poder Público deve garantir os direitos fundamentais dos que se encontram no território brasileiro, abrangendo também os chamados direitos sociais.<sup>3</sup> Esses representam verdadeiras prestações positivas, sendo que de um lado, envolvem necessidades ilimitadas, e de outro lado, recursos orçamentários limitados (FIGUEIREDO, 2019, p. 83).

Dentre os diversos serviços, destaca-se o atinente à saúde, no qual a Carta Maior dispõe que é um *direito de todos e dever do Estado* (art. 196, caput), além de ter como diretriz o *atendimento integral do usuário* (art. 198, II). Tais normas são evidentemente programáticas, ou seja, necessitam da atuação da Administração Pública para serem efetivadas (AGUILLAR, 2019, p. 241).

Ocorre que, não é raro haver um descompasso entre o que está previsto no texto constitucional e o que é efetivado na prática pelos entes estatais. Dessa maneira, o cidadão busca o Poder Judiciário para efetivar o que lhe é devido, ocasionando a judicialização das políticas públicas, e a intervenção do Estado-Juiz dentro da atuação dos demais Poderes, para garantir a eficácia concreta dos valores constitucionais, o que conduz para o que Luiz Roberto Barroso conceitua como ativismo judicial (BARROSO, 2008, p. 25-26).

De mais a mais, essa intervenção encontra respaldo na jurisprudência pátria, no qual reconhece que o conteúdo programático dos direitos sociais (saúde), não afasta a sua reivindicação perante o judiciário (STF, 2004, np). Ademais, a garantia da prestação ao cidadão, está atrelada ao conceito do mínimo existencial, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB/88) (STF, 2004, np).

Por outro lado, conforme discorrido anteriormente, o orçamento do Estado é limitado, diante disso, não é qualquer pretensão que é exigível a ele. É nesse sentido que a jurisprudência coloca o princípio da reserva do possível, que dispõe que a demanda deve estar dentro da razoabilidade, além de haver disponibilidade financeira. Quanto a esse

---

<sup>3</sup> “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a sernidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. CRFB/88”.

último requisito, ele deve ser comprovado objetivamente pela Administração durante a demanda judicial (STF, 2004, np).

É com este pano de fundo que foi aprovado a Lei 13.655, de 25 de abril de 2018, que acrescentou à LINDB artigos atinentes a “*disposições sobre a segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público*”. Nessa toada, destaca-se a redação contida no art. 20, caput: “*Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão*”.

Ora, as consequências referidas acima estão relacionadas ao aspecto econômico, assim, no juízo de ponderação, o juiz deve observar a chamada Análise Econômica do Direito. Esse movimento, que teve início nos Estados Unidos, busca a aplicação da teoria microeconômica na avaliação dos institutos jurídicos (ALVAREZ, 2006, p. 52), tais como as leis e as políticas públicas (TABAK, apud GICO JUNIOR e outros; 2015, p. 321).

Dessa forma, pela leitura do artigo citado anteriormente, a comprovação da indisponibilidade orçamentária (reserva do possível) não seria apenas um ônus da Administração, mas também do próprio órgão julgador, que deveria buscar tais dados ainda que não tivessem sido levados para dentro do processo pelas partes (TCU, 2018, p. 1).

Por oportuno, convém refletir que as circunstâncias da Lei 13.655/2018 indicam uma reação backlash<sup>4</sup> ao ativismo judicial, que tem dado efeitos concretos a valores constitucionais “abstratos”, como por exemplo o mínimo existencial ou da dignidade da pessoa humana, interferindo muitas vezes na vontade dos agentes dos demais Poderes.

## **CONCLUSÕES**

Conforme discorrido ao longo do presente texto, a redação do art. 20 da LINDB, em um primeiro momento vai ao encontro da concepção da Análise Econômica do Direito, uma vez que o julgador deve considerar a repercussão econômica atrelada aos casos concretos que envolvem a Administração Pública, que é um agente econômico por excelência.

À vista disso, depreende-se que o legislador buscou reforçar um dos argumentos que o Estado utiliza como defesa nas causas de saúde, que é o princípio da reserva do

---

<sup>4</sup> Segundo George Marmelstein: “O backlash é uma reação adversa não-desejada à atuação judicial. Para ser mais preciso, é, literalmente, um contra-ataque político ao resultado de uma deliberação judicial.” (MARMELSTEIN, 2016, p. 3)..

possível, uma vez que o próprio magistrado deverá discorrer sobre as consequências econômicas de sua decisão, implicando em uma necessidade maior de motivação para se decidir com respaldo em valores constitucionais.

Portanto, a presente pesquisa desenvolveu os objetivos iniciais propostos, com a ressalva de ser um estudo preliminar, a fim de contribuir com as pesquisas vindouras sobre a novidade legislativa em questão.

## REFERÊNCIAS

- AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico: Do Direito Nacional ao Direito Supranacional**. 6ª Edição. 2019;
- ALVAREZ, Alejandro Bugallo. **Análise econômica do direito: contribuições e desmitificações**. Revista Direito, Estado e Sociedade. Vol. 9. 2006;
- BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol. 5. 2008
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 de out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 23.jul.2019;
- BRASIL. Decreto-Lei n. 4657. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. 4.set.1942. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm). Acesso em: 23.jul.2019;
- BRASIL. Lei n. 13.655. **Inclui no Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público**. 25.abr.2018. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm#art1). Acesso em: 23.jul.2019;
- FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Direito Econômico**. 10ª Edição. 2019;
- MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 8ª Edição. 2019;
- MARMELSTEIN, George. **Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional reações políticas ao ativismo judicial**. Terceiro Seminário Ítalo-Brasileiro, 2016, p. 3
- STF, Min. Relator Celso de Melo. **ADPF 45**. Decisão publicada no DJU de 4.5.2004. Informativo 345. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>. Acesso em: 25/07/2019;
- TCU, Consultoria Jurídica. **Parecer do Projeto de Lei nº 7.448/2017, em face do parecer-resposta elaborado pelos autores do projeto em relação à análise preliminar que esta Consultoria havia realizado**. 2018. p. 17-18. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A81881F62B15ED20162F95CC94B5BA4&inline=1>. Acesso em: 25/07/2019;
- TABAK, Benjamin Miranda. **A Análise Econômica do Direito Proposições legislativas e políticas públicas**. Ano 52. Número 205 jan./mar. 2015, [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/205/ril\\_v52\\_n205\\_p321.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/205/ril_v52_n205_p321.pdf). Acesso em: 30. Jul.2019