

## **A ESCASSEZ DE RECURSOS ORÇAMENTÁRIOS COMO LIMITE A EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE**

## **LA ESCASEZ DE RECURSOS PRESUPUESTARIO COMO LÍMITE A LA EFETIVIDADE DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD**

**Lucivanda Serpa Gomes**

**Patrícia Moura Monteiro**

**RESUMO:** O presente artigo tem por objetivo apresentar a escassez de recursos orçamentários como limite fático a efetividade do direito fundamental à saúde. A implementação dos chamados direitos sociais prestacionais exigem um investimento público de grande monta, de sorte que as decisões judiciais alocativas que determinam a concessão individual de tratamentos de alto custo, não podem deixar de levar em consideração os aspectos econômico-financeiros. Ademais, o benefício do demandante pode representar o prejuízo de toda uma coletividade. Por outro lado, a atividade financeira do Estado, compreendida receita e despesas, está limitada por normas de hierarquia constitucional, seja em razão dos princípios que regem o orçamento seja em virtude dos limites ao poder de tributar. Para uma melhor visualização dos objetivos propostos serão analisados os diversos aspectos abordados na decisão do STF/STA nº 91/AL, quanto a “Teoria da Reserva do Possível”, “Sentença Aditiva” e “Reserva Orçamentária.” A metodologia é bibliográfica, descritiva, jurisprudencial e exploratória.

**PALAVRAS-CHAVE:** DIREITO À SAÚDE. ESCASSEZ DE RECURSO. ORÇAMENTO. RESERVA DO POSSÍVEL. STA Nº 91/AL.

**RESUMEN:** El presente artículo tiene por objetivo presentar la escasez de recursos presupuestarios como límite de hecho la efectividad del derecho fundamental a la salud. La implementación de los llamados derechos sociales prestacionales exige una inversión pública de gran monta, de suerte que las decisiones judiciales alocativas que determinan la concesión individual de tratamiento de alto coste no pueden dejar de considerar los aspectos económicos y financieros. Por supuesto, el beneficio del demandante puede representar un perjuicio a todo un pueblo. La actividad financiera del Estado, comprendida en ingresos y gastos, está restringida por norma de jerarquía constitucional, sea en razón de los principios que rigen el presupuestario sea en virtud de los límites al poder de tributar. Para una mejor visualización de los objetivos propuestos serán analizados los diversos aspectos abordados en la decisión del STF/STA nº 91/AL, cuanto a la “Teoría de la Reserva del Posible”, “Sentencia Adictiva” y “Reserva Presupuestaria”.

**PALABRAS CLAVE:** DERECHO A LA SALUD. ESCASEZ DE RECURSOS. PRESUPUESTARIO. LA IMPOSIBILIDAD ECONÓMICA. STA Nº 91/AL.

## INTRODUÇÃO

Na atualidade um dos maiores desafios do Estado Democrático de Direito se insere no plano da efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais, de modo que possam ser satisfatoriamente prestados a todos que deles efetivamente necessitem. Denominado pela doutrina como direitos de segunda geração<sup>1</sup>, traduzem direitos subjetivos públicos e relacionam-se aos direitos à saúde, à educação, à previdência social, ao trabalho, e outros que, especialmente requerem uma atuação positiva do Estado mediante políticas públicas.

Importa notar que o catálogo de direitos e garantias individuais e coletivas consagrado nas Cartas Políticas dos países Ocidentais, com maior ênfase a partir do final da 2ª Grande Guerra, e após a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, inaugurou uma nova fase do constitucionalismo, caracterizado pelo alto teor de normatividade e superioridade hierárquica de suas disposições. Este estágio de evolução política impôs ao Estado Social o dever de conferir efetividade aos novos direitos, por meio da implementação e manutenção de programas e de políticas públicas de inclusão do social, sendo considerados indispensáveis ao exercício da cidadania.

O cerne da questão é que, em face do *status positivo* que lhes é intrínseco, o atendimento dos direitos sociais nos moldes judicialmente postulados exige considerável investimento público. No entanto, a vontade política do legislador inserta na norma constitucional ou a força da intervenção judicial que ordena sua imediata efetivação, não têm o condão de *per si* torná-los realidade. Há limites fáticos, jurídicos e político que devem ser considerados, para não comprometer a higidez financeira do Ente público, e, com isto, a prestação dos demais serviços fundamentais à coletividade.

Da constatação de que as necessidades públicas são infinitas e estão sempre se renovando e os recursos produtivos escassos, a Corte Constitucional Federal Alemã construiu a teoria da “Reserva do Possível<sup>2</sup>”, que pode ser traduzida simplesmente como proteção aos direitos sociais prestacionais, condicionados aos limites orçamentários estatais.

Ocorre que nas decisões judiciais concessivas de eficácia social do direito à saúde, os magistrados no Brasil, frequentemente, ao se reportar às finanças públicas, o fazem para considerá-la um interesse secundário; menosprezam as vinculações orçamentárias constitucionalmente

---

<sup>1</sup> Ou de segunda dimensão como preferem alguns autores.

<sup>2</sup> Tradução da expressão alemã *Vorbehalt des Möglichen*.

reconhecidas; e, o impacto nas contas do Erário. De outra parte, o Estado para obter meios para satisfação de seus objetivos, o faz mediante arrecadação de impostos, taxas e contribuições que, por sua vez, encontram-se limitados por princípios tributários que conferem garantias formais e materiais aos contribuintes. Portanto, há limites em ambos os lados, tanto na receita quanto na despesa.

Alocar recursos escassos para satisfação de necessidades individuais, a exemplo de tratamento médicos e fornecimento de fármacos de alto custo, cria obrigações que, em regra, estão além da programação orçamentária da Administração Pública. Ademais, quase sempre implicam a substituição das decisões políticas do Legislativo e Executivo por escolhas de prioridade do Poder Judiciário, cuja mobilização de haveres financeiros, pode significar o benefício de uma só pessoa em prejuízo de toda coletividade, para quem a referida programação foi pensada.

No intuito de analisar aspectos relativos à Reserva do Possível, tanto na vertente das despesas, relacionada ao controle dos gastos orçamentários, quanto pela imposição de condicionamentos para alavancar recursos, que se parte para o estudo da Suspensão da Tutela Antecipada – STA Nº 91/AL, no qual o STF deferiu parcialmente o pedido, para limitar a responsabilidade do Estado de Alagoas, ao fornecimento de medicamentos contemplados na Portaria nº 1.318 do Ministério da Saúde.

Para tanto, no primeiro momento, explicitar-se-á o que a moderna doutrina considera direito fundamental, distinguindo-o de direitos humanos, a partir de seus conceitos, limites e evolução históricas, dando maior enfoque ao direito social à saúde e o custo financeiro para a sua concretização.

Em seguida, será abordada a atividade financeira do Estado, no que tange à captação de receitas públicas derivadas dentro de limites principiológicos plasmados na Constituição Federal de 1988, notadamente quanto à vedação ao confisco, a legalidade e anterioridade e outras garantias que teoricamente conferem ao contribuinte uma tributação justa e equânime.

Propõe-se, ainda, um estudo sobre o conceito e alcance da “Teoria da Reserva do Possível” e “Sentenças Aditivas”, frente ao Orçamento Público, enquanto instrumento de intervenção estatal e escudo de defesa dos contribuintes. Será apresentando os aspectos políticos, econômicos e jurídicos do orçamento, e ainda, uma análise sucinta sobre os princípios que lhe dão contorno.

## 1. DIREITOS FUNDAMENTAIS: ASPECTOS CONCEITUAIS

Como em qualquer tema da Ciência do Direito, que suscita acalorados debates, é provável que nenhum outro cause tanto dissenso quanto a construção jurídica das expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais”. Parte desta divergência é alimentada, tanto pela doutrina<sup>3</sup> quanto pela jurisprudência. Os próprios textos legais contribuem para o enleio, quando, sem o necessário rigor terminológico, utilizam um termo pelo outro como se sinônimos fossem, a exemplo da própria Constituição Federal de 1988.

Destarte, para que não se incorra em equivocidade ou no uso indiscriminado de distintas expressões, é válido se posicionar sobre qual acepção (jusnaturalista ou juspositivista) irá perfilhar para chegar ao conceito de direitos fundamentais que, ao fim e ao cabo, se não o mais correto, pelo menos deve condizer com o pensamento da corrente adotada.

Corroborando com este entendimento, Ana Maria D’Ávila Lopes (2001, p. 36) avalia que:

Há autores que defendem uma ambivalência dos direitos fundamentais, na medida que apresentam duas dimensões: uma jusnaturalista, na qual os direitos fundamentais seriam prerrogativas pertencentes a todo homem antes da criação do Estado e independentemente dele identificando-se com os chamados direitos humanos; e uma dimensão juspositivista, em que os direitos fundamentais corresponderiam aos direitos humanos positivados em um determinado sistema jurídico.

Direitos fundamentais podem ser definidos como uma categoria especial de normas positivas de alto nível hierárquico previstos na Ordem Constitucional vigente, que traduzem a concepção de dignidade humana de uma sociedade, em um dado período, legitimando o sistema jurídico estatal (LOPES, 2001)

Distintamente, os denominados direitos humanos são pré-positivistas, portanto, direitos fundados na dignidade humana e, por isso, anteriores à própria instituição do Estado. Dotados de caráter universal e atemporal, isto é, sua validade não se encontra atrelada às exigências espaço-temporais, e, por tanto, são válidos e titularizados por todos os povos, em qualquer tempo e em qualquer lugar, independentemente de previsão legal expressa (LOPES, 2001, p. 41 e 42). Daí a sua proximidade com os chamado direitos naturais.

Feita a necessária delimitação conceitual, calha destacar a historicidade evolutiva dos direitos fundamentais, cujo reconhecimento e expansão estão intimamente atrelados ao surgimento

---

<sup>3</sup> Manuel Gonçalves Ferreira Filho (2006, p. 14) ao tratar sobre a temática, intitula sua obra de ‘Direitos Humanos Fundamentais’. Segundo o autor, o atual diálogo político entre os autores sociais impõe o uso da politicamente correta terminologia direitos humanos fundamentais de que direitos fundamentais são uma abreviação.

do moderno Estado constitucional. Suas marcas distintivas são a limitação de poderes e a proteção da dignidade humana, por meio de um complexo de direitos e garantias fundamentais expresso na Carta Política.

A classificação tradicional cataloga os direitos de acordo com sua aparição histórica<sup>4</sup>. Assim, os direitos de primeira geração<sup>5</sup> são aqueles que refletem a ideologia liberal do final do século XVIII e começo do século XIX, importando em direitos titularizados pelo indivíduo frente ao Estado (direitos de defesa), e recepcionados pelas primeiras Constituições escritas<sup>6</sup>. A previsão de tais direitos tinha por escopo restringir a intervenção estatal nas relações privadas. Exigia-se, portanto, um comportamento negativo do poder público que deveria abster-se de atuar na esfera da liberdade individual. De manifesta inspiração jusnaturalista, são as chamadas liberdades públicas: o direito à propriedade, à liberdade, à vida, à segurança, à igualdade perante a lei e o direito de resistência (SARLET, 2007, p. 56). Em momento posterior, na segunda metade do século XX, agregou-se àqueles, os direitos de caráter coletivo, denominados direitos políticos, como a capacidade eleitoral ativa, a passiva, o direito de associação, direito de reunião e formação de partidos (LOPES, 2001, p.63).

O aparecimento dos direitos de segunda geração é decorrente da ascensão política da burguesia-capitalista nos séculos XVIII e XIX, do profundo impacto no processo produtivo resultante da Revolução Industrial e o conseqüente surgimento de uma nova classe social: o proletariado. O reconhecimento de direitos sociais que demandavam um comportamento ativo do Estado, o intervencionismo, foi fruto do acirramento dos movimentos reivindicatórios do operariado por melhores condições de trabalho. Com o Estado Social, surgiam os direitos econômicos, sociais e culturais, primeiramente contemplados nas Constituições francesas de 1793 e 1848, na brasileira de 1824 e na alemã de 1849<sup>7</sup>.

Os direitos de terceira geração, também chamados de direitos de solidariedade ou de fraternidade, têm como marca o deslocamento da titularidade de interesses individuais para uma titularidade transindividual, difuso ou coletivo, sendo os exemplos mais citados o direito a paz, ao meio ambiente, a qualidade de vida e a comunicação.

---

<sup>4</sup> Norberto Bobbio (2004, p. 25) reforça a ideia de historicidade dos direitos fundamentais, portanto, como resultado de conquistas ao longo do tempo, quando afirma que estes nascem determinadas ‘circunstâncias caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes’.

<sup>5</sup> A classificação dos direitos humanos em gerações a partir da alusão à tríplice ideologia da revolução francesa (liberdade, igualdade, fraternidade), foi apresentada pela primeira vez em 1979, durante uma conferência ministrada no Instituto Internacional de Direitos Humanos, em Estrasburgo, pelo prof. francês Karel Vasak.

<sup>6</sup> Constituição dos Estados Unidos da América, ratificada em 1791 e a Constituição Francesa de 1793.

<sup>7</sup> Segundo Ingo Wolfg Sarlet (2007, p. 57) a Constituição alemã de 1849 não chegou a entrar em vigor.

Conforme visto, em face do caráter histórico-dialético dos direitos fundamentais foram necessários dois séculos de lutas e conquistas para que estes viessem a ser reconhecidos e positivados na ordem jurídica central, exigindo do Estado ora um comportamento ativo ora uma inércia para sua efetivação.

Os direitos de primeira geração, conforme visto, foram mais rapidamente assimilados pelo Poder Público, visto que dele não se exige mais que uma abstenção. Por outro lado, quando se trata de direitos sociais prestacionais, cuja promoção demanda ações públicas - v.g. saúde, educação, habitação, saneamento básico - o Estado se depara com a necessidade de grande disponibilidade financeira.

### **1.1 Direito fundamental à saúde: breves considerações**

Tradicionalmente, o direito fundamental à saúde previsto no sistema constitucional de 1988, no art. 6º e 196 e seguintes, é reconhecido como direito de segunda geração, significando que são aqueles que exigem uma prestação positiva do Estado, distinguindo-se, pois, do abstencionismo dos clássicos direitos de primeira geração. Entretanto, segundo o magistério de Gustavo Amaral (1999, p. 107), esta dicotomia não pode ser aceita sem reparos, visto que há como negar que direitos como a sindicalização e a greve são direitos sociais, e que, por seu turno, não reclamam qualquer manifestação estatal.

Na visão de Ingo Sarlet (2010, p. 31), dependendo da função que atue no caso concreto, o direito à saúde pode se apresentar como um direito de defesa ou como um direito prestacional. No primeiro caso, o titular do direito teria sua saúde protegida de agressões ou ameaças, seja por ação do Estado seja pela ação de particulares. Na segunda hipótese, o Estado tem o dever de disponibilizar meios de hospitais, médicos, terapias, medicamentos, de forma a assegurar a fruição desse direito.

Por outro lado, quando se estar tratando de direitos sociais de caráter prestacional, em especial, o direito à saúde, não há como desconsiderar “toda uma gama de questões atinentes aos limites fáticos e jurídicos à sua plena realização” (SARLET, 2010, p. 40), que, conforme visto, demanda locação de consideráveis recursos públicos, que geram passivos a serem cobertos pelo produto da arrecadação de tributos<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Aqui se inclui as transferências constitucionais, a exemplo do fundo de participação dos Estados e Municípios, além das receitas próprias.

Paradoxalmente, a doutrina que propugna a máxima efetividade das normas constitucionais assecuratórias de prestações positivas não faz qualquer diferença aos limites jurídicos atinentes aos direitos fundamentais dos contribuintes que limitam a captação de receitas dos Entes tributantes, de sorte que “as questões ligadas às possibilidades do Estado não costumam ser consideradas” (AMARAL, 1999, p. 237). É sobre este assunto que se passa a tratar.

## **2. A NECESSIDADE DE RECURSOS E OS LIMITES AO PODER DE TRIBUTAR**

O Estado moderno foi criado para propiciar as condições básicas em prol do bem estar da sociedade, assegurando o direito à vida, à saúde, à educação, à segurança, à justiça, à previdência social, dentre outros. Para a consecução destes objetivos são necessários recursos financeiros que, por excelência, são derivados da esfera patrimonial do contribuinte mediante imposição tributária.

É de reconhecer que no Brasil o sistema tributário está estruturado no texto constitucional<sup>9</sup> de forma exaustiva, inclusive, impondo limites ao exercício do poder de tributar por meio de repartição de competências, previsão de imunidades e eleição de um rol de princípios jurídicos fundamentais que constituem garantias do contribuinte, e que irradiam efeitos na elaboração, na interpretação e aplicação das normas e atos administrativos tributários. Isso decorre em diferentes graus da opção política pelo regime federativo e pelo sistema republicano.

Importar observar que o tributo nasce no espaço aberto pela autolimitação da liberdade do cidadão, ao mesmo tempo em que se constitui o preço das “liberdades” (TORRES, 1999, p. 3). Entretanto, para que o Fisco não sirva de instrumento de opressão, o legislador constituinte cuidou de prever limites à competência tributária que, conforme já sedimentada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal<sup>10</sup>, representa garantia constitucional instituída em favor dos sujeitos passivos da atividade estatal. Do rol de garantias-princípios que sobressaem do art. 150 da CF/88, destacam-se o princípio da legalidade, da anterioridade, da vedação ao confisco, e da igualdade, segue sucinta explanação sobre estes:

---

<sup>9</sup> O Sistema Tributário Nacional encontra-se inserto no Capítulo I do Título VI – Da Tributação da Constituição e está estruturado por seis seções, nas quais se encontram disciplinados: os princípios gerais do sistema; das limitações ao poder de tributa; os impostos da União; dos impostos dos Estados e do Distrito Federal; dos impostos dos Municípios e por fim, da repartição das receitas tributárias.

<sup>10</sup> [...] “O exercício do poder tributário, pelo Estado, submete-se, por inteiro, aos modelos jurídicos positivados no texto constitucional que, de modo explícito ou implícito, institui em favor dos contribuintes decisivas limitações à competência estatal para impor e exigir, coativamente, as diversas espécies tributárias existentes. Os princípios constitucionais tributários, assim, sobre representarem importante conquista político-jurídica dos contribuintes, constituem expressão fundamental dos direitos individuais outorgados aos particulares pelo ordenamento estatal. Desde que existem para impor limitações ao poder de tributar do estado, esses postulados tem por destinatário exclusivo o poder estatal, que se submete a imperatividade de suas restrições.” (ADI 712-MC, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 07/10/1992, DJ 19/02/93).

a) Princípio da legalidade: limitação formal

O art. 150, I, coligido com os artigos 5º, II, e 37, caput, todos da Constituição Federal de 1988, exige, o que a instituição ou aumento de tributo somente poderá ser feito mediante edição de lei ordinária, consagrando o princípio da legalidade em matéria fiscal. Daí se infere que a via eleita para a disposição destas matérias deve-se operar por meio de instrumento normativo decorrente de procedimento parlamentar específico, com as etapas e ritos a ele inerentes, pois somente a lei tem o condão de inovar na ordem jurídica.

b) Princípio da anterioridade: limitação da eficácia temporal

Sua dimensão normativa paralisa o agir não só do Poder Executivo, mas, sobretudo, do Poder Legislativo, pois, além de proibir a cobrança em si, impede a eficácia da lei no mesmo exercício financeiro. Neste sentido, a ação tributária estatal há de ser objetivamente previsível e determinável para que permita a organização das pessoas físicas e jurídicas, favorecendo, inclusive, o planejamento de suas ações fiscais futuras.

c) Princípio da vedação ao confisco: limitação material

De um modo geral, o termo confisco pode ser definido como a retirada forçada de um bem da esfera patrimonial do particular e adjudicá-lo ao Fisco sem o oferecimento ao seu proprietário de qualquer indenização correspondente. Vale observar que, de acordo com o preceito constitucional, a vedação não recai sobre o confisco em si, mas sobre a utilização do tributo com efeito de confisco, isto é, pelo seu resultado.

d) Princípio da isonomia

A da isonomia, consagrada em diferentes dispositivos da Constituição de 1988, repousa na ideia de que todos que se encontrem na mesma situação jurídica devem ser tratados da mesma forma [igualdade na lei], trata-se de princípio geral de direito. Dirigido diretamente ao legislador, veda qualquer tratamento discriminatório injustificado, seja em prejuízo seja em benefício de pessoas que se encontrem em situação equivalentes.

Nesta breve incursão nos limites ao poder de tributar, tentou-se demonstrar que a atividade fiscal impositiva para instituição ou majoração de tributos não se constitui uma tarefa simples. Não obstante a crescente necessidade de recursos, a atividade tributária encontra uma verdadeira

barreira erigida por normas-princípios fundamentais<sup>11</sup> garantidores dos direitos do contribuinte. Ademais, no estágio de cidadania que se encontra a sociedade brasileira, nem de longe o pagamento dos tributos é compreendido como um dever fundamental.

Se por um lado, o Estado pouco pode fazer para ampliar as receitas para minimizar o impacto financeiro das decisões judiciais que determinam uma prestação estatal não prevista na elaboração dos programas de governo, seria aceitável supor modificações no orçamento público ou simplesmente desconhecê-lo? E sobre esta questão e a denominada reserva do possível que passamos a tratar no próximo seguimento.

### **3. SOBRE ORÇAMENTO PÚBLICO E “SENTENÇAS ADITIVAS”**

Trata-se de instrumento político que desde a Revolução Gloriosa de 1688, na Inglaterra, se presta como escudo de defesa dos contribuintes contra governos perdulários (BALEEIROS, 1964). Assim em sua primeira fase, o orçamento público era objeto de intensa fiscalização, pois maiores gastos significavam maiores exações fiscais. Em um segundo momento, que coincide com as primeiras constituições escritas, os orçamentos passam a ter caráter de plano de governo, no qual o partido eleito pelo povo coloca seus programas, planos de trabalho e suas concepções.

Baleeiros (1964, p. 301) define o orçamento público<sup>12</sup> como:

[...] ato pelo qual o Poder Legislativo prevê e autoriza ao Poder Executivo, por certo período e em pormenor, as despesas destinadas ao funcionamento dos serviços públicos e outros fins dotados pela política econômica ou geral do país, assim como a arrecadação das receitas já criadas em lei.

Com efeito, o orçamento público pode ser considerado como documento jurídico [é lei ordinário que vincula todas as esferas de Poder]; político [confere transparência aos atos do governo, apontando suas prioridades e indicando os grupos sociais e regiões serão beneficiadas] e, econômico [feitos esperados relativos ao equilíbrio econômico financeiro em face das políticas fiscais adotadas]. Nas palavras de Fernando Borges Mânica (2007, p. 170): “o orçamento instrumentaliza as políticas públicas e define o grau de concretização dos valores fundamentais constantes no texto constitucional. Dele depende a concretização dos direitos fundamentais.”

---

<sup>11</sup> Ana Maria D’Ávila Lopes (2009, p. 48), chama atenção para o fato de que “No Brasil, a defesa da existência de um bloco de constitucionalidade está ancorada no §2º do art. 5º da Constituição Federal de 1988, no qual se estabelece que os direitos e garantias expressos na Constituição Federal não excluem outros decorrentes dos princípios ou do regime por ela adotados [...]”

<sup>12</sup> No Brasil, as primeiras exigências para a elaboração de um orçamento formal por parte das instituições imperiais deram-se com a outorga da Constituição de 1824, e sua disciplina, pela Lei de 14.12.1827. Importa observar que desde a Carta Magna de 1824, a iniciativa de elaborar o orçamento é do Poder Executivo.

O orçamento público encontra-se disciplinado nos art. 165 e ss da Constituição Federal de 1988, de onde emergem os princípios que dão seus contornos: legalidade, anualidade, universalidade, exclusividade, programação e equilíbrio (BARROS, 1991, p. 300).

a) princípio da legalidade: deverá atentar para as autorizações e limites impostos pela Constituição, especialmente, quanto aos percentuais de vinculação de receita, para o desenvolvimento e manutenção do ensino e saúde.

b) princípio da anualidade: o orçamento tem eficácia para um período de um ano [1º de janeiro a 1º de dezembro];

c) princípio da universalidade: o orçamento deve evidenciar o universo das receitas [tributárias e não tributárias], especificando a previsão de cada tipo de arrecadação, bem como das despesas dos três Poderes, inclusive, da administração indireta (art. 165, §5º, I da CF/88);

d) princípio da exclusividade: de acordo como art. 165, §8º da CF/88, a lei orçamentária anual não conterà dispositivo estranho à previsão da receita e a fixação das despesas. Trata-se, portanto, de vedação constitucional que impede que a lei orçamentária contenha previsão diversa daquela que lhe é própria. E mais, segundo leciona Luiz Celso de Barros (1991, p. 304): “O orçamento anual deve cuidar, com exclusividade, das leis preexistentes à sua edição, não podendo, por ela, lei orçamentária, criar direitos e obrigações, não previstos em leis anteriores”.

e) princípio da programação: por determinação do art. 165, §4º da CF, o orçamento deverá conter os planos e programas nacionais, regionais e setoriais, isto é, formulação de objetivos; metas da administração pública; e, ações futuras que viabilizem a execução dos programas do governo.

f) princípio do equilíbrio: Os programas de governo, projetos e ações, visam o bem estar social, e não o atingimento de metas superavitárias. A regra é o equilíbrio entre receitas e despesas, ou seja, um mínimo de equilíbrio orçamentário é indispensável à manutenção dos serviços públicos.

Cumprir observar que o orçamento é composto de três leis encadeadas, que se sucedem e se complementam: a que institui o Plano Plurianual - PPA, a de Diretrizes Orçamentária - LDO e a que aprova o Orçamento Anual - LOA. Logo, a função precípua de traçar políticas públicas com base nos objetivos fundamentais previstos no art.3º da CF/88, cabe ao Executivo, com a aprovação do Legislativo.

Acresça-se, ainda, que é considerado crime de responsabilidade os atos atentatórios do Presidente da República, do Governador e do Prefeito contra o orçamento (art. 85, VI da CF/88), sendo vedado ao administrador realizar qualquer despesa sem previsão orçamentária.

A apresentação superficial das linhas que conforma o orçamento, auxilia na compreensão da doutrina de Fernando Facury Scaff, (2010, p. 133) que chamou de “Sentenças Aditivas” as decisões judiciais que determinam a implementação de direitos sociais prestacionais, que implicam em aumento de custo financeiro não previsto originalmente no orçamento do ente político demandado.

Segundo o autor, a expressão sentenças aditiva é comumente usada na doutrina italiana, em alusão às emendas aditivas ao orçamento. Inobstante inexistir expressão correspondente na doutrina brasileira, seu estudo é se faz necessário em função dos seguintes aspectos (SCAFF, 2010, p. 135):

a) a Constituição Federal previu extenso rol de direitos fundamentais, estabelecendo a aplicabilidade imediata [art. 5º,§1º da CF/88]. Além dos direitos enunciados nos Título II (incluindo os sociais), ainda há os previstos na Ordem Tributária e na Ordem Social, e aqueles decorrentes dos princípios adotados na Constituição e nos tratados internacionais [art. 5º,§2º da CF];

b) adoção de sistema de controle de constitucionalidade misto, possibilitando a qualquer membro da sociedade ser legitimado na via difusa;

c) forma de Estado federalista que impõe um Poder Judiciário e um Legislativo tanto na União quanto nos Estados, ampliando a discussão nos tribunais superiores; e,

d) a acentuada desigualdade social, fomenta a prolação de sentença determinando a implementação de direitos sociais assegurados na Constituição sem a intermediação de normas legais ou regulamentares - “justiça direta.”

As características apresentadas por Facury Scaff , acarretam de fato, um grande volume de decisões “aditivas” que impactam diretamente nas finanças públicas. Outro fator que agrava a situação é que, em regra, as tutelas concedidas são individuais, isto é, restringe-se a um número reduzido de pessoas que podem ter acesso ao Judiciário, no sentido de poder custear bons advogados.

Se por seus efeitos as sentenças judiciais podem ser consideradas aditivas, por mais razão o professor Facury Scaff (2010, p. 135) pode qualificar o Poder Judiciário, em especial o STF, em verdadeiros “ordenadores das despesas públicas” e “legisladores positivos”, quando assumem competência do Executivo no que tange o planejamento de políticas públicas, de um lado, e de outro, quando absorvem a função legiferante do Poder Legislativo em matéria de orçamento, exercendo em ambos os casos papéis que não lhe foi atribuído pela Carta Magna.

#### **4. RESERVA DO POSSÍVEL vs RESERVA ORÇAMENTÁRIA**

A teoria da “Reserva do Possível”, elaborada a partir do início da década de 70, é o resultado de julgados da Corte Constitucional alemã, que versava sobre o direito ao acesso ao ensino superior, na qual ficou assente que a “construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição da disponibilidade dos respectivos recursos.” (SCAFF, 2005, p. 89). Com efeito, é na composição do orçamento público que se pode visualizar a existência de disponibilidades financeiras para determinados setores priorizados por decisões políticas-governamentais.

Segundo a decisão do Tribunal Federal alemão<sup>13</sup>, os direitos a prestação positivas do Estado “estão sujeitas à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade” (KRELL, 2002, p. 52). De acordo com o julgado, ainda que o Estado disponibilizasse recursos suficientes, não seria razoável exigir da Administração Pública a manutenção de programas de assistência social para quem deles não necessitasse. (SARLET, 2010, p. 49).

Analisando os parâmetros do julgado, Alinie da Matta Moreira (2011, p. 38), afirma que:

A definição faz clara referência às pretensões que podem ser, numa medida razoável e proporcional, deduzidas pelo particular em face do Estado, cujo atendimento demandará uma existência de recursos públicos suficientes sem que se verifique o comprometimento do interesse coletivo.

Destarte, a reserva do possível passou a ser vista como um limite fático relacionado à capacidade econômica e financeira do Estado, que impõe restrições à exigibilidade judicial dos direitos sociais, a exemplo da condenação do Estado à prestação de medicamentos fora das listas

---

<sup>13</sup> A ação (BVerfGE 33, 303), com base na Lei Federal alemã que assegura a livre escolha de trabalho, ofício ou profissão, visava a obtenção de tutela judicial no sentido de permitir que o requerente ingressasse em determinado curso de instituição de ensino superior, haja visto a limitação do número de vagas. (MOREIRA, 2011, p.52 e 53).

do sistema de saúde, tratamentos experimentais ou no Exterior. No entanto, a ideia de restrição orçamentária não é bem aceita pela maior parte dos doutrinadores<sup>14</sup> e dos magistrados.

No Brasil, os Tribunais Superiores, inclusive, quando chamados a decidir casos limites envolvendo o direito fundamental à saúde [as chamadas escolhas trágicas], não tem levado a sério todos os lados da questão; não realizam qualquer juízo de ponderação [adequação, necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito] dos direitos em conflito e chegam a afirmar de forma peremptória que, o interesse financeiro em relação ao direito à saúde, é um interesse secundário<sup>15</sup>. Esquecem, pois, que a Constituição, em seu art. 167, II<sup>16</sup>, veda a realização de despesas ou assunção de obrigações que excedam os créditos orçamentários.

A admissão da existência de escassez de recursos e da reserva do possível nas Cortes Judiciais, ainda que não tratada devidamente, pode ser considerado um avanço, visto que, conforme noticiado por Daniel Wei Liang Wang (2010, p. 353) “até 2007, todas as decisões [judiciais] analisadas concediam o medicamento ou tratamento pedido pelo impetrante. Não havia sequer um voto divergente nos acórdãos encontrado.” Inexistia, portanto, qualquer referência à questão dos custos, e mesmo quando aparece algo neste sentido é tratado como algo de somenos<sup>17</sup>. A guisa de exemplo, no julgamento do RE nº 198263, o Ministro Sidney Sanches, em seu voto, afirma de forma categórica: “em matéria tão relevante como a saúde, descabem disputas menores sobre legislação, muito menos sobre verbas, questão de prioridade”.

Ricardo Lobo Torres (2010, p. 73-74), traz importante contribuição para o debate sobre a efetivação dos direitos sociais no Brasil ao discorrer sobre “Reserva do Orçamento”. Segundo o autor, as EC nº(s) 14/1996 [manutenção e desenvolvimento do ensino], 29/2000 [serviço público

---

<sup>14</sup> Segundo Leandro Martins Zantelli (2010, p. 188), as opiniões podem ser divididas em três grupos: a) a das que concordam com o entrave à realização de direitos em razão da escassez dos recursos; b) o das que rejeitam a doutrina; e c) a das que admitem com alguma importante ressalva.

<sup>15</sup> Na Petição nº 1246 MC/SC no qual era pedido tratamento para uma menor impúbere acometida por grave enfermidade (Distrofia Muscular de Duchenne), mediante transplante das células mioblásticas, a ser custeado pelo Estado de Santa Catarina, o Ministro Celso de Mello, no exercício da Presidência do STF, profere a seguinte decisão: “Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida (Pet 1246 MC, Presidente Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Decisão Proferida pelo(a) Ministro(a) CELSO DE MELLO, julgado em 31/01/1997, publicado em DJ 13/02/1997 PP)

<sup>16</sup> “Art.167. São vedados: II – a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais;”

<sup>17</sup> No RE 342413/PR, a Ministra Ellen Gracie diz que “obstáculo de ordem burocrática ou orçamentária, até porque os Estados regularmente possuem programas de distribuição de remédios, não podem obstaculizar o implemento do que previsto constitucionalmente”. RE 342413, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, julgado em 14/10/2004, publicado em DJ 09/11/2004 PP-00081)

de saúde], e 31/2000 [fundo de combate e erradicação da pobreza], ao disporem sobre vinculação de receitas de impostos, criaram condições para judicialização dos direitos sociais, visto que doravante o Poder Público deverá destinar parcela de recursos correspondente a um percentual sobre a receita tributária proveniente de transferências, nas áreas ali referidas.

Assim, com base na nova exigência de vinculação de receitas, as instâncias judiciais monocrática passaram a conceder liminares e cautelares, a partir da literalidade dos dispositivos constitucionais, outorgando de forma individualizada, a prestação estatal que deveria ser coletiva.

Em vista disso, Ricardo Lobo Torres (2010, p. 74), faz contundente crítica à forma insistente em que o Poder Judiciário vem prolatando decisões concessivas de direito, sem examinar a questão orçamentária, o equilíbrio financeiro geral, sem verificar a existência de recursos que viabilizem a concreção de direitos, e, ainda, sem atentar para as políticas públicas inseridas no plano plurianual:

Os direitos econômicos e sociais existem, portanto, sob a reserva do possível ou da soberania orçamentária do legislador, ou seja, da reserva da lei instituidora das políticas públicas, da reserva da lei orçamentária e do empenho da despesa por parte da Administração. A pretensão do cidadão é à política pública, e não a adjudicação individual de bens públicos.

Assim, após a EC nº 29/2000 que assegura recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços da saúde, o Judiciário não poderia adjudicar bens públicos de forma particularizada [fármaco, prótese, procedimentos cirúrgicos], ou mesmo determinar o custeio de procedimentos que sequer se encontram entre aqueles autorizados no orçamento [tratamento no Exterior], mas determinar a implementação de políticas públicas pela Administração Pública. Ademais, o Poder Judiciário sob o argumento de conferir efetividade aos direitos sociais, não pode simplesmente invadir a esfera de competência de outros poderes, ou determinar medidas desarrazoada em nome do “mínimo existencial”, ao determinar o sequestro de receitas.

Neste sentido, uma vez mais a lição de Ricardo Lobo Torres (2010, p.76):

A superação da omissão do legislador ou da lacuna orçamentária deve ser realizada por instrumentos orçamentários, e jamais à margem das regras constitucionais que regulam a lei de meios. Se, por absurdo, não houver dotação orçamentária, a abertura dos créditos adicionais cabe aos poderes políticos (Administração e Legislativo), e não ao Judiciário, que apenas reconhece a intangibilidade do mínimo existencial e determina aos poderes a prática dos atos orçamentários cabíveis.

Não obstante a necessidade fática de recursos para promover o bem público, na prática, o Poder Judiciário, ainda que bem intencionado, vê o custeio como algo de menor valor, como se

orçamento não constituísse um instrumento político que vincula todos os agentes públicos, constituindo-se uma garantia aos contribuintes.

## 5. ANÁLISE DA DECISÃO DO STF NA STA Nº 91

Conforme anteriormente assentado, o Supremo Tribunal Federal - STF até 2007 decidiu as demandas que versavam sobre direito fundamental à saúde, sem a preocupação de ponderar os interesses colidentes. Assim, sob uma regra que entendia ser prevalente, qual seja: a de que o direito a saúde possui conteúdo absoluto, e, portanto, aplicável a qualquer caso (WANG, 2010, p. 350), os julgados não consideravam o impacto no orçamento (programação financeira, cronograma de execução mensal de desembolso ou ausência de dotação com valor suficiente) que a medida poderia causar.

No entanto, naquele mesmo ano, a Ministra Ellen Gracie, na condição de Presidente do STF, analisando pedido de suspensão de tutela antecipada STA nº 91/AL, com fundamento no art. 4º da Lei nº 8.437/92, prolatou decisão que, por seus fundamentos foi considerada um divisor de águas em relação ao que vinha se decidindo até então.

Referido pedido foi apresentado pelo Estado de Alagoas, com o fito de suspender a execução de suspensão de tutela antecipada concedida na Ação Civil Pública de nº 001.06.014309-7, pelo Tribunal de Justiça de Alagoas, que determinou àquele ente federado o fornecimento de todo e qualquer medicamentos necessários ao tratamento de pacientes renais crônicos em hemodiálise e pacientes transplantados. O requerente sustentou, especificamente, a ocorrência de grave lesão à economia pública, visto que a decisão era genérica e impunha a entrega de remédios não relacionados no Programa de Medicamentos Excepcionais e de alto custo, em conformidade com a Lei nº 8.080/90 e com a Portaria nº 1.318 do Ministério da Saúde.

A Ministra deferiu a suspensão da execução da medida liminar para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, com os seguintes argumentos:

Verifico estar devidamente configurada a lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde. Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. **Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas.** A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. **No presente caso, ao**

**se conceder os efeitos da antecipação da tutela para determinar que o Estado forneça os medicamentos relacionados "(...) e outros medicamentos necessários para o tratamento (...)" (fl. 26) dos associados, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade.** Ademais, a tutela concedida atinge, por sua amplitude, esferas de competência distintas, sem observar a repartição de atribuições decorrentes da descentralização do Sistema Único de Saúde, nos termos do art. 198 da Constituição Federal. Finalmente, verifico que o Estado de Alagoas não está se recusando a fornecer tratamento aos associados (fl. 59). É que, conforme asseverou em suas razões, "(...) a ação contempla medicamentos que estão fora da Portaria n.º 1.318 e, portanto, não são da responsabilidade do Estado, mas do Município de Maceió, (...)" (fl. 07), razão pela qual seu pedido é para que se suspenda a "(...) execução da antecipação de tutela, no que se refere aos medicamentos não constantes na Portaria n.º 1.318 do Ministério da Saúde, ou subsidiariamente, restringindo a execução aos medicamentos especificamente indicados na inicial, (...)" (fl. 11). 6. Ante o exposto, defiro parcialmente o pedido para suspender a execução da antecipação de tutela, tão somente para limitar a responsabilidade da Secretaria Executiva de Saúde do Estado de Alagoas ao fornecimento dos medicamentos contemplados na Portaria n.º 1.318 do Ministério da Saúde. Comunique-se, com urgência. Publique-se. Brasília, 26 de fevereiro de 2007. Ministra Ellen Gracie Presidente 1. DJ 05/03/2007 PP-00023 RDDP n. 50, 2007, p. 165-167 (g.n).

Apesar da ausência de uma ponderação dos direitos envolvidos, e de melhores critérios utilizados para o deferimento do pleito, a importância da decisão se em funda, particularmente, quanto ao posicionamento firmado sobre o caráter prestacional, universal e igualitário do direito à saúde; o custo dos direitos; e, o impacto nas finanças públicas,

A Ministra Ellen Gracie, na STA nº 91/AL, divergindo do teor de outras STA(s) decididas pelo STF, afirma que o comando constitucional encartado no art. 196 da Constituição Federal, relaciona-se a efetivação de políticas públicas, isto é, assegurados a todos, não podendo ser concedido de forma individualizada. Embora não se refira textualmente nem faça uma análise pormenorizada da cláusula da “reserva possível”, afirma que a execução de decisões judiciais como a ora impugnada afetava o já abalado sistema de saúde. Ainda que não se refira com todas as letras às dotações orçamentárias destinadas ao atendimento das ações de saúde pública, ou quanto à captação de receitas, não restam dúvidas que é sobre escassez de recursos e efeitos econômicos das decisões de que se está tratando.

Ademais, mesmo considerando o acesso universal e igualitário às providências estatais que efetivem o direito à saúde, a questão orçamentária não foi tratada como um mero interesse financeiro da Fazenda Pública, como a jurisprudência do STF vinha reiteradamente enfatizando. Ao revés, primou pelo uso racional dos recursos públicos, mediante homenagem à gestão da política nacional de saúde, a fim de atingir o maior número de beneficiados.

Neste sentido, a lição de Ana Paula Barcellos (2002, p. 236), segundo a qual “para além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado – e, e, última análise da

sociedade, já que é esta que os sustenta – é importante lembrar que há um limite de possibilidades matéricas a esses direitos.”

Outro reflexo da reserva do possível na suspensão da tutela, como manifestação daquilo que o indivíduo de maneira racional pode exigir da sociedade (KRELL, 2002, p. 52) é o a afirmação de que “a efetivação de políticas públicas como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações generalizadas”, e ainda de que “a responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários não pode vir a inviabilizar o sistema de saúde público.” Não seria, portanto, razoável, a concessão de medida de segurança que garantisse o tratamento individual da saúde para uns poucos, em detrimento e prejuízo de toda a coletividade, que não se encontra amparada pela prestação jurisdicional.

Corroborando com este entendimento, Ricardo Lobo Torres (2010, p. 74):

Os direitos econômicos e sociais existentes, portanto, sob a “reserva do possível” ou da “soberania orçamentário do legislador”, ou seja, da reserva da lei instituidora das políticas publicas da reserva da lei orçamentária e do empenho da despesa por parte da Administração. A pretensão do cidadão é à política pública e não à adjudicação individual de bens públicos.

Acresça-se, que a Ministra ao considerar que o Estado de Alagoas somente se obriga a fornecer os remédios que estão contemplados na Portaria nº 1318 do Ministério da Saúde, não interferiu nas opções alocativas adotadas Poder Executivo (WANG, 2010, p. 357), evitando assim a prolação de mais uma sentença aditiva.

O despacho fundamentado<sup>18</sup> da Ministra Ellen Gracie proferido em caráter liminar, embora não tenha tido o mérito de reverter o entendimento majoritário da Corte,<sup>19</sup> reconheceu a natureza prestacional do direito a saúde, e, como tal implicava em ônus financeiros, necessitando, pois, considerar limites orçamentários. Segundo a avaliação de Daniel Wei Liang Wang (2010, p.358) “houve também uma tentativa de trazer critérios claros e objetivos para se decidir sobre esse direito”.

## **CONCLUSÃO.**

---

<sup>18</sup> Lei nº 8.437/92: “Art.4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.”

<sup>19</sup> Daniel W. L. Wang (2010, p .357) noticia que após a decisão sob comento, os pedidos Suspensão de Segurança nº 3205, 3158, 3183, 3281, 3429, 3452 e na STA 181, os pedidos foram concedidos com base na hipossuficiência dos pacientes, na gravidade das enfermidade, e nas SS 3205, 3158, 3231, 3429, 3452 e da STA 181 na continuidade do tratamento e nos efeitos gravíssimos de sua interrupção.

Conforme proposto nas linhas iniciais o objetivo do presente artigo era trazer uma abordagem sobre a escassez de recurso como limite fático à efetividade do direito à saúde. Verificou-se no decorrer da pesquisa, que o referido direito social se insere dentro do catálogo dos denominados direitos de 2º geração, de caráter prestacional. Dizer que são prestacionais significa que para serem concretizados necessitam de uma intervenção estatal, por meio de programas, projetos e ações. Ocorre que a implementação de políticas públicas necessárias à satisfação dos fins constitucionais, em especial, o da saúde, exige considerável volume de investimento público.

Por outro lado, se as necessidades são infinitas, os recursos são escassos, visto que “dinheiro não nasce em árvores”. Ademais, como reflexo do Estado Democrático de Direito, não há muito espaço para aumento de receitas públicas via tributação, em face dos limites ao poder de tributar, insertos no texto constitucional. O elenco de norma-princípios do art. 150 da CF/88 se identifica com os direitos fundamentais de 1º geração (direitos negativos), constituindo-se o que se convencionou chamar de direitos do contribuinte frente ao Estado.

Tentou-se demonstrar é que numa sociedade onde há graves problemas sociais, nem sempre o Poder Público é capaz de fazer valer a “máxima efetividade” do catálogo de direitos positivados na Constituição, pois conforme consignado, há restrições em ambos os lados: na captação de recursos e na despesa orçamentária.

A interferência do Poder Judiciário, em regra, se reduz a alocação direta de recursos para implementação do direito a saúde, mediante o fornecimento de medicamentos e tratamentos de alto custo, não previstos pelo Poder Executivo. Ademais, não há uma análise mais acurada quanto à questão orçamentária, obrigando os gestores públicos a realizar verdadeiros malabarismos para atender às ações mandamentais, visto que podem ser criminalmente responsáveis por atos que atentem contra o orçamento.

Neste cenário é que se apresentou a “Reserva do Possível”, não como escudo para Administração Pública se recusar ao cumprimento de seus deveres relativos à prestação de serviço à população, visto que só “estão sujeitas à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade”. Isto é, não poderá ser invocado se não houver um justo motivo aferível. Portanto, necessário se faz comprovar a incapacidade econômico-financeira do ente estatal e a razoabilidade do pedido.

Acresça-se que após a EC nº 14/1996, 29/2000 e 31/2000, que obrigam as unidades subnacionais a aplicar um percentual de suas receitas de impostos nas ações de saúde, ensino e no

combate e erradicação da pobreza, tornou-se inafastável a sindicabilidade dos atos e omissões da Administração pelo Poder Judiciário, que conforme lição de Ricardo Lobo Torres (2010, p. 74), “deve visar à política pública e não a adjudicação individual de bens públicos, evitando-se assim as chamadas sentenças aditivas”.

Diante do que foi apresentado, realizou-se um estudo da decisão da Ministra Ellen Gracie, que na condição de Presidente do STF, em sede do pedido de STA nº 91/AL, no qual pela primeira vez o direito a saúde não foi considerado uma regra de prevalência absoluta, mas como princípio e como tal, relativo. Deste modo, o Poder Público não poderia ser obrigado a fornecer medicamentos que não estivessem relacionados no Programa de Medicamentos Excepcionais e de alto custo, em conformidade com a Lei nº 8.080/90 e pela Portaria nº 1.318 do Ministério da Saúde, respeitando neste sentido, as decisões distributivas e alocativas do Poder Executivo.

Embora, conforme se assentou em tópico anterior, a decisão não tenha feito referência literal à reserva do possível, reconheceu a natureza prestacional do direito à saúde, e como tal implicava em custos orçamentários, cujas condicionalidades deveriam ser respeitadas, buscando uma maior racionalidade entre custo e benefício.

O mérito da decisão reside no fato de que, embora não tenha conseguido reverter o posicionamento majoritário do Pretório Excelso, tornou-se paradigma para as decisões seguintes, que, repita-se, mesmo não adotando o entendimento esposado pela Ministra, conferiu qualidade aos argumentos, especialmente quando está em conflito direito à saúde e questões orçamentárias, merecendo as últimas, uma análise mais detalhada.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Gustavo. Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.) **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 95 -116.

BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças e à política fiscal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1964.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas. In: SARMENTO, Daniel. GALDINO, Flavio. (orgs.) **Direitos fundamentais: estudo em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.

BARROS, Luiz Celso de. **Direito financeiro**. 4 ed. São Paulo: Edipro, 1991.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos direitos**. 3 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Alexandre de Moraes. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

KRELL, Andreas Joachin. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os des(caminhos) de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

LOPES, Ana Maria D’Ávila. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2001.

LOPES, Ana Maria D’Ávila. Hierarquização dos direitos fundamentais? In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: RT. n.º. 34, p. 168 – 183, ano 2001.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas. In: **Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte**, ano 5, n. 18, p. 169 – 186, jul/set. 2007.

MOREIRA, Alinie da Matta. *As restrições em torno da reserva do possível*: uma análise crítica. Belo Horizonte: Forum, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8 ed. Porto Alegre: Livro do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 13 – 50.

SCAFF, Fernando Facury. **Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos**. Verba Juris: anuário da pós-graduação em direito. Ano 2005, v. 4, n. 4, pág. 79-104.

SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.) **Direitos fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 133 - 153.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**: os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia. v. III. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.) **Direitos**

**fundamentais:** orçamento e “reserva do possível”. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 63 – 78.

WANG, Daniek Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF.. In. SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais:** orçamento e “reserva do possível”. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 349 - 371.