

## DECISÕES JUDICIAIS E ORÇAMENTO: UM OLHAR SOBRE A SAÚDE PÚBLICA\*

*Judgments and budget: a look at the public health*

Fábio Ferreira Mazza\*\*  
Áquilas Nogueira Mendes\*\*\*

### RESUMO

O presente artigo tem por objetivo questionar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF), ao analisar os acórdãos que tratam do direito à saúde e orçamento público em 2011. Busca-se responder à seguinte questão: durante 2011, passados mais de 20 anos da promulgação da Constituição Federal de 1988 (que institucionalizou as regras orçamentárias em nosso país) e mais de 10 anos de vigência da Lei de Responsabilidade Fiscal, em que medida as decisões judiciais junto às prestações de serviços de saúde não observam as leis orçamentárias podendo, dessa forma, comprometer o orçamento em saúde e prejudicar a concretização da política de saúde universal planejada? Para a elaboração do artigo foram realizadas pesquisas bibliográfica e documental, com base na literatura referente ao direito fundamental social à saúde, no marco do Estado Democrático de Direito, bem como ao fenômeno da judicialização da saúde e da institucionalização das finanças públicas no país, a partir da Constituição de 1988. Também foram analisados acórdãos do STF do ano de 2011, identificados por meio de pesquisa jurisprudencial, no *site* do STF, com a utilização das palavras-chave “direito”; “saúde”; “orçamento”; e “art.196”. Este artigo chama a atenção para a forma como o STF vem decidindo sobre essas questões, além de apontar para a necessidade de mais discussão e de realização de um estudo de maior amplitude no campo do direito à saúde e orçamento público.

**Palavras-chave:** Judicialização; Orçamento; Poder Judiciário; Saúde; Supremo Tribunal Federal.

---

\* Este artigo é parte da dissertação defendida pelo autor Fábio Ferreira Mazza para obtenção do título de Mestre em Saúde Pública pela Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo, sob orientação do Professor Doutor Áquilas Nogueira Mendes.

\*\* Mestre em Saúde Pública, Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo; Especialista em Direito Sanitário, Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo; Especialista em Direito Público, Faculdade de Direito, Universidade Federal de Uberlândia. Advogado. São Paulo/SP – Brasil. *E-mail:* fabiofmazza@gmail.com

\*\*\* Professor Doutor; Livre-Docente de Economia da Saúde, Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo. São Paulo/SP – Brasil. *E-mail:* aquilasn@uol.com.br

Artigo recebido em: 10/09/2012. Revisado em: 02/01/2013. Aprovado em: 11/01/2013.

## **ABSTRACT**

This article aims to discuss the position of the Brazilian Supreme Court, by analyzing the judgments related to the right to health and public budget during 2011. It seeks to answer the following question: during the year 2011, after more than 20 years since the promulgation of the Brazilian 1988 Constitution (which established the budget rules in our country) and more than 10 years of the Brazilian Fiscal Responsibility Act, the extent to which judicial decisions with the provision of health services do not meet the budget laws and may thus jeopardize the health budget and the achievement of the planned universal health policy? To elaborate this paper was developed bibliographical and documental research based on the literature related to the fundamental social right to health, in the framework of the Rule of Law, as well as the literature related to the phenomenon of the judicialization of health and institutionalization of public finances in Brazil, after the 1988 Constitution. Supreme Court's decisions during the year of 2011 were also surveyed at the court's website, using the following keywords: "right", "health", "budget" and "art. 196". This article highlights the way Supreme Court has decided these issues and points to the need of more discussion and investigation about the right to health and public budget.

**Keywords:** Judicialization, Health, Budget, Judiciary, the Supreme Court.

## **Introdução**

A busca pela efetividade do direito à saúde, garantido constitucionalmente por meio do Poder Judiciário, é um assunto que sempre gerou muita discussão.

Muito embora a interferência do Poder Judiciário para concretizar certos direitos constitucionalmente garantidos, em específico o direito à saúde, seja perfeitamente coerente, muitas vezes o Judiciário não observa as políticas que envolvem o direito à saúde e não segue o planejamento orçamentário para que ocorra a responsabilidade na gestão fiscal conforme a exigência legal da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF).<sup>(1)</sup>

Se por um lado busca-se a satisfação do direito à saúde, do direito à vida garantido constitucionalmente, por outro, há que se falar em equilíbrio e respeito às normas orçamentárias, em especial, à LRF.

A consequência disso é que a possível não observação dessas normas por parte do STF em suas decisões, pode inviabilizar a sustentabilidade financeira da política de saúde, imprescindível para a concretização de tal direito.

---

<sup>1</sup> BRASIL. Lei nº 101, de 4 de maio de 2000. "Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências.". Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm)>. Acesso em: 11 jan. 2014.

O que apresentamos para o momento é uma análise do posicionamento do STF durante o ano de 2011 em suas decisões referentes à saúde nos acórdãos que tratam dessa questão. Cumpre salientar que o propósito deste artigo não é uma crítica aos resultados das decisões do STF e sim uma análise de como esta corte atuou no ano de 2011, no que se refere ao direito à saúde e orçamento público.

O artigo em questão serve como um alerta para que nos atentemos para a forma em que o STF recepcionou e poderá recepcionar, no futuro, temas dessa ordem.

Para tanto, o presente artigo está organizado em três tópicos: (i) contextualização da questão da judicialização da saúde e do processo orçamentário; (ii) teoria da reserva do possível; e (iii) o STF e o direito à saúde.

### **I. Contextualização da judicialização da saúde e do processo orçamentário**

A Constituição Federal de 1988, também conhecida como “Constituição Cidadã”, inaugura um novo cenário político no Brasil ao consolidar o Estado Democrático de Direito e definir políticas de proteção social, incluindo a saúde como um direito social de cidadania.<sup>(2)</sup>

A República Federativa do Brasil, além de ser um Estado Democrático de Direito, também apresenta alguns fundamentos, conforme descrito no artigo 1º do texto Constitucional,<sup>(3)</sup> sendo que a dignidade da pessoa humana é o ponto central, o núcleo essencial dos direitos fundamentais. É a partir desse princípio que os direitos fundamentais se irradiam, sendo que o Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, devem realizar os direitos fundamentais na maior extensão possível, tendo como limite mínimo o núcleo essencial destes direitos. O Estado constitucional de direito gravita em torno da dignidade da pessoa humana e da centralidade dos direitos fundamentais.<sup>(4)</sup>

Nesse sentido, os homens passaram da situação de sujeitos para a de cidadãos, através da introdução da democracia; não há cidadãos sem democracia. O cidadão não apareceu de um momento para o outro; foi por meio da gênese do modelo democrático que o indivíduo passou a ser o centro da sociedade.

---

<sup>2</sup> BAPTISTA, Tatiana Vargas de Faria et al. Responsabilidade do Estado e Direito à Saúde no Brasil: Um Balanço da Atuação dos Poderes. *Revista Ciência & Saúde coletiva*, São Paulo, v. 13, n. 3, p. 829-839, 2009.

<sup>3</sup> Art 1º. “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.”. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 11 jan. 2014.

<sup>4</sup> BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 875-903.

Assim, cada homem tem uma identidade, irredutível àquela que pertence aos outros, sendo que o direito deve reconhecê-la e protegê-la.<sup>(5)</sup>

Dessa forma, a consolidação constitucional de uma ampla gama de direitos, bem como a democratização no acesso à justiça – no que diz respeito à cidadania – estimularam uma extraordinária procura por soluções judiciais.<sup>(6)</sup>

Essa busca pela efetivação dos direitos garantidos constitucionalmente e não efetivados causa alguns problemas, por exemplo, o comprometimento do orçamento público em face das decisões judiciais na saúde e, até mesmo, a não efetivação das garantias dispostas no texto constitucional. O excesso de intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas, na tentativa de se efetivarem as garantias constitucionais do direito à saúde, acaba muitas vezes impedindo a realização prática do texto constitucional. Observa-se a concessão de direitos e garantias a alguns jurisdicionados em detrimento de outros que continuam dependentes das políticas universalistas implementadas pelo Poder Executivo.<sup>(7)</sup>

## 1. O direito fundamental social à saúde na Constituição Federal de 1988

Os direitos fundamentais e as noções de Constituição e Estado de Direito são indissociáveis. Na órbita dos direitos sociais, a Constituição Federal de 1988 afirmou a existência destes como sendo direitos fundamentais, constitucionalmente reconhecidos, dentre os quais se encontra o direito à saúde.

Nesse sentido, o direito à saúde, no que tange aos fundamentos e objetivos principais de nossa Constituição, não pode deixar de ser considerado um direito fundamental do indivíduo. Em nosso texto constitucional, a saúde está descrita no artigo 196<sup>(8)</sup> e está presente ainda em diversos outros artigos de nossa Carta Magna, como, por exemplo, no artigo 6º,<sup>(9)</sup> que disciplina a saúde como um direito social.

---

<sup>5</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral da cidadania. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 1-8.

<sup>6</sup> SADEK, Maria Tereza. Judiciário e Arena Pública: Um Olhar a Partir da Ciência Política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

<sup>7</sup> BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.*, p. 875-903.

<sup>8</sup> Art. 196. "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação." BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, cit.

<sup>9</sup> Art. 6º. "São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição." BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, cit.

Assim, “o direito à saúde passa a ser um direito que exige do Estado prestações positivas no sentido de garantia/efetividade do direito à saúde, sob pena de ineficácia de tal direito”.<sup>(10)</sup>

É importante ressaltar que os direitos fundamentais (dos quais a saúde faz parte) são universais, ainda que o princípio da universalidade não esteja explicitado diretamente em nosso texto constitucional. Ocorre que o princípio da universalidade se encontra vinculado ao princípio da igualdade – são princípios conexos.

A saúde, portanto, é um direito fundamental social de caráter universal. Nesse sentido, as políticas de saúde devem garantir de forma universal e igualitária o acesso às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação de todos, além de serem formuladas e executadas com ampla participação da comunidade, conforme explicitado nos artigos 196 e 198<sup>(11)</sup> da Constituição Federal.

Entretanto, muitas vezes as políticas de saúde não conseguem contemplar de forma universal e igualitária a todos, fazendo com que ocorra uma busca pelo Poder Judiciário no intuito de garantir a efetivação do direito à saúde. O Poder Judiciário, por sua vez, não pode deixar de apreciar as demandas judiciais que lhe são apresentadas, tendo que apresentar uma solução para cada caso em específico.<sup>(12)</sup>

Essa busca pela efetividade do direito à saúde por meio do Poder Judiciário exprime o exercício democrático de cidadania assegurado pela Constituição e permite a busca da efetividade dos direitos inerentes a ela.

O Poder Judiciário não pode deixar de tutelar direitos fundamentais, que dependem de sua atuação para serem efetivados, mas também não pode ser o centro de realização e implementação de políticas, promovendo os direitos de uns e causando grave lesão a direitos da mesma natureza de outros tantos.<sup>(13)</sup>

## 1.1 A saúde como direito individual e coletivo

Demonstrado ser a saúde um direito fundamental social, resta apontar uma questão não menos importante: o problema da exigibilidade individual e coletiva desse direito.

---

<sup>10</sup> KEINERT, Tânia Margarete Mezzomo. Direitos fundamentais, direito à saúde e papel do executivo, legislativo e judiciário: fundamentos de direito constitucional e administrativo. In: KEINERT, Tânia Margarete Mezzomo et. al., (Orgs.). *As ações judiciais no SUS e sua promoção do direito à saúde*. São Paulo: Instituto de Saúde, 2009. p. 91.

<sup>11</sup> Art. 198. “As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: (...) III - participação da comunidade.”. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, cit.

<sup>12</sup> Art. 5º, XXXV. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, cit.

<sup>13</sup> BARROSO, Luís Roberto. op. cit., p. 875-903.

Há quem questione a individualidade dos direitos sociais como argumento para se reduzirem as demandas judiciais, a chamada judicialização das políticas públicas. No entanto, não se trata de uma opção preferencial pela exigibilidade individual dos direitos sociais perante o Poder Judiciário, mas sim de se otimizar a proteção e a efetivação dos direitos constitucionalmente garantidos. Nesse sentido, a exigibilidade coletiva desses direitos através de uma tutela coletiva, alargando assim a proteção judicial e a própria efetividade dos direitos sociais para um número maior de pessoas seria o mais adequado.

Nesse sentido, *Dalmo Dallari*:

Outro ponto importante a ser considerado, na tomada de decisões políticas, é a conciliação entre as necessidades dos indivíduos e as da coletividade. Reconhecendo o indivíduo como o valor mais alto, em função do qual existem a sociedade e o Estado, pode parecer natural dar-se preferência, invariavelmente, às necessidades individuais. É preciso ter em conta, no entanto, que o indivíduo não existe isolado e que a coletividade é a soma dos indivíduos. Assim, não se há de anular o indivíduo dando precedência sistemática à coletividade, mas também será inadequada a preponderância automática do individual, pois ela poderá levar à satisfação de um indivíduo ou de apenas alguns, em detrimento das necessidades de muitos ou de quase todos, externadas sob a forma de interesse coletivo.<sup>(14)</sup>

Os direitos sociais são ao mesmo tempo individuais e coletivos, não podendo o individualismo ferir a coletividade e vice-versa. Os direitos sociais, na medida em que estão preocupados com o indivíduo como pessoa, se importam com a relação da pessoa e a comunidade. Portanto, nos direitos coletivos, o que se destaca é a ideia de grupo social, com a coletividade assumindo a titularidade de sujeito do direito fundamental. Dessa forma, os direitos sociais apresentam uma dualidade dimensional, são individuais e também coletivos, por protegerem bens jurídicos cuja incidência é simultaneamente individualizada e coletiva.

Entretanto, se conflitos houver entre direitos ou garantias fundamentais, deverá o judiciário utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, equilibrando os bens jurídicos conflitantes e evitando o prejuízo de uns em relação aos outros; reduzindo assim a proporção do alcance de cada qual, buscando o verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade principal.<sup>(15)</sup>

No caso da saúde, o STF convocou em março de 2009 a realização de uma audiência pública para esclarecer questões presentes nas decisões judiciais que envolvessem esse assunto. Nessa audiência, foi chamada a atenção para

---

<sup>14</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 131.

<sup>15</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

a amplitude e importância do tema, visto que toda sociedade, de certa forma, é afetada pelas decisões que buscam a efetividade do direito à saúde. No contexto brasileiro, com o aumento da expectativa de vida, expansão dos recursos terapêuticos, multiplicação das doenças e recursos escassos, as discussões que envolvem a saúde representam um dos principais desafios à efetividade dos direitos fundamentais.<sup>(16)</sup>

Na argumentação desenvolvida pelo STF em diversos julgados,<sup>(17)</sup> percebe-se a coexistência tanto individual quanto coletiva do direito à saúde, a depender da relação jurídica em questão. Quanto a sua dimensão individual, a proteção da saúde não pode ser aplicada a todos sem qualquer distinção. É preciso que se faça a observação das necessidades individuais e das peculiaridades do caso concreto. Nessa situação, a saúde deve ser relacionada às características (físicas, psicológicas e genéticas) de cada indivíduo e ao ambiente (social, político ou econômico) em que ele está inserido. Mas, além dessa perspectiva, deve ser considerada outra que convive com aquela e guarda relação com o princípio isonômico: a perspectiva comunitária desse direito.<sup>(18)</sup>

O desafio de harmonizar essas duas perspectivas, sem que ocorra a supressão de alguma delas, diz respeito ao perigo de que o exercício individual possa acarretar dano ou impossibilitar o exercício coletivo. Assim, o juiz do Estado Democrático de Direito tem o dever de identificar, conforme cada caso, onde se encontra o abuso por um dos que reivindicam para si o exercício de um direito.<sup>(19)</sup>

O STF ainda tem entendido, em grande parte de seus julgados, que o direito à saúde é um direito individual e que pode ser gozado diretamente por cada indivíduo.

No entanto, aceitar que somente uma única pessoa ou um determinado grupo tenha direito à saúde pelo fato de tê-lo alcançado por vias jurídicas (determinando assim que o Estado despenda milhões de reais em seu tratamento), não implementa o direito social à saúde conforme descrito na Constituição.

Ao contrário, agindo assim atribui-se o requerido direito somente aos que tiveram acesso ao Poder Judiciário e àquela decisão. Nesse caso, confunde-se o sentido de direito social, tratando-o somente de forma individual ou coletiva, e

---

<sup>16</sup> MORAES, Polyana Santana. Direito à saúde: o problema da eficácia das normas constitucionais e da exigibilidade judicial dos direitos sociais. *Caderno Virtual*, Instituto Brasileiro de Direito Público, São Paulo, v. 24, n. 1, jul./dez. 2011.

<sup>17</sup> "Cf., em caráter ilustrativo, a decisão na suspensão de tutela antecipada 268-9, Rio Grande do Sul, Rel. Min. Gilmar Mendes, proferida em 22.10.2008, orientação recentemente confirmada em outros julgados, tais como se verifica no caso da decisão monocrática proferida pelo Presidente do STF, Min. Gilmar Mendes, na STA nº 175, 18.09.2009" (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. 2. tir. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2010. p. 215).

<sup>18</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit.

<sup>19</sup> MORAES, Polyana Santana. op. cit.

não pelo conjunto dos cidadãos que dele necessitem; “aprisiona-se o interesse social e concede-se realce ao direito individual”.<sup>(20)</sup>

## 1.2 O campo das finanças públicas e a judicialização da saúde

As leis orçamentárias são normas que condicionam o planejamento estatal como um todo, determinando despesas e receitas necessárias ao funcionamento do Estado e também a promoção de direitos que acabam por envolver as mais diversas formas de política pública.<sup>(21)</sup>

O orçamento público, classicamente, sempre foi tido como um documento contábil que continha a previsão e a autorização das receitas e despesas, respectivamente, a serem realizadas pelo Estado; o objetivo de uma forma geral era manter o equilíbrio financeiro e evitar a expansão dos gastos. Após o surgimento do **Estado de bem-estar social**,<sup>(22)</sup> esse caráter de neutralidade foi abandonado pelo orçamento público, que se tornou um instrumento da administração pública com o objetivo de auxiliar o Estado nas várias etapas do processo administrativo: programação, execução e controle. É importante frisar que a concepção moderna de orçamento está intrinsecamente relacionada à noção de políticas públicas, pois é a partir do estado social que, por meio das políticas públicas e orçamento, surge a intervenção positiva do poder público na ordem socioeconômica.<sup>(23)</sup>

No Brasil, o marco normativo do orçamento público encontra-se originalmente na Lei nº 4.320/64,<sup>(24)</sup> editada como lei ordinária e recepcionada pela Constituição Federal de 1988 (CF/88) como lei complementar, não podendo, portanto, ser alterada por lei ordinária ou medida provisória. Ocorre que somente após a CF/88 é que a estrutura orçamentária adquiriu sua plenitude, por meio do processo de reforma do Estado Brasileiro que marcou a década de 1990, em especial a série de inovações introduzidas no planejamento e orçamento público, que acabaram por contribuir para a cumplicidade entre o processo orçamentário e o planejamento.

---

<sup>20</sup> SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livr. Advogado, 2010. p. 146.

<sup>21</sup> VASCONCELOS, Natália Pires de. *O Supremo Tribunal Federal e o orçamento: uma análise do controle concentrado de leis orçamentárias*. Monografia – (Conclusão de Curso) - Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2010. p. 6 e ss.

<sup>22</sup> O estado de bem-estar social substituiu o antigo paradigma do estado liberal, especialmente a partir da Constituição Alemã de 1919, conhecida como *Constituição de Weimar*, nascendo com ele as obrigações ou prestações positivas para o Estado.

<sup>23</sup> MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, v. 5, n. 18, p. 169-170, jul./set. 2007.

<sup>24</sup> BRASIL. Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964. “Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.”. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L4320.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4320.htm)>. Acesso em: 11 jan. 2014.

Nesse sentido, o orçamento é peça chave ao Estado. Nele restam concretizadas, em números, as escolhas políticas que pretendem a consecução da vontade popular, ao atendimento às diversas necessidades sociais, com a finalidade de promover os objetivos de uma Constituição vasta e minuciosa.<sup>(25)</sup>

O processo e organização orçamentários como um todo, entre outras coisas, importa na concretização dos interesses sociais, políticos e econômicos, individuais ou coletivos. Nesse aspecto, a elaboração e previsão orçamentárias podem ser consideradas mais do que mera relação de receitas e despesas, pois se determinam as prioridades e as necessidades públicas a serem supridas ou suprimidas.

A lógica de trabalhar com os recursos de forma planejada ocorre desde a CF/88, que em seu artigo 165 estabeleceu um sistema coordenado por três normas jurídicas: o Plano Plurianual (PPA),<sup>(26)</sup> a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO)<sup>(27)</sup> e a Lei Orçamentária Anual (LOA).<sup>(28)</sup> Posteriormente, com o advento da LRF, foram reforçadas as atribuições e conexões entre esses instrumentos já trazidos pela CF/88, sendo que a LRF estabeleceu especificamente o conteúdo da LDO e obrigou a interação dos instrumentos de planejamento e orçamento – PPA, LDO e LOA.

Essas normas são verdadeiros instrumentos preventivos e aplicadores de políticas públicas, pois agem definindo e quantificando ações administrativas, metas e prioridades a serem realizadas; e também por servirem de parâmetro no controle da gestão pública em relação ao planejamento traçado e às prioridades definidas.

Acerca do PPA, podemos dizer que é um instrumento elaborado no primeiro ano do exercício para os quatro anos do mandato, ou seja, terá vigência para os três últimos anos de mandato do governo que o elaborou e também para o

---

<sup>25</sup> VASCONCELOS, Natália Pires de. op. cit., p. 6 e ss.

<sup>26</sup> “É o planejamento das ações do governo para um período de quatro anos. Deve ser enviado pelo Executivo ao Congresso até o dia 31 de agosto. O PPA é encaminhado pelo presidente da República no primeiro ano do governo e corresponde ao período que vai do segundo ano de sua administração até o primeiro ano do mandato de seu sucessor.” SENADO FEDERAL. Portal de Notícias. Glossário Legislativo. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/glossario-legislativo/plano-plurianual-ppa>>. Acesso em: 11 jan. 2014.

<sup>27</sup> “Estabelece diretrizes para a confecção da Lei Orçamentária Anual (LOA), contendo metas e prioridades do governo federal, despesas de capital para o exercício financeiro seguinte, alterações na legislação tributária e política de aplicação nas agências financeiras de fomento. Também fixa limites para os orçamentos do Legislativo, Judiciário e Ministério Público e dispõe sobre gastos com pessoal e política fiscal, entre outros temas. Tem que ser enviada pelo Executivo ao Congresso até 15 de abril e aprovada pelo Legislativo até 30 de junho. Se não for aprovada nesse período, o Congresso não pode ter recesso em julho.” SENADO FEDERAL. Portal de Notícias. Glossário Legislativo. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/glossario-legislativo/lei-de-diretrizes-orcamentarias-ldo>>. Acesso em: 11 jan. 2014.

<sup>28</sup> “É o orçamento anual enviado pelo Executivo ao Congresso que estima a receita e fixa a despesa do exercício financeiro, ou seja, aponta como o governo vai arrecadar e gastar os recursos públicos. Contém os orçamentos fiscal, da seguridade social e de investimento das estatais. O projeto de lei que trata do orçamento anual deve ser enviado pelo Executivo ao Congresso até o dia 31 de agosto. Pode ser aprovado até dezembro, mas essa prática não é obrigatória.” SENADO FEDERAL. Portal de Notícias. Glossário Legislativo. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/glossario-legislativo/lei-orcamentaria-anual-loa>>. Acesso em: 11 jan. 2014.

primeiro ano do próximo governo. É o principal documento legislativo em matéria de planejamento da ação governamental, estabelecendo as diretrizes, os objetivos e as metas da administração pública para as despesas de capital e outras delas decorrentes, bem como as despesas relativas aos programas de ação continuada. É a verdadeira síntese do planejamento e serve de orientação aos demais planos, aos programas de governo, e ainda orienta o orçamento anual.<sup>(29)</sup> É o que nos ensina *José Maurício Conti*, ao dizer que:

O PPA direciona-se às despesas de relevância no longo prazo e são importantes (sic) para definir os rumos da administração pública no futuro. Baliza os planos e programas nacionais, regionais e setoriais, exercendo papel fundamental no planejamento das políticas públicas que visem reduzir as desigualdades sociais e regionais, em cumprimento a um dos objetivos fundamentais previstos no artigo 3º da CF/88.<sup>(30)</sup>

Sobre a LDO, *Leni Lucia Leal Nobre* afirma que trata-se do “instrumento intermediário entre o PPA e a LOA. A LDO subsidia a Lei do Orçamento Anual – LOA que, como um plano de trabalho, expressa o conjunto de ações a serem realizadas e a indicação dos recursos correspondentes para a sua execução”.<sup>(31)</sup>

Ainda, com base na previsão da arrecadação, a LDO estabelece as metas, as prioridades de gastos, as normas e os parâmetros que vão orientar a elaboração da LOA para o exercício seguinte. Obrigatoriamente a LDO deve conter os anexos de metas e riscos fiscais, além de vir acompanhada também de anexo que contenha os objetivos das políticas monetária, creditícia e cambial, bem como as metas de inflação, sendo tais informações imprescindíveis para adequar a execução orçamentária ao que foi estabelecido na lei orçamentária anual.

Por fim e não menos importante, a LOA possui um fundamental papel no planejamento da ação governamental. É por meio da LOA que se cria um mecanismo que obriga o administrador público a prever com antecedência o que pretende realizar, uma vez que os orçamentos ficam vinculados ao planejamento das atividades governamentais e se consubstanciam em um documento. Assim, a destinação dos recursos passa a ser autorizada tão somente para o cumprimento dos objetivos pretendidos, tornando o planejamento inevitável.<sup>(32)</sup>

Deve-se observar a lógica sequencial exigida para a construção desses instrumentos: em primeiro, o PPA; em seguida, a LDO; sendo por último a LOA. Todos eles (PPA, LDO e LOA) devem ser precedidos do Plano de Governo, em

---

<sup>29</sup> NOBRE, Leni Lucia Leal. *Análise dos Julgamentos do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará: um olhar sobre a prestação de contas dos sistemas municipais de saúde*. Tese de Doutorado em Saúde Pública. Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2010, p. 61.

<sup>30</sup> CONTI, José Maurício. Planejamento e responsabilidade fiscal. In: SCAFF, Fernando F.; CONTI, José Maurício (Cords.). *Lei de Responsabilidade Fiscal: 10 anos de vigência – questões atuais*. São José (SC): Conceito Editorial – IBDF, 2010. p. 45.

<sup>31</sup> NOBRE, Leni Lucia Leal. op. cit., p. 62.

<sup>32</sup> CONTI, José Maurício. op. cit., p. 47-48.

que estão dispostas as diretrizes do governo eleito.<sup>(33)</sup> Nesse sistema, deverá haver harmonia entre os planos e programas governamentais e o PPA, conforme artigo 165, parágrafo 4º da CF/88, e a LDO deverá estar em harmonia com o PPA, de acordo com o artigo 166, parágrafo 4º da CF/88.<sup>(34)</sup>

Em relação à Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), esta também deve ser observada pelo Poder Judiciário quando da tomada de suas decisões. A LRF, dentre seus princípios, estabelece o princípio do equilíbrio entre receitas e despesas, traduzido em equilíbrio das contas públicas, além da necessidade de correlação entre receita e despesas na lei de diretrizes orçamentárias.

A Lei nº 4.320/64, legislação com *status* de lei complementar que regulamenta a elaboração do orçamento público, já mencionava o equilíbrio entre despesa e receita. Porém, essa norma possui um conteúdo diferente ao da LRF ao estabelecer o equilíbrio como meta, na medida em que tal fosse possível, diferentemente do conteúdo vinculante da disposição na LRF e cujo descumprimento implica em sanção de natureza penal e institucional.

Ainda, a LRF especifica regras das já existentes leis orçamentárias (PPA, LDO e LOA) limitando dessa forma a liberdade de utilização de verbas orçamentárias e fazendo com que o gestor considere as prioridades impostas, engessando assim as possibilidades de atuação deste diante das demandas que são apresentadas por meio de ordens judiciais, conforme preveem os artigos 16 e 17 da LRF.

Assim, as inovações orçamentárias trazidas a partir da década de 1990 permitiram maior cumplicidade entre o planejamento e o processo orçamentário. A Constituição Federal de 1988 instituiu o PPA, a LDO e a LOA, instrumentos que, juntamente com a LRF, devem ser observados pelos governantes no tocante à realização de políticas públicas, uma vez que estes devem elaborar um planejamento orçamentário para a concretização de tais políticas.

Na área da saúde não poderia ser diferente, conforme nos ensina *Áquilas Mendes*:

o gasto em saúde deve estar ligado ao planejamento, como um instrumento que baliza o orçamento. Se o gasto é caracterizado por um dispêndio de recursos, representado por uma saída de recursos financeiros, esse só pode ser viabilizado se estiver em acordo com o que foi planejado e orçado. É importante assinalar que nenhum gasto deverá ser realizado sem que haja disponibilidade de recursos orçamentários e financeiros. Para tanto, é importante que se resgate o planejamento como primeira função da gestão orçamentário-financeira.<sup>(35)</sup>

---

<sup>33</sup> MENDES, Áquilas. A busca da cumplicidade entre o planejamento e o processo orçamentário na saúde paulistana. In: MENDES Áquilas; SOUZA, Maria de Fátima de (Orgs.). *Tempos radicais da saúde em São Paulo: a construção do SUS na maior cidade brasileira*. São Paulo: Hucitec, 2003. p. 116-117.

<sup>34</sup> MÂNICA, Fernando Borges. op. cit., p. 171.

<sup>35</sup> MENDES, Áquilas. op. cit., p. 115.

A possibilidade de se efetuarem gastos em saúde sem antes haver uma relação com o seu programa é inexistente; a LRF obriga a interação dos instrumentos de planejamento e orçamento – PPA, LDO e LOA, que são leis e determinam financeiramente, através da alocação de recursos públicos, as ações prioritárias para o atendimento das demandas da sociedade.<sup>(36)</sup>

Corroborando com esse entendimento *Regis Oliveira*, para quem: “há que se ponderar que os recursos são finitos, devendo haver uma escolha política do executor e do legislador na fixação de prioridades”.<sup>(37)</sup>

Ainda nesse sentido, *Ingo Sarlet* afirma, em relação aos “direitos sociais a prestações”:

seu custo assume especial relevância no âmbito de sua eficácia e efetivação, significando, pelo menos para significativa parcela da doutrina, que a efetiva realização das prestações reclamadas não é possível sem que se despenda algum recurso, dependendo, em última análise, da conjuntura econômica, já que aqui está em causa a possibilidade de os órgãos jurisdicionais imporem ao poder público a satisfação das prestações reclamadas.<sup>(38)</sup>

Ocorre que os juízes não observam e não consideram, muitas vezes, as políticas que envolvem o direito à saúde. Ficam restritos somente a uma leitura do ordenamento jurídico sem observarem o planejamento orçamentário, conforme estabelece a exigência legal da LRF, inviabilizando dessa forma a sustentabilidade financeira da política de saúde; devido à incompatibilidade entre a decisão do Poder Judiciário e o campo normativo das finanças públicas – exigência a ser cumprida pelo Poder Executivo.

Nota-se que, mesmo a decisão judicial sendo direcionada à concretização do direito fundamental social à saúde, ela não considera a complexidade dos critérios normativos legais e a possibilidade da execução por meio dos recursos alocados no orçamento. Dessa forma, o administrador público fica vinculado ao ordenamento orçamentário, passivo de ser punido conforme tipificado na Lei de Crimes Fiscais, caso ocorra a ordenação de despesas não previstas em lei. Poderá ser punido ainda por crime de responsabilidade fiscal (Leis nº 1.079/50<sup>(39)</sup> e 10.028/00),<sup>(40)</sup> por

<sup>36</sup> MENDES, Áquilas. op. cit., p. 109-122.

<sup>37</sup> OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 479.

<sup>38</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 285.

<sup>39</sup> BRASIL. Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950. “Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento.”. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L1079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1079.htm)>. Acesso em: 11 jan. 2014.

<sup>40</sup> BRASIL. Lei nº 10.028, de 19 de outubro de 2000. “Altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, a Lei no 1.079, de 10 de abril de 1950, e o Decreto-Lei no 201, de 27 de fevereiro de 1967.”. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L10028.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L10028.htm)>. Acesso em: 11 jan. 2014.

infringir dispositivo orçamentário ao realizar despesa não prevista ou em montante superior ao previsto no orçamento.<sup>(41)</sup>

As decisões ou liminares judiciais podem levar o administrador público a estar entre o desacato de uma decisão judicial e o cometimento de crime de responsabilidade ou crime contra a administração pública.<sup>(42)</sup>

É importante mencionar ainda, que ocorrem impactos orçamentários gerados com a realocação de recursos para que as decisões judiciais sejam cumpridas, prejudicando assim quem se beneficiaria desses recursos e também as políticas públicas da pasta saúde; e, até mesmo, de outras pastas.

Outrossim, essa bilateralidade de efeitos jurisdicionais, em que se ganha por um lado e se perde por outro, advém do fato de que são escassos os recursos e muitas são as necessidades.<sup>(43)</sup> O Poder Judiciário deve basear-se em alguns parâmetros e na exata noção das consequências de suas decisões, tendo em vista que, de uma forma ou outra, suas decisões implicarão no orçamento público, causando impacto, exigindo realocação forçada de recursos e prejudicando quem se beneficiaria originalmente destes recursos do Estado.

Para exemplificar, *Ana Carla Bliacheriene e Guilherme Mendes* nos dizem:

houve uma explosão de questionamentos sociais que se manifestaram pela via judicial, inclusive os relativos à saúde, sem que houvesse institucionalizado os instrumentos orçamentários adequados ao seu atendimento. Na prática, muitos municípios do país não se veem em condições de atender às demandas judiciais sem causar sérios prejuízos ao fornecimento de atenção básica a todo o resto da população.

(...)

A frase preocupante que já tivemos a oportunidade de ouvir de juízes, em situações distintas ao tratar do tema, “dane-se o orçamento”, demonstra o rumo de subdesenvolvimento e falta de seriedade que o judiciário pode imprimir às contas públicas, sem as devidas alterações estruturais, se houver uma imposição de despesas em grande escala no setor da saúde ou qualquer outro setor que contenha demandas sociais reprimidas.<sup>(44)</sup>

---

<sup>41</sup> RIBEIRO, Renato Jorge Brown; CASTRO, Róbison Gonçalves de. O direito à saúde e o orçamento público: a busca de um equilíbrio estável. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (Org.). *Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 16-26.

<sup>42</sup> Id. *Ibid.*

<sup>43</sup> SABINO, Marco Antonio da Costa. Quando o Judiciário ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais: o caso da saúde. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011. p. 353-386.

<sup>44</sup> BLIACHERIENE, Ana Carla; MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos. Lei de Responsabilidade Fiscal e os limites da vinculação e da discricionariedade da execução da dotação orçamentária: o impacto das liminares judiciais relativas à saúde para o orçamento dos municípios. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (Orgs.). *Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 20-25.

O excerto acima demonstra bem a maneira com que os tribunais colocam-se perante as questões relativas ao direito à saúde. O Poder Judiciário, em sua vontade de cumprir integralmente as normas dispostas na CF/88, acaba por implementar diretamente o direito à saúde conforme previsto no artigo 196 da Constituição, fazendo de forma individual o que deveria ser feito por políticas públicas.

Outros julgados<sup>(45)</sup> também seguem esse raciocínio, acreditando que as questões relativas às finanças públicas são irrelevantes. O Poder Judiciário esquece de que os recursos são finitos e de que a sociedade é quem paga por tais recursos, por meio da carga tributária.

A proteção e garantia dos direitos sociais necessitam de recursos para que sejam efetivadas. Diante da escassez de recursos orçamentários e da impossibilidade de efetivação de todos os direitos sociais fundamentais ao mesmo tempo, como forma de restringir a intervenção do Poder Judiciário em caráter absoluto, um argumento é invocado: a reserva do possível.<sup>(46)</sup>

## II. A teoria da reserva do possível

O Estado possui muitas atribuições positivas, sendo necessário planejar os gastos e condicioná-los a recursos obtidos direta ou indiretamente da população.

A política pública, ao condicionar os recursos que são escassos, acaba por determinar que se façam escolhas trágicas quanto a sua aplicação, programas e prioridades, gerando assim certo distanciamento muitas vezes conflituoso, entre a sociedade e os objetivos constitucionais.

A reserva do possível foi uma prática jurídica alemã importada e perfeitamente adequada à realidade brasileira a partir da década de 1990, sendo invocada como um limite fático e intransponível diante de uma alegada escassez de recursos.<sup>(47)</sup>

A limitação de recursos públicos no Brasil é um fato a ser considerado, sendo exagerado defender a ideia de que o Estado possa conceder para qualquer pessoa toda e qualquer prestação na área da saúde, situação que não existe nem mesmo em países de melhor condição econômica. O direito à saúde deve ser garantido através de políticas públicas que assegurem o acesso universal e igualitário aos seus serviços e ações, conforme disposto no artigo 196 da Constituição, observados critérios racionais de aplicação.<sup>(48)</sup>

Ao tratar de tema semelhante, uma importante reflexão é trazida por *Daniel Wang*, ao dizer que:

---

<sup>45</sup> STJ: AgReg na MC 11.805/RJ e RMS 23.184/RS.

<sup>46</sup> MÂNICA, Fernando Borges. op. cit., p. 179.

<sup>47</sup> OLSEN apud MORAES, Polyana Santana. op. cit., p. 29.

<sup>48</sup> LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2010.

Argumentar o contrário seria defender que o sistema público de saúde no Brasil pode dispor para todos os seus cidadãos todos os melhores tratamentos para todos os problemas de saúde existentes, o que é irreal até mesmo para os países mais desenvolvidos. Apenas a título de exemplo, Fabíola Vieira e Octávio Ferraz calcularam que se o sistema público de saúde oferecesse os tratamentos mais recentes disponíveis no mercado para todos os portadores de hepatite viral crônica C e artrite reumatoide, que juntamente atingem 1% da população, isso teria como custo R\$ 99,5 bilhões, o que seria superior ao gasto total de todas as esferas de governo com o conjunto de ações e serviços de saúde.<sup>(49)</sup>

Nesse sentido, *Fernando Scaff*<sup>(50)</sup> nos ensina que a lei orçamentária é quem determina como serão feitos os gastos públicos, inclusive no que diz respeito aos direitos sociais, portanto, não adianta falar em direitos sem considerar os recursos financeiros do Estado para realizá-los.

A reserva do possível, quando trazida como insuficiência de recursos, deve ser entendida no sentido de que as necessidades são ilimitadas e os recursos escassos, havendo de ser observada na formulação de políticas públicas e em decisões judiciais.

De outro lado, sua interpretação também tem sido no sentido de limitar a efetivação de direitos sociais diante da incapacidade jurídica do Estado em dispor de recursos para a efetivação do direito. Se não há previsão orçamentária específica, a intervenção judicial fica comprometida. Mas esse último entendimento não prospera na jurisprudência dos tribunais, os quais já chegaram inclusive a bloquear recursos públicos em face do descumprimento de ordem judicial anterior, que determinava o fornecimento de medicamentos.<sup>(51)</sup>

Assim, a reserva do possível deve ser entendida sob o prisma da razoabilidade da reivindicação de efetivação de um direito social, ou seja, as pretensões devem ser analisadas pelo Poder Judiciário mediante a ponderação de bens, com base no critério da proporcionalidade.<sup>(52)</sup>

Nesse sentido, aduz *Fernando Mânica*:

Nesse processo de ponderação, a racionalidade econômica – traduzida como limitação de recursos e de capacidade de disposição dos mesmos – incorpora-se à racionalidade do juiz,

---

<sup>49</sup> WANG, Daniel Wei Liang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. (Resenha). *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 308-318, mar./jul. 2009.

<sup>50</sup> SCAFF, Fernando F. Os direitos sociais na Constituição Brasileira. In: SCAFF, Fernando F.; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel (Coords.). *A eficácia dos direitos sociais*. São Paulo: Quarter Latin, 2010. p. 22 e ss.

<sup>51</sup> STJ, Resp n. 874.630/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 21.09.06.

<sup>52</sup> MÂNICA, Fernando Borges. op. cit., p. 182 e ss.

de modo a compor mais um elemento para determinação da proporcionalidade. Desse modo a ponderação deve levar em conta o pressuposto econômico de que as necessidades são limitadas e de que os recursos são escassos e a preocupação acerca do impacto econômico e social das decisões.<sup>(53)</sup>

Significa então que de um lado temos o reconhecimento da inexistência de supremacia absoluta dos direitos fundamentais e, de outro, a inexistência efetiva de recursos e ausência de previsão orçamentária, sendo que estes últimos são elementos não absolutos a serem levados em conta no processo de ponderação por meio do qual a decisão judicial tomará forma. Dessa forma o custo para a efetivação de um direito fundamental não pode servir de obstáculo intransponível para sua efetivação, mas deve ser levado em conta no processo de ponderação, assim como a natureza de providência judicial almejada, principalmente no que se refere a sua necessidade, adequação e proporcionalidade específica para proteção do direito invocado.<sup>(54)</sup>

Há portanto a real importância de haver um planejamento orçamentário antes de se iniciar qualquer política pública de saúde. Nesse contexto, os “imprevistos” causados pelas decisões judiciais colocam em risco todo o planejamento orçamentário já definido para a realização das políticas de saúde, além de inviabilizarem a realização destas. Ainda sobre esse tema, diz-nos *Daniel Wang*:

Além do mais, é preciso olhar não só para quem ganha, mas também para quem perde com determinada forma de alocar recursos. Luiz Roberto Barradas Barata, então Secretário de Saúde do Estado de São Paulo em 2005, afirmou que a geração de gastos não previstos no orçamento, pelo Poder Judiciário, obrigava-o a, entre outras coisas, deixar de incrementar o Programa de Saúde da Família, uma política voltada para atenção básica da população mais carente. Ainda que essa afirmação seja de difícil comprovação, não é irrazoável afirmar que a grande quantidade de recursos da saúde gasta para cumprir as decisões judiciais não pode ser alocada sem afetar outras políticas de saúde que, por sua vez, também protegem o que seria o mínimo existencial de outros cidadãos.<sup>(55)</sup>

A aplicação da reserva do possível parece ser justa e necessária diante das decisões judiciais que não observam e não respeitam a Lei de Responsabilidade Fiscal. Entretanto, há que se observar um equilíbrio e racionalidade, a partir da adequada aplicação da teoria da reserva do possível.

---

<sup>53</sup> MÂNICA, Fernando Borges. op. cit., p. 182 e ss.

<sup>54</sup> Id. Ibid.

<sup>55</sup> WANG, Daniel Wei Liang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações, cit., p. 308-318.

### III. O STF e o direito à saúde

No ano de 2008, foi publicado um interessante artigo<sup>(56)</sup> que trata da escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. O autor se preocupou em estudar as decisões judiciais do STF entre os anos de 2000 a 2007, procurando descobrir em que tipo de matéria esses temas são comumente debatidos e também como o tribunal trata essas questões em sua jurisprudência e os critérios utilizados em suas análises. O autor ocupou-se também em examinar se a análise jurídica dos ministros leva em consideração preocupações relativas às consequências econômicas e distributivas das decisões.

Dentre os resultados alcançados pelo autor no campo do direito à saúde, podemos destacar dois momentos do STF: antes e após o julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada 91 (STA 91).<sup>(57)</sup> Até o julgamento, as questões orçamentárias raramente eram abordadas nas decisões e, quando apareciam eram tratadas de forma superficial, além de a consequência econômica não ser um elemento importante na análise jurídica dos ministros; dando assim a entender que o direito à saúde não tem em seus custos e na limitação de recursos do Estado um limite fático à sua plena concretização.

Após o julgamento da STA 91, segundo o autor, as decisões parecem superar as anteriores em termos da melhora da qualidade na argumentação, questões sobre políticas públicas e reflexões sobre as consequências econômicas das decisões parecem ter um esboço maior nas decisões. No entanto, ainda não se tem muito claro em quais critérios objetivos esses elementos serão analisados e qual o peso que eles terão em cada caso.

Em alguns casos, o STF tem decidido no sentido de não considerar ingerência do Judiciário na esfera da administração a imposição judicial ao Executivo de que este satisfaça, nos termos determinados pelo tribunal, um direito social previsto na Constituição, a requerimento de qualquer cidadão, pois, diante de um direito consagrado pela Constituição e explicitado por norma infraconstitucional, é dever do Judiciário torná-lo realidade, ainda que ocorra obrigação de fazer com repercussão na esfera orçamentária. Porém, ao se falar em orçamento, e sendo este aprovado por uma lei do orçamento (do Poder Legislativo), o ato de um juiz que se proponha a alterar essa lei modificando a afetação das receitas, ou que determine ao Executivo o dever de alterar esta lei para cumprir determinada sentença, acaba por carecer de legitimidade no campo orçamentário, pois não é função do judiciário legislar e determinar como se devem aplicar os recursos financeiros. O Poder Judiciário e o Poder Executivo não podem usurpar competência reservada do Poder Legislativo.

---

<sup>56</sup> WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 539-568, jul./dez. 2008.

<sup>57</sup> Julgada em fevereiro de 2007 pela ministra Ellen Gracie, essa foi a primeira decisão determinando a não obrigatoriedade do Estado em fornecer o medicamento pedido.

Feitas tais considerações, passemos a analisar dois recentes acórdãos do STF, do ano de 2011.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO À SAÚDE (ART. 196, CF). FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SOLIDARIEDADE PASSIVA ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS. CHAMAMENTO AO PROCESSO. DESLOCAMENTO DO FEITO PARA JUSTIÇA FEDERAL. MEDIDA PROTETÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. 1. O Artigo 196 Da Cf Impõe O Dever Estatal De Implementação Das Políticas Públicas, No Sentido De Conferir Efetividade Ao Acesso Da População À Redução Dos Riscos De Doenças E Às Medidas Necessárias Para Proteção E Recuperação Dos Cidadãos. 2. O Estado Deve Criar Meios Para Prover Serviços Médico-Hospitalares E Fornecimento De Medicamentos, Além Da Implementação De Políticas Públicas Preventivas, Mercê De Os Entes Federativos Garantirem Recursos Em Seus Orçamentos Para Implementação Das Mesmas (Arts. 23, li, E 198, § 1º, Da Cf). 3. O Recebimento De Medicamentos Pelo Estado É Direito Fundamental, Podendo O Requerente Pleiteá-Lo De Qualquer Um Dos Entes Federativos, Desde Que Demonstrada Sua Necessidade E A Impossibilidade De Custeá-Lo Com Recursos Próprios. Isto Por Que, Uma Vez Satisfeitos Tais Requisitos, O Ente Federativo Deve Se Pautar No Espírito De Solidariedade Para Conferir Efetividade Ao Direito Garantido Pela Constituição, E Não Criar Entraves Jurídicos Para Postergar A Devida Prestação Jurisdicional. 4. In Casu, O Chamamento Ao Processo Da União Pelo Estado De Santa Catarina Revela-Se Medida Meramente Protetória Que Não Traz Nenhuma Utilidade Ao Processo, Além De Atrasar A Resolução Do Feito, Revelando-Se Meio Inconstitucional Para Evitar O Acesso Aos Remédios Necessários Para O Restabelecimento Da Saúde Da Recorrida. 5. Agravo Regimental No Recurso Extraordinário Desprovido. Decisão: A Turma Negou Provimento Ao Agravo Regimental No Recurso Extraordinário, Nos Termos Do Voto Do Relator. Unâmine. Presidência Da Senhora Ministra Cármen Lúcia. 1ª Turma, 31.5.2011. (RE 607381 AgR / SC - SANTA CATARINA - AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Relator: Luiz Fux, Julgamento: 31/05/2011)

Discute-se no caso em questão a constitucionalidade do indeferimento, por juízo da Justiça Federal, do chamamento ao processo da União para figurar no polo passivo da ação que busca o fornecimento de medicamento à paciente.

A corte negou provimento ao recurso, entendendo que é dever do Estado fornecer os medicamentos, não havendo que se falar em solidariedade quanto ao fornecimento. Entendeu também que o presente recurso visava apenas ser protetório. O tribunal ainda aduz que a intenção do artigo 196 da Constituição é garantir a efetividade ao direito à saúde, de forma a orientar os gestores públicos na implementação de medidas que facilitem o acesso a quem necessite da tutela estatal à prestação aos serviços médico-hospitalares e fornecimento de medicamentos,

além de políticas públicas para prevenção de doenças, principalmente quando o tutelado for pessoa hipossuficiente, que não possui meios financeiros para custear o próprio tratamento. Ainda, entende a corte que a Constituição impõe aos entes federativos a solidariedade na prestação dos serviços na área da saúde, além da garantia de orçamento para a efetivação destes serviços.

O caso em tela é um claro exemplo de comprometimento do orçamento. Os entes federativos devem ser solidários na prestação dos serviços na área da saúde, por que então exigir somente do Estado de Santa Catarina o ônus em arcar com o fornecimento dos medicamentos? O acórdão não entra em maiores detalhes sobre valores, mas imaginemos que se trate de uma quantia significativa ao orçamento de Santa Catarina e, ainda, imaginemos que outros cidadãos também demandem contra o Estado para obterem o fornecimento de medicamentos de valores extremamente altos e que o STF continue a manter seu posicionamento sobre a responsabilidade ser apenas do Estado de Santa Catarina. Não teríamos aqui um comprometimento orçamentário significativo? O mais correto não seria haver uma solidariedade entre União, Estado e municípios no que se refere ao cumprimento de medidas judiciais prestacionais de saúde? Afinal, a saúde não deve ser prestada solidariamente entre União, Estados e municípios?

Mais evidente ainda é o caso a ser analisado no acórdão seguinte, em que parece ser mais nítida a insurgência da questão orçamentária.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – PREQUESTIONAMENTO – CONFIGURAÇÃO – RAZÃO DE SER. O Prequestionamento Não Resulta Da Circunstância De A Matéria Haver Sido Arguida Pela Parte Recorrente. A Configuração Do Instituto Pressupõe Debate E Decisão Prévios Pelo Colegiado, Ou Seja, Emissão De Juízo Sobre O Tema. O Procedimento Tem Como Escopo O Cotejo Indispensável A Que Se Diga Do Enquadramento Do Recurso Extraordinário No Permissivo Constitucional. Se O Tribunal De Origem Não Adotou Entendimento Explícito A Respeito Do Fato Jurídico Veiculado Nas Razões Recursais, Inviabilizada Fica A Conclusão Sobre A Violência Ao Preceito Evocado Pelo Recorrente. SAÚDE – TRATAMENTO – DEVER DO ESTADO. Consoante Disposto No Artigo 196 Da Constituição Federal, “A Saúde É Direito De Todos E Dever Do Estado (...)”, Incumbindo A Este Viabilizar Os Tratamentos Cabíveis. Decisão: Após O Voto Do Ministro Menezes Direito, Relator, Conhecendo Do Recurso Extraordinário E Lhe Dando Provimento, Pediu Vista Do Processo O Ministro Marco Aurélio, Presidente. 1ª Turma, 08.04.2008. Decisão: Adiado O Julgamento Por Indicação Do Ministro Marco Aurélio. Ausente, Justificadamente, O Ministro Carlos Britto. 1ª Turma, 06.05.2008. Decisão: Prosseguindo O Julgamento, Após Os Votos Do Ministro Marco Aurélio, Presidente, E Da Ministra Cármen Lúcia, Negando Provimento Ao Recurso Extraordinário, Pediu Vista Do Processo O Ministro Ricardo Lewandowski. 1ª Turma, 16.09.2008. Decisão: Por Maioria De Votos, A Turma Negou Provimento Ao Recurso Extraordinário, Nos Termos Do

Voto Do Senhor Ministro Marco Aurélio, Redator Para O Acórdão, Vencidos Os Senhores Ministros Ricardo Lewandowski E Menezes Direito, Relator. Ausente, Justificadamente, O Senhor Ministro Dias Toffoli. Presidência Da Senhora Ministra Cármen Lúcia. 1ª Turma, 13.4.2011. (RE 607381 AgR / SC - SANTA CATARINA - AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Relator: Luiz Fux, Julgamento: 31/05/2011)

Trata-se de um recurso extraordinário, interposto pela União, contra acórdão do Tribunal Regional Federal, que entendeu ser de direito o tratamento médico no exterior da doença denominada retinose pigmentária. A União alega ser inconcebível o custeio do tratamento médico no exterior, quando já existe tratamento no Brasil para essa doença. O tribunal, por sua vez, negou provimento ao recurso da União sob o argumento de que é dever do Estado garantir o direito à saúde, e não adentrou no mérito da eficácia e efetividade do tratamento no Brasil. No entanto, dentre os votos vencidos, interessante se fez o voto do Ministro Ricardo Lewandowski, que se posicionou a favor do orçamento e da defesa do direito coletivo à saúde, aduzindo que o custeio de tal tratamento prejudicaria o tratamento de outros tantos, em suas palavras:

o Judiciário ao tratar de questões para as quais não dispõe de instrumentos adequados para intervir na realidade concreta, termina por conferir a alguns indivíduos direitos pretensamente subjetivos, que, a rigor, deveriam ser contemplados sobre a ótica universal.

Ainda, ao falar do artigo 196 da Constituição, o ministro Ricardo Lewandowski aduz:

A interpretação do Art. 196 da Constituição Federal, portanto, passa necessariamente pelo acesso universal à saúde e tendo consideração que se trata de distribuir recursos orçamentários por definição escassos. Penso que o papel do Judiciário seja o de garantir que essa distribuição seja realizada dentro de parâmetros constitucionais e legais, garantindo, sempre que possível, a universalização do acesso à saúde. Para tanto, não pode o Judiciário – salvo em situações extremas, em que a própria vida esteja em risco – ir além da fixação de critérios para a atuação da Administração Pública, impedindo que determinados cidadãos sejam privilegiados em detrimento de outros.

(...)

Não pode – insisto – o Judiciário e, em especial, esta Suprema Corte, guardiã dos valores constitucionais, definir, de maneira pontual e individualizada, como a Administração deve distribuir os recursos públicos destinados à saúde.

Conforme exposto, em nome do princípio da igualdade, o Estado deveria obrigar-se a dar o mesmo tratamento a todos os cidadãos e não favorecer esse ou aquele caso, pois ao agir assim pode causar um rápido esgotamento dos recursos destinados à proteção e à promoção da saúde de todos, colocando em risco o direito à saúde e o direito à vida de muitas pessoas. O Judiciário também não deveria definir a forma de aplicação dos recursos públicos destinados à saúde.

O desvio de fundos para tratamentos ou medicamentos determinados judicialmente, vai necessariamente retirar fundos de outras valências de uma política séria de saúde, que por certo beneficiariam um grande número de pessoas. Esses caminhos não conduzirão a maior igualdade no acesso aos cuidados de saúde, nem à melhoria da qualidade dos serviços públicos de saúde, menos ainda a maior justiça social. Pelo contrário, a adoção desses caminhos nos faz questionar se estamos diante de um cumprimento ou de um descumprimento da Constituição.

Certo é que, a concretização dos direitos sociais sempre dependerá de escolhas políticas quanto aos recursos financeiros disponíveis pelo Estado, recursos estes que são escassos. Essas escolhas políticas se refletem nos orçamentos propostos pelo Executivo e aprovados pelo Legislativo, não havendo como o Judiciário averiguar se há ou não descumprimento da Constituição, conforme o STF alega para legitimar a intervenção deste poder, por se proclamar o responsável por tornar realidade todos os direitos fundamentais consagrados no texto constitucional.

### **Considerações finais**

Após toda a explanação aqui aludida, conseguimos traçar, ainda que de forma superficial, um panorama sobre o STF e o direito à saúde, o orçamento, e a saúde pública. Contextualizamos a questão da judicialização da saúde e o processo orçamentário, discorremos sobre a teoria da reserva do possível e também acerca do posicionamento do STF e o direito à saúde.

Ficou evidenciado que as normas orçamentárias trazidas pela Constituição Federal, bem como a Lei nº. 4.320/64 e a Lei nº. 101/00 formam um ordenamento jurídico eficaz e vinculado em matéria de planejamento da ação governamental, causando não somente sanções administrativas e penais quando de seu descumprimento e inobservância, mas também o comprometimento do orçamento em saúde.

Da mesma forma, diante da escassez de recursos, o Poder Judiciário deve observar a teoria da reserva do possível, buscando uma posição de equilíbrio e racionalidade a partir de sua aplicação.

No estudo das decisões RE-AgR 607381 e RE 368564 do STF no ano de 2011, observamos que, ainda que de forma mínima, o Tribunal teve conhecimento de que as regras orçamentárias existem e precisam ser observadas. Mas esse foi um entendimento minoritário visualizado somente no voto de alguns ministros e acabou prevalecendo o entendimento da maioria, ou seja, a sobreposição da saúde ao orçamento e suas regras. Ambos os acórdãos negaram provimento aos recursos, sendo favoráveis às partes contrárias, que se beneficiaram nas demandas em questão.

É certo que a problematização da judicialização da saúde e o comprometimento orçamentário, que muitas vezes ocorre por falta de conhecimentos técnicos por parte do Poder Judiciário, ao conceder as demandas que lhe são apresentadas, está longe de ser resolvido.

No entanto, cumpre lembrar que a saúde e o orçamento convivem lado a lado, sendo o direito à saúde dependente, entre outras coisas, do orçamento para se efetivar. Há, portanto, a necessidade de equilíbrio e proporcionalidade nas decisões por parte do Poder Judiciário nas questões que envolvam a judicialização da saúde.

Não menos importante, este artigo evidencia a necessidade de maior discussão e a realização de um estudo de maior amplitude no campo do direito à saúde e orçamento público.

Por fim, as observações doutrinárias e normativas trazidas por este artigo são de grande importância, posto que, ao observar e respeitar as normas orçamentárias, o Poder Judiciário evitará que ocorra o prejuízo da concretização da política de saúde planejada.

## **Referências**

BAPTISTA, Tatiana Vargas de Faria et al. Responsabilidade do Estado e Direito à Saúde no Brasil: Um Balanço da Atuação dos Poderes. *Revista Ciência & Saúde coletiva*, São Paulo, v. 13, n. 3, p. 829-839, 2009.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral da cidadania*. São Paulo: Saraiva, 1995.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 875-903.

BLIACHERIENE, Ana Carla; MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos. Lei de Responsabilidade Fiscal e os limites da vinculação e da discricionariedade da execução da dotação orçamentária: o impacto das liminares judiciais relativas à saúde para o orçamento dos municípios. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (Orgs.). *Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 16-26.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

KEINERT, Tânia Margarete Mezzomo. Direitos fundamentais, direito à saúde e papel do Executivo, Legislativo e Judiciário: fundamentos de direito constitucional e administrativo. In: KEINERT, Tânia Margarete Mezzomo et. al. (Orgs.). *As ações judiciais no SUS e sua promoção do direito à saúde*. São Paulo: Instituto de Saúde, 2009.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2010.

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

MENDES, Áquilas. A busca da cumplicidade entre o planejamento e o processo orçamentário na saúde paulistana. In: MENDES Áquilas; SOUZA, Maria de Fátima de (Orgs.). *Tempos radicais da saúde em São Paulo: a construção do SUS na maior cidade brasileira*. São Paulo: Hucitec, 2003. p. 109-122.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Polyana Santana. Direito à saúde: o problema da eficácia das normas constitucionais e da exigibilidade judicial dos direitos sociais. *Caderno Virtual*, Instituto Brasiliense de Direito Público, São Paulo, v. 24, n. 1, jul./dez. 2011.

NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. *Os Tribunais e o direito à saúde*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2011.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

RIBEIRO, Renato Jorge Brown; CASTRO, Róbison Gonçalves de. O direito à saúde e o orçamento público: a busca de um equilíbrio estável. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (Org.). *Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 16-26.

SABINO, Marco Antonio da Costa. Quando o Judiciário ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais: o caso da saúde. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011. p. 353-386.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). *O Controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. 2. tir. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2010.

SCAFF, Fernando F. Os direitos sociais na Constituição Brasileira. In: SCAFF, Fernando F.; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel (Coords.). *A eficácia dos direitos sociais*. São Paulo: Quarter Latin, 2010.

SCAFF, Fernando F. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livr. Advogado, 2010.

VASCONCELOS, Natália Pires de. *O Supremo Tribunal Federal e o orçamento: uma análise do controle concentrado de leis orçamentárias*. Monografia – (Conclusão de Curso) - Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2010.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 539-568, jul./dez. 2008.

\_\_\_\_\_. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. (Resenha). *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 308-318, mar./jul. 2009.