

OS CUSTOS DOS DIREITOS E A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS¹

THE COSTS OF RIGHTS AND THE CONSOLIDATION OF THE RIGHT TO HEALTH ACCORDING TO THE JURISPRUDENCE OF FEDERAL COURTS

LE COÛT DES DROITS ET LA CONCRÉTION DU DROIT À LA SANTÉ PAR LES TRIBUNAUX FÉDÉRAUX

*Lucas Matos da Silva*²

*Tainah Simões Sales*³

*Gabriela Pimentel Pessoa*⁴

ÁREA(S) DO DIREITO: Direitos Fundamentais. Direito Processual Constitucional.

Resumo

O artigo busca a análise do entendimento dos Tribunais Regionais Federais a respeito da concretização do direito à saúde, levando em consideração a perspectiva orçamentária. Diante do fato de que todos os direitos demandam custos ao poder público e que o Poder Judiciário não pode interferir em questões relacionadas à oportunidade e à conveniência para a criação de políticas públicas, indaga-se quais são os limites dos magistrados na busca da efetivação do direito à saúde. Para a realização deste trabalho, observou-se a atuação dos Tribunais Regionais Federais neste sentido. Utilizou-se como metodologia a pesquisa bibliográfica, tendo como base artigos científicos e livros, a pesquisa documental, pois foi realizada a análise de jurisprudências. Quanto aos fins, a pesquisa é do tipo exploratória.

¹ Recebido em 01/08/2017. Aceito para publicação em 26/08/2017.

² Graduando no curso de Direito na Universidade de Fortaleza- UNIFOR. Pesquisador e bolsista do Programa de Bolsas de Iniciação Científica (PROBIC/FEQ), integrante do projeto de pesquisa intitulado “Direito e Política: A crise de representatividade dos poderes políticos e a ausência de participação popular no Poder Judiciário”, de coordenação da Professora Tainah Simões Sales. E-mail: <lucasmatos1223@gmail.com>. Fortaleza – CE.

³ Doutoranda e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Coordenadora do projeto de pesquisa intitulado “Direito e Política: A crise de representatividade dos poderes políticos e a ausência de participação popular no Poder Judiciário”. Professora do curso de Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Advogada. E-mail: <tainahsales@gmail.com>. Fortaleza – CE.

⁴ Doutora pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará. Professora do Centro Universitário Estácio do Ceará. Advogada. E-mail: <gabpessoa@hotmail.com>.

Palavras-chave: Orçamento público. Custos dos direitos. Reserva do possível. Tribunais Regionais Federais. Direito à saúde.

Abstract

The following paper aims to analyze how Federal Courts in Brazil understand the consolidation of the right to health under the budgetary perspective. Due to all rights demand costs to the government and that Judiciary cannot interfere in matters related to opportunity and convenience for the creation of policies, it is questioned what are the limits of the magistrates in searching right to health effectiveness. For the accomplishment of this study, Federal Courts were monitored in order to register their decisions in such matter. As a methodology, the authors used a documentary research, based on a jurisprudence analysis. As for the means, it is an exploratory study.

Keywords: Public budget. Costs of rights. Possible Reserve Reservation. Local Federal Courts. Right to health.

Resumé

Le document vise à analyser la jurisprudence des Cours fédérales au Brésil en ce qui concerne à la réalisation du droit à la santé, en tenant compte du point de vue budgétaire. Compte tenu les coûts des droits au gouvernement et que judiciaire ne peut pas intervenir dans les affaires liées à la possibilité et la commodité pour la création de politiques publiques, on se demande quelles sont les limites des magistrats dans la recherche de l'efficacité du droit à santé. Pour l'accomplissement de ce travail, les Cours fédérales ont été observées dans ce sens. En tant que méthodologie, nous avons utilisé la recherche bibliographique, sur la base des articles scientifiques et livres, et nous avons utilisé la recherche documentaire aussi. Pour les fins, la recherche est exploratoire.

Mots clés: Budget public. Les coûts des droits. Réserve du possible. Les Tribunaux Fédéraux. Droit à la santé.

Sumário: 1. Introdução. 2. A importância do orçamento. 3. Custos dos direitos. 4. Jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais. 5. Conclusão. 6. Referências.

Summary: 1. Introduction. 2. The importance of the budget. 3. Costs of rights. 4. Jurisprudence of the Federal Regional Courts. 5. Conclusion. 6. Referency.

Sommaire: 1. Introduction. 2 L'importance du budget. 3. Coûts des droits. 4. Jurisprudence des Cours fédérales régionales. 5. Conclusion.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 conferiu aos direitos sociais tratamento paritário em relação aos direitos individuais, de modo que positivou aqueles em seu Título II- Dos Direitos e Garantias Fundamentais- juntamente com estes, ou seja, não realizou nenhuma distinção. Outrossim, atribuiu a todos os direitos fundamentais aplicação imediata, conforme dicção do art. 5º, § 1º da CF/88.

Dessa forma, o Constituinte originário demonstrou uma diferenciação em face das Constituições pretéritas, qual seja, não positivou os direitos sociais no

capítulo da ordem social e econômica, de tal sorte que tais direitos deixaram de ser considerados apenas promessas políticas para passar a serem dotados de juridicidade, afastando o entendimento segundo o qual as normas programáticas não seriam imperativas.

Ainda, a *Lex Mater* de 1988 inovou em relação ao direito à saúde, pois, primeiramente, atribuiu fundamentalidade a esse direito, como pode ser percebido pela leitura dos arts. 6º, 196, 198, 200 da CF/88. Além disso, repeliu a característica da seletividade no seu gozo, uma vez que só quem poderia usufruir da prestação pública de saúde era o trabalhador formal, isto é, o que contribuísse para a previdência social.

Outra inovação importante foi a positivação no art. 196 da CF/88 do conceito positivo de saúde, de modo que a rede de proteção do direito em tela não abarca apenas a mera ausência de doença do indivíduo, devendo ser relacionada a variados fatores.

Malgrado tais inovações referentes aos direitos sociais, especificamente, ao direito à saúde, uma consequência inafastável surge, qual seja, o custo para efetivação de tais direitos. E é por isso que esse trabalho é importante e necessário, porquanto busca, lastreado na doutrina e na jurisprudência, demonstrar a necessidade de se levar o orçamento público a sério. No entanto, será preciso fazer uma análise sucinta da sua evolução histórica com o escopo de se compreender melhor o porquê do que se está afirmando.

Longe desse artigo está a ideia tradicional de que para os direitos individuais serem concretizados há apenas um *non facere* do Estado, enquanto os direitos sociais, para serem efetivados, necessitam de um *facere* do Estado.

Ainda na mesma senda, outra questão avulta-se, a saber: o dever fundamental de pagar imposto. Tal ilação, de fato, deve causar espécie ao cidadão brasileiro leigo, porém tentar-se-á demonstrar que é um efeito inevitável decorrente da sistematização conferida pela Constituição Federal de 1988.

Em razão dessas considerações é que se faz oportuno analisar a jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais para se compreender como estes vêm analisando o aspecto orçamentário do direito à saúde.

2 A IMPORTÂNCIA DO ORÇAMENTO

O conceito de orçamento sofreu influxos da transição do Estado Liberal para o Estado Social em virtude das características desses modelos estatais, dessa forma, o instituto do orçamento irá ter determinados elementos de acordo com o tipo de Estado vigente.

Assim, no Estado Liberal, como é sabido, a principal característica era a abstenção, isto é, esse modelo estatal era voltado apenas para o custeio do poder de polícia, para a administração da justiça e baseado na prestação reduzida de serviços públicos ofertados à população (LEITE, 1971, p. 227).

Dessa maneira, o instituto do orçamento caracterizava-se por ser um mecanismo meramente formal, haja vista que perseguia apenas um equilíbrio econômico-financeiro, ou seja, uma estabilidade entre receitas e despesas (LEITE, 1971, p. 227).

Isso justifica-se pois no Estado Liberal não havia preocupações com questões sociais, ao contrário, a atenção era toda voltada para a proteção da liberdade - direitos individuais ou de primeira dimensão.

Conquanto, tal modelo estatal não se sustentou frente às reivindicações sociais, que cresciam diante do advento dos ideais marxistas e ganharam força em diversos países da Europa, sobretudo após a primeira Guerra Mundial.

Dessa forma, eclodiu o Estado Social, que de forma contrária ao modelo antecessor, possuía como caractere principal o intervencionismo na economia e nos aspectos sociais, é dizer, tinha uma atuação mais ativa no seio social com o escopo de estabelecer a igualdade substancial (LEITE, 1971, p. 228).

A atuação estatal, então, passou a ter caráter finalístico, ou seja, o poder público galgou funções específicas em busca de materializar as soluções dadas aos problemas sociais enfrentados pela sociedade; diferentemente do Estado Liberal, uma vez que este tinha seu objetivo voltado apenas para a garantia da liberdade individual e a segurança jurídica.

Há de se ressaltar que o Estado Social, por sua vez, não nega esses valores, apenas acrescenta-lhes efetividade e a possibilidade mais democrática de acesso a eles. Não se pretende desconstituir os avanços históricos e desmerecer a importância da liberdade, da separação dos poderes e dos direitos conquistados

com o advento do Estado Liberal, mas acrescentar novos valores, como a solidariedade, e garantir a igualdade material e os direitos sociais básicos, imprescindíveis para o desenvolvimento social e humano.

Corroborando tal entendimento, Gilberto Bercovici (2003, p. 52) assinala que “o objetivo primordial do Estado Social, assim, torna-se a busca da igualdade, com a garantia da liberdade. [...] A igualdade procurada é a igualdade material, não mais perante a lei, mas através da lei”. O autor segue afirmando que o Estado Social está em constante transformação, não é um modelo acabado. Isso porque as necessidades sociais se transformam com o passar do tempo e o Estado passou a assumir o compromisso com a melhoria das condições de vida das pessoas.

O Estado deve incumbir-se de buscar não só o desenvolvimento econômico, como era entendido outrora, mas, também, buscar o desenvolvimento social, mediante a adoção de políticas públicas para garantir os direitos básicos e a igualdade de oportunidade dos indivíduos. Em outras palavras, “o desenvolvimento econômico e social, com a eliminação das desigualdades, pode ser considerado como a síntese dos objetivos históricos nacionais” (BERCOVICI, 2003, p. 43).

Nesse diapasão, Celso Furtado (2000, p. 21-22) ensina que o desenvolvimento pode ser analisado sob duas concepções distintas. A primeira refere-se à evolução do sistema de produção e ao aumento da produtividade, com a adoção de critérios como a renda ou o produto *per capita* para aferição do nível de desenvolvimento. A segunda refere-se ao grau de satisfação das necessidades humanas, considerando, assim, as necessidades básicas, como educação, alimentação, habitação etc, gerando um aumento na expectativa de vida das pessoas e nas suas liberdades. Esta segunda concepção é a defendida neste trabalho.

Em consequência dessa mudança na atuação do Estado, a compreensão acerca do orçamento inovou-se. Este deixa de ser mero instrumento de estabilidade entre receita e despesa para ser um meio para se atingir os objetivos da comunidade.

Em outros termos, há uma flutuação do conceito clássico de orçamento para o conceito moderno, qual seja, orçamento programa (LEITE, p. 230), que corresponde ao fato de que a insuficiência de recursos não traduz a estagnação na efetividade de direitos fundamentais, na verdade, significa que o poder público deve buscar meios de forma prospectiva, com o intuito de satisfazê-los.

Defronte a essas mudanças - do Estado Liberal para o Estado Social, do conceito clássico de orçamento para o conceito de orçamento programa - salta aos olhos um efeito irremediável das novas funções estatais, a saber, a adaptação do sistema tributário, haja vista que, dependendo do modelo de Estado que esteja estabelecido, a carga tributária será mais baixa ou mais elevada.

Num Estado Social, a princípio, será maior em razão da postura mais ativa na procura de solucionar questões sociais etc.; de outra banda, num Estado Liberal, a priori, será menor, pois este não intervém nos aspectos sociais, preocupa-se, tão-somente, com a manutenção do poder de polícia, administração da justiça etc.

Destaca-se que não se está a concluir que os direitos individuais não têm custos, todavia parece ser inevitável não constatar que há um aumento da carga tributária em virtude do aumento das atribuições estatais.

Tecidas essas considerações acerca da evolução histórica do conceito do orçamento, mesmo que sucintamente, é oportuno, neste momento, analisar os aspectos políticos e jurídicos referentes à construção e alteração do orçamento - voltados, neste momento, para a ordem constitucional brasileira.

Comece-se com os aspectos políticos.

Não obstante o orçamento ter natureza jurídica- Lei Orçamentária Anual (art. 165, III da C/88) - este tem também natureza política, uma vez que se consubstancia em norma jurídica e esta, como sabido, é confeccionada pelo Poder Legislativo, que exerce função essencialmente política.

É por isso que José Marcos Domingues, citando Aliomar Baleeiro, referindo-se às políticas públicas, aduz que estas têm sua legitimidade reconhecida pelo *fator político da tributação* (DOMINGUES, 2011, p. 3), isto é, constata a influência de ideias ou projetos de determinado governo na elaboração e implementação delas.

Exemplificando - vale ressaltar que não se está inferindo que uma ideologia é melhor que a outra - um governo mais à direita, em regra, poderá diminuir ou cessar a execução de políticas públicas que intervenham na economia por entender que assim será melhor para a sociedade; por outro lado, um governo mais à esquerda, em regra, poderá aumentar a execução de políticas públicas que interfiram na economia demasiadamente, por compreender que tal ação será mais benéfica para a coletividade.

Impende notar ainda quanto ao aspecto político a influência do presidencialismo de coalisão, pois há necessidade constitucional (art. 166 da CF/88) de aprovação, pelo Congresso Nacional, do projeto de lei orçamentária, conseqüentemente, abre-se a possibilidade de ocorrerem as tratativas políticas - aqui, não em um tom pejorativo, pois faz parte da democracia - a celeuma é controlar os interesses escusos de determinados parlamentares, porquanto o Poder Executivo, quando da elaboração do projeto de lei, busca “captar a vontade social” (LEITE, p. 3), ou seja, almeja compreender as necessidades públicas a fim de supri-las da melhor maneira possível.

Porém, não obstante esses pormenores políticos, a construção e alteração do orçamento têm balizas constitucionais que devem ser observadas - já iniciando os pontos jurídicos - tanto de viés procedimental como substancial.

No Brasil, o sistema de planejamento constitui-se de três leis que se complementam: a Lei do Plano Plurianual (PPA), cuja finalidade é “estabelecer, de forma regionalizada, as diretrizes e metas da administração federal para as despesas de capital e outras dela decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada”; a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), que tem como finalidade estabelecer “metas e prioridades da administração pública, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subseqüente, orientar a elaboração da lei orçamentária anual e dispor sobre as alterações na legislação tributária, bem como estabelecer a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento”; e a Lei Orçamentária Anual (LOA), que discrimina “a receita e a despesa de forma a evidenciar a política econômico-financeira e o programa de trabalho do Governo”, abrangendo o orçamento fiscal, o orçamento de investimentos e o orçamento da seguridade social⁵.

Esse planejamento deve ser realizado de acordo com os objetivos da República e com os princípios constitucionais. Assim, não há total *liberdade* de atuação para o legislador, em relação à elaboração das leis orçamentárias, nem para o Administrador, em relação à realização dos investimentos e dos serviços públicos a que as verbas devem ser destinadas. É assegurada, todavia, certa *discricionariedade*⁶, isto é, a possibilidade de escolha do destino dos gastos com investimentos e políticas sociais, desde que de acordo com o texto constitucional.

⁵ V. art. 165 da Constituição Federal e CONTI, 1998.

⁶ O conceito de discricionariedade adotado no presente texto é o apresentado por Celso Antônio Bandeira de Mello: “discricionariedade é a margem de ‘liberdade’ que remanesça ao administrador

Ao aplicador compete a eleição de uma alternativa que o próprio legislador optou por não escolher no momento da elaboração da norma. Por óbvio, conforme já afirmado no parágrafo anterior, essa escolha não é arbitrária e não pode ser realizada ao arrepio da lei, ou seja, fora dos parâmetros já determinados por ela.

Dentre os princípios que garantem esta discricionariedade, destaca-se o princípio da não-afetação. Este princípio enuncia “a vedação constitucional, dirigida ao legislador, de vincular a receita pública e certas despesas” (TORRES, 2007, p. 229-230), isto é, enuncia a proibição de o legislador determinar exatamente aonde a receita advinda dos impostos deve ser destinada. Esse princípio se justifica na medida em que se reconhece que a execução da receita necessita de certa atividade discricionária para determinar os gastos com investimentos e políticas sociais.

Entretanto Ricardo Lobo Torres (2007, p. 231) ressalta que esse princípio está cada vez mais perdendo sua relevância, diante de tantas exceções criadas por sucessivas emendas constitucionais e previsões legais. O autor critica essas exceções⁷, afirmando que elas acabam engessando o orçamento e são instrumentos antidemocráticos, na medida em que transformam em regras as escolhas que deveriam ficar a cargo dos políticos eleitos a partir da manifestação dos cidadãos. Ademais, acabam abrindo o caminho para uma ampliação exagerada do controle jurisdicional do orçamento público.

O tema é controverso. Fernando Facury Scaff (2005, p. 96), por exemplo, defende a vinculação dos impostos e acredita serem inconstitucionais as emendas constitucionais que fizeram a previsão da desvinculação de recursos, posto que possibilitam a destinação da receita pública para outros fins alheios às previsões constitucionais.

Porém, um dos problemas da vinculação dos gastos públicos é que esta, ao determinar a destinação de verbas à educação e à saúde, por exemplo, acaba

para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente”. (MELLO, 2003, p. 761).

⁷ Como exemplos às exceções ao princípio da não afetação, é possível citar: a repartição do produto da arrecadação de impostos (arts. 158 e 159 da CF), a realização de recursos para a realização de atividades da administração tributária (art. 37, XXII, da CF), a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita (art. 165, parágrafo 8º, da CF), entre vários outros.

atribuindo jusfundamentalidade a todo o direito à educação e à saúde, não levando em consideração a distinção entre os direitos sociais mínimos e os direitos sociais máximos. Como consequência, tem-se confusão entre o que deve ser garantido em caráter de urgência e de prioridade (os direitos sociais mínimos ou o mínimo existencial) e o que deve ser investido como forma de otimizar o que já foi realizado (os direitos sociais máximos).

Ademais, explica Ricardo Lobo Torres (2007, p. 242-243), diante da ausência de definição do conteúdo do mínimo existencial e da atribuição da jusfundamentalidade a todos os direitos sociais, verifica-se um aumento exacerbado na busca pelo Poder Judiciário para a resolução de questões que deveriam ser discutidas no âmbito de outros poderes.

Além da possível invasão ao princípio da separação dos poderes, decorrente da ingerência do Poder Judiciário sobre o orçamento público, verifica-se a possibilidade de sequestro de recursos públicos, mediante a previsão do art. 100, parágrafo 2º da Constituição Federal, que expõe sobre o sequestro da quantia necessária à satisfação de débito em caso de preterimento do direito de preferência do credor.

Não obstante a possibilidade de tal sequestro ser excepcional e estar prevista de forma taxativa na Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal (STF) estendeu a regra para os casos de não pagamento de precatório alimentício a pessoa idosa. Ou seja: verifica-se um cenário onde o STF criou mais uma possibilidade de sequestro de recursos públicos sem previsão constitucional, desarticulando e pondo em risco o planejamento orçamentário.

As decisões envolvendo gastos públicos devem ser analisadas com cautela, a partir de estudos concretos sobre a disponibilidade orçamentária. Assim, torna-se imprescindível definir, em termos objetivos, o que deve ser visto como prioridade, a fim de que seja possível delimitar a atuação do Poder Judiciário em matéria que envolve a discricionariedade legislativa e administrativa.

Ademais, importa ressaltar que não só as decisões judiciais devem ser analisadas de forma minuciosa. A própria norma orçamentária deve ser elaborada detalhadamente pelo Poder Executivo, de tal modo que é imperativo que o administrador público programe para cada gasto uma receita adequada, aduzindo os meios de captação de recursos necessários a fim de realizá-lo.

Procedendo dessa maneira, o Chefe do Executivo reveste tal norma de previsibilidade, que é a principal faceta da segurança jurídica (LEITE, 2009, p. 4) e esta sendo alcançada enseja mais confiança ao cidadão, aos empresários e ao próprio administrador público, evitando, por exemplo, que este proceda de forma irresponsável à abertura de créditos adicionais.

Outro ponto relevante em relação ao orçamento é o período que deve ser aprovado - antes do início do exercício financeiro ao qual irá reger - pois a sua inobservância causa insegurança jurídica em virtude da possibilidade de alteração dentro da vigência de determinado exercício financeiro que, em tese, deveria já ter sido programado e executado da forma mais analítica possível, isto é, o mais próximo da realidade da arrecadação e das despesas que o Estado deveria realizar. Conquanto, a exceção tem se tornado regra, conforme apontamentos de alguns doutrinadores (LEITE, 2009, p. 4), de tal forma que parece ser constante a aprovação da lei orçamentária extemporânea.

Destaca-se, ainda, a possibilidade de alterações no orçamento, tendo em vista as necessidades econômicas e políticas, que podem variar ao longo do exercício financeiro. Em razão de o orçamento buscar traduzir da melhor forma possível as necessidades públicas e, à vista disso, objetivar canalizar melhor as receitas e fixar as despesas, é mais próximo da realidade (*ser*), mas não deixa de ser *dever-ser*, enquanto norma que é.

Possibilita-se, desse modo, a sua alteração para adequar-se às mudanças do mundo fenomênico, conseqüentemente, evita a ocorrência de injustiças (LEITE, 2009, p. 2.), justamente, pela facilidade da modificação da norma orçamentária em face do processo legislativo.

A Constituição Federal de 1988 elencou em seu texto normas que autorizam a modificação da lei orçamentária, por exemplo: art. 165, V, VI da CF/88. O problema surge quando tais alterações são realizadas irresponsavelmente em razão da má formulação do orçamento, da falta de planejamento adequado e em virtude de interesses recônditos.

Porém, não é o escopo direto deste artigo analisar o papel do Executivo nem do Legislativo na alteração da norma orçamentária e sim a atuação do Poder Judiciário, sobretudo, nas demandas envolvendo direito à saúde, baseando-se nos posicionamentos sufragados pelos Tribunais Regionais Federais, como se analisará em tópico posterior.

3 CUSTOS DOS DIREITOS

Já tecidos alguns comentários acerca do orçamento, cabe, agora, analisar os custos dos direitos. Defender-se-á que todos os direitos necessitam de custos financeiros públicos, todavia, em virtude do objeto, do modo de concretização, assinalar-se-ão diferenças entre os direitos de liberdade e os direitos sociais.

Inicialmente, é oportuno demonstrar o tratamento despendido aos direitos sociais na atual ordem constitucional, no intuito de se ratificar que os direitos sociais são fundamentais por vontade do constituinte originário. Adverte-se, no entanto, que essa análise será realizada concomitantemente com o estudo do direito à saúde.

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira a conferir tratamento diferenciado aos direitos sociais (PIOVESAN; VIEIRA, 2006, p.131), visto que as Constituições anteriores catalogavam estes no capítulo referente à ordem social e econômica, o que acarretava atenção secundária à efetivação de tais direitos.

Dessa forma, positivou os direitos em comento no Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais - o que faz deduzir que o constituinte originário buscou dar atenção igual tanto aos direitos individuais como aos direitos sociais, porquanto assim não fosse, teria inserido estes no capítulo referente à ordem econômica e social, seguindo a tradição das Constituições pretéritas.

Sendo assim, se a Lei Fundamental visou igualar o tratamento entre os direitos de liberdade e os direitos de segunda geração, não cabe a nenhum dos poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário, interpretar de forma diversa. Até porque estes são poderes constituídos pela *Lex Mater*, ou seja, devem respeito incondicional a suas imposições, assim, qualquer comportamento negativo ou positivo contrário aos seus mandamentos, inevitavelmente será eivado de inconstitucionalidade.

Ainda sobre o Título II da Constituição Federal de 1988, é imperioso destacar a sua posição topográfica, uma vez que este foi positivado logo após o preâmbulo e os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, o que demonstra que o constituinte atribuiu trato privilegiado. Em outras palavras, traduz em "maior rigor lógico, na medida em que os direitos fundamentais constituem parâmetros hermenêuticos e valores superiores de toda ordem constitucional e jurídica" (SARLET, 2009, p. 66).

Por derradeiro, outro ponto de suma importância é o art. 5º, § 1º, que aduz que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Não obstante o dispositivo estar disposto no art. 5º, que, por sua vez, está contido no Capítulo I - Dos direitos e Deveres Individuais e Coletivos - isso não significa que tal norma abarque somente os direitos individuais, pois, utilizando-se da interpretação literal - sabe-se que não é a melhor, no entanto, para o objetivo que se quer perquirir será de grande valia - o § 1º do art. 5º, somente, aduz que as normas de direitos e garantias fundamentais terão aplicação imediata, ou seja, o constituinte não realizou nenhuma diferenciação. Assim, por se tratar de direito, ainda mais de direito fundamental, onde não há restrição expressa, não cabe ao hermenêuta aplicá-la.

Sobre a importância dos direitos sociais e a sua intrínseca relação com os direitos individuais, Gilmar Ferreira Mendes (2016, p. 659), inspirado nas lições de Hesse, entende que a liberdade do indivíduo, propugnada pelos direitos fundamentais, só tem êxito numa sociedade livre e esta só será se os indivíduos que a compõem também o forem.

Os direitos sociais têm papel importante na garantia dessa liberdade, haja vista que possibilitam o gozo da liberdade real ou fática, ou seja, uma liberdade que se traduz na autodeterminação do indivíduo em conduzir seus interesses de sua forma, em última análise, de desenvolver sua personalidade de forma autônoma⁸.

Gilmar Ferreira Mendes, em virtude disso, arremata: “[...] os direitos fundamentais a prestações objetivam, em última análise, a garantia não apenas da liberdade-autonomia (liberdade perante o Estado), mas, também, da liberdade por intermédio do Estado [...]” (MENDES; BRANCO, 2016, p. 661).

Isto posto evidencia-se a relação de simbiose entre os direitos individuais e direitos sociais - não se está esquecendo das demais dimensões de direitos, porém como elas não serão estudadas neste trabalho preferiu-se não realizar comentários acerca delas - de tal forma que, caso não haja condições sociais mínimas para o indivíduo, não há que sequer falar em direitos individuais.

Exemplifica-se.

⁸ V. PIOVESAN; VIEIRA, 2006, p. 133; FRASCATI, 2008, p. 9.

Como o indivíduo irá exercer sua liberdade de expressão sem ter acesso à educação? Não irá exercê-la substancialmente, mas, somente, formalmente. Piorando o cenário, imagine sem ter acesso à saúde de qualidade? Nesse caso, não há vida condigna, talvez, mera sobrevivência.

É oportuno, neste momento, explanar sucintamente alguns comentários acerca do direito à saúde.

Assim como ocorreu com os direitos sociais na Constituição Federal de 1988, o direito à saúde, que é, de igual maneira, um direito fundamental social, recebeu tratamento inovador (GANDINI; BARIONE; SOUSA, p. 5).

Isso porque as Constituições passadas conferiram ao exercício do direito à saúde o atributo da seletividade, visto que somente o trabalhador formal, isto é, aquele que contribuísse para a previdência poderia gozar de tal direito por intermédio do Estado (RUBIM, p. 29).

A Constituição de 1988, porém, rompeu com tal sistematização e isso pode ser auferido pela leitura sistemática dos arts. 6º, 196, 200, 34, VII, “e”, 198, §§ 2º e 3º. Percebe-se que, na atual ordem constitucional, o direito à saúde é garantido a todos e deve ser implementado mediante políticas públicas; ademais, exige-se que o poder público aloque percentagens mínimas da sua arrecadação na área da saúde, sob pena de intervenção federal (art. 34, VII, “e” da CF/88).

Depreende-se, ainda, que o conceito de saúde insculpido no art. 196 é o positivo (OLIVEIRA; COSTA, p. 4), por conseguinte, o constituinte originário entendeu ser insuficiente a mera ausência de doença como modo de efetivação do direito *sub examine*, sendo assim, é imperativo que o direito em tela seja salvaguardado por diversos aspectos, por exemplo, ambientais e sociais (OLIVEIRA; COSTA, p. 3), entre outros.

Cabe, por oportuno, lembrar que o direito à saúde, por ser fundamental, dispõe tanto da dimensão subjetiva como da dimensão objetiva, assim, pode ser manejado tanto como direito originário a prestações como direito derivado a prestações.

O primeiro corresponde ao fato de o indivíduo ter o poder de, mesmo não havendo intermédio do legislador, exigir uma prestação em face do Estado; de outra banda, o segundo, já tendo havido intermédio do legislador, permite ao indivíduo requerer sua pretensão em face do que foi implementado pelo Estado (FRASCATI, p. 3).

Nessa senda, referindo-se à dupla dimensão dos direitos fundamentais, Gilmar Ferreira Mendes aduz que os direitos fundamentais, quando direitos subjetivos, permitem que o indivíduo ponha seus interesses em face do Estado; por seu turno, enquanto na sua dimensão objetiva, formam a base do ordenamento jurídico do Estado de Direito democrático (MENDES; BRANCO, 2016, p. 658).

É possível, diante dos comentários sobre o direito à saúde, asseverar que este é custoso, porém não por se adotar uma tese com viés liberal - que, muitas vezes, só enfoca os custos dos direitos sociais - mas, sim, pelo próprio arcabouço desenhado pela Constituição Federal de 1988, com o escopo de resguardá-lo e promovê-lo, conferindo ao particular o direito, inclusive, de pleitear a sua efetivação no Poder Judiciário, mesmo não havendo política pública correspondente, quando em xeque o seu núcleo essencial.

Essa última observação tem relevância, uma vez que se discorda do pensamento que entende o direito à saúde como absoluto (OLIVEIRA, p. 4) em razão da sua íntima imbricação com o direito à vida, porquanto nem esta é absoluta.

Tal ilação peca por falta de técnica hermenêutica, logo, inobserva o ordenamento jurídico como unidade, visto que a própria Constituição Federal de 1988 e o Código Penal excetuam o direito matriz vida. A primeira no art. 5º, XLVII, "a" aduz: "Não haverá penas: de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX"; o segundo, por sua vez, no art. 23 aduz: "Não há crime quando o agente pratica o fato: em estado de necessidade; em legítima defesa; em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito."

Isto é, a própria ordem constitucional e o ordenamento jurídico sopesam o direito à vida quando há situações excepcionais, assim, o direito à saúde também não deve ser entendido de forma absoluta. Por isso, nem todo tratamento ou medicamento deve ser arcado pelo Estado, ou estar-se-ia diante de um possível colapso orçamentário.

Feita a ressalva, parte-se para a questão de fundo.

Todos os direitos têm custos, ou seja, tanto os direitos de liberdade como os direitos sociais ensejam dispêndio de recursos materiais, sendo assim, não subsiste a ideia de que os primeiros exigem do Estado apenas um *non facere* para terem efetividade e os segundos requerem um *facere* para terem efetividade⁹.

Exemplifica-se.

⁹ V. NABAIS, p. 19-20.

O direito à propriedade, como se enganam alguns, para ser exercido substancialmente e não apenas formalmente necessita que o Estado realize prestações de índole fática e de índole normativa, ou seja, em relação às primeiras, o poder público precisa custear a polícia, o corpo de bombeiros, cartórios etc; em face das segundas, de outra banda, o Poder Legislativo precisa confeccionar normas que formem o arcabouço de defesa e preservação do direito em tela, assim sendo, realiza gastos na manutenção dos parlamentares, que, no caso do Brasil, como sabido, é extremamente alto, o que faz concluir que o direito em comento, clássico direito de liberdade, de matriz liberal-burguesa, também é custoso.

Tal premissa - apenas os direitos individuais não demandam custos - é sustentada em razão, mormente, do fato dos custos dos direitos sociais serem percebidos com maior facilidade, pois têm custos financeiros públicos diretos que implicam expressamente na esfera de cada um de seus titulares; *a contrario sensu*, os direitos individuais não são tão visíveis e seus custos não têm implicação direta no âmbito de seus titulares, ou seja, são custos indiretos (NABAIS, p. 21).

Por derradeiro, segundo o escólio do professor José Casalta Nabais: “[...] os direitos, todos os direitos, porque não são dádiva divina nem frutos da natureza, porque não são auto-realizáveis [...] implicam a cooperação social e a responsabilidade individual.” (NABAIS, p. 19-20)

Inegavelmente, contudo, tais direitos são distintos quanto à natureza de seus custos e isto em virtude do seguinte raciocínio (LOPES, 2010, p. 157): se um indivíduo ou mais demanda em face do Estado pretensão a fim de resguardar determinado direito de liberdade (direito ao patrimônio, por exemplo), os custos não terão grandes variações; de outra banda, se um indivíduo demanda determinado interesse contra o Estado com o intuito de salvaguardar determinado direito de segunda geração (direito à tratamento médico), os custos terão, regra geral, mutabilidade, porquanto a quantidade de doenças que podem acometer uma pessoa é deveras variado, isto é, um indivíduo pode requerer um tratamento médico que só tenha no exterior; por outro lado, outro pode exigir um tratamento que tenha no Brasil.

Isto posto, intui-se que há necessidade de se proceder com racionalidade quando da realização dos direitos sociais, em virtude da diferenciação demonstrada, sob pena de ludibriar a esperança dos indivíduos em relação ao art. 3º da CF/88, que denota objetivos, tarefas, metas que devem ser empreendidas pelo Estado.

Saltam aos olhos, desse modo, as figuras do estado fiscal e do dever fundamental de pagar impostos.

O primeiro, conforme José Casalta Nabais, trata-se de “[...] um estado que tem nos impostos o seu principal suporte financeiro.” (NABAIS, p. 21). Ou seja, como já se disse no tópico primeiro, com a transmutação do Estado Liberal para o Estado Social, por corolário, há a necessidade imperiosa de se modificar o sistema tributário, com o escopo de perseguir mais receita, assim, concretizando na medida do possível as metas impostas ao poder público.

Exsurge, entre as variadas espécies de deveres fundamentais (SIQUEIRA, p. 9), o dever fundamental de pagar imposto. Este tem seu fundamento no princípio da solidariedade, uma vez que todos os indivíduos devem ser chamados para custear a subsistência da coletividade; por isso alguns autores (JONER, p. 6) asseveram que tal dever é inato da pessoa humana, pois “emergem da qualidade pessoal de socialidade de todos os homens.” (JONER, p. 6).

Em suma, deve-se compreender que tanto os direitos fundamentais como os deveres fundamentais - aqui, o dever de pagar imposto - compõe o estatuto constitucional do indivíduo. (NABAIS, p. 1)

Todavia, não se olvida que tal ilação - dever fundamental de pagar imposto - causa, partindo-se para uma averiguação empírica do contexto da sociedade brasileira, espécie em grande parte da população nacional, que já arca com o pagamento de variados impostos, entre outros tributos.

Tal estranheza, porém, não parece ser infundada, porquanto um povo que sofre com atendimento médico de baixa qualidade, malgrado a Constituição Federal de 1988 ter trazido um arcabouço protetor do direito à saúde, com insegurança, falta de saneamento básico, entre outros absurdos. Soma-se, por outro lado, o fato dos vencimentos dos servidores públicos, de seus privilégios - v.g. auxílio-moradia, uma das vergonhas que a República brasileira convive- só aumentarem, independentemente de crise econômica.

Defronte aos comentários esposados, infere-se que os direitos são interesses valorados de acordo com a circunstância de tempo, espaço, somando-se a isso o contexto econômico-social-político, que o Estado e a sociedade levam em conta- ou deveriam levar- implicando no estabelecimento de prioridade, quando da alocação de recursos, isto é, são as intituladas escolhas trágicas (MARCÍLIO, p. 5).

Sendo assim, o direito à saúde deve ser implementado levando-se em conta tudo que foi aqui esgrimado até o momento no presente tópico, conquanto, ressalte-se que essa tarefa se dirige ao legislador, ao juiz e, sobretudo, à população.

4 JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS

Analisados alguns pontos doutrinários acerca do orçamento e dos custos dos direitos, é oportuno tecer-se comentários sobre a jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais em relação ao direito à saúde, notadamente em face da distribuição de medicamentos e/ou tratamentos.

Inicialmente, é lícito aferir que tais tribunais atuam com fulcro na decisão do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 da relatoria do Ministro Gilmar Mendes.

Em suma, a decisão supracitada determinou as seguintes diretrizes: a) deve-se observar se há política pública ofertando o medicamento/tratamento pleiteado, havendo, o demandante tem clarificado seu direito subjetivo público a tal pretensão.

Desse modo, qualquer crítica à atuação do Judiciário, no sentido de que ele está intervindo de modo indevido nas escolhas do administrador e do legislador, é improcedente, uma vez que tal medicamento/tratamento já deveria estar sendo disponibilizado, por conseguinte, não há que se falar, de igual maneira, que o juiz está desequilibrando o orçamento por meio da prestação jurisdicional, pois a pretensão pleiteada já era para estar fixada como despesa pública.

No caso de inexistência de política pública (b), deve-se analisar o entendimento do administrado público; se houver uma decisão fundamentada, o juiz deve aceitá-la, pois não é competente, em regra, para valorar o ato administrativo, assim, respeita-se o intitulado limite da capacidade institucional¹⁰, contudo, caso órgão julgador vislumbre que a política pública é ineficaz, insuficiente, poderá interferir, quando houver violação grave aos direitos fundamentais, no caso, o direito à saúde.

Ainda, é imperioso averiguar se o medicamento/tratamento é registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), nos Protocolos Clínicos e/ou nas

¹⁰ Trata-se, em síntese, do reconhecimento da incompetência do Poder Judiciário de interferir em áreas que não lhe compete tipicamente, por exemplo, elaboração e implementação de políticas públicas, em regra. Desse modo, é imperioso que adote a postura de autocontenção. (BARROSO, 2013, p. 877).

listas elaboradas pelo Poder Público (c); no entanto, esse critério não é absoluto, haja vista que há casos peculiares, excepcionais, até porque cada indivíduo reage de uma forma distinta ao medicamento/tratamento ministrado, logo, é possível conceder-se algum medicamento/tratamento não registrado na ANVISA; em virtude disso, é que os juízes, desembargadores ou ministros geralmente observam se tal medicamento/tratamento já foi aprovado por agência congênere, v. g., FDA (Food and Drugs).

Por final, deve-se dar prioridade aos medicamentos genéricos e tratamentos realizados no Brasil (d).

Vale ressaltar que os dois últimos critérios são de suma importância para o gestor público, quando da elaboração do orçamento, porquanto os medicamentos/tratamentos já previstos nos Protocolos Clínicos e a preferência ao medicamento genérico e ao tratamento ofertado no Brasil dão maior previsibilidade e maior custo/benefício aos gastos públicos, respectivamente.

Por isso o magistrado deve ficar atento quando a pretensão do demandante for fora de tais deslindes, pois ele, provavelmente, não saberá os efeitos que sua decisão poderá acarretar.

Além de tomar a decisão em tela como base para a prestação jurisdicional, os Tribunais Regionais Federais têm alguns entendimentos uníssimos, quais sejam: a União, os Estados – membros e os Municípios são responsáveis solidariamente no atendimento à saúde, de tal modo que o indivíduo pode demandar de qualquer ente sua pretensão; afasta-se o requisito da tutela antecipada, intitulado perigo de irreversibilidade da decisão, ou seja, mesmo que o provimento seja mediante cognição sumária e que possa futuramente não ser revertido, os Tribunais Regionais Federais têm deixado de lado tal pressuposto radicado na supremacia do direito à vida. Nesse sentido:

Ainda que, na espécie, esteja presente o perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, na ponderação entre os interesses em conflito, tendo em vista as peculiaridades do caso em apreço, deve prevalecer o interesse da parte autora, notadamente pela circunstância de o aludido medicamento ser necessário para assegurar a manutenção de sua vida, de forma digna.¹¹

¹¹ V. Agravo de Instrumento 0006300-58.2015.4.02.0000. Rel. Desembargadora Federal Vera Lúcia Lima. TRF 2ª Região. Agravante: União Federal. Agravado: Pedro da Cunha Silveira e outros.

E, por último, o tratamento secundário dado à cláusula da reserva do possível, que, quando a aludida cláusula é suscitada pelo Estado, ela tende a ser desconsiderada pelo julgador.

Das três conclusões que foram acima elencadas, este trabalho debruçar-se-á acerca da primeira e da última conclusão.

A Lei 8080/90 definiu a responsabilidade de cada ente da República Federativa do Brasil em face da concretização do direito à saúde, de tal forma que, em síntese, buscou aplicar o que emana do art. 198, I da CF/88 (descentralização das ações e serviços de saúde).

Dessa forma, indaga-se: *Tal descentralização, divisão de responsabilidades é meramente formal ou o legislador entendeu que essa sistematização iria proporcionar maior racionalidade no trato do Estado latu sensu em relação à saúde?* A jurisprudência brasileira compreende que a lógica empregada foi meramente formal, isto é, as divisões de responsabilidades podem ser afastadas em qualquer caso, por isso que os tribunais nacionais entendem que todos os entes da federação são responsáveis solidariamente na concretização do direito à saúde, de tal modo que, qualquer um pode ser demandado a dar efetividade a pretensão de determinado indivíduo.

Porém, transparece que muitos julgadores não tomaram ciência das consequências de tal entendimento, por exemplo, inobservância da Lei de Licitações, compras superfaturadas de medicamentos etc; ademais, como observado pelo Desembargador Federal José Antônio Lisboa Neiva em voto divergente, quando da análise de determinado caso concreto:

A União Federal comunica às fls. 121/123 dos autos originários que foi realizado depósito para a compra dos fármacos e requer a intimação do autor para que efetue o levantamento do aludido numerário. Já o Estado do Rio de Janeiro informa às fls. 115/116 e 127 dos autos originários que, com o intuito de cumprir a ordem judicial, foi instaurado processo de compra dos medicamentos pleiteados. É justamente essa confusão que se pretende evitar¹².

Do presente excerto percebe-se o efeito gravoso às contas públicas do entendimento ora em exame.

¹² V. Agravo de Instrumento 0014213-91.2015.4.02.0000. Rel. Desembargador Federal Sergio Schwaitzer. TRF 2ª Região. Agravante: União Federal. Agravado: Gabriel Wesley da Costa Araújo e outros.

A interpretação conferida à reserva do possível pelos Tribunais Regionais Federais é equivocada e, ainda, o que torna mais prejudicial tal tratamento, é a falta de fundamentação para afastá-la, de forma que, em muitos julgados, o relator contenta-se em apenas asseverar que a mera alegação da reserva do possível não é suficiente para ilidir a pretensão por determinado medicamento ou tratamento.

Sabe-se que não raro se percebe um despreparo dos procuradores e advogados da União em relação à necessidade de efetivamente comprovar o que se alega, o que corrobora esse julgamento sem cautela por parte dos juízes. Explica-se: a cláusula da reserva do possível não deve ser apenas um suporte teórico, uma tese levantada pelos representantes judiciais do Estado, mas deve ser efetivamente comprovada com base no orçamento do ente federativo. Como não se comprova e o juiz não busca, a cláusula da reserva do possível acaba se tornando uma tese de defesa obsoleta.

Assim, ao contrário do que muitos alegam, não se condena a cláusula da reserva do possível. Pelo contrário: propõe-se a sua devida utilização, pois esta é capaz, se corretamente utilizada, de dar maior racionalidade as despesas públicas e, conseqüentemente, proporcionar maior concretização aos direitos fundamentais.

Dessa maneira, é importante desmistificar o pensamento que entende a reserva do possível como argumento do Poder Público para furtar-se de seus deveres constitucionais, haja vista que, muito pelo contrário, às vezes, tal instituto serve como instrumento garantidor do núcleo essencial dos direitos fundamentais¹³. E isso tornar-se mais patente no campo da saúde, em virtude do número alto de demandas exigindo tratamentos e medicamentos dos mais diversos possíveis, conseqüentemente, tanto o legislador quanto o administrador e o juiz devem procurar racionalizar suas decisões a fim de se garantir o direito à saúde em sua máxima efetividade.

Por derradeiro, quando em discussão o direito à saúde de alguém, não se irá sopesar o direito em tela com cláusula da reserva do possível, pelo contrário, irá se ponderar o direito à saúde de uns com o direito à saúde de outros (BARROSO, 2007, p. 91). Na verdade, a reserva do possível pode servir como instrumento de concretização do núcleo essencial do direito à saúde.

¹³ V. REIS NOVAIS apud SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Direitos Fundamentais e Justiça*, nº 1, out./dez, 2007. p. 196.

5 CONCLUSÃO

Diante de tudo que foi exposto acima, é possível arrematar três conclusões.

A primeira conclusão refere-se ao tópico primeiro, no qual buscou-se analisar a evolução histórica do conceito de orçamento e, ademais, observou-se suas nuances políticas e jurídicas.

Hodiernamente, em relação ao Estado brasileiro o conceito de orçamento que se aplica é o programa, isto é, o instituto em tela não mais corresponde apenas ao mero equilíbrio econômico-financeiro das contas públicas, ao contrário, significa o controle das receitas e despesas para se atingir os fins propugnados pela Constituição.

E isso ocorre, justamente, em virtude da transição do Estado Liberal para o Estado Social, pois aquele era voltado, somente, para a administração da Justiça, do Poder de Polícia e dos direitos individuais; de outra banda, este - Estado Social - tem metas a serem perseguidas, visto que busca dar concretude as soluções imputadas aos problemas sociais.

No entanto, ressaltou-se que por causa dessa transmudação de finalidades do Estado, por corolário, há, irremediavelmente, mudança no arcabouço tributário.

Desse modo e já partindo para segunda conclusão, asseverou-se que todos os direitos têm custos para sua implementação, de tal modo que se pretendeu repelir a tese segundo a qual para efetivação dos direitos individuais é necessário apenas um *non facere* do Estado, enquanto para efetivar os direitos sociais é preciso um *facere* do Estado.

Ainda, demonstrou-se a sistematização conferida pelo Constituinte originário aos direitos sociais, especificamente, ao direito à saúde, de modo que não subsiste razão aos que tentam diferenciar o tratamento conferido aos direitos individuais em relação aos direitos sociais, porquanto a Constituição Federal de 1988 deu a mesma atenção as duas gerações de direitos.

Exemplo disso são ambas as gerações estarem positivadas no Título II da Lei Fundamental de 1988; além disso, notadamente quanto aos direitos sociais, estes deixaram de ser positivados na ordem social e econômica, o que rompeu com a tradição das Constituições pretéritas.

Quanto ao direito à saúde, a Constituição da República de 1988 suprimiu a seletividade posta pelas Constituições anteriores, uma vez que outrora só quem gozava de atendimento público de saúde era o trabalhador que contribuísse para a previdência, ou seja, o trabalhador formal.

Ademais, o art. 196 da CF/88 positivou o conceito positivo de saúde, que significa que o Constituinte entendeu que a proteção do direito em exame deve ser além da mera ausência de doença, de modo que a rede de salvaguarda do direito à saúde deve ser interligada com variados fatores, por exemplo, ambientais e sociais.

Por derradeiro, afirmou-se que os Tribunais Regionais Federais, quando da prestação jurisdicional referente ao direito à saúde, apoiam-se no Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, que trouxe balizas para as decisões relacionadas à prestação de medicamentos e/ou tratamentos.

Outrossim, apontou-se três conclusões em face do estudo das decisões dos Tribunais Regionais Federais, quais sejam, a) a responsabilidade solidária dos entes da federação, b) o afastamento do perigo de irreversibilidade como pressuposto da tutela antecipada e c) a interpretação conferida à cláusula da reserva do possível.

Mas apenas teceu-se comentários acerca da primeira e da última conclusão, por necessidade de corte epistemológico, indagando-se sobre qual era o objetivo do legislador quando repartiu as responsabilidades dos entes da federação por meio da Lei nº 8080/90 e se asseverou que a jurisprudência como um todo, salvo alguns julgados, considera tal divisão meramente formal, isto é, sempre poderá ser afastada em razão de determinada pretensão radicada no direito à saúde.

Alertou-se para o risco desse entendimento, elencando como exemplos a inobservância da Lei de Licitações e compras superfaturadas.

Por fim, quanto à reserva do possível, propôs-se nova interpretação a tal instituto, uma vez que sendo bem entendida poderá conferir maior racionalidade e concretude ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, notadamente o direito à saúde.

Isso em razão do fato de que, quando há determinada pretensão com fulcro no direito à saúde, não se está ponderando esta com a cláusula da reserva do possível, mas se está sopesando o direito à saúde de um com o direito à saúde de outro (s).

6 REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. **Revista da Defensoria Pública (SP)**, v.1, jul/dez. 2008. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/20/documentos/outros/Revista%20n%C2%BA%201%20Volume%201.pdf>>. Acesso em: 17 de dezembro de 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista Pensar**, v.18, n.3, set/dez.2013.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista da Procuradoria-Geral do Estad (RS)**, v.31, n. 66, jul/dez. 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Agravo de Instrumento nº 0014213-91.2015.4.02.0000. União Federal e Gabriel Wesley da Costa Araújo. Relator: Desembargador Federal Sergio Schwaitzer.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Agravo de Instrumento nº 0006300-58.2015.4.02.0000 União Federal e Pedro da Cunha Silveira. Relator: Desembargadora Federal Vera Lúcia Lima.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível nº 0001609-36.2013.4.01.3802/MG. União Federal, Estado de Minas Gerais, Município de Uberlândia e Edna Maria da Silva. Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação Cível nº 0047566-90.1999.4.03.6100/SP. Luciana Trindade de Macedo e União Federal. Relator: Juiz Federal Convocado Herbert de Bruyn.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível nº 0021111-24.2014.4.01.3803/MG. União Federal, Estado de Minas Gerais, Município de Uberlândia e Lazaro Machado da Silva. Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação/Reexame Necessário nº 0041212-28.2013.4.01.3800/MG. Estado de Minas Gerais, União Federal e Celio Rodrigues Justo. Relator: Juíza Federal Convocada Rogéria Maria Castro.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo de Instrumento nº 5028047-85.2016.4.04.0000/RS. União Federal e Edy Carlos. Relator: Desembargador Federal Fernando Quadros.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo de Instrumento nº 5028485-14.2016.4.04.0000/SC. Neri Sebastião e Estado de Santa Catarina. Relator: Juiz Federal Convocado Marcus Holz.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo de Instrumento nº 5027964-69.2016.4.04.0000/PR. Fabiola Guedes e União Federal. Relator: Desembargador Federal Cândido Alfredo.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo de Instrumento nº 5029050-75.2016.4.04.0000. Alceneo Jose e Estado do Paraná. Relator: Desembargador Federal Ricardo Teixeira.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Agravo de Instrumento nº 0015135-08.2015.4.03.0000/SP. União Federal e Ministério Público Federal. Relator: Desembargador Federal Antonio Cedenho.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível nº 0041273-22.2013.4.01.3400/DF. União Federal e Marize Souza. Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Agravo de Instrumento nº 0004938-14.2016.4.01.0000/MA. União Federal, Estado do Maranhão e Raquel Silva. Relator: Desembargador Federal Kassio Nunes Marques.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação/Reexame Necessário nº 0002717-91.2013.4.01.4000/PI. União Federal, Estado do Piauí, Município de Luiz Gonzaga e Maria das Graças. Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação Cível nº 0003897-40.2006.4.03.6100/SP. União Federal, Estado de São Paulo, Município de São Paulo e Ministério Público Federal. Relator: Desembargadora Federal Consuelo Yoshida.

CONTI, José Maurício. **Direito Financeiro na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

DOMINGUES, José Marcos. Tributação, Orçamento e Políticas Públicas. **Revista dos Tribunais online**.

FRASCATI, Jacqueline Sophie. A força jurídica dos direitos sociais, econômicos e culturais a prestações: apontamentos para um debate. 2008. **Revista dos Tribunais Online**.

FURTADO, Celso. **Introdução ao desenvolvimento**: enfoque histórico-estrutural. 3. ed. Rio de Janeiro: paz e Terra, 2000.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUSA, André Evangelista de; A judicialização do direito à saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamento e insumos terapêuticos por via judicial: critérios e experiências. **Âmbito Jurídico**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=4182&n_link=revista_artigos_leitura>. p. 5. JONER, Gabriel. Os custos dos direitos: quem paga a conta do Estado Social? **Revista dos Tribunais online**.

LEITE, Antônio de Oliveira. Orçamento Público, em sua feição política e jurídica. 1971. **Revista dos Tribunais Online**.

LEITE, Harrison Ferreira. Segurança Jurídica do Orçamento Público e sua alteração. **Revista dos Tribunais Online**.

LEITE, Harrison Ferreira. Segurança Jurídica e Elaboração do Orçamento Público. **Revista dos Tribunais online**.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”, in: SARLET, Ingo Wolfgang (org.); TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

MARCÍLIO, Carlos Flávio Venâncio. O custo dos direitos e a concretização dos direitos sociais. **Revista dos Tribunais online**.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 14. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2016.

NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. **Revista Direito Mackenzie, ano 3, nº 2**.

OLIVEIRA, Kátia Cristine Santos de; COSTA, Jamille Coutinho. Direito à saúde: da (in)efetividade das políticas públicas à sua Judicialização como forma de garantir o mínimo existencial. **Revista dos Tribunais online**.

PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanzola. Justiciabilidade dos Direitos Sociais e Econômicos no Brasil: desafios e perspectivas. **Revista Iberoamericana de Filosofia, Política y Humanidades, nº 15, abril de 2006**.

RUBIM, Thiago Freitas. **Delimitação do sentido normativo dos princípios da universalidade, integralidade equidade do direito à saúde como parâmetro mitigador da judicialização excessiva**. Monografia (graduação). Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Direitos Fundamentais e Justiça, nº1, out/dez, 2007**.

SCAFF, Fernando Facury. **Justiça constitucional e tributação**. São Paulo: Dialética, 2005.

SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. Elementos para uma teoria dos deveres fundamentais: uma perspectiva jurídica. **Revista dos Tribunais online**.

TORRES, Ricardo Lobo. O princípio constitucional orçamentário da não-afetação. **Revista de Direito do Estado**. Ano 2, n. 6, p. 229-246, abr./jun., 2007.