

ATIVISMO JUDICIAL, RESERVA DO POSSÍVEL E O DIREITO À SAÚDE

René Zamlutti Júnior

O presente trabalho tem por objetivo analisar o fenômeno que se tornou conhecido como *ativismo judicial*, bem como seus desdobramentos e suas consequências no âmbito do Direito brasileiro, em especial na área do direito à saúde.

O problema a ser abordado pode ser resumido da seguinte maneira: em que medida é lícito ao Poder Judiciário dar concreção a direitos fundamentais constitucionalmente previstos (notadamente direitos fundamentais sociais, como o direito à saúde), sobrepondo sua concepção de concreção de tais direitos àquelas emanadas dos demais Poderes? Uma intervenção dessa natureza não implica uma violação aos princípios constitucionais da igualdade, da isonomia e da separação de Poderes? Finalmente, os argumentos usualmente invocados pelo Poder Público (notadamente os Poderes Legislativo e Executivo) para justificar a inviabilidade de concretização do direito à saúde, ancorados principalmente na chamada reserva do possível, têm força suficiente para fundamentar o afastamento da atividade jurisdicional nessa seara, nos moldes que vem sendo praticada pelo Judiciário brasileiro como um todo?

São questões que, evidentemente, não encontram uma única resposta. O que se pretende é apresentar uma solução possível, que espouse um entendimento mais harmônico com a Constituição (numa análise sistemática de seu texto) do que aquele atualmente adotado pelo Judiciário de modo geral¹. Para tanto, é necessário entender o direito à saúde à luz da atual realidade constitucional brasileira, contextualizando-o adequadamente.

O século XX foi palco das mais drásticas e intensas mudanças sociais que a Humanidade já testemunhou. Não há registro de outro século que tenha sido marcado por tantas transformações, em tão vertiginosa velocidade. Dos horrores oriundos de duas guerras mundiais ao assombroso desenvolvimento tecnológico, passando pela constatação da falência de sistemas políticos e econômicos anteriormente consagrados, a Humanidade demonstrou uma capacidade quase inesgotável de reformular-se incessantemente, em praticamente todas as esferas do conhecimento humano, não apenas em relação à técnica, mas também quanto a valores éticos, ideológicos e culturais.

¹ Para facilitar a concretização da argumentação exposta, o presente trabalho terá por objeto especificamente a Constituição brasileira de 1988 e as decisões do Judiciário brasileiro.

Sendo o Direito um fruto social, não surpreende que seu perfil tenha, igualmente, sido constantemente redesenhado. No campo do Direito Público, as relações entre o Estado e os cidadãos alteraram-se substancialmente. O apogeu e subsequente declínio do positivismo jurídico, a consagração dos Estados Constitucionais, a consolidação dos direitos sociais como partes integrantes das Constituições (em especial a partir das Cartas do México e de Weimar, de 1917 e 1919, respectivamente), são alguns dos incontáveis exemplos que demonstram o quanto, e com que velocidade, o mundo mudou.

Dentre as várias consequências desse processo, merece destaque, para os fins ora propostos, a relevante evolução da hermenêutica constitucional.

Nesse tocante, Luís Roberto Barroso² elucida com brilhantismo os três marcos fundamentais (histórico, teórico e filosófico) do chamado neoconstitucionalismo. O marco histórico, afirma o autor; o marco filosófico, o pós-positivismo; e, finalmente, o marco teórico consiste no reconhecimento da força normativa das Constituições, na expansão da jurisdição constitucional e no desenvolvimento de uma nova dogmática constitucional.

A superação do positivismo fez com que o Judiciário deixasse de ser visto como a mera “boca da lei”, a quem incumbia apenas e tão somente dizer o direito “posto”. Não raro as fronteiras que separam Judiciário, Legislativo e Executivo perdem nitidez, em razão da complexidade das questões levadas a juízo e das soluções que se lhes impõem.

Sintoma dessa mudança de pensamento, já adotada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) (com cada vez mais entusiasmo), é a modificação do entendimento do Pretório Excelso acerca dos efeitos do Mandado de Injunção. Demonstram-no as decisões proferidas nos Mandado de Injunção nº 670/ES, nº 708/PB e nº 712/DF, mediante os quais o STF, adaptando a lei nº 7.783/89 às circunstâncias peculiares ao funcionalismo, supriu a mora legislativa oriunda da determinação prevista no artigo 37, inciso VII da Constituição Federal, jamais regulamentado pelo legislador ordinário. As decisões concretistas verificadas em tais ações evidenciam uma disposição do Judiciário de participar mais ativamente do cotidiano dos cidadãos.

Esse maior espectro de atuação do Judiciário, decorrente do perfil dirigente da Constituição brasileira, é positivo e, ao contrário do que afirmam alguns, não enfraquece as demais instituições públicas – antes fortalece o Poder Público como um todo.

A despeito disso, eventuais distorções nessa nova forma de atuar têm levado o Judiciário a imiscuir-se em esferas nas quais sua atuação há de ser mais restrita, sob pena de criar

2 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. v.63/64, p. 3-14.

uma situação insustentável na realidade concreta.

Exemplo dessa distorção é o tratamento que vem sendo dado pelo Judiciário à questão da prestação de serviços públicos pelo Estado. Essa distorção tende a gerar gravíssimos impactos na realidade e a tornar ainda mais precários os serviços que o Estado tem o dever constitucional de prestar à sociedade. Emblemática, nesse sentido, é a interpretação que vem sendo dada pelo Pretório Excelso ao artigo 196 da Constituição Federal, *verbis*:

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 igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

O direito à saúde, como corolário do direito à vida, é, portanto, um direito fundamental, embora a prestação de serviços de saúde deva ser concretizada “mediante políticas públicas e econômicas”, conforme o mandamento constitucional.

Ocorre que a implementação de qualquer direito público de natureza social implica custos para o Estado, porquanto decorre da natureza prestacional que marca os chamados direitos fundamentais de segunda geração. Assim, cabe ao Legislativo e ao Executivo atuar no sentido de dar concreção a tais direitos, tendo em vista as limitações orçamentárias com as quais o Estado tem de lidar.

Diante de tal circunstância, surge um conflito entre o indivíduo, que pleiteia um determinado direito à prestação de um serviço de saúde ou ao fornecimento de um determinado medicamento, e o Estado, que dispõe de uma verba limitada para a prestação de serviços de tal natureza a toda a coletividade.

É nesse sentido que a Administração Pública, instada a responder as demandas propostas no terreno da saúde, amiúde invoca a denominada “reserva do possível” como justificativa para a impossibilidade de suprimento de todas as necessidades que se lhe apresentam. Contudo, o STF – secundado pelas demais instâncias nacionais do Poder Judiciário – tem adotado uma postura maximalista em relação à efetividade dos direitos fundamentais de cunho social, postura esta que, conquanto resulte numa análise mais superficial, na efetivação de um determinado direito fundamental social *em relação a um indivíduo* (que leva a pretensão ao Judiciário), acarreta, por outro lado, consequências drásticas à coletividade, que se vê desprovida de um recurso inicialmente afetado a toda a comunidade, mas que resta destinado, por força de decisão judicial, a uma única pessoa.

É paradigmático, nesse sentido, o voto do ministro Celso de Mello no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 393.175-0, no qual afirma:

Tal como pude enfatizar em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet. 1.246/SC), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput, e art. 196) ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas.

Com base em decisões desse jaez, o Judiciário pátrio, de um modo geral, tem deferido pedidos formulados em ações relativas à área da saúde, determinando a realização de determinados tratamentos, e a compra de certos medicamentos, concretizando assim o direito previsto no artigo 196 – e, por consequência, assegurando aquele previsto no *caput* do artigo 5º. As decisões mencionadas são invocadas com frequência nos juízos de primeira instância e nos tribunais estaduais, sendo lícito afirmar que o entendimento em tela é francamente majoritário por todo o País³.

Ocorre que, ao contrário do que entendem os ministros do STF, o conflito que surge a partir da situação narrada não contrapõe o direito à saúde ao orçamento, nem se trata, como sustentam alguns, de conflito entre o direito à vida e o princípio da separação dos Poderes. Com efeito, os direitos que se contrapõem na espécie são o direito à vida (direito à saúde) e o direito à igualdade (princípio da isonomia).

Luís Roberto Barroso, nesse tocante, observa com argúcia que não se está diante de um embate entre o direito à vida e o princípio da separação dos Poderes, mas sim uma contraposição entre “o direito à vida e à saúde de uns *versus* o direito à vida e à saúde de outros”⁴.

Com efeito, sendo certo que os recursos de que dispõe o Estado para dar cumprimento a todas as demandas constitucionalmente previstas são escassos, o legislador e o administrador se veem cotidianamente diante de *escolhas difíceis*, concernentes à destinação do capital arrecadado para atender da melhor maneira possível o interesse público primário.

A previsão orçamentária relativa à área da saúde, desde que atenda aos ditames constitucionais e respeite os patamares que a legislação lhe impõe, tem por destinação toda a coletividade que não pode arcar com os serviços privados de saúde. Sendo notória a escassez, é evidente que os serviços públicos em todas as áreas, notadamente na área da saúde,

3 Há exceções pontuais como, por exemplo, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Mas a regra geral consiste na absoluta desconsideração do aspecto orçamento à luz do direito à vida e à saúde.

4 BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=52582>.

não terão o condão de satisfazer integralmente as necessidades sociais. Impõe-se ao Poder Público, contudo, otimizar os recursos disponíveis para atender, com a maior qualidade e eficiência possíveis, a demanda que se lhe apresenta nessa esfera.

A concessão judicial de pleitos individuais na área da saúde, por ter um custo (jamais levado em conta pelos juízes, já que, como demonstrado, a jurisprudência tende a considerar o aspecto orçamentário uma questão menor no cotejo com o supremo direito à vida), implica uma retirada do capital destinado à coletividade para o suprimento de uma necessidade individual. A concessão indiscriminada de todo e qualquer pleito que envolva a área da saúde, baseada na apriorística supremacia do direito à vida sobre o orçamento, estimula a propositura de um número cada vez maior de ações judiciais, agravando ainda mais o quadro apresentado.

Nesse sentido, merece atenção a notícia, veiculada pelo jornal Valor Econômico (edição de 16 de agosto de 2007), dando conta de que 50% do orçamento destinado à saúde no Estado do Rio Grande do Sul encontram-se comprometidos com a compra de medicamentos por força de decisões judiciais oriundas de demandas individuais⁵. Em outra notícia, publicada no jornal O Estado de São Paulo, edição de 28 de abril de 2011, foi apontado um aumento de 5.000% nos gastos do Ministério da Saúde para cumprir decisões judiciais que determinavam o fornecimento de medicamentos pelo Poder Público. A notícia informa ainda que foram gastos R\$ 2,24 milhões em 2005, contra R\$ 132,58 milhões em 2010⁶.

Ainda menos democrática se afigura a situação quando se constata que a concretização das políticas públicas mediante demandas individuais privilegia quem chega primeiro ao Judiciário. Vale dizer, ao contrário do que deve ocorrer com uma política pública (fornecida *uti universi* pelo Estado), a prestação social conferida pelo Judiciário privilegia quem a ele acode quando ainda há recursos para tanto (embora, repita-se, tal circunstância costume ser desconsiderada pelos juízes). Na eventualidade de restarem exauridos os recursos (caso o ente público consiga demonstrá-lo ao juiz), quem chegou primeiro será beneficiado, enquanto que aqueles que chegaram depois já não lograrão a procedência de seu pleito – ao menos não lograrão concretizá-lo, ainda que obtenham uma sentença favorável. Perante um Estado absolutamente falido, que força teria, por exemplo, a aplicação de *astreintes*? De que modo um precatório sanaria uma urgência na área da saúde?

Causa espécie que, a despeito da obviedade dos argumentos ora expostos, a maioria dos juízes deliberadamente ignore tais possibilidades.

5 Disponível em: <<http://www.valoronline.com.br>>. Acesso em: xx mês. xxxx.

6 Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,sobe-5000-gasto-do-governo-com-remedio-via-justica,711958,0.htm>>.

Outras circunstâncias agravam ainda mais o já trágico quadro.

Talvez a mais grave circunstância consista no fato de os juízes tomarem suas decisões sem atentar minimamente para a questão orçamentária, como se – parafraseando o ministro Celso de Mello – esta fosse uma questão menor, que jamais poderia ser contraposta ao sacrossanto direito à saúde. De nada adianta o ente estatal alegar e comprovar a falta de recursos – entende o Judiciário que a questão sequer tem lugar, dada a fundamentalidade do direito à saúde.

Ocorre que nas raras ocasiões em que o juiz dá-se ao trabalho de analisar a peça orçamentária para aferir a veracidade das alegações de falta de recursos, falta-lhe o conhecimento técnico necessário para tanto. Esse conhecimento técnico nem sempre pode ser suprido pela prova pericial, pois amiúde as demandas que envolvem prestações relativas ao direito à saúde envolvem questões mais complexas do que a mera análise da adequação de um tratamento. Um perito da área da Saúde poderia afirmar ao juiz, por exemplo, que o tratamento A é mais eficaz que o tratamento B. Mas não seria capaz de avaliar o custo-benefício de cada tratamento à luz das reservas estatais destinadas à sua concretização.

Desse modo, mesmo decisões em demandas coletivas, que se revestiriam de um pouco mais de legitimidade, exigiriam uma competência técnica da qual o juiz não dispõe. A mais clara evidência disso está no fato de que uma lei orçamentária é produzida por uma quantidade gigantesca de pessoas, das mais diversas áreas técnicas. Equiparar esse trabalho descomunal, e as inúmeras análises levadas a efeito para que se chegue a um resultado minimamente razoável, ao trabalho intelectual de um único magistrado, por mais brilhante que seja, evidencia a dificuldade do problema.

A despeito de o Judiciário vir decidindo sem atentar para o impacto que tais decisões têm na realidade concreta (em especial da realidade orçamentária dos entes estatais), não é difícil vislumbrar as consequências que a manutenção do entendimento ora vigente terão a longo prazo.

É indiscutível que o volume de demandas individuais – e, por conseguinte, das decisões judiciais que delas emanam – na área da Saúde têm crescido dia a dia. O impacto orçamentário já se faz sentir de forma substancial, como demonstram os dados anteriormente apontados. A diminuição dos recursos destinados às políticas públicas tenderá a elevar o volume de ações judiciais, criando um círculo vicioso.

Essa elevação do número de ações individuais fará com que, na prática, a “fila” que hoje se forma frente ao Executivo e ao Legislativo seja redirecionada para o Judiciário – com o agravante de que este último Poder, ao contrário do Executivo e do Legislativo, age

apenas mediante provocação, e, na maioria dos casos, resolve conflitos individuais sem a preocupação de uma resolução geral do problema, que só pode ser atingida mediante a implementação de políticas públicas.

E como os recursos são de fato escassos, se esse deslocamento (que já existe) atingir dimensões significativas, cedo ou tarde o Judiciário será obrigado a reconhecer o exaurimento dos recursos – já que só é possível ignorar a realidade da escassez em uma determinada escala. É óbvio que, como o gasto da solução de uma questão individual supera em muito o custo do gasto para a solução de um problema comum (ainda que essa solução não seja a ideal), esse exaurimento tenderá a ser alcançado de forma mais acelerada, levando ao colapso das contas públicas – colapso esse cuja realidade demonstra ser iminente, e que se agrava dia a dia por conta das decisões judiciais que resultam em remanejamento não planejado de recursos inicialmente destinados à implementação de uma política pública.

Se e quando a situação chegar a esse ponto, que poderá fazer o Judiciário para solucionar a miríade de anseios, individuais e coletivos, não supridos? É evidente que não poderá criar dinheiro como num passe de mágica.

Ante tais circunstâncias, resta claro que a situação criada pelo Judiciário, oriunda de seu entendimento acerca da aplicabilidade do direito à saúde, representa, quando muito, um paliativo que não apenas não resolve, como agrava ainda mais o problema. Daí decorre a necessidade de se buscar uma resposta mais adequada do que a que se apresenta hoje.

O que se verifica é que, a despeito da necessidade de uma maior participação do Judiciário nas questões sociais, não se pode sustentar um entendimento que, em última análise, implique uma substituição da “escolha” do Legislativo e do Executivo, no que tange à destinação de verbas públicas para o atendimento da imensa gama de demandas sociais constitucionalmente previstas, por outra “escolha”, feita pelo Judiciário, mormente porque tal escolha não passaria pelo processo legislativo levado a cabo pelos representantes eleitos do povo, e ainda porque o Judiciário não dispõe do aparato técnico necessário à ponderação de todos os aspectos envolvidos em tais questões, não podendo, por conseguinte, substituir a discricionariedade do Legislativo e do Executivo por uma outra de si emanada⁷. Como se não bastasse, o modo pelo qual o Judiciário vem dando concreção ao direito à saúde implica a pior das escolhas possíveis: a escolha de favorecer uns poucos privilegiados em detrimento dos muitos que não têm acesso ao Judiciário e que, por sua involuntária inércia, veem-se privados dos recursos originariamente destinados a políticas sociais, e que, apesar disso, são gastos no resultado de demandas individuais.

⁷ Tal não significa um reavivamento da já superada tese de impossibilidade de apreciação pelo Judiciário de aspectos da discricionariedade da Administração Pública. O que não se pode admitir é a substituição de uma discricionariedade por outra, oriunda, ainda por cima, de órgão não eletivo. O tema será desenvolvido no decorrer do trabalho.

Mas é inequívoco que as normas constitucionais – todas, e com maior ênfase aquelas que preconizam direitos fundamentais – são dotadas de normatividade. Mais que isso: o § 1º do artigo 5º da Constituição Federal determina peremptoriamente que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Diante de tais circunstâncias, o entendimento ora esposado não implicaria o esvaziamento das normas constitucionais que impõem ao Estado o dever de garantir a saúde de seus cidadãos? Tal não significaria retirar a normatividade dos artigos constitucionais que garantem o direito à saúde e, em última análise, à vida?

A resposta a tais questões é negativa. O Judiciário não só pode, como deve, ser um ator participante na construção social, e a maior parte desse papel é desempenhada na solução de demandas, individuais e coletivas. Assim, sem que se pretenda afastar a atuação do Poder Judiciário em relação a demandas de tal natureza, a solução que se propõe propugna antes de tudo por uma reformulação na forma de atuação dos juízes. Reformulação esta que, repita-se, não figura como solução definitiva ou peremptória, pretendendo-se, ao revés, apenas um passo na direção que parece ser a mais apropriada. Para tanto, é preciso, antes de mais nada, compreender com exatidão o perfil que a Constituição Federal atribui ao direito à saúde.

Este vem delineado na Constituição Federal de 1988 em diversos dispositivos, a começar pelo *caput* do artigo 6º (como corolário do direito à vida previsto no *caput* do artigo 5º), sendo, ainda, reservada ao tema toda a Seção II do Capítulo II do Título VIII (“Da Ordem Social”) da Magna Carta, que abrange os artigos 196 a 200.

Merece destaque a norma contida no artigo 196, por trazer a orientação geral que o Constituinte estabeleceu para a matéria, e que determina que 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 o acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. Também têm relevo, para o presente estudo, as normas contidas no § 2º e no inciso I do § 3º, ambos do artigo 198, que determinam percentuais de seus recursos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, em ações e serviços públicos de saúde, bem como o artigo 77 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), acrescentado pela Emenda Constitucional nº 29/2000, que deu mais concretude a tais comandos. A regulamentação do Sistema Único de Saúde (SUS) foi levada a cabo mediante a promulgação da lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Além disso, inúmeros outros diplomas legais se seguiram a tal diploma, estabelecendo minucioso desenho para o sistema.

Verifica-se, portanto, que o ordenamento jurídico delineou os parâmetros mínimos de atuação dos órgãos públicos na área da Saúde, fazendo-o de forma mais concreta e objetiva

a partir da promulgação da EC nº 29/2000. Vale dizer, ao estabelecer patamares mínimos de alocação de recursos para a área da Saúde, o legislador constituinte – formado, é bom lembrar, pelos representantes eleitos do povo – traçou uma linha divisória que permite discernir com clareza a ocorrência ou não, nas três esferas da Federação, da chamada “mora inconstitucional”. Não obstante, o Judiciário brasileiro não se vale do arcabouço jurídico delineado por tais normas, atendo-se a uma interpretação simplista do artigo 196 da Constituição Federal, e levando aos problemas já apontados.

Há que se lembrar que é a verba pública que, destinada à coletividade, viabiliza o estabelecimento de políticas públicas, tendo em vista alcançar o acesso universal igualitário às ações e serviços de saúde. Suponha-se, porém, um ente federativo que tenha, em seu orçamento, a previsão de R\$ 100 mil para a área da saúde, destinados à implementação de políticas públicas nesse setor para uma população de mil habitantes, e que tal valor se encontre em conformidade com os patamares mínimos constitucionalmente traçados. Figure-se a hipótese de que, desta população, dois indivíduos proponham demandas individuais, buscando a obtenção de um tratamento mais eficaz do que o usualmente prestado pela rede pública, embora bem mais caro. Imagine-se, finalmente, que a procedência das duas ações implique, nos tratamentos individuais dos dois litigantes, uma despesa pública de R\$ 25 mil.

Esses dois litigantes terão, sem sombra de dúvida, alcançado a realização da promessa constitucional inserta nos artigos 6º e 196 da Constituição Federal. Por outro lado, o conjunto dos outros 998 indivíduos, que disporia, num primeiro momento, de uma verba de R\$ 100 mil para a implementação de políticas públicas, passaria a dispor somente de R\$ 75 mil – valendo lembrar que, em tal caso, os dois litigantes individuais também gozariam dos benefícios oriundos da implantação de uma política social de saúde voltada a toda a população.

Constata-se, portanto, uma clara violação ao princípio constitucional da igualdade, violação esta evidente nas decisões do STF anteriormente analisadas. Como se não bastasse, diante do fato de que as decisões judiciais, ao reconhecer procedência a toda e qualquer demanda individual relativa à área da saúde, desarticulam os cálculos orçamentários originalmente previstos pela Administração Pública, na medida em que impõem ao órgão estatal uma despesa inicialmente não planejada, impõe-se a conclusão de que o quadro que hoje se verifica resulta também num abalo ao princípio constitucional da eficiência, imposto à Administração Pública por força do *caput* do artigo 37 da Constituição Federal.

Forçoso reconhecer, por conseguinte, que a corrente de pensamento que hoje prevalece no Judiciário não logra cumprir os ditames constitucionais, já que, à medida em que supre uma determinação constitucional (sempre de forma individual, ressalte-se), descumpre di-

versas outras (igualdade, eficiência etc.), violando assim também o princípio (não expresso no texto constitucional, mas que inequivocamente o permeia em todos os seus dispositivos) da supremacia do interesse público (primário, é bom salientar) sobre o particular.

As expressões “garantido mediante políticas sociais e econômicas” e “acesso universal igualitário”, constantes do artigo 196 da Constituição Federal, conformam o perfil que o legislador constituinte atribuiu ao direito à saúde e revelam que, ao contrário do que vem entendendo a jurisprudência, a solução a ser dada à questão há de vir por meio de medidas que tenham por alvo a coletividade.

No que tange à relação que a reserva do possível guarda com os direitos fundamentais, é possível identificar na doutrina duas correntes contrapostas.

A primeira corrente, defendida, entre outros, por Jairo Gilberto Schäfer, entende que a reserva do possível é um elemento que integra a estrutura dos direitos fundamentais, compondo, assim, seu próprio perfil. Também são defensores dessa primeira corrente Gustavo Amaral e Danielle Melo.

A segunda corrente, que tem entre seus principais defensores Ingo Wolfgang Sarlet, espousa entendimento diametralmente oposto, ou seja, no sentido de que a reserva do possível não integra a estrutura dos direitos fundamentais.

Releva observar que o conceito de “políticas sociais e econômicas” (expresso no artigo 196 da Constituição Federal) traz em sua essência a necessidade de que estas venham a ser implementadas mediante a alocação de recursos públicos. A Carta de 1988 não deixa dúvidas acerca do sistema econômico estabelecido no Brasil e, embora permita a atuação de particulares na área da saúde, impõe fundamentalmente ao Estado o dever de implementar políticas públicas que levem à concretização da promessa constitucional.

O sistema econômico brasileiro, capitalista e garantidor da propriedade, foi estruturado de modo a que o Poder Público sobreviva e cumpra suas obrigações junto à sociedade prioritariamente mediante o pagamento de tributos. É com o uso dos recursos provenientes da tributação que o Estado se desincumbirá dos encargos a si atribuídos pela Constituição Federal.

Se é assim, e tendo em vista o indiscutível fato de que a Constituição, além de estabelecer todo o sistema tributário (desenhando a forma pela qual o Estado abastecerá seus cofres), atribui ainda uma série de obrigações, nas mais diversas áreas, ao ente público, não resta dúvida de que a existência de recursos é elemento que integra a estrutura dos direitos fundamentais como um todo. Por conseguinte, a escassez de recursos há de ser inevitável-

mente considerada, a fim de que se verifique se o Poder Público está ou não a cumprir seus desideratos constitucionais. Entendimento diverso do ora esposado implicaria reconhecer aos direitos fundamentais não uma natureza constitucional, mas supraconstitucional.

Finalmente, vale lembrar que a Constituição Federal de 1988 traçou parâmetros mínimos para a atuação do Poder Público (artigo 77 do ADCT), trazendo assim um elemento que permite aferir, com alguma objetividade (embora este seja apenas um elemento a ser analisado, não o único), a disposição do Poder Público em cumprir as determinações constitucionais relativas ao tema⁸. Apesar disso, como visto, o Judiciário continua a adotar uma posição apriorística em defesa do direito à saúde e à vida dos litigantes individuais.

O princípio da dignidade da pessoa abarca em seu bojo uma série de direitos, dentre os quais a vida e a saúde. Ocorre que a dignidade de um ser humano não pode ser garantida à custa da dignidade de inúmeros outros, todos titulares dos mesmos direitos.

Se a supremacia do direito à vida sobre os demais direitos não se encontra prevista numa regra, tratando-se, ao revés de princípios em confronto, há que entrar em palco a ponderação consagrada por Robert Alexy em sua “Teoria dos Direitos Fundamentais”, método hermenêutico que impõe, em caso de colisão, a aferição do princípio prevalente no caso concreto. Como as questões envolvendo o direito à saúde englobam incontáveis variações, essa posição apriorística evidencia que os juízes, ao julgar tais demandas, já partem de uma falsa premissa – a da supremacia absoluta, e não *prima facie*.

A tentativa de estabelecer uma hermenêutica mais afinada com os ditames da Constituição Federal de 1988 não prescinde do reconhecimento da força normativa de seus dispositivos. Antes toma esse reconhecimento como premissa fundamental.

Em linhas gerais, a nova hermenêutica proposta consiste em adotar soluções que privilegiem o coletivo ao invés do individual, sem que isso implique o afastamento da atuação jurisdicional nas questões envolvendo a matéria.

Há inúmeros modos de fazê-lo, sendo o mais eficaz o emprego de ações coletivas que tenham por objeto a própria lei orçamentária. A Constituição de 1988 trouxe em seu bojo um significativo arsenal para a tutela coletiva de direitos, tais como o Mandado de Injunção, as ações objetivas de constitucionalidade, o Mandado de Segurança coletivo etc.

⁸ Acresce lembrar que mesmo os direitos fundamentais individuais têm um custo para o Estado. Todos os direitos têm custos, ainda que estes possam ser aferidos de forma mais direta em alguns casos. Seja como for, tendo em vista que o objeto do presente trabalho é um direito fundamental social (talvez o mais importante, porque corolário do direito à vida), a argumentação ora exposta pretende focalizar a alocação de recursos nessa área específica, sendo inviável, para as dimensões de um trabalho desta natureza, o aprofundamento da questão em relação aos direitos fundamentais individuais.

O uso dessas ações coletivas como via preferencial, conquanto não exclusiva (ou seja, sem que se descarte totalmente o emprego de demandas individuais), e o reconhecimento da ação individual como exceção e não regra, atenderiam com muito mais eficácia todos os ditames constitucionais que cercam a matéria.

Para melhor analisar as consequências de uma eventual adoção dessa nova postura, convém distinguir três hipóteses em que a atuação do Judiciário se faz necessária:

a) a hipótese de omissão do Poder Público;

b) a hipótese de o Estado garantir a saúde de forma insuficiente, fora dos parâmetros que o ordenamento jurídico (Constituição Federal e legislação infraconstitucional) lhe impõe;

c) a hipótese de o Estado garantir a saúde de forma insuficiente, conquanto aja dentro dos parâmetros que o ordenamento jurídico lhe impõe.

Destarte, na hipótese de o ente federativo não destinar recurso algum para a área da saúde, afigura-se impossível invocar o argumento da reserva do possível como defesa em face de ações judiciais, tanto coletivas quanto individuais, tendo em vista que o ente federativo estará em mora inconstitucional. Vale lembrar, contudo, que a hipótese em tela dificilmente se verificará na prática.

A segunda hipótese é a de o ente público destinar à saúde uma verba inferior àquela constitucionalmente determinada. Se tal ocorrer, a melhor solução é a propositura de ações coletivas a fim de que o ente público supra a mora inconstitucional – que, nesse caso, não será absoluta como a figurada na hipótese anterior, mas parcial. Tal hipótese, embora tenha maior possibilidade de ocorrer do que a primeira, também não é muito usual.

A terceira hipótese, que consubstancia a maioria absoluta dos casos, é mais complexa e exige uma ponderação mais elaborada. Supondo que o ente público cumpriu as determinações da Constituição Federal, destinando à implementação de políticas públicas na área da Saúde recursos nos termos elencados pelo artigo 77 do ADCT, é legítima a intervenção do Judiciário, se a implementação da política pública não supre todas as necessidades sociais? É lícita a propositura de demandas individuais?

Dada a complexidade da questão, releva valer-se de um exemplo concreto, no caso, o orçamento do Estado de São Paulo.

As leis orçamentárias do Estado de São Paulo dos anos de 2007, 2008 e 2009 recebe-

ram os números 12.549/2007, 12.788/2007 e 13.289/2008, respectivamente⁹. Em todas elas é possível constatar não apenas a adequação de tais diplomas à determinação constitucional, mas também que os valores destinados à saúde superam significativamente os patamares mínimos. Com efeito, nos três anos apontados, constata-se a destinação de recursos que superam os 10% não das receitas mencionadas no artigo 77 do ADCT, mas da receita total do Estado de São Paulo, que, como é sabido, abarca diversas outras fontes de receita (taxas, contribuições de melhorias, entes da administração indireta, imóveis locados etc.). Portanto, em tal hipótese, verifica-se o pleno cumprimento do preceito constitucional.

Não há dúvida, contudo, de que o sistema de saúde no Estado de São Paulo, assim como no resto do País, padece de severas deficiências. Ocorre que os recursos públicos têm por objetivo suprir inúmeras obrigações constitucionalmente atribuídas aos Estados, além daquela relativa à saúde – segurança, educação, moradia são apenas alguns dos inúmeros deveres que o constituinte atribui ao Estado.

Diante do fato de que a determinação constitucional relativa a patamares mínimos de aplicação de recursos na área da saúde resta cumprida, cumpre indagar: é lícito ao Judiciário, mesmo no caso de uma ação coletiva, interferir no planejamento administrativo estatal, chegando mesmo a substituí-lo?

É de ressaltar, ainda, o perigo que cerca a atribuição ao juiz da prerrogativa de substituir escolhas axiológicas feitas pelos representantes eleitos do povo por valorações próprias, ainda que fundamentadas na Constituição – principalmente se as escolhas do Legislativo e do Executivo também encontrarem fundamento na Constituição, o que só ocorre nos casos que o patamar orçamentário mínimo é respeitado.

Tal não significa a inviabilidade de atuação do Judiciário em tal seara. A solução mais adequada que se apresenta, a fim de garantir a maior eficácia possível à Constituição (respeitando assim o princípio da maior efetividade possível das normas constitucionais) consiste em questionar, mediante ações coletivas, a lei orçamentária antes de sua aprovação.

A solução que se apresenta não resolveria inteiramente o problema, mas lhe daria uma resposta mais adequada do que a atualmente fornecida pelo Judiciário.

As ações coletivas decorrem de um processo que levou a sociedade a uma participação maior na vida política, econômica e jurídica do País. Ações Civas Públicas, Mandados de Injunção, Mandados de Segurança e as chamadas ações objetivas de constitucionalidade em regra têm, por polo ativo, a própria sociedade (geralmente representada pelo Ministé-

⁹ Disponível em: <<http://www.planejamento.sp.gov.br>>. Acesso em: xx mês. xxxx.

rio Público e, mais recentemente, pela Defensoria Pública), ou parcelas desta (representas por associações e instituições afins). Quando a sociedade impugna uma determinada lei orçamentária, afirma para seu representante eleito que não concorda com a escolha axiológica feita por ele, que sua valoração de prioridades não condiz com a de seus representados. Agindo dessa forma, é a própria sociedade, amparada pelo Judiciário (e não o Judiciário em si), quem faz valer sua vontade perante o Legislativo e o Executivo. Consubstancia a prevalência do interesse público primário sobre o secundário.

Em tais circunstâncias, é conveniente que o Judiciário não faça valer sua discricionariedade em face da do administrador público, mas que, ao revés, limite-se a inviabilizar aquele caminho, dando ao próprio administrador que, afinal, está lá para isso, a oportunidade de rever suas escolhas e buscar outras, mais afinadas com a vontade popular.

No que tange às demandas individuais, há que se reconhecer sua viabilidade, contudo, sua procedência haveria de ser excepcionalíssima, a ser concedida apenas diante da absoluta inércia do ente estatal, ou do insucesso das demandas coletivas. O que se verifica hoje é exatamente o contrário: a procedência da demanda individual é a regra absoluta, praticamente isenta de exceções, não importando o valor ou a relevância do tratamento, nem a condição socioeconômica do litigante. É justamente a esse quadro, e às nefastas consequências que dele decorrem (mostradas ao longo do presente trabalho), que se pretende ofertar uma alternativa.

Não se pretende – repita-se – oferecer uma resposta peremptória e definitiva para a questão, seja porque a complexidade do tema inviabiliza qualquer pretensão nesse sentido, seja porque as melhores soluções são sempre construídas a partir da deliberação e do embate de ideias muitas vezes contrapostas. Apenas buscou-se evidenciar que a resposta atualmente dada pelo Judiciário, além de não resolver o problema, agrava-o do ponto de vista da implementação das políticas públicas, desestabilizando as contas públicas e tornando ainda mais árduo o cumprimento de uma missão que, por si só, já se apresenta plena de dificuldades.

Muito há de se caminhar para que se chegue a uma verdadeira solução, e muitos aspectos foram deixados de lado por uma questão de espaço e das proporções do presente trabalho. Seja como for, o que se propõe é apenas uma sugestão, um início de reflexão, cujo objetivo é chegar a uma resposta que privilegie o texto constitucional como um todo, garantido a maior efetividade possível de todas as suas normas e a harmonização possível dos inúmeros preceitos antagônicos que a Magna Carta, por suas próprias características, contém. Resposta esta que ainda exigirá um longo caminho, até que se chegue à solução ideal – se é que ela existe.

Referências bibliográficas**Livros**

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- _____. *Teoria do Estado*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- _____. *A Constituição Aberta*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Porto Alegre: Ed. Sergio Antonio Fabris, 1997.
- PANCOTTI, José Antônio. *Inafastabilidade da jurisdição e o controle judicial da discricionariedade administrativa*. São Paulo: LTR, 2008.
- SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.) *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SILVA, Edson Ferreira da (coord.). *Demandas contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2004.
- SILVA FILHO, Derly Barreto e Silva. *Controle dos atos parlamentares pelo Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 23.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

Artigos

AMARAL, Gustavo; MELO, Daniele. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.) *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n.63/64, 2006.

_____. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=52582>. Acesso em: 20 jan. 2009.

MARQUES, Sílvia Badim; DALLARI, Sueli Gandolfi. Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. *Revista de Saúde Pública*, v.41, n.1, 2007, p.101-107.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.) *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TAVARES, André Ramos. *A Constituição Aberta*. Disponível em: <<http://multimedia.opovo.com.br/revista/andre-ramos-tavares.pdf>>. Acesso em: 18 jan. 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.) *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.74-75.

Páginas da internet

<<http://www.estadao.com.br>>

<<http://www.planejamento.sp.gov.br>>

<<http://www.stf.jus.br>>

<<http://www.stj.jus.br>>

<<http://www.tj.sp.jus.br>>

<<http://www.tj.mg.jus.br>>

<<http://www.valoronline.com.br>>