

Transformações do entendimento do STF sobre o direito à saúde

FLÁVIO QUINAUD PEDRON
JOÃO CARNEIRO DUARTE NETO

Resumo: O presente artigo analisa a postura do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o direito fundamental social à saúde após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) (BRASIL, 1988), destacando três fases. Antes, contextualiza a conformação estatal dos direitos fundamentais, indicando a predominância alternada de Poderes da República a depender das características de cada época. Exploram-se argumentos favoráveis e contrários à questão da judicialização da saúde. Chega-se a tocar no tema do ativismo judicial em políticas públicas. Busca-se demonstrar os contornos atuais do direito à saúde e suas consequências. Por fim, conclui-se pela necessária historicidade dos direitos fundamentais sociais e que o processo de reconhecimento, assimilação e garantia real e concreta ainda está em construção. Utilizou-se da metodologia de pesquisa bibliográfica e de julgados do STF.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal. Direitos fundamentais sociais. Saúde. Judicialização da saúde. Ativismo judicial.

1. A postura estatal relativa aos direitos fundamentais sociais

Saindo do sistema político-econômico e social feudal, típico da Idade Média, iniciamos nossa pesquisa com o corte histórico no surgimento do Estado monárquico, visto que não há como falar em direitos fundamentais, entendidos como direitos humanos positivados numa carta político-jurídica do Estado na história pré-moderna. Ainda sem abandonar a herança medieval, com caráter centralizador, com poder irrestrito, de origem divina e sem alternância nas mãos do soberano,

Recebido em 3/11/17
Aprovado em 5/3/18

justificando-se numa doutrina (de inspiração hobbesiana) de necessária pacificação social (NUNES, 2003). O constitucionalismo liberal foi uma consequência da falência do Estado absolutista, pois a centralização do poder, a soberania do monarca e a ausência de limites aos seus regramentos tornaram-se intoleráveis.

Uma nova ordem político-jurídica nasceu com o objetivo de organizar o Estado e limitar o poder, papel incumbido por uma Constituição. Nesse sentido, tendo como pano de fundo os ideais do Liberalismo e do Iluminismo, inúmeras Constituições tiveram tal propósito. Assim, direitos fundamentais ditos de primeira geração (ou dimensão), eminentemente libertários, impuseram uma postura absenteísta por parte do Estado (OLIVEIRA, 2002; NUNES, 2003). A Constituição é, então, compreendida como um “instrumento de governo”, e estatuto jurídico-político fundamental que organiza a sociedade política e limita o poder político do Estado (OLIVEIRA, 2002, p. 56; PEDRON, 2006).

Ressalte-se que a presente pesquisa não abordará as críticas doutrinárias acerca da divisão de direitos fundamentais em gerações, ou mesmo dimensões, pois não é prejudicial ao que se quer demonstrar neste artigo. Em que pese reconhecer a impropriedade terminológica consagrada por anos – pois os direitos fundamentais não se sucedem em gerações, mas acumulam-se –, não há linearidade histórica no surgimento dos direitos fundamentais, bem como em sua indivisibilidade (OLIVEIRA, 2002). O termo dimensão repara alguns equívocos, porém ainda é criticável. Assim, reconhecendo a importância pedagógica e simbólica de tal divisão em gerações ou dimensões, ainda a utilizaremos.

Esclarecidas as questões terminológicas, diante das características apontadas acima para o Estado liberal, o Poder Legislativo acaba assumindo papel de destaque no cenário político-jurídico, pois poderia dar o que as pessoas mais necessitavam naquele momento: um mínimo de segurança jurídica (entendida nessa época como mera previsibilidade de resposta jurídica) e maior respeito às individualidades, com menos interferências na vida privada (OLIVEIRA, 2000). O Poder Judiciário tem papel secundário, figurando os juízes apenas como aplicadores da lei, ditos “boca da lei” (CARVALHO NETTO, 1999).

Superando sua importante fase inicial de resposta ao modelo anterior, seu desenrolar histórico-social, todavia, entrou em colapso também. A postura distante do Estado e as contradições entre relacionamentos de pessoas em condições desiguais acarretaram fortes problemas sociais. Assim, várias insurgências populares exigiram direitos sociais e, conseqüentemente, provocaram uma aproximação entre o Estado e a sociedade.

O Estado Social traz em seu bojo Constituições com inúmeros direitos de segunda geração ou dimensão – ou seja, sociais, econômicos e culturais –, os quais são direitos cujos titulares são coletivos e exigem atuação estatal concreta e positiva. Aqui estão os direitos ao trabalho, à habitação, à educação e à saúde, entre outros (OLIVEIRA, 2002; NUNES, 2003).

Saliente-se novamente que os direitos de primeira dimensão não são superados com o surgimento dos direitos fundamentais de segunda dimensão, mas acumulam-se, interpenetram-se e terminam sofrendo uma *ressignificação* paralela ao próprio processo histórico-político. A mesma observação deve ser feita em relação aos direitos de terceira dimensão.

A realização prática de tais direitos necessariamente envolve gastos financeiros pelo Estado. Desse modo, levando em conta uma análise orçamentária e das atribuições dentro da doutrina da separação de Poderes, conclui-se que o Poder Executivo assume postura de destaque nessa fase, pois está obrigado a implementar tais direitos sociais por meio de políticas públicas. Sob essa óptica, o Judiciário passou a representar uma peça fundamental no processo de densificação social das normas, visando à concretização de direitos carentes de políticas públicas (CARVALHO NETTO, 2003, p. 99; PEDRON, 2006).

À medida que os destinatários se conscientizam da existência de tais obrigações prestacionais do Estado, passam a exigí-los mais e mais do Poder Executivo. Porém, os recursos financeiros são limitados e insuficientes para atender a todos. Esse confronto gera frustração social e tensões, enfraquecendo o sistema como um todo. Por isso, o Poder Judiciário passou a destacar-se entre os Poderes, pois foi chamado a dar resposta diante das pretensões sociais não cumpridas pelo Estado. O fenômeno é explicado pelo direito fundamental à inafastabilidade do controle jurisdicional aliado à impossibilidade de pronunciamento pelo Judiciário do *non liquet*.

O desgaste do paradigma do Estado Social tem início na década de 1960 e entra em colapso na década seguinte (BAHIA, 2003, p. 312; PEDRON, 2006). O paternalismo estatal revela-se como um dos entraves para o processo de cidadania que ele próprio pretendia resolver. Habermas (1994, p. 123) e Pedron (2006) lembram que, para a sua manutenção, o Estado Social necessitou desenvolver uma enorme rede normativa e burocrática, cobrindo toda a vida cotidiana da sociedade.

Com isso, inaugura-se fase intitulada de Estado Democrático de Direito ou Constitucional de Direito, com Constituições trazendo direitos de terceira geração ou dimensão, ligados aos valores de fraternidade, solidariedade, meio ambiente e outros direitos transindividuais (CARVALHO NETTO, 2003, p. 99).

A complexidade da configuração do Estado ganha novos elementos de ordem política, social e econômica. Assim, tem-se estrutura normativa direcionada à efetivação de um Estado do Bem-Estar Social forjada constitucionalmente, num contexto de desenvolvimento individual e social pleno, o qual nunca se realiza cabalmente. Portanto, busca-se uma democracia política cada vez mais efetiva e a realização de justiça social universalizada.

2. A CRFB e o direito fundamental social à saúde

Com uma extensa lista de direitos fundamentais em seu corpo, que demonstra seu caráter pluralista, solidário e cidadão, a CRFB promove indiretamente um maior acirramento entre os três Poderes.

O Poder Executivo não consegue concretizar todos os direitos prestacionais reconhecidos na CRFB, em regra alegando a limitação da reserva do possível e defendendo-se pela regra do direito econômico da escassez de recursos em face da infinidade das demandas sociais.

O conceito de “reserva do possível” também é proveniente do direito alemão, aparecendo pela primeira vez em uma decisão da Corte Constitucional da Alemanha afirmando que direitos subjetivos a prestações materiais pelo Estado estão sujeitos à disponibilidade dos seus recursos. Daí a tendência de negar ao Poder Judiciário a análise de direitos fundamentais sociais, uma vez que a efetivação de tais direitos depende sempre da disponibilidade orçamentária, o que está localizado no campo discricionário das decisões políticas, através da composição dos orçamentos públicos (REISSINGER, 2008, p. 62).

O Poder Legislativo, por sua vez, fica em mora, pois o exercício de inúmeros direitos sociais necessita de leis regulamentadoras, levando em conta a classificação criada por José Afonso da Silva de direitos fundamentais de eficácia limitada, em que pese a CRFB declarar no artigo 5º, § 1º, que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (BRASIL, 1988). Tal tese demonstra uma arraigada herança jurídica típica do positivismo, que trata os direitos fundamentais e as normas constitucionais somente a partir do conjunto redutor de regras. (Considerando e reconhecendo a tese de que há princípios jurídicos no nosso ordenamento com caráter normativo, acreditamos que essa teoria esteja superada.)

Com efeito, terminam por chegar ao Poder Judiciário todas essas questões, pois é visto como garantidor último das promessas do constituinte. Entretanto, não se pode pretender esvaziar os demais Poderes

e transformar o Judiciário num “superpoder”, sob pena de destruir os alicerces do Estado Democrático de Direito. Ingeborg Maus denuncia tal situação numa passagem de seu artigo:

Quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social — controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática (MAUS, 2000, p. 187).

Assim, em última instância, o que estará envolvido na análise da pesquisa é o reconhecimento e o respectivo tratamento jurisdicional dado pelo STF à CRFB em relação ao direito à saúde.

Ao longo da história, as posições doutrinárias que talvez mais se tenham destacado na questão da força normativa do texto constitucional sejam as de Ferdinand Lassale e Konrad Hesse. O primeiro, adotando uma postura sociológica, afirmava que a Constituição real era formada pelos fatores reais de poder e a Constituição jurídica não passava de mera folha de papel, caso não coincidissem com as forças emanadas diretamente da sociedade; e o segundo defendia que fosse reconhecida força normativa ao texto constitucional (PEDRON, 2012).

Entretanto, negando o exclusivismo de Lassale, o próprio Hesse reconhece uma constante tensão entre as forças sociais e jurídicas envolvendo a Constituição:

a Constituição não deve assentar-se numa estrutura unilateral se quiser preservar a sua força normativa num mundo em processo de permanente mudança político-social. Se pretender preservar a força normativa dos seus princípios fundamentais, deve ela incorporar, mediante meticulosa pondera-

ção, parte da estrutura contrária. [...] Se a Constituição tentasse concretizar um desses princípios de forma absolutamente pura, ter-se-ia de constatar, inevitavelmente – no mais tardar em momento de acentuada crise –, que ela ultrapassou os limites de sua força normativa. A realidade haveria de pôr termo à sua normatividade; os princípios que ela buscava concretizar estariam irremediavelmente derogados (HESSE, 2009, p. 134).

Realizada a contextualização e demonstrado o impasse, a partir de agora abordar-se-á a resposta jurisdicional do STF quanto ao direito social à saúde ao longo dos anos desde a promulgação da CRFB.

3. O STF e as demandas de direito fundamental social à saúde a partir da CRFB

Após repetidas buscas nos instrumentos de pesquisa do sítio eletrônico do STF, tendo como marco inicial o ano de 1950, constata-se a inexistência de qualquer julgado em que se declara, reconhece ou garante o direito fundamental à saúde jurisdicionalmente.

Mesmo depois da promulgação da CRFB, o vácuo jurisdicional ainda permanece por longos dez anos. Tal constatação reforça a existência e importância do caráter da historicidade dos direitos fundamentais, pois não basta enumerar direitos fundamentais sem o correspondente processo empírico de formação, reconhecimento e garantia social. A própria comunidade jurídica deixa transparecer que necessitou de alguns anos para digerir tamanha carga – quantitativa e qualitativa – de direitos fundamentais. Alguns doutrinadores compararam essa primeira fase com uma “ressaca”, devido ao comportamento letárgico após o texto constitucional “embriagar” a sociedade com

“exageradas doses” de direitos fundamentais. Alegava-se que o simples texto constitucional não era suficiente para garantir a existência real e concreta de direitos fundamentais sociais. Seriam normas com eficácia limitada, pois totalmente dependentes de normas infraconstitucionais ainda inexistentes. Propagava-se o caráter programático da CRFB, irrealizável imediatamente.

A jurisprudência dos tribunais não é tão dinâmica quanto se desejaria. A aceitação dos novos valores sociais inerentes ao Estado democrático de direito, inaugurado com a Constituição de 1988, não poderá ser reconhecida imediatamente pelos juízes e tribunais. Parte da dificuldade em se avançar no sentido da efetividade dos novos direitos é depositada ao Legislativo, que não consegue obter o consenso necessário para aprovação de normas infraconstitucionais que desenvolvam e regulamentem direitos sociais e econômicos. Não obstante, o cidadão vai ao Judiciário na esperança de ver reconhecido, garantido e efetivado um direito constitucionalmente positivado. A decisão da justiça que frustra a sua pretensão é de todo incompreensível e pode comprometer, não somente a confiança na Justiça, mas também as bases do regime democrático fundado no Estado de direito (REISSINGER, 2007, p. 1.773).

O STF manteve-se num “estado de espanto inicial” por mais alguns anos, pois o primeiro julgado disponível encontrado nesta pesquisa data de novembro de 1999, ou seja, onze anos após a promulgação da CRFB.

COMPETÊNCIA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – TRÂNSITO DO EXTRAORDINÁRIO. [...] SAÚDE – PROMOÇÃO – MEDICAMENTOS. O preceito do artigo 196 da Constituição Federal assegura aos necessitados o fornecimento pelo Estado, dos medicamentos indispensá-

veis ao restabelecimento da saúde, especialmente quando em jogo doença contagiosa como é a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (BRASIL, 2000a, p. 976).

Assim, inaugura-se uma fase intermediária de uma efetiva constitucionalização dos direitos fundamentais, espécie de filtragem hermenêutico-constitucional dos direitos. É a saída da letargia inicial na qual jurisdicionados e tribunais estavam embebidos e o ingresso num universo ainda a ser firmemente reconhecido, qualificado e quantificado e, por fim, garantido a todos.

O primeiro aspecto, relacionado à eficácia do art. 196 da Constituição, leva a duas posições: uma no sentido de que se trata de norma programática, ou seja, de baixa eficácia, não gerando direito subjetivo a prestações; a segunda, de que o direito à saúde é direito público subjetivo, originário da própria Constituição, tratando-se de direito fundamental social (REISSINGER, 2008, p. 72).

Nessa fase, mais alguns anos se passaram de amadurecimento, ocasião em que vários julgados foram proferidos pelo STF, desenhando-se os contornos da resposta jurisdicional da Corte ao direito à saúde no Brasil:

MANDADO DE SEGURANÇA – ADEQUAÇÃO – INCISO LXIX, DO ARTIGO 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Uma vez assentado no acórdão proferido o concurso da primeira condição de ação mandamental – direito líquido e certo – descabe concluir pela transgressão ao inciso LXIX do artigo 5º da Constituição Federal. SAÚDE – AQUISIÇÃO E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – DOENÇA RARA. Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança

e adolescente. O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios (BRASIL, 2000b, p. 266).

Cada vez mais seguro, detalhado, abrangente e enfático em seus argumentos, temos:

O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir aos cidadãos, inclusive portadores de vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste à todas as pessoas – representa consequência indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja sua esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE. – O caráter programático da regra inscrita no artigo 196 da Carta Política – que tem nos destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o poder público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu imposter-

gável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria lei fundamental do Estado (BRASIL, 2000c, p. 1.409-1.410).

Novo marco histórico-social para o Judiciário foi a Emenda Constitucional nº 45/2004 (BRASIL, 2004), que implantou várias inovações, as quais repercutiram diretamente na atuação de todos os magistrados do Brasil – caso da criação do Conselho Nacional de Justiça, da preocupação com a transparência do Judiciário, com a celeridade e a qualidade das decisões, acesso à justiça e direitos fundamentais. A exigência de conhecimentos de filosofia do direito, sociologia e psicologia judiciárias em concursos públicos de ingresso na magistratura, por meio da Resolução CNJ nº 75/2009 (BRASIL, 2011), certamente teve concreto impacto na análise das demandas envolvendo direitos fundamentais sociais por todo o corpo de magistrados brasileiros, o que se reflete nos tribunais superiores.

Nesse contexto, já dentro de uma postura de superação ou reconstrução do positivismo jurídico, tem-se uma reaproximação do direito com a moral, a divisão das normas em regras e em princípios, com caráter normativo para estes, e o Judiciário como garantidor de todas as promessas do constituinte ganha crescente destaque.

A doutrina nomeia tal fenômeno, de forma genérica, como correntes pós-positivistas. De outras elas recebem o nome de neoconstitucionalistas. Autores mais cuidadosos criticam tais nomenclaturas, salientando o equívoco desses termos, bem como consignam que não há sinonímia entre eles. Por certo, há uma diversidade de correntes sem uniformidade, sem nomenclatura padronizada, com projetos diferentes (umas buscando salvar o positivismo sob nova roupagem, outras resgatando o jusnaturalismo e outras buscam uma terceira

via). Tais correntes têm como fio condutor de aproximação as características citadas acima.

O desenrolar das relações sociais na sua complexidade natural e progressiva, levando em conta a judicialização de temas até então estranhos à análise jurisdicional, tais como educação, saúde e políticas públicas nas mais variadas vertentes, elevou o Poder Judiciário à qualidade de maior destaque no cenário nacional desde então. Surgiram correntes que denunciam como nefasto o ativismo judicial, pois estaria havendo ingerências excessivas nos demais Poderes da República, utilizando-se de hermenêutica falaciosa, tratando o ato de decidir como mero ato de vontade, distorcendo a aplicação dos princípios como legitimador para toda e qualquer decisão que o julgador queira.

No Brasil, a questão é bem mais complexa, até pela previsão de direitos sociais no texto constitucional. O problema, portanto, não reside na mera concessão de liminares na área de saúde ou na educação, para citar dois delicados campos sociais. Essa questão se complexou no momento em que os juízes confundiram judicialização com ativismo, optando pelo segundo. Com isso, o Estado deixou de elaborar políticas públicas para atender – por vezes “comodamente” – às determinações judiciais, o que enfraquece a cidadania (STRECK, 2014, p. 202-203).

Por outro lado, há quem argumente que se trata de processo natural, pois o constituinte de 1988 declarou e reconheceu a existência dos vários direitos fundamentais sociais – entre eles a saúde; porém, o Poder Executivo não os concretizou plenamente e o Poder Legislativo não os regulamentou, dificultando ou até impedindo o exercício. Assim, considerando que toda lesão ou ameaça de lesão a direito pode ser levada ao Judiciário, o que desde então tem sido feito pelos interessados, somado ao

fato de que ao juiz não cabe se negar a decidir (proibição do *non liquet*) e de que ele deve zelar para que suas decisões tenham efetividade, com razão prolatam decisões visando a concretização de direitos sociais.

Tais decisões terminam por interferir nas políticas públicas típicas do Poder Executivo e, conseqüentemente, nos orçamentos. A exacerbação dessas interferências entre os Poderes tem o potencial de contribuir para um desequilíbrio perigoso à própria democracia, bem como ferir outros preceitos constitucionais, tais como as regras orçamentárias previstas diretamente no texto constitucional.

Para Barroso (2012 apud REISSINGER, 2016, p. 210), “o ativismo judicial decorre da retração dos Poderes representativos, impedindo o atendimento efetivo de demandas sociais. Nessa dimensão também se encontra o entendimento de Habermas, que critica a conduta ativista devido a lesão à divisão funcional dos poderes. Para o filósofo alemão o ativismo judicial é uma anomalia”. Entretanto, Habermas (2001 apud REISSINGER, 2016, p. 210) “reconhece que pode ser indispensável a conduta do Judiciário, com as cautelas necessárias, numa zona intermediária entre a produção legislativa propriamente dita e a aplicabilidade do direito e dos discursos jurídicos que devem se complementar de maneira clara, tomados dos discursos de fundamentação”.

Há intenso debate acerca das decisões que tratam da judicialização das políticas públicas, em especial do direito à saúde. Para uns, não há dúvidas de que se trata de decisões que invadem a seara do Poder Executivo, pois não podem ser tomadas decisões judiciais que envolvam a análise discricionária política. Isso seria uma violação aos termos da separação dos Poderes, causando uma supervalorização do Poder Judiciário – o que, por fim, arruinaria a organização estrutural do Estado

constitucional. Para outros, as decisões são apenas exercício natural e legítimo constitucionalmente previsto, pois cabe ao judiciário tornar realidade o texto constitucional, tendo em vista ser o garantidor último das promessas do constituinte. Ademais, o Judiciário apenas age quando da omissão e/ou desvio do Poder Executivo na consecução das políticas públicas visando à concretização de direitos fundamentais previstos na Constituição.

No julgado abaixo, após longos debates em audiências públicas, o STF enfrentou vários problemas que a judicialização da saúde acarreta, bem como se posicionou quanto aos inúmeros embates doutrinários e dos interessados públicos e privados. Destaco alguns:

A dependência de recursos econômicos para a efetivação dos direitos de caráter social leva parte da doutrina a defender que as normas que consagram tais direitos assumem feição de normas programáticas, dependentes, portanto, da formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis. Nesse sentido, também se defende que a intervenção do Poder Judiciário, ante a omissão estatal quanto à construção satisfatória dessas políticas, violaria o princípio da separação dos Poderes e o princípio da reserva do financeiramente possível.

Dessa forma, em razão da inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais, enfatiza-se que a formulação das políticas sociais e econômicas voltadas à implementação dos direitos sociais implicaria, invariavelmente, escolhas alocativas. Essas escolhas seguiriam critérios de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender), configurando-se como típicas opções políticas, as quais pressupõem “escolhas trágicas” pautadas por critérios de macrojustiça. É dizer, a escolha da destinação de recursos para uma política e não para outra leva em consideração fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e a eficácia do serviço a ser prestado, a maximização dos resultados etc.

Nessa linha, argumenta-se que o Poder Judiciário, o qual estaria vocacionado a concretizar a justiça do caso concreto (microjustiça), muitas vezes não teria condições de, ao examinar determinada pretensão à prestação de um direito social, analisar as conseqüências globais da destinação de recursos públicos em benefício da parte, com invariável prejuízo para o todo. (AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha*. Renovar, Rio de Janeiro, 2001).

Por outro lado, defensores da atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, em especial do direito à saúde, argumentam que tais direitos são indispensáveis para a realização da dignidade da pessoa humana. Assim, ao menos o “mínimo existencial” de cada um dos direitos – exigência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana – não poderia deixar de ser objeto de apreciação judicial.

Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o

Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Em casos como o presente, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece evidente.

De toda forma, parece sensato concluir que, ao fim e ao cabo, problemas concretos deverão ser resolvidos levando-se em consideração todas as perspectivas que a questão de direitos sociais envolve. Juízos de ponderação são inevitáveis nesse contexto prenhe de complexas relações conflituosas entre princípios e diretrizes políticas ou, em outros termos, entre direitos individuais e bens coletivos (BRASIL, 2010, p. 10).

Passadas as fases de não reconhecimento do direito à saúde, de existência formal no texto constitucional e não aplicabilidade concreta, de reconhecimento tímido e chegando à sua fase atual de reconhecimento e concretude prática via jurisdicional, acreditamos que os temas ora mais discutidos sejam o conteúdo do direito à saúde e o alcance prejudicial das decisões às terceiras pessoas que não são beneficiadas por tais decisões.

A árdua posição do julgador é acentuada pela rotineira incompetência dos Poderes Executivos em não fornecer regular saúde pública; pelas situações urgentes em que são levadas ao Judiciário (rotina de decisões liminares em plantões judiciais sempre colocados sobre o crivo de suposta decisão de “vida ou morte”); por uma natural falta de conhecimento do julgador (por óbvio traçou sua carreira debruçado sobre livros jurídicos e não farmacológicos ou médicos); somados aos pareceres do Ministério Público (quando há tempo para tal), os quais quase nunca enfrentam o problema a fundo (pois os promotores sofrem dos mesmos males que afetam os julgadores) e costumeiramente vão no sentido de conceder o pleito.

Esse problema tem sido combatido particularmente por iniciativas pessoais de julgadores na busca de conhecimentos farmacológicos e médicos e institucionalmente por algumas escolas judiciárias dos tribunais, sempre no sentido de dotar os julgadores da maior quantidade e da melhor qualidade de informações acerca de medicamentos, tratamentos médicos, questões hospitalares e sanitárias para que possam tomar decisões efetivamente conscientes. Essa maior capacitação dos julgadores tem o potencial de evitar situações de abusos de direito dos interessados e de minimizar decisões por temor de que o paciente venha a morrer em virtude de uma negativa do Judiciário. Com isso, o conteúdo do direito à saúde vai tomando forma.

A segunda discussão envolve a análise do consequencialismo das decisões judiciais. Partindo-se do pressuposto da ciência econômica de que as necessidades são infinitas e os recursos são limitados, levando em conta que o direito à saúde é prestacional e necessariamente envol-

ve recursos financeiros, conclui-se facilmente que as decisões judiciais procedentes implicam gastos públicos com conseqüente influência no orçamento.

Diante disso, levanta-se a questão sobre até que ponto uma decisão que beneficia alguém individualmente poderia acarretar prejuízos à sociedade, ou seja, às demais pessoas que se utilizam e precisam da estrutura de saúde pública, a qual ficaria com menos recursos no orçamento. Tal análise ganha relevo diante de pleitos de altos valores (remédios caríssimos, de uso contínuo e por longa data, que apenas retardam a morte) e em face de municípios pequenos, com baixa arrecadação e parco orçamento. A questão é delineadora do próprio direito fundamental à saúde ou apenas um ajuste prático dentro da realidade experimentada?

Uma coisa parece certa: o julgador não pode fingir que tais implicações não façam parte de sua decisão, o que não significa anular ou inviabilizar tal direito constitucional. Esse tema deve ser debatido com a efetiva participação popular e receber tratamento teórico profundo.

4. Considerações finais

Observaram-se as fases que o STF – as quais também podem ser imputadas aos próprios operadores do Direito como um todo – necessitou para reconhecer, assimilar e passar a garantir os direitos fundamentais sociais, em especial o direito à saúde.

Por fim, as demais questões levantadas somente nos trazem a certeza de que a fase atual e plena vivenciada pelo STF quanto à resposta jurisdicional do direito à saúde não é a última, pois ainda continua em construção, o que demonstra a necessária historicidade que faltara no início. E isso é juridicamente saudável.

Sobre os autores

Flávio Quinaud Pedron é doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; professor adjunto da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; professor adjunto do Mestrado em Direito da Faculdade Guanambi, Guanambi, BA, Brasil.
E-mail: qpedron@gmail.com

João Carneiro Duarte Neto é graduado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais Aplicadas do Araguaia, Barra do Garças, MT, Brasil; mestrando em Direito pela Faculdade Guanambi, Guanambi, BA, Brasil.
E-mail: joaoduarten@hotmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês¹

TRANSFORMATIONS OF THE STF UNDERSTANDING OF THE RIGHT TO HEALTH

ABSTRACT: This article analyzes the STF's posture regarding the fundamental social right to health after the publication of the Federal Constitution of 1988, highlighting three phases. In the past, contextualization of the state's conformation against fundamental rights was made, indicating the alternating predominance of republican powers depending on the characteristics of the time experienced. We explore arguments for and against the issue of health judicialization. It is enough to touch on the theme of judicial activism of public policies. It seeks to demonstrate the current contours of the right to health and its consequences. Finally, it concludes by the necessary historicity of fundamental social rights and that the process of recognition, assimilation and real and concrete guarantee is still under construction. It was used the methodology of bibliographic research and of judgments of the Supreme Court.

KEYWORDS: FEDERAL COURT OF JUSTICE. FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHTS. HEALTH. JUDICIARY OF HEALTH. JUDICIAL ACTIVISM.

Como citar este artigo

(ABNT)

PEDRON, Flávio Quinaud; DUARTE NETO, João Carneiro. Transformações do entendimento do STF sobre o direito à saúde. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 55, n. 218, p. 99-112, abr./jun. 2018. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p99>.

(APA)

Pedron, F. Q., & Duarte, J. C., Neto (2018). Transformações do entendimento do STF sobre o direito à saúde. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 55(218), 99-112. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p99

Referências

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Controle judicial difuso de constitucionalidade das leis e atos normativos: contribuição para a construção de uma democracia cidadã no Brasil*. 2003. 394 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, 5 out. 1988.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental em agravo de instrumento n. 238.328-0/RS. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravado: Carlos Fernando Becker. Relator: Min. Marco Aurélio. *Diário da Justiça*, 18 fev. 2000a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=291210>>. Acesso em: 9 mar. 2018.

¹Sem revisão do editor.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 195.192-3/RS. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Rodrigo Skrsypcsak. Relator: Min. Marco Aurélio. *Diário da Justiça*, 31 mar. 2000b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=234359>>. Acesso em: 9 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo no recurso extraordinário n. 271.286-8/RS. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravada: Diná Rosa Vieira. Relator: Min. Celso de Mello. *Diário da Justiça*, 24 nov. 2000c. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>>. Acesso em: 9 mar. 2018.

_____. Emenda constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal... *Diário Oficial da União*, 31 dez. 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental na suspensão de liminar n. 47/PE. Agravante: Estado de Pernambuco. Agravado: União et al. Relator: Min. Gilmar Mendes. *Diário da Justiça Eletrônico*, 30 abr. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610254>>. Acesso em: 9 mar. 2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 75, de 12 de maio de 2009. Dispõe sobre os concursos públicos para ingresso na carreira da magistratura em todos os ramos do Poder Judiciário nacional. *Diário da Justiça Eletrônico*, 7 nov. 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/dje/jsp/dje/DownloadDeDiario.jsp?dj=DJ205_2011-ASSINADO.PDF&statusDoDiario=ASSINADO>. Acesso em: 9 mar. 2018.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, n. 3, p. 473-486, maio 1999.

_____. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 88, p. 81-108, dez. 2003.

HABERMAS, Jürgen. La crisis del Estado de bienestar y el agotamiento de las energías utópicas. In: _____. *Ensayos políticos*. Tradução de Ramón García Cotarelo. 2. ed. Barcelona: Península, 1994. p. 113-134.

HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisdicional na “sociedade órfã”. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Revista Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.

NUNES, Antônio José Avelãs. *Neoliberalismo e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Devido processo legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

_____. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

PEDRON, Flávio Quinaud. Um olhar reconstrutivo da modernidade e da “crise do Judiciário”: a diminuição de recursos é mesmo uma solução?. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 44, n. 74, p. 217-239, jul./dez. 2006.

_____. *Mutação constitucional e crise do positivismo jurídico*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

REISSINGER, Simone. *Reflexões sobre a efetividade dos direitos fundamentais sociais*. 2007. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/simone_reissinger.pdf>. Acesso em: 9 mar. 2018.

_____. *Aspectos controvertidos do direito à saúde na Constituição brasileira de 1988*. 2008. 118 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008.

_____. *Ativismo judicial e o minimalismo de Cass Sustein: uma abordagem interpretativa do direito à saúde no Brasil*. 2016. 234 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.