

REVISTA

DIREITO SEM FRONTEIRAS

I. DOCTRINA NACIONAL

3

**AS TRANSFORMAÇÕES DOS ENTENDIMENTOS DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL FRENTE À POSITIVAÇÃO DO DIREITO
FUNDAMENTAL À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

**THE TRANSFORMATIONS OF THE FEDERAL COURT OF
JUSTICE'S UNDERSTANDING REGARDING THE POSITIVATION
OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO HEALTH IN THE FEDERAL
CONSTITUTION OF 1988**

*Flávio Quinaud Pedron¹
João Carneiro Duarte Neto²*

1 Doutor e Mestre em Direito pela UFMG. Professor Adjunto IV da PUC-Minas. Professor Adjunto do IBMEC. Professor Adjunto do Mestrado em Direito da Faculdade Guanambi / Bahia. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual. Membro da Rede Brasileira de Direito e Literatura. Autor radicado no Brasil. E-mail: qpedron@gmail.com.

2 Graduado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais Aplicadas do Araguaia (2009). Especialização em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera - Uniderp (2011), em Direito Administrativo e em Direito Constitucional, estas pela Universidade Candido Mendes / RJ (2017). Foi aprovado e nomeado para o concurso de Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte - edital nº 01/2012. Atualmente é Juiz Titular da 2ª Vara Cível, Criminal e de Execuções Penais e Diretor do Foro da Comarca de Manga - MG, Responde pela Comarca de Montalvânia - MG e Juiz Eleitoral da 342ª Zona Eleitoral do TRE - MG. Mestrando em Direito pela Faculdade Guanambi - BA. Palestrante. Autor radicado no Brasil. E-mail: alfredocopetti@yahoo.com.

Como citar este artigo:

PEDRON, Flávio Quinaud; NETO, João Carneiro Duarte. **As transformações dos entendimentos do Supremo Federal Tribunal frente à positivação do direito fundamental à saúde na Constituição Federal de 1988.** Revista Direito Sem Fronteiras – Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Foz do Iguaçu. Jan./Jun. 2018; v. 2 (4): 43-55.

RESUMO

O presente artigo analisa a postura do Supremo Tribunal Federal frente ao direito fundamental social à saúde após a publicação da Constituição Federal de 1988, destacando-se três fases. Antes, fez-se contextualização da conformação estatal frente aos direitos fundamentais, indicando a predominância alternada de poderes da república a depender das características da época experimentada. Exploram-se argumentos a favor e contrários à questão da judicialização da saúde. Chega-se a tocar na temática do ativismo judicial de 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 da Suprema Corte.

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

ABSTRACT

This article analyzes the Federal Court of Justice'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 judgments of the Supreme Court.

Keywords: Federal Court of Justice. Fundamental social rights. Health. Judiciary of Health. Judicial Activism.

1. POSTURA ESTATAL FRENTE 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, tendo em vista que não há que se falar em direitos fundamentais, entendidos estes como direitos humanos positivados numa carta político-jurídica do Estado, na história pré-moderna. Ainda sem abandonar a herança medieval divina, com caráter centralizador, com poder irrestrito e sem alternância nas mãos do soberano, justificando-se numa doutrina de necessária pacificação social de inspiração Hobbesiana (AVELÃS 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 este incumbido pela Constituição. Nesse sentido, tendo como pano de fundo os ideais do liberalismo e do iluminismo, inúmeras constituições vieram com tal propósito. Assim, direitos fundamentais ditos de 1ª geração (ou dimensão), eminentemente libertários, impuseram uma postura absenteísta por parte do Estado (CATTONI DE OLIVEIRA, 2002; AVELÃS 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. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2002, p. 56; PEDRON, 2006).

Façamos constar que a presente pesquisa não adentrará nas 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 sim se acumulam; não há linearidade histórica no surgimento dos direitos fundamentais; bem como sua indivisibilidade (CATTONI DE 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 termina assumindo papel de destaque no cenário político-jurídico, pois era quem poderia dar o que as pessoas mais necessitavam naquele momento, um mínimo de segurança jurídica (entendida nessa época como mera previsibilidade de resposta jurídica), maior respeito às individualidades com menos interferências na vida privada (CATTONI DE 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, porém seu desenrolar histórico-social terminou por entrar em colapso também. A postura distante do Estado e as contradições entre relacionamentos de pessoas em condições desiguais acarretaram fortes problemas sociais. Sendo assim, várias insurgências populares exigiram direitos sociais e, conseqüentemente, provocaram uma reaproximação do Estado com a sociedade.

O Estado Social trás em seu bojo constituições com inúmeros direitos de 2ª geração ou dimensão, quais sejam, 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, dentre outros (CATTONI DE OLIVEIRA, 2002; AVELÃS NUNES, 2003).

Retorno o leitor à explicação terminológica acima para lembrar que os direitos de 1ª dimensão não são superados com o surgimento dos direitos fundamentais de 2ª dimensão, mas sim se acumulam, interpenetram-se e terminam sofrendo uma espécie de processo de ressignificação (neologismo proposital, pois útil para demonstrar a ideia de evolução dos conteúdos dos direitos fundamentais) paralelo ao próprio processo histórico-político. A mesma observação deve ser feita quando ingressarmos nos direitos de 3ª dimensão.

A realização prática de tais direitos necessariamente envolve gastos financeiros pelo Estado. Assim, levando em conta uma análise orçamentária e das

atribuições dentro da doutrina da separação de poderes, conclui-se que o Poder Executivo termina por assumir postura de destaque nesta fase, pois é quem por fim está obrigado a implementar tais direitos sociais via políticas públicas.

Nessa ótica, 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 acerca da existência de tais obrigações prestacionais por parte do Estado executivo, passam a exigí-los mais e mais. 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.

Assim, o Poder Judiciário terminou assumindo o destaque entre os demais poderes, pois foi chamado a dar resposta diante das pretensões sociais não cumpridas pelo Estado. O fenômeno é explicado diante do 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 a partir dos anos 60, entrando em colapso a partir da década que se segue (BAHIA, 2004, p. 312; PEDRON, 2006). O paternalismo estatal, já denunciado anteriormente, se mostra como um dos entraves para o processo de cidadania que ele próprio pretendia resolver. (HABERMAS, 1994, p. 123; PEDRON, 2006) lembra 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 3ª 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. Sendo assim, tem-se estrutura normativa direcionada à efetivação de um Estado do bem-estar social forjado 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. CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE

Com uma extensa lista de direitos fundamentais em seu corpo, a atual Constituição de nosso país, datada de 1988, demonstrando seu caráter pluralista, solidário e cidadão, termina por provocar indiretamente um maior nível de acirramento entre os três poderes.

O Poder Executivo não consegue concretizar todos os direitos prestacionais reconhecidos na Constituição Federal, em regra argumentando em torno da limitação da reserva do possível, defendendo-se pela regra do direito econômico da escassez de recursos frente à infinitude 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).

Já o Poder Legislativo também 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 o texto constitucional declarar que os direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata, artigo 5º, parágrafo 1º, CRFB/1988.

Tal tese demonstra nossa arraigada herança jurídica típica do positivismo, pois tratam os direitos fundamentais e as normas constitucionais somente a partir do conjunto de redutor de regras. Considerando e reconhecendo a tese de que há princípios jurídicos no nosso ordenamento, os quais possuem caráter normativo, acredito que essa teoria esteja superada.

Sendo assim, 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 Poder Judiciário num super poder, sob pena de destruímos os alicerces do Estado Democrático de Direito. Ingeborg Maus denuncia tal situação numa passagem de seu artigo, o qual diz:

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 feita é o reconhecimento e o respectivo tratamento jurisdicional pela Corte Suprema de nosso país ao texto constitucional em relação ao direito fundamental social à saúde.

Talvez, ao longo da história, as posições doutrinárias que mais tenham se destacado acerca da força normativa da Constituição sejam as de Lassale e Hesse (2009). 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. Já para o segundo, defendia que fosse reconhecida força normativa ao texto constitucional (PEDRON, 2012).

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

(...) 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 ponderação, 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 tratar-se-á de pesquisa feita acerca da resposta jurisdicional do Supremo Tribunal Federal quanto ao direito social à saúde ao longo dos anos pós Constituição dita cidadã.

3. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FRENTE ÀS DEMANDAS DE DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Após repetidas buscas nos instrumentos de pesquisa do sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, colocando-se 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.

Ainda após a publicação da Constituição de 1988, estranhamente 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 somente adianta enumerar direitos e mais direitos fundamentais na Constituição 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 derramados sobre a sociedade brasileira. Alguns doutrinadores comparam essa primeira fase com uma “ressaca”, devido ao comportamento letárgico após o texto constitucional nos embriagar 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. Que eram normas com eficácia limitada, pois totalmente dependentes de normas infraconstitucionais, as quais ainda não existiam. Propagava-se o caráter programático da Constituição, um mero e futurístico sonho do constituinte, 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. 73).

O Supremo Tribunal Federal manteve-se no relatado estado de espanto inicial por mais alguns anos, pois o primeiro julgado disponível que foi encontrado na presente pesquisa somente data de novembro de 1999, ou seja, onze anos após a publicação de nossa atual Constituição.

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 indispensáveis ao restabelecimento da saúde, especialmente quando em jogo doença contagiosa como é a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida. (STF - Agravo Reg. em Agravo de Instrumento nº 238.328-0 Rio Grande do Sul, 16/11/1999).

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 à qual todos – jurisdicionados e tribunais – estavam embebidos e 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 Supremo Tribunal Federal, desenhando-se os contornos da resposta jurisdicional da Corte Suprema ao Direito à Saúde no Brasil. Citamos:

MANDADO DE SEGURANÇA – ADEQUAÇÃO – INCISO LXIX, DO ARTIGO 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Uma vez assentado no acórdão proferido o concurso da primara condição da 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. Recurso Extraordinário nº 195.193-3 Rio Grande do Sul, 22/02/2000. Supremo Tribunal Federal.

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 à 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 programática da regra inscrita no artigo 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o poder público, fraudando justas expectativas nela depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu imposterável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria lei fundamental do Estado. (Agravo no Recurso Extraordinário nº 271.286-8 Rio Grande do Sul. Supremo Tribunal Federal, em 12 de setembro de 2000).

Novo marco histórico-social para o judiciário foi a Emenda Constitucional nº 45/2004, ocasião em que várias inovações foram implantadas, as quais terminaram por repercutir diretamente na atuação de todos os magistrados do Brasil. Citamos a criação do Conselho Nacional de Justiça, preocupação com a transparência do judiciário, com a celeridade e qualidade das decisões, acesso à justiça e direitos fundamentais.

Em especial ao enfoque desta pesquisa, a exigência de conhecimentos de filosofia do direito, sociologia e psicologia judiciárias para os concursos públicos de ingresso na magistratura, através da Resolução CNJ nº 75/2009, certamente teve concreto impacto na análise das demandas envolvendo direitos fundamentais sociais por todo o corpo de magistrados brasileiro, o que 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, divisão das normas em regras e em princípios, com caráter normativo a 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. Para outros, 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. Sem aprofundar na discussão, no intuito de não perder o objetivo dessa pesquisa, apenas tenho por certo que há uma diversidade de correntes sem uniformidade, sem nomenclatura padronizada, com projetos diferentes (umas buscando salvar o positivismo numa nova roupagem, outras resgatando o jusnaturalismo e outras caminhando no sentido de encontrar uma terceira via). Tais correntes possuem 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, terminou elevando o Poder Judiciário à qualidade de maior destaque no cenário nacional desde então.

Neste ponto, surgiram correntes que denunciam nefasto 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 declarou e reconheceu a existência dos vários direitos fundamentais sociais - dentre eles a saúde – no texto constitucional de 1988, 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 vem desde então sendo feito pelos interessados, somado ao fato de que ao juiz não cabe se negar a decidir (proibição do *non liquet*) e 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), o ativismo judicial decorre da retração dos Poderes representativos, impedindo o atendimento efetivo de demandas sociais. Nesta 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) 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. (REISSINGER, 2016, p.210).

Há intenso debate acerca das decisões que tratam da judicialização das políticas públicas, em especial do direito à saúde. Para uns, não se tem dúvidas de que se tratam de decisões que invadem a seara do poder executivo, pois não se pode judicialmente tomar decisões que envolvam análise discricionária política, dessa maneira seria uma violação aos termos da separação dos poderes, causando uma supervalorização do Poder Judiciário, o que, por fim, arruína 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 a concretização de direitos fundamentais previstos na Constituição. Tal debate merece aprofundamento em artigo próprio.

No julgado abaixo, após longos debates em audiências públicas, o Supremo Tribunal Federal 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 público 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 lavando-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 bem coletivos. (Tribunal Pleno, AG.. REG, NA SUSPENSÃO DE LIMINAR 47 PERNAMBUCO, em 17/03/2010, Supremo Tribunal Federal).

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, acredito 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 trazidas 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 sempre nunca enfrentam o problema à fundo (pois os promotores sofrem dos mesmos males citados dos julgadores) e costumeiramente vão no sentido de conceder o pleito.

O problema explicitado vem sendo 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 melhor qualidade de informações acerca de medicamentos, tratamentos médicos, questões hospitalares e sanitárias para que possam tomar decisões efetivamente conscientes. O acréscimo de conhecimento por parte dos julgadores tem o potencial de evitar situações de abusos de direito dos interessados e de minimizar decisões por temor que o paciente venha à morte por 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 envolve recursos financeiros, conclui-se facilmente que as decisões judiciais procedentes implicam em gastos públicos com consequente influência no orçamento.

Diante disso, levanta-se a questão de 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 pouco orçamento. A questão é delimitadora 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 tormentoso deve ser debatido com a efetiva participação popular e receber tratamento teórico profundo, o que poderá ser feito em outro artigo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observaram-se as fases que nossa Corte Constitucional (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 uma certeza, a de que a fase atual e plena vivenciada pelo Supremo Tribunal Federal quanto à resposta jurisdicional do direito à saúde não é a última, pois ainda continua em construção, o que demonstra sua necessária historicidade que faltara no início. E isso é juridicamente saudável!

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Carbellini e OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

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

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. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

CÁRCOVA, Carlos María. **As teorias jurídicas pós-positivistas**. Tradução de Henrique Júdice Magalhães. Belo Horizonte: Casa do Direito: Letramento, 2016.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **Requisitos Pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito**. Revista de Direito Comparado. Belo Horizonte: Mandamentos. v. 3. mai., 1999.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Devido Processo Legislativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

HABERMAS, Jürgen. **La crisis del Estado de bienestar y el agotamiento de las energías utópicas**. In: HABERMAS, Jürgen. Ensayos Políticos. 2. ed. Ramón García Cotarelo. Barcelona: Península, 1994.

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.

KAUFMANN, A. e HASSEMER, W. (org.). **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015.

KELLY, J. M. **Uma breve história da teoria do direito ocidental**. Tradução de Marylene Pinto Michael. 1 ed. São Paulo: Editora WMF Martin Fontes, 2010.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 7 ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: FUNDAÇÃO CALOUSTE GULBENKIAN, 2014.

MAUS, Ingerberg. **Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisdicional na “sociedade órfã”**. Tradução do alemão: Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Novos Estudos*, CEBRAP, n.º 58, novembro 2000, pp. 183-202.

PEDRON, Flávio Quinaud. **Mutação constitucional e crise do positivismo jurídico**. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

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

REISSINGER, Simone. **Aspectos controvertidos do direito à saúde na constituição brasileira de 1988**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito. Orientador: Prof. Dr. José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior. Belo Horizonte, 2008.

REISSINGER, Simone. **Ativismo judicial e o minimalismo de Cass Sustein: uma abordagem interpretativa do direito à saúde no Brasil**. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Doutora em Direito. Orientador: Prof. Dr. José Alfredo de Oliveira Baracho Junior. Belo Horizonte, 2016.

REISSINGER, Simone. **Reflexões sobre a efetividade dos direitos fundamentais sociais**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/simone_reissinger.pdf>. Acesso em 11 de junho de 2017.

ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Organizadores Luigi Ferrajoli, Lenio Luiz Streck e André Karam Trindade. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5 ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

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.

Artigo recebido em: 06/11/2017

Artigo aceito em: 06/05/2018