

4.A TENSÃO NO ACESSO À SAÚDE PELA VIA JUDICIAL: O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FAZ JUSTIÇA NO CASO CONCRETO OU DESVIRTUA O DIREITO À SAÚDE?¹

Waleska Marcy Rosa

Lívia Calderaro Garcia

Eduardo Khoury Alves

Palavras-chave: Direitos sociais; Núcleo essencial; STF; Judicialização.

A atual Constituição, chamada de 'Constituição Cidadã', promulgada em 1988, possui tal denominação devido ao viés social que apresenta, como pode ser verificado através do artigo 6º, onde se encontram transcritos alguns direitos sociais que regem o Estado brasileiro. Assim, tem-se que o objeto de pesquisa do presente trabalho é o exame desses direitos sociais na perspectiva do Supremo Tribunal Federal, com a análise de como a Corte se apropria da argumentação acerca dos direitos fundamentais ao decidir demandas pela sua efetivação e em que medida tais decisões podem afetar o núcleo essencial dos direitos fundamentais em tela, ou, posto por outra perspectiva, como o Supremo Tribunal Federal se relaciona com os outros poderes ao decidir demandas que, por disposição constitucional, representam deveres para os entes políticos no sentido de impor-lhes o ônus da formulação de políticas públicas que empreguem os recursos estatais para a maior realização possível dos direitos fundamentais.

Faz-se necessário evidenciar que esta pesquisa é continuação de um projeto realizado anteriormente (agosto de 2015 a julho de 2016) intitulado *Constituição, cidadania e direitos sociais: identificação de possíveis tensões entre a Constituição e Cidadania nos julgados do STF a partir de 2010*. Desse projeto serão utilizados os resultados quantitativos para, a partir deles, realizar a análise qualitativa,

¹Trabalho realizado a partir do projeto intitulado *Constituição, cidadania e direitos sociais: identificação de possíveis tensões entre Constituição e Cidadania nos julgados do STF de 2010 a 2015 (PROBIC/FAPEMIG/UFJF)*.

ou seja, um exame dos recursos argumentativos empregados pelos ministros em seus votos, objetivando a obtenção de um panorama de interpretação e da aplicação do direito social à saúde e das consequências do posicionamento do Supremo Tribunal Federal com relação ao direito em voga. Com base nos resultados preliminarmente obtidos, foi constatada profusão de decisões do STF no sentido de determinar a prestação referente ao direito social que gerou o acórdão. Fato relevante para a pesquisa, notadamente para a apreciação da amplitude que os direitos sociais podem passar a ter a partir de interpretações feitas pelo referido Tribunal ao prolatar suas decisões. Assim, especialmente nesta fase da pesquisa, coloca-se como objeto de análise, também pelo aspecto qualitativo das decisões examinadas, a possibilidade de que os custos com os processos e as concessões judiciais relativas ao direito à saúde tenham impacto significativo na dotação orçamentária do Estado disponível para a formulação de políticas públicas voltadas para a criação e manutenção da rede pública que visa a efetivar este direito.

Percebe-se que o Judiciário, por meio de seu ativismo, coloca em risco o equilíbrio entre a receita e a despesa ao direcionar indiscriminadamente a concessão de direitos que, em análise mais detida, frequentemente nem mesmo se enquadram como direitos de primeira necessidade. Assim, a interferência na programação de gastos públicos impede a concretização das demandas de saúde de primeira necessidade, as quais visam à proteção da vida, o bem maior a ser tutelado pelo ordenamento, por se tratar de um pilar necessário para a existência dos demais direitos. Como propõem Holmes e Sustain em seu clássico *The Cost of Rights* (1999), talvez os tribunais, notadamente aqueles dotados da prerrogativa da interpretação constitucional, pudessem executar um papel mais modesto, chamando a atenção pública para casos em que os atores políticos têm evidentemente faltado com as suas responsabilidades. Ao analisar essa questão sob a perspectiva constitucional brasileira, Virgílio Afonso da Silva aponta que se deve criar condições de diálogo intersubjetivo e de controle social da atividade do Legislativo, Judiciário e Executivo, partindo-se de um modelo que imponha sempre exigências de fundamentação, sobretudo para a não promoção de um direito fundamental. Procura-se estabelecer que a restrição à realização de dado direito fundamental apenas é possível quando houver uma justificativa constitucional - ou seja, quando os recursos públicos estiverem sendo alocados prioritariamente para a efetivação dos direitos

fundamentais, e prioritariamente para a realização do seu núcleo essencial, nós acrescentamos, na maior medida possível. Para tal exame, mostra-se essencial o estudo proposto e iniciado desde fase anterior deste trabalho de analisar a forma como o Supremo Tribunal Federal lida com as demandas relacionadas ao direito à saúde, tendo como base inclusive a distinção traçada e desenvolvida por Melquíades, que as biparte entre demandas de primeira necessidade, propriamente integrantes do núcleo essencial, e demandas de segunda necessidade.

Objetiva o trabalho analisar como a concessão, por vezes não solidamente fundamentada, de direitos sociais à saúde considerados de segunda necessidade, poderá findar por alterar o núcleo essencial desses direitos. A alteração, como adverte as decisões selecionadas, indica a ampliação do núcleo essencial, situação periclitante considerando que o conteúdo e o alcance dos direitos fundamentais só são passíveis de aferição mediante a inclusão de possíveis limitações. A existência de *trade-offs* sempre que se opta pelo comprometimento dos recursos comunitários para algum fim foi advertida por Holmes e Sustain, e como salientou Sarlet: 'estudar os direitos fundamentais significa principalmente estudar suas limitações'. A limitação intrínseca aos direitos guarda relação direta com o fato de que todos os direitos têm custos, percepção que, como apontado ainda por Holmes e Sustain e, no Brasil, por Virgílio Afonso da Silva, é essencial para que se trate o tema dos direitos fundamentais – e principalmente os sociais, nós acrescentamos – francamente e de forma transparente, de modo a permitir o acesso democrático da população aos meios de gozo e exercício de seus direitos e um maior controle social sobre o planejamento de políticas públicas e alocação de recursos comunitários escassos, priorizando aqueles direitos inscritos na Constituição de 1988, os bens mais caros para a comunidade e que mereceram maior proteção estatal, realizada com recursos escassos captados dos membros dessa mesma comunidade. Um maior controle social e maiores possibilidades de diálogos interinstitucionais (e entre instituições e a população) têm o potencial de erigir os direitos sociais de fato como direitos comunitários e com fundamento na solidariedade, com a união de esforços para a realização do direito à saúde, primeiramente em seus aspectos mais elementares, para todos os indivíduos.

O projeto se justifica pela busca da análise desse controle exercido pelo Poder Judiciário que, ao tentar controlar a eficácia dos direitos sociais, acaba por desvirtuar e alterar os limites dos direitos relativos à saúde, com reflexos no

planejamento das políticas públicas e, ultimamente, mesmo na sua eficácia na promoção dos referidos direitos, especialmente visto que as decisões prolatadas pelo tribunal findarão por gerar precedentes para ações futuras. Destarte, espera-se que este projeto possa ter como resultado a obtenção de uma “radiografia” do STF no que toca aos parâmetros de investigação apontados no projeto de pesquisa.

Referências bibliográficas

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. *Possibilidades e limites do controle judicial sobre as políticas públicas de saúde: um contributo para a dogmática do direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, 389 p.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York. W. W. Norton, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª edição, 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. 279 p.