

## 5

### Conclusão

O direito de proteção à saúde tem sido um dos grandes temas em debate atualmente na sociedade brasileira, principalmente no cenário jurídico-institucional, fato este a suscitar questionamentos e reflexões sobre a forma de garanti-lo, tendo em vista sua previsão no artigo 196 da Constituição Federal.

A abordagem efetuada levou em conta principalmente a dupla dimensão dos direitos fundamentais; especialmente o direito à saúde, que pode ser visualizado sob dois ângulos para a garantia do respectivo âmbito de proteção. Assim, tanto pode ser dotado de um caráter objetivo, sendo concebido a partir de uma ordem de valores instituída no texto constitucional, quanto também pode ser configurado sob a dimensão subjetiva.

Isto porque, conforme realçado, o direito à saúde, em sua previsão constitucional, encontra-se inserido tanto entre os direitos e garantias fundamentais, quanto entre os direitos sociais, consoante os preceitos dos artigos 5º e 6º do texto constitucional. A primeira previsão advém dos preceitos concernentes à preservação da vida e ao princípio da dignidade humana; a segunda, porque foi incluído dentre os direitos sociais, e em sua especificação no Título relativo à Ordem Social, integrando uma das vertentes da seguridade social.

O enfoque conferido ao tratamento conceitual dos direitos fundamentais contemplou como objeto a abordagem das dimensões objetiva e subjetiva, adentrando-se no conceito de direitos fundamentais sociais, considerando-os como dotados de um caráter objetivo, sendo concebidos como os valores dignos de proteção constitucional, visualizando-se tal assertiva também em decorrência do caráter dirigente contido na vigente Carta Política.

Neste sentido, a relevância conferida à dimensão objetiva, também inserida no contexto de que a saúde advém da elevação do princípio da dignidade humana como eixo do sistema constitucional brasileiro, foi conjugada com a proposição de que sua análise seja procedida sob a dimensão social, decorrente de sua aplicação sistemática, consoante a previsão da cláusula geral do texto

constitucional, regramento legal e programas específicos, por meio da execução de políticas públicas de saúde.

A fundamentação expendida convergiu para que, com relação ao direito fundamental social à saúde, seja conferida uma primazia, se e quando estiver em disputa ou colisão com outros direitos fundamentais, quer individuais, quer sociais, mas não olvidando o direito subjetivo sob eventual ameaça, em risco devido à urgência.

Para sustentar esta posição, foram utilizados os argumentos expendidos por Robert Alexy para refutar as objeções formuladas com relação à teoria dos valores e ao método da ponderação. Isto porque os critérios adotados por ele espelham um modelo para a compreensão sobre a ordem de valores e o questionamento a respeito de sua definição; além disto, também constituem a base para identificar uma possível hierarquia ou o peso possivelmente expressos nestes.

Os direitos sociais são tradicionalmente referidos a prestações positivas, a serem implementadas pelo Estado. Destaca-se, ainda, a consideração de não comportarem definições efetuadas *a priori*, senão pelo conteúdo dos interesses protegidos em cada caso pelos diferentes tipos de direitos sociais, devido à complexidade existente sobre a definição de seu âmbito de proteção.

Ademais, essa circunstância é acentuada porque igualmente são considerados princípios constitucionais relacionados à distribuição ou redistribuição econômica e social. Entretanto compartilham o estatuto de direitos fundamentais relativamente à eficácia.

Propugna-se, portanto, que o direito à saúde seja analisado sob a dimensão coletiva e global, com a intenção de que o seu adimplemento enquanto “direito social” produza o efeito de atingir-se, pelo menos parcial e gradualmente, a justiça distributiva.

Assim, a execução das ações e serviços de relevância pública concernentes à proteção, prevenção e saúde dos cidadãos-contribuintes e utentes do Sistema Único de Saúde, o SUS, é uma obrigação precipuamente estatal. Constitui, portanto, um dever a ser adimplido pelos entes federativos, o qual, se não cumprido nos termos do regramento existente, ou em caso de risco de dano pela urgência da situação posta em causa, resulta em direitos exigíveis judicialmente.

Logo, podem ser reclamados perante o Poder Judiciário para sua imediata fruição, diante da ausência ou insuficiência de sua prestação, considerando

superada a concepção de que as respectivas normas teriam apenas caráter programático, apesar de não se olvidarem os aspectos financeiros e orçamentários.

A proposta de denominar esse direito em solo brasileiro, a exemplo da nomenclatura utilizada em Portugal, com a inserção da expressão “de proteção à saúde” advém da perspectiva de adotar um conceito abrangente, consentâneo com a moderna visão sobre a saúde.

A premissa para tanto é a de que o ser humano é um indivíduo integral, não apenas dotado de uma percepção biológica, mas conjugando, além deste fator, outros elementos, tais como o psicológico e o social, bem como a inserção do cidadão na sociedade de risco, sujeito as mais variadas situações de vida, que o levam a estar exposto ao risco de possíveis enfermidades.

A prioridade conferida ao direito de proteção à saúde como de cunho eminentemente coletivo ocasionou a abordagem das ações coletivas no direito brasileiro, como uma das formas de proteção possíveis de serem utilizadas para tanto.

Nesse sentido, destacou-se que atualmente em nosso país, as ações civis públicas, em sua maior parte ajuizadas por associações e pelo Ministério Público, têm obtido destacada importância no tocante ao fato de levar para o Poder Judiciário o pleito de efetivação de direitos fundamentais e sociais estipulados pelo texto constitucional.

O Ministério Público, portanto, tem um importante papel a desempenhar a partir de sua própria definição como uma instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, sendo incumbido da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis e de zelar pelo efetivo respeito pelos poderes públicos e serviços de relevância pública, aos direitos assegurados na Constituição Federal e promover as medidas necessárias a sua garantia, conforme prevêm, respectivamente os artigos 127, *caput* e 129, II, da mesma Carta.

Por fim, o contexto relativo à denominada “judicialização da saúde”, revelado pela existência de um número excessivo de demandas, aponta para uma possível tensão ou antagonismo entre dois valores protegidos na Lei Maior. Em um lado, o direito do cidadão à prestação de serviços garantidores de sua vida e saúde; e, em outro, o dever do Estado de gerenciar os recursos disponíveis a fim

de efetivar as prestações universais de saúde, de modo a atingir toda a coletividade.

Desse modo, são evidentes as repercussões e implicações das inúmeras e díspares decisões judiciais sobre políticas públicas de saúde, algumas previstas em lei ou regulamentação administrativa sobre a matéria, às vezes ignorada ou cuja aplicação tem sido afastada. Este fato também concorre para a assertiva de que tais provimentos judiciais geram reflexos importantes sobre a execução das atividades administrativas relacionadas à execução de políticas públicas de saúde.

Quanto a este ponto, foram analisadas quais têm sido as respostas de juízes e tribunais brasileiros com relação à apreciação de casos concernentes à postulação do direito à saúde, quer sob a ótica subjetiva, em ações individuais, quer sob a dimensão objetiva e pluridimensional, em demandas de caráter coletivo.

Verificou-se, pelo cotejo de algumas decisões judiciais, que, quando se trata do tema do acesso à saúde em juízo, envolvendo aspectos relativos às políticas públicas atinentes a esse direito, especialmente o fornecimento de medicamentos e tratamentos médico-hospitalares por entes estatais, os magistrados, na maior parte das hipóteses, têm dado prevalência a aceitar os mais diversos pedidos de caráter individual, a variadas prestações positivas.

Entretanto, constatou-se que, quando se veicula a demanda sob a forma de ação coletiva ou ação civil pública, ajuizada pelos respectivos legitimados, visando à implantação ou verificação do cumprimento de uma política pública específica, a posição tem sido outra, em geral, denegatória ou de difícil aceitação.

Resta a indagação de como tem sido efetuada a ponderação entre esses direitos postos em conflito, ou seja, o direito individual, visível de plano, de um autor. E, de outro lado, o direito coletivo, de uma gama de indivíduos, dispersos na sociedade, mas visíveis, ou seja, aqueles que se encontram nas filas dos postos de saúde, dos hospitais, os que padecem por falta de atendimento, enfim, de todas as prestações universais que deveriam estar a sua disposição.

Como sopesar a forma de garantir o acesso a essa proteção?

Especialmente nos dilemas enfrentados pelos magistrados, os quais, apesar de terem que decidir sobre algumas situações dramáticas – as chamadas escolhas difíceis –, não podem tratar questões coletivas (universais), como se fossem apenas de índole individual. Ao assim fazerem, olvidam o verdadeiro problema

suscitado em uma disputa deste tipo, qual seja, a extensão dos direitos de um indivíduo ou grupo de cidadãos, levando em conta apenas o dever de uma pessoa, o Estado, mas também os direitos dos demais indivíduos e grupos componentes da sociedade.

Propõe-se, portanto, que na fundamentação das sentenças sobre o direito de proteção à saúde seja utilizado um aporte teórico apto a proporcionar a adequada justificação, baseando-se em parâmetros racionais e razoáveis, que justifiquem a eventual quebra do princípio da isonomia.

Ademais, devem conter padrões mínimos de aceitabilidade quanto ao enfrentamento das escolhas dos Poderes Executivo e Legislativo, bem como é necessário que os juízes tenham uma postura de autocontenção ou estabeleçam preferência às escolhas dos ramos administrativo e legislativo.

Isto porque os conflitos encaminhados ao Poder Judiciário constituem verdadeiras “válvulas de escape” para situações de ineficiência ou inércia dos citados poderes.

Contudo, a solução apontada para a resolução do problema do elevado número de processos, bem como a disparidade de comandos judiciais, remonta à própria Administração pública e aos legisladores, visto que a via judicial deve ser utilizada para aquelas situações realmente necessárias, pois o Poder Judiciário é considerado a última trincheira para a garantia definitiva dos direitos fundamentais sociais, incluído o direito de proteção à saúde.

Em razão do contexto apresentado, a fim de contribuir para a pretendida racionalização das decisões judiciais relativas à adjudicação judicial de prestações referentes ao direito de proteção à saúde, é necessário estabelecer alguns parâmetros. A partir destes pode-se obter a racionalização da atuação judicial, destacando-se a possibilidade de universalização do comando a ser emitido pelo provimento jurisdicional, além de algumas limitações de ordem material e processual.

As ações coletivas foram consideradas como o principal referencial em termos processuais para a defesa do direito de proteção à saúde, tendo em vista a universalidade que lhe é ínsita tanto em âmbito teórico quanto com relação a sua aplicação. Sendo assim, neste tipo de ação há maior abertura para a discussão de aspectos multidisciplinares, inclusive os de caráter estritamente técnicos, no tocante à sindicabilidade de atos administrativos ou políticas públicas, bem como

para a análise e verificação da eficácia destas com relação ao atendimento de todos os possíveis utentes, possibilitando o diálogo com representantes de órgãos públicos e da comunidade, bem como com as esferas administrativas que executarão as políticas públicas questionadas.

Por outro lado, também é candente a discussão sobre o modo como assegurar tais direitos, frisando a sugestão apontada com base em doutrina estrangeira, de introdução de guias e parâmetros de boas práticas úteis à efetivação do controle de desempenho das atividades concernentes às políticas públicas.

Aqui apresenta-se o destaque para a instituição de instrumentos reguladores, tendo em vista ainda, consoante mencionado, a omissão e insuficiência da atividade dos membros dos Poderes Legislativo e Executivo.

Logo, em decorrência do exposto, verifica-se a necessidade de conjugar os vários elementos objeto de investigação nesta dissertação, não olvidando principalmente a previsão da cláusula geral do artigo 196 da Constituição Federal, sobre a qual se afirmou a sua plena eficácia.

Para tanto, existem alguns “pontos de apoio” no âmbito legislativo e administrativo que conferem concreção a esses direitos. Porém, quando houver uma situação em que a aplicação das regras existentes atingirá algum bem também objeto de proteção constitucional, deverá ser utilizado o método da ponderação ao caso concreto, sopesando-se os direitos em conflito, com a aplicação dos parâmetros da razoabilidade e da máxima da proporcionalidade.

O objetivo pretendido é o de se obter a necessária distribuição igualitária dos bens que são devidos aos cidadãos pelo Estado, efetuando-se, por este meio, a justiça distributiva, compensando-se as desigualdades existentes na sociedade.