

## 5

### Conclusão

O interesse no desenvolvimento da presente dissertação surge da constatação da situação na qual se encontra o direito à saúde no Brasil. Em que pese sua indiscutível importância social, enquanto pressuposto da existência humana viável e digna, o direito à saúde está longe de ter o seu conteúdo definido com a segurança e clareza esperados. Identifica-se forte embate entre correntes restritivas e ampliativas, o qual muitas vezes não é acompanhado de suficiente embasamento doutrinário ou qualquer preocupação com suas macroconsequências fáticas e jurídicas.

Todo processo criativo, quando realmente novo e objeto de interesses altamente conflitantes, apresenta-se crítico, alternando momentos de extensão e distensão, progresso e regresso, modernidade e conservadorismo, coesão e divergência. Estas características estão claramente presentes no processo de consolidação do direito social à saúde.

Restringindo o objeto da análise à atuação do Judiciário, o direito à saúde, em um espaço de pouco mais de uma década, deixa de ser tratado com total inércia em troca de uma postura altamente interventiva, ativa e participativa dos magistrados. Valendo-se da figura do movimento pendular, tantas vezes explorado na literatura, vai-se de um extremo a outro, sem maiores oportunidades à posição central, de maior estabilidade.

Diante da identificação de inúmeros exemplos desta nova postura judicial frente ao direito à saúde, muitas vezes coligadas com uma fundamentação deficiente e completa assistemática de atuação, esta última, decorrente da ausência ou desconsideração de parâmetros regulares, constatou-se a necessidade de se empreender estudo, com prevalência dogmática, capaz de demonstrar a existência do fenômeno. Optou-se por conferir ênfase às suas teóricas e principais consequências adversas, cuja efetiva constatação e divulgação são condição essencial para que, definitivamente, compreenda-se tratar o atual estágio de judicialização da saúde de problema a ser resolvido com urgência. Apenas com a plena visão destes fatos e a aceitação de sua existência podem-se buscar soluções viáveis, constitucional e faticamente, para a necessária efetivação progressiva do

direito à saúde, sempre com a consciência da busca da isonomia frente a limitação de recursos.

Assim, para a importante tarefa de aclarar os efeitos adversos do atual estágio de judicialização da saúde no Brasil, entendeu-se, inicialmente, ser necessário fixar dois pressupostos essenciais: o direito à saúde é direito social fundamental e todos os direitos são relativos.

A fundamentalidade do direito à saúde, característica consagrada formal e materialmente na Constituição Federal de 1988, é representativa de sua centralidade na ordem jurídica. Enquanto síntese do processo histórico evolutivo, da conformação democrática e de sua condição de mandamento nuclear do sistema, a fundamentalidade do direito à saúde é indicativa de sua plena e imediata eficácia, bem como da necessidade de se buscar o maior nível possível de realização geral. Esta importante característica, não obstante dever ser tomada em séria consideração pelas autoridades públicas, evitando a omissão inconstitucional e o retorno a uma situação de completo abandono do direito à saúde, não pode se confundir com a autorização para interpretações absolutistas que ignorem a escassez de recursos públicos, a existência de inúmeros interesses conflitantes e a necessidade de implementação conjugada de diversos outros direitos igualmente fundamentais.

A regra, portanto, é a relatividade de todos os direitos, decorrente de sua restringibilidade e do raciocínio ponderativo a que estão sujeitos. Se o direito à saúde é uma exceção, pois ilimitado e absoluto, cumpriria aos defensores deste posicionamento, ao menos, fornecer substanciosos subsídios teóricos para esta conclusão. Não basta sua mera correlação ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana, nem justificativas tão somente de caráter valorativo.

Em que pese ser inegável o valor da vida e da saúde, é preciso lembrar que estes só se podem realizar, na amplitude constitucional desejada, quando sua efetivação não anula outros fundamentos tão caros à vida social, segundo os valores constitucionais vigentes, concretizando-se em uma vida saudável e digna. O homem não se realiza com a simples existência natural, com a mera sobrevivência ligada à subsistência; tem necessidades outras que devem ser igualmente protegidas, garantidas e efetivadas pelo Estado. Segundo esta consideração, um valor fundamental específico não deve anular completamente

outro; devem coexistir, segundo um critério de ponderação a ser definido, em se tratando de uma sociedade democrática, pelo povo.

Apesar de parecer evidente a relatividade de todo e qualquer direito, mesmo os fundamentais, identificaram-se na elaboração da presente dissertação substanciais posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, muitas vezes desacompanhados de maiores digressões teóricas, no sentido da ilimitabilidade das prestações estatais em saúde pública, o que indicaria uma tendência ao absolutismo nesta matéria.

A partir da constatação acima optou-se por analisar os principais possíveis efeitos adversos da aplicação com feição absoluta do direito. Para tanto, priorizou-se a análise do fenômeno conhecido como judicialização da saúde, consistente na expansiva intervenção judicial em matéria de políticas públicas nesta área. Dada a incontestável importância e crescimento deste fenômeno na vida jurídica nacional buscou-se, a partir da fixação da escassez de recursos para atendimento de todas as necessidades humanas, sistematizar as principais críticas a este modelo que, em seu conjunto, sugerem estarmos diante de uma judicialização excessiva.

Diz-se excessiva, pois a profusão de tutelas individuais envolvendo a saúde pública, principalmente de ações atinentes a medicamentos e tratamentos médicos, vem conferindo ao magistrado a primazia da função administrativa, sem que para isso tenha os indispensáveis preparo, legitimidade democrática e fontes para o planejamento coletivo. Assim, o grande número de ações e, em especial, de tutelas antecipadas envolvendo prestações materiais em saúde, alteram bruscamente a alocação de recursos públicos. Solucionam-se problemas individuais, muitas vezes, ao custo dos direitos fundamentais dos demais cidadãos e das opções coletivas legítimas do Estado, necessárias diante da finitude dos recursos públicos.

Além disso, ao ir além do controle de constitucionalidade e legalidade das políticas públicas em saúde, o Judiciário viola, sob certa perspectiva, o princípio da separação de poderes e a reserva do possível jurídica, ignorando princípios e regras que dão ao Legislativo e Executivo a primazia da importante tarefa de planejamento público do gasto dos escassos recursos disponíveis. Da mesma forma, ao determinar a alteração casuística da alocação de recursos em centenas de milhares de casos, o Judiciário se coloca em posição de violar a reserva do possível sob a perspectiva fática, uma vez que diante das inerentes limitações

físicas, tecnológicas e materiais dos homens, não se pode obrigar o Estado a realizar o impossível.

Dada a limitação de recursos ante os interesses e pretensões sociais quase ilimitados, qualquer escolha alocativa pressupõe a existência de ao menos um beneficiado e um prejudicado. Em teoria, as escolhas macropolíticas são melhor indicadas para a realização da justiça coletiva, pois conferem melhor perspectiva para o planejamento de custos e gastos, permitindo uma distribuição mais isonômica dos recursos públicos. Portanto, igualdade e impessoalidade podem ser violadas por decisões judiciais que ignoram a potencial repercussão coletiva de decisões individuais, que em conjunto acabam por alterar as escolhas administrativas trágicas democraticamente realizadas.

O problema destacado acima é potencializado pelas inerentes dificuldades de acesso ao Judiciário, sabidamente maiores ante as classes menos favorecidas social e economicamente. Estes indivíduos, em que pese serem o grupo mais dependente da atuação estatal para a realização do direito à saúde, são justamente os maiores prejudicados na alteração orçamentária necessária para o cumprimento das decisões judiciais. São os programas básicos de distribuição de medicamentos que vêem seus recursos diminuídos para a aquisição de outros muito mais caros e modernos, cuja existência sequer chega ao conhecimento das classes menos favorecidas; são programas de saneamento básico, incluídos no conceito amplo de saúde, que são paralisados em favor da realização de cirurgias eletivas experimentais, enquanto crianças continuam morrendo das chamadas doenças da pobreza, de simples prevenção e tratamento.

Ademais, atuar apenas com o foco no caso concreto significa por em risco o planejamento coletivo, o princípio da eficiência e a organização administrativa. Em última instância, as perdas de eficiência geradas pela judicialização excessiva da saúde podem agravar a própria escassez de recursos públicos disponíveis, trazendo prejuízos ao estado geral de saúde da população.

Conforme já destacada constatação de Gustavo Amaral, um somatório de escolhas individuais racionais podem produzir um resultado coletivo irracional. Em outros termos, decisões judiciais que efetivem em um nível máximo o direito à saúde no caso concreto podem parecer justas, racionais e viáveis quando analisadas individualmente, porém, podem acarretar, quando reproduzidas em

incontáveis casos idênticos, resultado inesperado e, algumas vezes, contrário ao próprio objetivo inicial.

Foi destacado ao longo da dissertação que as críticas expostas, para terem viabilidade teórica, devem ser interpretadas de acordo com a estrutura de nosso ordenamento jurídico. Assim, elas não podem ser entendidas, sob qualquer hipótese, como a afirmação de que o Judiciário não pode intervir para corrigir equívocos manifestos, ações ou omissões inconstitucionais, pois não há dúvida de que esta importante atribuição lhe foi conferida pelo constituinte. O que se deve evitar é a intervenção excessiva, a elaboração de verdadeiras políticas públicas pelo Judiciário ou a alteração das já existentes, a menos que se constate sua inconstitucionalidade ou ilegalidade manifesta. Pugna-se por maior fundamentação, responsabilidade e preocupação com as conseqüências das decisões, com a escassez de recursos e com a consolidação de um sistema regular, isonômico e abrangente de saúde pública, com o que o Judiciário, certamente, tem muito a contribuir.

E para esta atuação regular, uma vez constatada a existência de excessos que devem ser coarctados, tem extrema relevância o instituto do mínimo existencial, capaz de orientar o intérprete na adequada aplicação do direito à saúde. O mínimo existencial abrange todas as condições e elementos necessários para a manutenção de uma vida digna, livre e participativa, possuindo estreita relação com a realização dos direitos fundamentais, amplamente considerados. Variável no tempo e no espaço, depende para a delimitação de seu conteúdo específico da análise do caso concreto, com razoabilidade e sob a ótica responsável da ponderação de valores, da relativização e da análise das possibilidades materiais e jurídicas, aqui tendo plena aplicação a reserva do possível.

O mínimo existencial atua como congregador de condições essenciais para uma vida digna, contribuindo para a efetivação progressiva do direito à saúde e, ao mesmo tempo, como redutor da subjetividade e do voluntarismo na conformação deste mesmo direito, por fornecer parâmetros mais estáveis para o controle judicial. Razões não faltam, portanto, para que se dediquem maiores estudos a este importante tema.

Não se deve confundir o que se afirmou acerca do mínimo existencial com qualquer espécie de apologia cega e irrestrita aos benefícios decorrentes da

utilização do instituto, pois o mínimo existencial não é capaz de fornecer sozinho a resposta para o complexo problema da efetivação da saúde no Brasil. Para que tenha alguma utilidade prática e contribua efetivamente para este último fim, além do aprofundamento do debate democrático quanto ao seu conteúdo específico, deverá ser valorado como mais um elemento fundamentador do processo ponderativo, o qual deve orientar as decisões estatais em todos os níveis e que se torna essencial diante de situações conflituosas.

Desta forma, entende-se que o mínimo existencial deverá ser conjugado com o respeito às legítimas escolhas administrativas, orientadas pelos princípios do seguro prudente, da proporcionalidade e da isonomia, bem como pela definitiva compreensão da relatividade dos direitos, decorrente de seus custos e da limitação de recursos disponíveis.

É de extrema importância a atividade implementadora em concreto do administrador público, a quem incumbe, constitucionalmente, definir o devido e o viável, sob a perspectiva de que não é apenas o direito à saúde que deve ser concretizado e de que mesmo este importante direito abrange muito mais do que a saúde curativa ou o fornecimento de medicamentos. Em que pese dever estrita obediência as diretrizes constitucionais, ao administrador público sobeja considerável margem de escolha diante de um ambiente de inerente escassez que exige a realização de opções trágicas.

Conforme exposto no item 4.2 da dissertação, todos os direitos têm custos, sejam tradicionalmente tidos por positivos ou negativos, sejam individuais ou sociais, devendo esta circunstância ser tomada em séria consideração por todas as autoridades públicas. A distribuição dos limitados recursos públicos entre os diversos interesses sociais é sem dúvida opção política e enquanto tal deve ser tratada e questionada através dos meios democraticamente disponíveis. Ao que parece, o Judiciário não estaria legitimado e preparado para a realização desta espécie de opções.

O desrespeito ao que até aqui se afirmou, concretizado através de posicionamento no sentido do absolutismo do direito à saúde, não obstante sua nobreza axiológica, pode representar verdadeiro empecilho para a concretização adequada deste importante direito, uma vez que camufla os problemas estruturais sabidamente existentes, desorganiza ainda mais a já nada organizada

administração pública, além de acarretar a violação de diversos princípios e regras jurídicas, premissas de um ordenamento jurídico sólido e adequado para o desenvolvimento social em termos amplos.

O que se deve buscar, portanto, no sentido da implementação do direito à saúde, é sua máxima realização, sob os aspectos coletivo e individual, dentro das possibilidades sócio-econômicas existentes, respeitando-se, na maior medida possível, todos os princípios e direitos envolvidos e/ou conflitantes, como a isonomia, a separação de poderes, a proporcionalidade, entre outros interesses individuais e coletivos, representativos, muitas vezes, dos mais diversos direitos fundamentais.