Conclusão

A preocupação com o direito à saúde no Brasil está presente nos debates acadêmicos, nos noticiários, nas decisões judiciais e, principalmente, na realidade do povo brasileiro, que reivindica, diariamente, a legítima melhoria no serviço público de saúde, em nome da dignidade da pessoa humana, da cidadania e acima de tudo, da própria vida.

Esse trabalho foi motivado pelo espírito progressista que conseguimos verificar no pensamento constitucional contemporâneo, em especial no neoconstitucionalismo, e, com isso, procuramos trazer algumas de suas colaborações teóricas para sustentar o quanto esse debate moderno sobre o direito pode ajudar na efetivação da saúde no país.

Para discorrer sobre alguns dos principais postulados neoconstitucionalistas, fizemos primeiro uma passagem crítica pelo positivismo jurídico kelseniano e também uma breve incursão no pós-positivismo, que não chegou a se afirmar como teoria de direito. Dentro desse contexto contemporâneo, apresentamos a importância da revisão da clássica teoria das fontes diante do Estado Constitucional principiológico de Direito e enfatizamos o papel extraordinário que a doutrina realiza como fonte crítica transformadora e principal agente de construção desse pensamento moderno.

Com o advento do Estado Constitucional de Direito em 1988, a saúde ficou mais bem protegida e a sua juridicidade se tornou indiscutível. Para colaborar neste debate, apresentamos estudo sobre a eficácia vinculante e aplicação direta dos direitos fundamentais e também acerca do desserviço que o encarceramento aos direitos em fragmentadas gerações causou ao direito à saúde, estigmatizando-o como um direito “programático”.

Em nosso trabalho, demonstramos o quanto é importante para o direito à saúde a abertura das Constituições aos princípios e analisamos alguns deles, tais como: o Princípio da vedação ao retrocesso social, o princípio do resgate e o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, que

somados ao “equilíbrio existencial” (no lugar do conhecido “mínimo existencial”), funcionam como belas ferramentas de defesa do direito à saúde.

À luz dos dados oficiais oferecidos pelo Governo Federal demonstramos em nosso trabalho, por meio de estatísticas, as disparidades existentes na prestação de saúde pública entre os diversos estados e regiões brasileiras, com os pontos de ineficiência mais críticos centralizados na região Norte-Nordeste.

Enaltecemos a augusta criação da Lei Orgânica da Saúde (LOS - Lei nº 8.080/1990), que nasceu para dar estrutura e viabilidade ao Sistema Único de Saúde, que constituiu um dos mais importantes avanços legislativos na área da saúde pública já vivenciados em nosso país. Aliás, da pesquisa realizada, concluímos que não nos faltam leis protegendo a saúde, mas sim vontade política.

Com isso, reforçamos a importância do juiz constitucional na concretização das políticas públicas relacionadas à saúde e destacamos que a argumentação jurídica - que pretendemos desenvolver com mais afinco num próximo trabalho - é importante instrumento de legitimação e de controle das decisões judiciais. Dentro desta análise, sustentamos a necessária releitura da clássica separação de poderes iluminista em defesa do papel ainda mais ativo do judiciário na concretização das políticas públicas, inclusive na fiscalização das leis orçamentárias.

Com o destaque que fizemos ao reforço à jurisdição constitucional, motivo de severas críticas direcionadas ao neoconstitucionalismo, tentamos inovar com a criação das quatro categorias de proteção de eventuais excessos (social, técnica, administrativa e política), todas elas presentes no próprio Estado Constitucional de Direito. Neste contexto, para democratizar as decisões judiciais e na tentativa de reduzir o chamado de “decisionismo judicial”, valorizamos o papel da realização das audiências públicas, a importante função do *amicus curiae* e do Conselho Nacional de Justiça. Criticamos, igualmente, as provas de memória legislativa que ainda se submetem os futuros magistrados para ingresso na função pública e também a necessária avaliação periódica de desempenho que devem enfrentar ao longo de sua carreira.

Ressaltamos a importância do método da ponderação de conflitos à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e que o princípio da reserva do possível deve ser levado em consideração, mas que não pode ser um muro intransponível para as sentenças judiciais que, ao decidirem sobre a concessão de um medicamento ou de um tratamento, estão, muitas vezes, sentenciando o destino da vida de um cidadão.

Acredito que cada um dos temas relacionados neste trabalho, já motivariam por si mesmos a elaboração de uma dissertação exclusiva. A beleza dos princípios, a dignidade da pessoa humana, os direitos sociais, o debate contemporâneo do direito, a ponderação ou a pretensão de correção. No entanto, o objetivo desta dissertação foi despertar a possibilidade de a saúde pública no Brasil tornar-se realidade, se analisada sob a influência do Estado Constitucional de Direito, defendido com muito afincio pelos postulados neoconstitucionalistas.

E é nesse novo constitucionalismo, sobretudo nos homens que o instrumentalizam, que depositamos a fé e a esperança na mudança e em que a saúde digna possa um dia fazer parte da realidade de cada um dos brasileiros. Como já dizia no início do século passado um baiano, conhecido por todos nós: “Oxalá não se me fechem os olhos, antes de lhe ver os primeiros indícios no horizonte. Assim o queira Deus!”¹

¹ Trecho final da “Oração aos Moços” de Rui Barbosa, de 1920.