

Introdução

O direito de proteção à saúde tem despertado a consciência dos cidadãos e operadores jurídicos, fato de fácil constatação atualmente, pois tem sido objeto constante debate na sociedade brasileira, em razão dos problemas enfrentados para a sua efetivação, os quais são de complexa e difícil resolução.

Assim, a escolha deste tema relacionou-se à tentativa de trabalhar com alguns desses aspectos, visto que, em decorrência dessas angústias, afigura-se uma excessiva utilização do mecanismo judicial, e se, por meio deste, os magistrados possuem meios suficientes para compor os conflitos advindos de uma insuficiente e até mesmo omissa atuação dos representantes dos Poderes Legislativo e Executivo.

Desta forma, devem ser analisados os fundamentos teóricos do direito em questão, razão pela qual o primeiro capítulo da dissertação situa os direitos sociais dentro do quadro de evolução da concepção do Estado, inserindo-os desde a vertente liberal à social e democrática de direito. Efetuou-se esta digressão com o intuito de fazer um paralelo entre o que se convencionou classificar como dimensão ou geração de direitos e a evolução dos tipos de Estado, a partir do quadro histórico do Século XVII.

Acentuou-se que, no Estado Liberal, a maior parte das prestações atualmente reconhecidas como direitos sociais era executada por instituições privadas. Entretanto, entre a segunda metade do Século XIX e a terceira década do Século XX, quase todos os países onde vigorava o liberalismo, realizaram as principais reformas legais e sociais que constituíram as premissas essenciais para a constituição de um modelo de Estado Social.

Posteriormente, houve a incorporação, nas Constituições, de um catálogo de direitos sociais, pois, com o decorrer do tempo, estes foram sendo reconhecidos como elementos essenciais no processo de democratização e não mais como uma disputa entre o modelo liberal e o modelo social de Estado.

Assim, para a focalização pretendida, foram efetuadas algumas considerações sobre os direitos fundamentais com o objetivo de abordar as

dimensões objetiva e subjetiva, para se adentrar o conceito de direitos fundamentais sociais. O escopo desta pretensão centrou-se na premissa de que os direitos fundamentais, especialmente o direito à saúde, contempla dois ângulos sob os quais podem ser visualizados para a garantia do seu âmbito de proteção.

Desta forma, genericamente considerados, podem ser dotados de um caráter objetivo, sendo concebidos como uma ordem de valores instituída no texto constitucional. Sob outro aspecto, também estão configurados sob a dimensão subjetiva, ou seja, nesta lógica, são enquadrados dentro do conceito de direito subjetivo.

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

A fundamentação expendida converge 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.

Não foram olvidadas as possíveis objeções quanto a esta posição, porém, para consubstanciar a postura a ser adotada foram colacionados os argumentos utilizados 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 este espelham um modelo para a compreensão sobre a ordem de valores e o questionamento a respeito de sua definição, bem como constituem a base para identificar uma possível hierarquia ou o peso possivelmente expressos nesses valores.

Os direitos sociais são tradicionalmente referidos a prestações positivas, a serem implementadas pelo Estado, destacando-se, ainda, a assertiva 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.

Tal fato também é acentuado porque também são considerados princípios constitucionais relacionados à distribuição ou redistribuição econômica e social

compartilham o estatuto de direitos fundamentais relativamente à eficácia e a seu valor jurídico.

O capítulo terceiro contextualiza o direito à saúde no Brasil, remarcando sua inserção entre os direitos e garantias individuais, qualificado, por consequência, em sua vertente individual, bem como também previsto como direito social, representando os direitos de solidariedade social, consoante, respectivamente, as previsões dos artigos 5º e 6º da Constituição Federal.

Assim, sua execução, tendo em vista que a prestação desse serviço de relevância pública concerne ao fornecimento de prestações relacionadas à proteção, promoção e recuperação da saúde dos cidadãos, é uma obrigação precipuamente estatal.

Constituindo um dever a ser adimplido pelos entes federativos, resulta em direitos exigíveis em sede judicial, podendo ser imediatamente invocados, ante a ausência ou insuficiência de sua prestação, afirmando-se como superada a concepção de que as respectivas normas teriam apenas caráter programático.

A parte II do Trabalho, constituída pelo Capítulo 04 e Anexo, foi dedicada a expor as implicações advindas desta última afirmação.

Isto porque o quadro das inovações trazidas pela nova ordem constitucional possibilitou o exercício ampliado da cidadania, tendo havido o deslocamento da arena tradicional de debates, ocasionado pelo maior acesso dos cidadãos ao Poder Judiciário a fim de buscar a implementação dos muitos direitos que lhes foram conferidos.

Logo, para a obtenção de sua efetividade, grande parcela de indivíduos têm se valido da instância judicial para obter a definição de temas importantes para a sociedade brasileira, as quais podem ser caracterizadas como de cunho político, ao âmbito judicial, estabelecendo um novo *locus* de debates.

Constata-se, desta forma, que a situação de serem levadas para o foro judicial algumas questões cruciais para o desenvolvimento e exercício dos direitos civis, políticos e sociais e, conseqüentemente, da própria democracia, desencadeia a análise, pelos juízes, de matérias envolvendo esferas que eram tradicionalmente consideradas como do âmbito da política e, por isto, infensas a qualquer possibilidade de questionamento jurisdicional.

Assim, o quadro envolvendo a chamada “judicialização da saúde”, consistente na existência de demandas judiciais em um número excessivo, aponta

para uma possível tensão ou antagonismo entre dois valores protegidos pela Constituição; de um lado, o direito do cidadão à prestação de serviços garantidores de sua vida e saúde; e, de outro, o “dever-poder” do Estado de, ao gerenciar os recursos disponíveis para tanto, tornar efetivas as prestações universais de saúde, de modo a atingir toda a coletividade.

Finalizando, em virtude das repercussões destacadas, a respeito das implicações de inúmeras decisões judiciais sobre políticas públicas de saúde, algumas previstas em lei ou regulamentação administrativa sobre a matéria, tem sido apontado que tais provimentos geram reflexos importantes sobre a execução das atividades administrativas relacionadas à execução de programas de saúde pública.

Para fundamentar as assertivas expendidas foram analisados estudos e pesquisas contendo dados empíricos sobre fundamentos utilizados para as postulações judiciais, a sua maioria em ações individuais, principalmente quanto ao fornecimento de medicamentos e tratamentos por órgãos públicos.

Desta forma, alguns parâmetros para a tomada de decisões para a adjudicação judicial de prestações relativas ao direito de proteção à saúde são necessários, a partir dos quais possa ser obtido o efeito no sentido de racionalizar e tentar uniformizar a atuação judicial.

A fim de obter tal intento, foram colacionados referenciais para a defesa deste, por meio de ações coletivas, tendo em vista a universalidade que lhe é ínsita tanto em âmbito teórico quanto com relação à 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 destinatários, possibilitando o diálogo com representantes de órgãos públicos e da comunidade.

Retomou-se, em seguida, mais uma vez, a discussão sobre o modo como assegurar tais direitos, com a introdução de guias e parâmetros de boas práticas úteis à efetivação do controle do desempenho das atividades concernentes à execução de políticas públicas, com destaque para a instituição de instrumentos reguladores, tendo em vista ainda, consoante será apontado, a omissão e insuficiência da atividade dos membros dos Poderes Legislativo e Executivo.