

OS CUSTOS DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: UMA POSSÍVEL SOLUÇÃO.

THE COST OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO HEALTH: A POSSIBLE SOLUTION.

*Taline Vieira*¹

*Igor Rocha Tusset*²

RESUMO: O direito à saúde se apresenta como um dos direitos fundamentais mais importantes da Constituição Federal de 1988. A consolidação deste direito foi construída ao longo de diversos momentos vivenciados pelo Estado brasileiro, atingindo-se sua positividade enquanto garantia fundamental, passível de aplicabilidade imediata. Cada vez mais observa-se a tomada de consciência, por parte da população, da colocação deste direito enquanto passível de exigência perante o Estado. Todavia, frente à ausência de recursos e à aplicações irregulares destes recursos, observa-se um crescente ajuizamento de demandas judiciais postulando a concessão de tratamentos e medicamentos. Muitas dessas pessoas se valem do Poder Judiciário como uma “primeira via” para a tentativa da obtenção destes tratamentos/medicamentos, fazendo com que ocorra uma desorganização nos orçamentos da área da saúde. Com isto, o presente trabalho aborda o seguinte problema: É possível pensar-se na prestação do Direito à saúde, por parte do Estado, sem se levar em consideração os custos para a efetivação deste direito? Tem-se por objetivo demonstrar a necessidade de uma maior participação, tanto da população, quanto da administração pública, na decisão sobre a aplicação dos recursos financeiros da área da saúde, observado que, assim como qualquer direito assegurado/garantido pelo Estado, a prestação do direito à saúde demanda despesas que poderão vir a gerar um desequilíbrio na organização orçamentária a nível federal, estadual e municipal.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais; Direito à saúde; Os custos dos Direitos.

ABSTRACT: The right to health can be presented as one of the most important fundamental rights of the 1988 Federal Constitution. The consolidation of this right was built over many moments experienced by the Brazilian state, reaching its positivization as fundamental guarantee and capable of immediate applicability. Increasingly a sense of awareness, on behalf of part of the population, can be observed regarding the implementation of this right as liable to requirement before the State. However, compared to the lack of resources and the uneven application of these resources, an increasing filing of lawsuits postulating the granting of treatments and medications can be noticed. Many of these people make use of the judiciary power as a "first way" to obtain these treatments/medications, causing disorganization in the public health's budgets. Thus, this paper discusses the following issue: Is it possible to think about the provision of the right to health, by the state, without taking into consideration the costs for the achievement of this right? As an objective, it aims to demonstrate the need for greater involvement of both the population and public administration, on the decision to the

¹ Mestranda em Direito pela IMED – Faculdade Meridional, linha de pesquisa “Mecanismos de Efetivação da Democracia e da Sustentabilidade”. E-mail: talinevieira@terra.com.br.

² Mestrando em Direito pela IMED – Faculdade Meridional, linha de pesquisa “Fundamentos do Direito e da Democracia”. Bolsista da FAPERGS (Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul). E-mail: igortusset@yahoo.com.br.

application of healthcare funding, noting that, like any secured/guaranteed right by the State, the provision of the right health demands costs that may generate an instability on budgeting from a federal to a state and municipal level.

KEYWORDS: Fundamental Rights; Right to health; The costs of Rights

1 Introdução

Acompanhando a evolução histórica dos direitos fundamentais, inclusive a partir da positivação destes direitos nas constituições, a Constituição Federal de 1988 trouxe um grande avanço, no que tange aos direitos e garantias tidos como fundamentais. Estes assumiram um papel de destaque no texto constitucional, passando a pautar a própria organização do Estado, como um todo.

Dentre o rol dos direitos fundamentais está o direito à saúde, direito este reconhecido como um dos mais caros dentre todo o rol de direitos fundamentais. O direito à saúde está, inclusive, umbilicalmente ligado à dignidade da pessoa humana, fundamento do próprio Estado brasileiro, conforme previsão do artigo 1º, da Constituição. Cotidianamente, a população vem buscando um papel mais ativo no que tange ao exercício do direito à saúde, tomando consciência de sua amplitude e do entendimento acerca de sua universalidade, o que é uma inegável evolução social.

Ao tempo em que a demanda por serviços e atendimentos na área da saúde aumenta, observa-se, também, que o Brasil é um país com um dos sistemas de saúde públicos e gratuitos mais evoluídos no mundo, apesar de todas as suas mazelas e demandas por melhorias. Todavia, é importante que exista a consciência de que não existem recursos financeiros para o atendimento universal a todas as demandas de saúde existentes no Brasil.

Cabe aqui toda uma série de questionamentos acerca das motivações desta ausência de recursos, desde desvios de finalidades, passando, também, por uma má gestão dos recursos destinados para tais finalidades.

Cada vez mais se está observando que as negativas de prestações de serviços de saúde estão culminando no aforamento de demandas judiciais, com a concessão de milhares de liminares determinando o tratamento imediato de pacientes e/ou o sequestro de recursos diretamente nas contas da União, estados e municípios. Todavia, o aforamento das demandas não altera a quantidade de recursos disponíveis, não alterando, sob qualquer viés, a organização das receitas.

Muitas vezes, frente à comoção diante dos casos concretos, onde a vida das pessoas se encontra em risco, os magistrados e tribunais ignoram a necessária reflexão sobre o custeio dos procedimentos e medicamentos. Assim, a partir do presente trabalho, pretende-se chamar a atenção justamente para os custos destes direitos, observando-se, inclusive, a necessidade de uma maior participação do poder público nas demandas que envolvam prestações de saúde.

Pretende-se responder ao seguinte questionamento: É possível pensar-se na prestação do Direito à saúde, por parte do Estado, sem se levar em consideração os custos para a efetivação deste direito? Objetiva-se demonstrar que, assim como qualquer direito assegurado/garantido pelo Estado, a prestação do direito à saúde demanda despesas que poderão vir a gerar um desequilíbrio na organização orçamentária a nível federal, estadual e municipal.

Não se está propondo, sob qualquer aspecto, a redução da amplitude do direito fundamental à saúde, mas chama-se a atenção para os casos em que não existe uma reflexão sobre o impacto de determinadas decisões, que poderão, a título de garantir a efetivação do direito à saúde de uma determinada pessoa, prejudicar a igual prestação em face de outro ou outros cidadãos.

Abordar-se-á, inicialmente, a evolução histórica do direito fundamental à saúde no Brasil, sua positivação, sobre como sua consolidação enquanto direito fundamental. Após, adentrar-se-á, especificamente, na questão dos custos dos direitos fundamentais, especificamente no que tange ao direito à saúde, observando uma das proposições acerca do custeio deste tão importante direito.

2 O direito fundamental à saúde perante a Constituição Federal de 1988

Os direitos fundamentais foram criados por meio de uma construção histórica e foram aos poucos sendo inseridos ao ordenamento jurídico. Todavia, a sua inserção no ordenamento jurídico não significou sua verdadeira efetivação, ao contrário, para a efetivação desses direitos fundamentais se tem enfrentado muitos problemas de políticas públicas, e na maioria das vezes sua efetivação tem se dado por intermédio do Judiciário.

Foi a Revolução Francesa que trouxe fundamentos para a luta por direitos e garantias individuais e coletivas, com a libertação do próprio povo (BOBBIO, 2004). A Revolução tornou-se “gênero de importantíssimas renovações institucionais, na medida em que içou, a

favor do Homem, a tríade da liberdade, igualdade e fraternidade, decretando, com seus rumos, o presente e o futuro da civilização (BONAVIDES, 2010) acarretando com isso “a superação das desigualdades entre indivíduos e grupos sociais, como a humanidade jamais experimentara até então” (COMPARATO, 2008).

A Declaração Universal trouxe ao seu tempo

[...] a consciência histórica que a humanidade tem dos próprios valores fundamentais na segunda metade do século XX. É uma síntese do passado e uma inspiração para o futuro: mas suas tábuas não foram gravadas de uma vez para sempre. (BOBBIO, 2004, p. 53)

Dizia ainda Bobbio (2004):

[...] A enorme importância do tema dos direitos do homem depende do fato dele estar extremamente ligado aos dois problemas fundamentais do nosso tempo, a democracia e a paz. O reconhecimento e a proteção dos direitos do homem são a base das constituições democráticas e, ao mesmo tempo, a paz é o pressuposto necessário para a proteção efetiva dos direitos do homem em cada Estado e no sistema internacional. (BOBBIO, 2004, p. 221-223)

A primeira amostra dos direitos fundamentais sociais, culturais e econômicos se deu após a Primeira Guerra Mundial, onde surgiu a busca por tais direitos e garantias. Na Constituição de 1934, pela primeira vez, foi criado um capítulo para tratar da ordem econômica e social, buscando a garantia uma vida digna. A partir desse momento, o espírito social foi incorporado ao direito positivo, diretamente na Carta de 1934 (SILVA, 1999).

E nesta Carta o art. 115 rezava que: “A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos a existência digna. Dentro desse limites é garantida a ordem econômica”. Tem-se que destacar que, nessa mesma Carta, o artigo 121 regulamentava o direito à saúde. Após, referido direito passou a ser reproduzido nas demais constituições, tal como em 1937, no art. 122; na Constituição promulgada em 1946, conforme art. 5º, §15, alínea b e; na Carta de 1967, no art. 8º.

Somente após estas passagens, foi que na Constituição Federal de 1988, esse direito veio consagrado dentre os direitos e garantias fundamentais. Contemplando com isto a dignidade da pessoa humana como fundamento principal da República Federativa do Brasil.

Perante todos os direitos fundamentais sociais consagrados pela Constituição Federal de 1988, o tido como mais importante é o direito à saúde. Essa garantia, sem restrição de caráter econômico ou de qualquer outra forma, busca a implementação de direitos básicos para a existência da vida humana. De acordo com Silva (1999), a Constituição Federal de 1988 é a primeira a elencar como direito fundamental social a garantia ao acesso à saúde. Nas palavras do referido doutrinador:

É espantoso como um bem extraordinariamente relevante à vida humano só agora é elevado à condição de direito fundamental do homem. E há informar-se pelo princípio de que o direito igual à vida de todos os seres humanos significa também que, nos casos de doença, cada um tem o direito a um tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, independentemente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consignação em normas constitucionais. (SILVA, 1999, p. 311)

Essa ideia de se ter no texto constitucional tal direito fundamental assegurado foi no sentido de que todos os seres humanos que necessitassem auxílio à saúde pudessem tê-lo independente de poder econômico ou classe social onde estejam inseridos.

O direito fundamental à saúde foi introduzido na Constituição Federal de 1988, depois de muitas divergências, debates e pressão da sociedade civil sobre a Assembleia Nacional Constituinte, com a ajuda efetiva do Movimento Sanitaristas³.

Essa ideia trazida por esse Movimento Sanitaristas se deu em função do relatório final da 8ª Conferência Nacional de Saúde, realizada em 1986. Nestes documentos ficaram estabelecidas uma séria de proposições que deveriam ser adotadas pela Constituição Federal. Dentre estas, a mais importante: regulamentar o direito à saúde como um direito fundamental garantido a todos os homens, como forma de dignidade.

Nessa mesma Conferência a Dra. Carmen Barroso⁴, afirmou:

O direito à saúde implica no direito a participar ativamente da formulação de políticas de saúde. E se vamos ultrapassar o nível da retórica vazia, que repete inúmeras boas intenções sem jamais concretizá-las, ou seja, se há realmente a vontade política de democratizar a saúde, esta Conferência não

³ O movimento sanitarista era encontrado nos meios acadêmicos onde sempre levantava verdadeiras revoluções para o acesso a saúde. Isto se deu na década do anos 70. E, somente por isto, a sociedade civil pressionou a Constituinte para a regulação do direito à saúde. (OLIVEIRA, 2006).

⁴ BARROSO, Carmen. Anais da 8ª Conferência Nacional de Saúde.

http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8conf_nac_anais.pdf. Acesso em 30 de julho de 2014.

pode terminar sem medidas concretas e imediatas para combater a quase total ausência de mulheres na definição de políticas de saúde.

Também nessa dicção Jairnilson Silva Paim, na 8ª Conferência⁵, identifica a saúde como conceito social, quando afirma que:

[...] é possível resgatar a ideia de direito à saúde como noção básica para a formulação de políticas. Esta se justifica à medida em que não se confunda o direito à saúde com o direito aos serviços de saúde ou mesmo com o direito à assistência médica. [...] A saúde, independentemente de qualquer definição idealista que lhe possa ser atribuída, é produto de condições objetivas de existência. Resulta das condições de vida – biológica, social, cultural – e, particularmente, das relações que os homens estabelecem entre si e com a natureza, através do trabalho. [...] Nesse contexto pro mover a saúde implica em conhecer como se apresentam as condições de vida e de trabalho na sociedade, para que seja possível intervir socialmente na sua modificação, enquanto que respeita o direito à saúde significa mudanças na organização econômica determinante das condições de vida e trabalho insalubres e na estrutura jurídico-política perpetuadora de desigualdades de distribuição de bens e serviços.

Após muito se discutir na 8ª Conferência Nacional de Saúde de 1986⁶, chegou-se à conclusão de que o direito à saúde tinha que levar em conta as desigualdades da sociedade e os bens e serviços fornecidos. Vale a seguinte transcrição da mencionada conferência

3 – Direito à saúde significa a garantia, pelo Estado, de condições dignas de vida e de acesso universal e igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde, em todos os seus níveis, a todos os habitantes do território nacional, levando ao desenvolvimento pleno do ser humano em sua individualidade. (BRASIL, 1986).

Mas, a preocupação principal dos integrantes do movimento era, única e exclusivamente, garantir o direito à saúde para todos os homens da sociedade. Nunca se discutiu de que forma, ou quais os recursos e fontes iriam financiar ditos direitos, não ficando esclarecido e nem tendo sido levado à submissão neste aspecto.

⁵ PAIM, Jairnilson Silva. Anais da 8ª Conferência Nacional de Saúde.

http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8conf_nac_anais.pdf. Acesso em 30 de julho de 2014.

⁶ Anais da 8ª Conferência Nacional de Saúde. http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8conf_nac_anais.pdf. Acesso em 30 de julho de 2014.

Por isto, a doutrina do Prof. Ingo Sarlet é obrigatória neste aspecto, pois para ele o direito à saúde é um direito fundamental de segunda geração e dá ao indivíduo o direito prestacional de exigir do Estado o cumprimento. O direito à saúde, como sendo um direito prestacional, “implica uma postura ativa do Estado, no sentido de que este se encontra obrigado a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material”. (SARLET, 2001, p. 170 e 189).

Toda essa criação de direitos fundamentais por meio da Constituinte, e posterior promulgação pela Constituição Federal de 1988, não se deu por conta que sua realização não seria possível de imediato, faltando com isto a implementação de todos os direitos fundamentais ali contidos. Por tudo isto, tem-se levado em conta o fator das políticas públicas de saúde terem ficado aquém do que é previsto na Constituição.

O fato que se alcança é no sentido de não ser consolidada a conquista. Depois de diversos debates, pelo contrário, a cada momento que passa, observa-se uma diminuição do direito fundamental à saúde antes consolidado. Uma grande preocupação diz respeito a como o Estado vai arcar com todos os custos desse direito, e o que mais causa espanto é ver que os recursos estão cada vez mais escassos, não se vislumbrando, inclusive, sua ampliação e melhor aplicação.

Necessário, aqui, a transcrição do art. 196, caput, da CF/1988, que possui a seguinte redação: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Cabe salientar que é um dever do poder público a efetivação do direito à saúde. Ficando, por outro lado, atribuído a sua proteção jurídica, pois dito direito se reveste de garantias fundamentais (SARLET, 2006). Mesmo que não fossem consagrados esses direitos ou garantias, no preâmbulo da Constituição de 1988 fica insculpida a ideia da constituinte, para a finalidade de

[...] assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional com a solução pacífica das controvérsias.

Nesse texto, compreende-se que o direito à saúde está elencado no rol daqueles direitos destinados a assegurar ao ser humano uma atuação positiva do Estado, para que se possa gozar de uma vida digna. Com isso essa proteção estaria relacionada ao mínimo essencial, para se assegurar dignidade à pessoa humana. Neste panorama, busca-se a necessidade de esse estabelecer o mínimo para a existência digna de sobrevivência. Pois, o tratamento dado ao direito à saúde pela Constituição Federal de 1988 vislumbra condutas do Estado para a efetivação desse direito, como forma de se ter condições elementares à existência humana (um mínimo existencial).

SARLET, FIGUEIREDO (2013, p. 20), já conceituavam como mínimo para a existência digna

Na doutrina do Pós-Guerra, o primeiro jurista de renome a sustentar a possibilidade do reconhecimento de um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna foi o publicista Otto Bachof, que, já no início da década de 1950, considerou que o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, da Lei Fundamental da Alemanha, na sequência referida como LF) não reclama apenas a garantia da liberdade, mas também um mínimo de segurança social, já que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada. Por esta razão, o direito à vida e integridade corporal (art. 2º, inc. II, da LF) não pode ser concebido meramente como proibição de destruição da existência, isto é, como direito de defesa, impondo, ao revés, também uma postura ativa no sentido de garantir a vida. Cerca de um ano depois da paradigmática formulação de Bachof, o Tribunal Federal Administrativo da Alemanha já no primeiro ano de sua existência, reconheceu um direito subjetivo do indivíduo carente a auxílio material por parte do Estado, argumentando, igualmente com base no postulado da dignidade da pessoa humana, no direito geral de liberdade e no direito à vida, que o indivíduo, na qualidade de pessoa autônoma e responsável, deve ser reconhecido como titular de direitos e obrigações, o que implica principalmente a manutenção de suas condições de existência.

Como visto, o direito à saúde se encontra positivado na Constituição Federal de 1988, como direito fundamental, mas de nada adianta ele estar elencado e não poder ser exigido pelos indivíduos. A falta de recursos não pode ser usada sempre como argumento para sua negativa, pois o Estado precisa, com suas políticas públicas, elencar prioridades, para a efetivação, ao menos, de um mínimo para a existência humana.

3 Os custos para efetivação do direito à saúde e uma possível solução

O direito fundamental à saúde foi muito comemorado quando da sua inclusão no rol de direitos e garantias constitucionais, passando assim a ter força para ser exigido do Estado. Mas, toda essa comemoração em relação a essa inclusão esbarrou na sua real efetivação por parte do Estado, ficando dito direito fundamental à saúde sem uma concreta efetivação. Diante disto, é necessária uma discussão sobre os custos para a efetivação deste direito fundamenta, bem como de onde viriam as verbas para a sua realização.

Por isso, pretende-se apresentar, ainda que de forma sucinta, o tema relacionado aos custos dos direitos, além de se apontar uma possível forma de solução para o problema da efetivação do tão esperado e sonhado direito fundamental à saúde, pois o mesmo é considerado como um direito prestacional, podendo ser exigido a qualquer tempo do Estado.

Mesmo o sistema de saúde ter sido tão comemorado, e ser de uma beleza incondicional, assim como todos os direitos prestacionais, ele tem altos custos financeiros (de um modo geral). Apesar de tudo isto, o Supremo Tribunal Federal vem proferindo decisões a partir de outra visão, no que tange à ausência de recursos para a efetivação do direito fundamental a saúde. Exemplificativamente, a decisão proferida no Agravo Regimental nº 175/CE⁷, pelo qual o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto proferido, entendeu que

Melhor sorte não socorre à agravante quanto aos argumentos de grave lesão à economia e a saúde públicas, visto que a decisão agravada consignou, de forma expressa, que o alto custo de um tratamento ou de um medicamento que tem registro na ANVISA não é suficiente para impedir o seu fornecimento pelo Poder Público. (BRASIL, 2010).

Observa-se que o posicionamento do Ministro Celso de Mello é mais incisivo quando faz a análise das questões dos custos envolvidos para a efetivação do direito à saúde. Justifica que a alegação de falta ou insuficiência de recursos deve ser visualizada de forma secundária, tendo em vista a essencialidade do direito à saúde. O qual deve sempre ser relacionado ao mínimo de dignidade para a pessoa humana. É o que relata nesse trecho

⁷ <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2570693>

Tal como pode enfatizar em decisão por mim proferida **no exercício da Presidência** do Supremo Tribunal Federal, **em contexto assemelhado** ao da presente causa (**Pet. 1.246/SC**), **entre proteger a inviolabilidade** do direito à vida e à saúde – **que se qualifica** como direito subjetivo inalienável **a todos** assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, “caput”, e art. 196) – **ou fazer prevalecer**, contra essa prerrogativa fundamental, **um interesse financeiro e secundário** do Estado, **entendo**, uma vez configurado esse dilema, que razões de ordem ético-jurídica impõem, ao julgador, **uma só e possível opção**: aquela **que privilegia** o respeito indeclinável à vida e a saúde humanas. (BRASIL, 2010, grifado no original)

Como se pode perceber, a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça não vem levando em consideração a argumentação do Poder Público, no sentido de que os recursos estão escassos⁸ e insuficientes para a efetivação do direito à saúde. Mas, é inegável que não existem recursos para atender todas as demandas individuais no acesso aos medicamentos ou tratamentos previstos e garantidos para a integridade do indivíduo.

Nessa linha de entendimento, a afirmação de que o direito à saúde tem de ser garantido pelo Estado de qualquer forma, gera uma questão retórica, pois, se os recursos são insuficientes para o atendimento de tantas demandas, e os indivíduos necessitam do sistema de saúde, e se todos procurassem os tribunais para resolver os questionamentos, o Sistema Único de Saúde já estaria em colapso total. Esse entendimento não significa que o Poder Judiciário não tenha que cumprir seu papel de garantidor do direito fundamental à saúde, mas também não pode ser omissivo, pois dita omissão pode acarretar na perda de uma vida. Essa decisão, por óbvio, deve ser pensada e levada ao conhecimento do administrador, para possibilitar que o mesmo esclareça sobre suas prioridades e possibilidades.

Há juristas que dizem que o controle administrativo deveria passar pelo Poder Judiciário, por intermédio de decisões. Vendo por este lado, o judiciário deveria escolher as melhores soluções possíveis (FARIA, 2011).

O Judiciário não possui conhecimento técnico para dizer se o tratamento pedido ou o fármaco será ou não o melhor para o tratamento do indivíduo. Quem a rigor possui dito conhecimento técnico é o Poder Executivo, que possui todos dados e pessoas responsáveis, que podem dizer o que cabe ou não dentro das políticas públicas já elegidas como prioritárias.

Na esteira de que os recursos são escassos e a administração pública precisa fazer projetos que contemplem o atendimento à saúde, isto deverá ocorrer por meio de estratégias e

⁸ Dizer que um bem é escasso significa que não há o suficiente para satisfazer a todos. A escassez natural severa aparece quando não há nada que alguém possa fazer para aumentar a oferta. A escassez natural suave ocorre quando não há nada que se possa fazer para aumentar a oferta a ponto de atender a todos. (AMARAL E MELO, 2013, p. 87)

planejamento dos gastos públicos, além de qual o setor mais carecedor de investimento, tendo por conhecimento que à saúde sempre será para o indivíduo o investimento mais importante a ser realizado pela administração.

Com esse dilema, o que se quer falar é no sentido de que toda a decisão sobre o gasto com determinado tratamento ou fármaco não pode ser decidida *a priori*, mas sim com base em argumentos sólidos e depois da alocação de recursos. Não podendo esquecer dos limites a que se pode chegar. Nessa oportunidade, entende Limberger (2013)

Pode ser simpático o argumento de ampla concessão de qualquer medicamento, porém isso é falacioso, pois os recursos orçamentários são limitados em qualquer país, não é possível pretender fazer tudo a qualquer custo. O argumento de que os recursos públicos são mal utilizados e, por vezes, desviados não é cabível nessa discussão embora seja necessária a devida responsabilização na órbita da improbidade administrativa. Como os recursos são limitados não se pode pretender o pagamento de um medicamento, por vezes com valor altíssimo, não tendo suficientemente, em prol de uma lista estatuída a partir de critérios legais e de implementação do Executivo. (LIMBERGER, 2013, p. 191)

Esse entendimento revela que, a realidade fática é diferente da realidade abstrata, tendo em vista que os recursos devem ser empenhados de forma igualitária para todos os indivíduos pertencentes a sociedade, sempre entendendo que esses recursos realocados por uma decisão judicial que contenha uma ordem para que seja pago um tratamento ou realizado o sequestro judicial dos valores, acarreta na perda de recursos já disponíveis com outra finalidade.

Torres (2013) entende que

[...] O Judiciário pode determinar a entrega das prestações positivas, eis que tais direitos fundamentais não se encontram sob a discricionariedade da Administração ou do Legislativo, mas se compreendem nas garantias institucionais da liberdade, na estrutura dos serviços públicos essenciais e na organização de estabelecimentos públicos (hospitais, clínicas, escolas primárias, etc.). (TORRES, 2013, p. 74)

É preciso sempre a consciência no sentido de que todo o direito fundamental tem um custo para ser efetivado pelo Estado, e que este custo deve estar regulamentado pelo orçamento disponível, sob pena de se perder o recurso já destinado.

Segundo o entendimento de Nabais (2007) o atendimento aos direitos fundamentais por parte do Estado tem custos, e estes custos são divididos por todos os cidadãos da Sociedade, tendo em vista que qualquer direito causa custos ao sistema financeiro público.

[...] os direitos, todos os direitos, porque não são dávida divina nem frutos da natureza, porque não são auto-realizáveis nem podem ser realisticamente protegidos num estado falido ou incapacitado, implicam a cooperação social e a responsabilidade social. [...] Na verdade, todos os direitos têm custos comunitários, ou seja, custos financeiros públicos. Têm portanto custos públicos não só os modernos direitos sociais, aos quais a gente facilmente aponta esses custos, mas também têm custos públicos os clássicos direitos e liberdades, em relação aos quais, por via de regra, tais custos tendem a ficar na sombra ou mesmo no esquecimento.

Com esse entendimento de Nabais (2007), vê-se que todos os direitos são ancorados em custos, não advindo da natureza. Para se ter a plenitude da saúde, tem-se gastos, públicos e particulares, e para se alcançar valores para pagamento por meio do Estado, no sentido dessa efetivação, é necessária a contribuição feita pelos indivíduos, por intermédio do Estado fiscal⁹:

[...] os custos dos direitos sociais concretizam-se em despesas públicas com imediata expressão na esfera de cada um dos seus titulares, uma esfera que assim se amplia na exacta medida dessas despesas. Uma individualização que torna tais custos particularmente visíveis tanto do ponto de vista de quem os suporta, isto é, do ponto de vista do Estado, ou melhor dos contribuintes, como ponto de vista de quem deles beneficia, isto é, do ponto de vista dos titulares dos direitos sociais. (NABAIS, 2007, p. 177)

Em palavras outras, todos os direitos tem suporte de meio financiamentos públicos, que estão diretamente ligados aos impostos. Para uma melhorar qualidade da saúde, faz-se necessário o aumento dos tributos, para que se gerem riquezas e essas mesmas riquezas sejam empregadas no orçamento público que, após, servirão para suportar os custos para a efetivação do direito fundamental à saúde.

Juntamente com os direitos fundamentais existem os deveres fundamentais dos indivíduos, quais sejam, o pagamento de impostos. Pois, em toda uma comunidade organizada

⁹ Estado fiscal significa impostos. Impostos estes pagos pelo contribuindo. E esse tipo de estado só se vincula por se vive em um Estado Democrático de Direito, onde a comunidade decidiu ser regido por uma determinada organização, que se chama democracia. Essa democracia exige que o Estado cobre impostos de todos os indivíduos para que possa realizar as políticas públicas necessárias para se ter uma vida digna, conforme encontra-se elencado no preâmbulo da Constituição Federal de 1988.

por meio de um Estado, existem os deveres enquanto cidadãos, tendo uma importância muito relevante.

Nabais (2007) esclarece que todo o direito fundamental possui uma face oculta, qual seja, os deveres fundamentais, que tem consigo os custos dos direitos, de qual a sociedade organizada assume que, para se ter um direito fundamental assegurado pelo Estado é necessária a contrapartida, que é o pagamento de impostos e a divisão das riquezas.

É importante entender que nem sempre as condições econômicas da sociedade são necessárias para a implementação de todos os direitos elencados na Constituição Federal. Isto causa uma tensão entre a Sociedade e o ente público e, por óbvio, esse conflito termina com o ajuizamento de uma demanda perante o Judiciário, pois quando o indivíduo se vê de mãos atadas, com seu familiar necessitando de auxílio à saúde, nada mais importa senão tentar curá-lo.

Entra-se aqui em uma grande discussão, pois como a divisão da riqueza não é feita adequadamente, existem indivíduos que possuem mais condições para arcar com tratamentos, bem como melhores condições para procurar o Poder Judiciário, para ver seu problema solucionado. Aqueles de menos posses ficam à mercê do Ente Público, aguardando a resolução de seus problemas. Por isso, conforme entendimento de Nabais (2007), aqueles que detêm riquezas superiores deveriam contribuir mais, por meio dos impostos, com a maior parte dos custos dos direitos. Estes jamais teriam a necessidade de usufruir do Estado para seu atendimento à tratamento, bem como à fármacos.

4 Considerações Finais

A inclusão do direito à saúde no corpo constitucional, enquanto direito fundamental prestacional, foi bastante comemorada pela Sociedade, principalmente a partir dos debates desenvolvidos durante a 8ª Conferência Nacional de Saúde, constituindo-se em um inegável avanço no que tange aos direitos fundamentais.

Todavia, na prática, o que se observa é que, com o passar dos anos, este direito não está sendo plenamente efetivado pelo Estado, sendo que os recursos disponíveis para se arcar com este direito fundamental estão cada vez mais escassos frente à demanda por assistência à saúde da população, de um modo geral.

Observa-se a existência de um conflito entre, de um lado o exercício pleno do direito à saúde, por meio do fornecimento de todos os tratamentos, procedimentos e medicamentos

necessários, e de outro lado a administração pública, que muitas vezes não dispõe de recursos financeiros para o custeio pleno do exercício deste direito. Uma solução mais acertada para este conflito de interesses seria uma melhor distribuição da renda entre a população, assim como uma melhor gerência acerca dos recursos financeiros auferidos por meio da tributação.

Outra necessidade que se vislumbra é uma maior participação da população, no que tange às decisões a serem tomadas no que diz respeito à alocação dos recursos, no sentido de se distribuir de forma mais democrática e igualitária estes recursos, aplicando-se nas áreas mais necessitadas, bem como para os fins de, aproximando as pessoas para uma participação mais ativa, facilitar a fiscalização acerca da aplicação destes recursos. Isto representaria, inclusive, um campo a mais para a reflexão do Poder Judiciário, para a tomada de suas decisões que envolvam a afetação do Erário.

Quanto melhor organizado o quadro de aplicação dos recursos, mais elementos alimentarão a decisão judicial a ser tomada, partindo-se da visão administrativa. A participação ativa da população pode ocorrer por meio da ampliação das votações acerca da aplicação dos recursos, demandando-se, inclusive, a ampliação do acesso às informações destinadas aos cidadãos, para que conheçam, cada vez mais, a realidade do Sistema Único de Saúde, a partir da comunidade onde estão inseridos.

Dessa forma, partindo-se de um orçamento público melhor organizado no que tange à saúde, com a ampliação do acesso a estas informações, poderia ocorrer uma redução gradativa dos sequestros de verbas por parte do poder judiciário, o que desloca a aplicação dos recursos. Ainda, caso entendido que a intervenção judicial é necessária, como forma até de colaborar com a administração pública na alocação de suas verbas, estas decisões deveriam ser acompanhadas de pareceres técnicos para auxiliar na tomada das decisões, a fim de evitar qualquer grau de vagueza da decisão judicial, no que tange aos custos financeiros para a efetivação do direito pleiteado.

Outra questão bastante importante seria a necessidade de ampliação da oitiva do ente público, previamente à decisão que conceda ordem para o fornecimento de tratamentos ou medicamentos, a fim de que este possa apresentar seus argumentos sobre a situação concreta, justificando a eventual negativa para a prestação do direito pleiteado.

É de pleno conhecimento que cada caso possui as suas peculiaridades e que, não poucas vezes, não se pode aguardar uma eventual formação do contraditório para a tomada da decisão, sob pena de se colocar uma vida em risco. Todavia, de outro lado, a inexistência de qualquer limitação e/ou responsabilização dos envolvidos, acaba fazendo com que o Judiciário acabe se tornando o “passo inicial” na busca por um tratamento médico, que muitas

vezes poderia ser substituído por outras providências, de forma que o aforamento da demanda judicial precisa voltar a ser encarada como a “última via” na busca pela efetivação do direito à saúde.

Uma situação ótima seria a existência de recursos para atender a todos procedimentos necessários aos cidadãos, de forma que ninguém necessitasse custear nenhum tratamento. Todavia, a realidade é bastante perversa neste ponto, sendo que as mais diversas situações se apresentam. Se, por um lado, um cidadão plenamente carente de recursos pode vir a ter seu tratamento negado por alegação de inexistência de recursos, o que é uma situação bastante infeliz, de outro, pode acontecer (e acontece) de pessoas com amplos recursos, inclusive para a contratação de bons advogados para moverem suas ações judiciais, obterem o acesso a tratamento que teriam condições de custear, fazendo com que os recursos auferidos via tributação, que deveriam ser destinados primordialmente para aquelas pessoas mais carentes, sejam injustamente revertidos para aqueles que não necessitam.

Para isto, inclusive, que se propõe uma maior participação da administração nestes processos, pois é o órgão que possui melhores condições de explicar sobre as reais condições de se arcar com os custos do exercício do direito à saúde, observando-se que não há como se pensar acerca da efetivação do direito à saúde sem se pensar acerca do custeio deste direito.

5 Referências

AMARAL, Gustavo, MELO Danielle. **Há direitos acima dos orçamentos?** In. Direito fundamentais: orçamento e “reserva do possível”/org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm; Ana Paula Barcellos... [et al]. 2. ed. rev. e ampl. 2. Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogados Editora, 2013.

BARROSO, Carmen. **Anais da 8ª Conferência Nacional de Saúde.** http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8conf_nac_anais.pdf. Acesso em 30 de julho de 2014.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **O estado social e sua evolução rumo à democracia participativa.** In. NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord). Direitos Sociais. Fundamentos. Judicialização e Direitos Sociais em espécie. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

BRASIL, Conselho Nacional de Saúde. **Anais da 8ª Conferência Nacional de Saúde**. Brasília, 17 a 21 de março de 1968. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8conf_nac_anais.pdf. Acesso em 30 de julho de 2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Suspensão de tutela antecipada em decisão que determina fornecimento de medicamentos. AgRg STA 175. Rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2570693>

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Controle do mérito do ato administrativo pelo judiciário**. Fórum: Belo Horizonte, 2011.

LIMBERGER, T.. **Direito à saúde e políticas públicas: a necessidade de critérios judiciais, a partir dos preceitos constitucionais**. Revista de Direito Administrativo, Brasil, 251, mar. 2013. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7534/6028>. Acesso em: 30 de julho de 2014.

NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

PAIM, Jairnilson Silva. **Anais da 8ª Conferência Nacional de Saúde**. http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8conf_nac_anais.pdf. Acesso em 30 de julho de 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang, FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. In. Direito fundamentais: orçamento e “reserva do possível”/org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm; Ana Paula Barcellos... [et al]. 2. ed. rev. e ampl. 2. Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogados Editora, 2013.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988**. Panóptica, Vitória, ano 1 n.4, dez.2006, p. 4. Disponível em: <http://www.panoptica.org.br>. Acesso em 30 de julho de 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**.16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999.

TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios da natureza orçamentária.** In. Direito fundamentais: orçamento e “reserva do possível”/org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm; Ana Paula Barcellos... [et al]. 2. ed. rev. e ampl. 2. Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogados Editora, 2013.