XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I

REGINA VERA VILLAS BOAS

YURI SCHNEIDER

JULIA MAURMANN XIMENES

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direitos sociais e políticas públicas I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF; Coordenadores: Julia Maurmann Ximenes, Regina Vera Villas Boas, Yuri Schneider – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-183-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direitos Sociais. 3. Políticas Públicas. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I

Apresentação

Entre os dias 6 e 9 de julho o XXV Encontro Nacional do CONPEDI ocorreu em Brasília, com o tema Direito e Desigualdades: diagnósticos e perspectivas para um Brasil justo.

Diante da pertinência com esta temática, o grupo de trabalho Direitos Sociais e Políticas Públicas se reuniu em três diferentes salas, e a presente apresentação trata do primeiro grupo.

A histórica desigualdade social brasileira é o contexto da maioria das discussões, conduzidas ainda para o papel dos diferentes atores jurídicos na efetivação dos direitos sociais a partir da promulgação da Constituição de 1988.

Inicialmente os trabalhos retomaram questões mais conceituais da relação entre Direito e Políticas Públicas como a judicialização, a dignidade da pessoa humana, o papel do Estado, do Poder Judiciário, o mínimo existencial e a reserva do possível.

Outra grande temática foi a judicialização da saúde: aqui sete trabalhos analisaram os desafios deste fenômeno, inclusive com a análise de casos específicos, da gestão orçamentária e da nova abordagem na problematização sobre o papel do Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais – o estado de coisas inconstitucional.

O terceiro direito social debatido em vários trabalhos foi a educação. Aqui as pesquisas contribuíram com importantes reflexões a partir da análise de casos, como Belo Horizonte e Rio de Janeiro, dentre outras perspectivas.

Para finalizar, a discussão envolveu trabalhos relacionados com a corrupção como "mecanismo de esvaziamento das políticas públicas" e pesquisas sobre políticas públicas de alívio a pobreza no Brasil.

O debate continua, mas esperamos que mais uma vez a publicação dos trabalhos discutidos contribua para a pesquisa jurídica brasileira sobre a efetivação dos direitos sociais.

Boa leitura!!!

Julia Maurmann Ximenes – IDP/CONPEDI

Yuri Schneider – UNOESC

Regina Vera Villas Boas – UNISAL

O CUSTO DOS DIREITOS COMO LIMITADOR FÁTICO DO DIREITO À SAÚDE

THE COST OF RIGHTS AS FACTUAL LIMITING THE RIGHT TO HEALTH

Eduardo Augusto De Souza Massarutti
André Vinícius Rosolen

Resumo

No artigo, apresenta-se uma análise das restrições e limitações que podem sofrer os direitos fundamentais. Verifica-se, outrossim, a limitação fática de acordo com a teoria do custo dos direitos, a fim de demonstrar que a garantia de concretização dos direitos, até mesmo os considerados fundamentais, como é o caso do direito social à saúde, depende de políticas públicas e da provisão de recursos financeiros por parte do Estado, os quais não são infinitos, mas escassos. Para atingir este objetivo, emprega-se o método de investigação bibliográfico e o método de abordagem dedutivo.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, Direitos sociais, Políticas públicas, Direito fundamental à saúde, Custo dos direitos

Abstract/Resumen/Résumé

In the article presents an analysis of the constraints and limitations that may undergo fundamental rights. There is, moreover, the factual limitation according to the theory of the cost of the rights in order to demonstrate that the achievement of guaranteed rights, even those considered essential, such as the social right to health, depends on policies public and the provision of financial resources by the state, which are not infinite, but scarce. To achieve this goal, it is employed bibliographic research method and deductive method of approach.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental rights, Social rights, Public policy, Fundamental right to health, Cost of rights

1 INTRODUÇÃO

A saúde foi elevada à condição de direito fundamental a partir da Constituição Federal Brasileira de 1998, com característica de universalidade, conforme se infere dos artigos 196 e 197 do mesmo diploma constitucional, bem como inserida no texto constitucional na condição de direito social.

Outrossim, o direito à saúde está diretamente relacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana e aos direitos da personalidade, a exemplo do direito à vida, à integridade física, etc. A saúde em si é um direito da personalidade.

Estas características demonstram a fundamentalidade do direito à saúde, bem como a importância de se abordar este tema, na medida em que se trata de um dos bens mais caros para o ser humano, o qual deve receber ampla proteção do Estado e dos particulares.

Por outro lado, os direitos fundamentais não são absolutos, mas relativos. Eles sofrem restrições e limitações. Uma das limitações mais evidentes é a relacionada ao custo dos direitos, no sentido de que e mera previsão de direitos não é suficiente para concretizá-los, uma vez que é indispensável a existência de recursos financeiros, notadamente no caso de prestações positivas, como ocorre com o direito à saúde.

O presente artigo pretende analisar os limites e restrições que podem sofrer os direitos fundamentais, abordando a saúde como um direito social e fundamental, mas que também pode sofrer restrições e limitações, de acordo com a análise da teoria do custo dos direitos, além do que depende de políticas públicas para sua efetivação, as quais somente se efetivam se a arrecadação de impostos for compatível com as exigências. A fim de atingir o objetivo proposto utilizar-se-á o método de investigação bibliográfico, por meio da análise de literaturas nacionais e estrangeiras, bem como o método de abordagem dedutivo, partindo-se da análise geral da teoria dos direitos fundamentais e do custo que todos os direitos possuem, até chegar à análise do direito social à saúde, demonstrando que ele também pode sofrer limitações, especialmente a relacionada à escassez de recursos.

2 LIMITES E RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS

Inicialmente, há que se ponderar, com exceção do direito de não ser torturado ou sujeitado à condição desumana ou aviltante, que os direitos fundamentais acolhidos pela Constituição da República brasileira não são absolutos. Essa característica implica dizer serem os direitos fundamentais limitados tanto quanto às situações de fato que abrangem, quanto no alcance do resguardo que a elas concedem na sua disposição normativa; outrossim, significa serem passíveis de virem a ser sujeitados a restrições que serão concebidas como legalmente determinadas quando atendidos certos requisitos.[1]

Na presente etapa evolutiva da dogmática constitucional brasileira, já se pode dizer que, apesar da exígua literatura pontual formulada a respeito do assunto, o tema dos limites e restrições a direitos fundamentais preenche um espaço de relevância no âmbito jurídico, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência.[2]

Jorge Reis Novais, afirma que na Constituição de Portugal ou na literatura especializada são corriqueiros os apontamentos a "restrições", "limites" ou "leis restritivas" de direitos fundamentais com o fim de abranger uma noção de interferência do Estado no campo dos direitos fundamentais de acordo com uma ideia não vantajosa para anseios de liberdade.[3]

Contudo, segundo a etimologia, há uma distinção de ponto de vistas: ao passo que *restrição* (do latim *restringere*) significa redução de alguma coisa, *limite* (do latim *limitare* ou *delimitare*) refere-se à ideia de fronteira. Desse modo, *restrição* consiste na noção de interferência que provoca a privação em um conteúdo pré-estabelecido, enquanto que *limite* traduz a ideia de inserção dos contornos desse conteúdo, mesmo que na limitação de algo venha implícita a noção de deixar de fora da delimitação algo que poderia estar dentro. Nesse sentido, a fixação de limites é também inclusão e exclusão, preenchimento e restrição.[4]

Conforme Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, existem 5 tipos de restrições a direitos fundamentais. A primeira está relacionada ao fato de que determinados direitos somente podem ser efetivados por meio da lei. Não se trata necessariamente de restrição, mas sim de interferência do Estado na esfera de garantia. Determinados direitos fundamentais são

[1] FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais:** limites e restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 77.
[2] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 402.
[3] NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 155.
[4] NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 155.

previstos de maneira totalmente genérica ou com teor abstrato, não se relacionando a nenhum poder individual ou coletivo de caráter comportamental exigível contra o Estado, apesar de caracterizarem também direito de condição negativa. É o que ocorre com a garantia da propriedade, pois a Constituição Federal nem ao menos estabelece especificação de seu teor.[5]

A segunda restrição refere-se à reserva legal, a qual pode ser do tipo "simples" quando a Constituição aponta que o exercício do direito será efetivado "na forma da lei" ou nos "termos da lei"; e da espécie "qualificada" quanto a Constituição sinaliza pelo menos um dos seguintes elementos: tipo, fim ou meio de interferência permitidos, dos quais o legislador poderá fazer uso no momento de sua efetivação da limitação constitucional do direito fundamental previsto na reserva legal qualificada (exemplo: inviolabilidade do sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas).[6]

A terceira hipótese ocorre diante da possibilidade de restrição do direito fundamental pelo denominado direito constitucional de colisão, não sendo possível falar em direito fundamental "ilimitado". As colisões e restrições surgem porque o exercício de um direito fundamental entra em choque com outro ou com outros dispositivos constitucionais.[7]

Uma quarta hipótese está relacionada a casos excepcionais. A Constituição dispõe a respeito de três ocorrências que podem limitar direitos fundamentais, quais sejam: *Estado de defesa*, o qual pode limitar os direitos de reunião, locomoção, sigilo de correspondência, etc.; *Estado de sitio*, o qual implica as mesmas restrições; *Estado de sitio*, com fundamento no artigo 137, inciso II, da Constituição Federal brasileira, o qual permite a limitação ou suspensão de qualquer direito fundamental.[8]

A quinta restrição está vinculada aos limites dos limites, no sentido de que a possibilidade de limitar um direito fundamental por meio de interferências em sua esfera de garantia não é ilimitada.[9]

---

[5] DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p. 152.
[6] DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p. 154.
[7] DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p. 163-164, 170.
[8] DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p. 170.
[9] DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p. 167.

De acordo com J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, as restrições se dividem em colisão, concorrência e dependência de direitos fundamentais. A colisão ou conflito de direitos fundamentais ocorre quando o seu uso choca-se: a) com a utilização do mesmo ou de outro direito fundamental por outro titular (conflito de direitos em sentido estrito); b) com a proteção de bens da coletividade e do Estado constitucionalmente salvaguardados (conflito entre direitos e outros bens constitucionais).[10]

O conflito entre direitos e bens constitucionalmente protegidos implica resguardo de determinados bens jurídicos (saúde pública, integridade territorial, defesa nacional, família, etc.), os quais podem vir a posicionar-se diante de um conflito de fato com determinado tipo de direito fundamental.[11]

A proteção destes bens pode ser requerida para justificar as restrições a direitos fundamentais com eles em choque. Poderiam ser citados como exemplos: o bem "defesa nacional" pode contender com o direito à objeção de consciência, o "patrimônio cultural" com a propriedade privada, a "ordem constitucional democrática" pode entrar em conflito com diversos direitos fundamentais.[12]

Pode ocorrer uma concorrência de direitos fundamentais no momento em que uma e a mesma atitude do titular completa os requisitos de fatos de diversos direitos fundamentais, ou seja, em um mesmo detentor podem avolumar-se ou entrelaçarem-se uma variedade de direitos. Nesse sentido, o direito de expressão e informação está amealhado com a liberdade de imprensa, com o direito de antena, com o direito de reunião e manifestação.[13]

Outrossim, admite-se que o exercício de um direito esteja a depender da fruição de outros direitos, como ocorre com o sufrágio, o qual está atrelado ao alcance de certa idade.[14]

Porém, a obrigação de uso de um direito como pré-requisito para a fruição de outro só é permitida quando exista uma evidente conexão material entre os dois e quando esta imposição não for claramente desproporcional.[15]

---

[10] CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 135.
[11] CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 135.
[12] CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 136.
[13] CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 137-138.
[14] CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 138.

Segundo Robert Alexy a dificuldade parece não se encontrar na concepção de restrição a um direito fundamental, mas especificamente na determinação dos prováveis teor e dimensão dessas restrições e na diferença entre restrições e outras coisas tais como regulamentações, configurações e concretizações.[16]

Restringíveis são os bens resguardados por direitos fundamentais, tais como liberdades, situações, posições de direito ordinário, etc., e as posições *prima facie* asseguradas por princípios de direitos fundamentais. Entre ambos há apertadas relações. Princípios de direitos fundamentais obrigam a defesa mais ampla possível dos bens resguardados, como, por exemplo, a maior proteção possível da liberdade geral de ação, da inteireza física ou da competência para vender a propriedade. Em razão disso, uma restrição a um bem resguardado é sempre também uma restrição a uma posição *prima facie* assegurada por um principio de direito fundamental. Dessa forma, pode-se responder de forma simples à pergunta a respeito do que são restrições a direitos fundamentais: são regras que restringem uma posição *prima facie* de direito fundamental. Tal resposta possui uma característica circular, uma vez que utiliza a noção de restrição para estabelecer a definição de restrição a direito fundamental. Porém, ela proporciona um pequeno progresso, ao dizer que as restrições a direitos fundamentais são normas. Assim, é possível questionar o que faz com que regras sejam restrições a direitos fundamentais.[17]

Uma norma apenas pode ser uma restrição a um direito fundamental se ela estiver de acordo com a Constituição. Se ela for inconstitucional, ela até pode ser considerada uma intervenção, mas não uma restrição. Desse modo, fica fixado um primeiro caráter: regras são restrições a direitos fundamentais apenas se estiverem adequadas ao texto constitucional.[18]

Considerando seu caráter constitucional de hierarquia, direitos fundamentais apenas podem ser restringidos por normas com a mesma característica ou em razão delas. Restrições ou são normas de nível constitucional ou normas infraconstitucionais, cuja elaboração é

---

[15] CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 138.
[16] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 276 (Coleção Teoria e Direito Público).
[17] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 281 (Coleção Teoria e Direito Público).
[18] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 281 (Coleção Teoria e Direito Público).

permitida por regras constitucionais. As primeiras são restrições diretamente constitucionais e as segundas são indiretamente constitucionais.[19]

Restrições indiretamente constitucionais são aquelas que a Constituição permite a alguém fixar. A forma mais simples do poder para estabelecer restrições indiretamente constitucionais localiza-se nas cláusulas de reserva explícitas, as quais são artigos constitucionais, ou parte delas, que claramente permitem interferências ou restrições.[20]

A característica principiológica dos direitos fundamentais, especialmente quando se analisa a teoria de Alexy, implica a costumeira alegação de que não são absolutos, sendo imprescindível os relativizar em virtude da convivência conflituosa normal e corriqueira entre eles. Apesar disso, o entendimento segundo o qual os direitos fundamentais possuem como embrião a dignidade da pessoa humana, autoriza ponderar na direção de que tendo cada um deles, de certo modo, um elemento de dignidade humano em seu interior, o grau com que se constata a existência de tal componente é alterável na medida em que o direito fundamental em análise possa ser vinculado mais direta ou indiretamente àquele principio. O que se assevera é a probabilidade da concepção dos direitos fundamentais como possuidores de um elemento de dignidade humana que varia apenas quanto à sua intensidade. Dessa ideia resulta logicamente a possibilidade de ser assegurar que no caso do direito fundamental a não se submeter a tortura ou tratamento desumano ou degradante é o lugar no qual se percebe a presença da dignidade humana com maior intensidade. Desse modo, seria possível dizer, conforme constatada tal intensidade de relação do direito fundamental com a dignidade da pessoa humana, decorreria a inviabilidade de restrição, uma vez que implicaria desrespeito direto àquele valor.[21]

Em razão disso, a dignidade humana atua como limite dos limites dos direitos fundamentais, no viés de que qualquer restrição nunca poderá excluir o principio diretor do sistema de direitos fundamentais.[22]

Percebe-se que os direitos fundamentais não são absolutos, razão pela qual sofrem restrição ou limitação. Essas limitações não são absolutas, uma vez que há um núcleo

[19] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 286 (Coleção Teoria e Direito Público).
[20] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 291 (Coleção Teoria e Direito Público).
[21] FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais:** limites e restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 177.
[22] FREITAS, Luiz Fernando Calil. **Direitos fundamentais:** limites e restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 220-221.

inatingível dentro dos direitos do homem relacionado à dignidade da pessoa humana, no sentido de que, dependendo da intensidade com que ela for atingida, ocorre uma degeneração do próprio principio da dignidade. Trata-se de uma limitação imposta aos próprios limites e restrições aos quais eles podem submeter-se, como ocorre no caso da tortura que, atualmente, não é admitida em nenhuma hipótese.

Independente da teoria assumida para embasar os limites e restrições aos direitos fundamentais, a intitulada reserva do possível sempre os atinge negativamente, especialmente e sobretudo quanto aos direitos às prestações positivas ou direitos às prestações em sentido estrito. Deveras, apesar de respeitada doutrina afirmar que os direitos sociais aclamados na Constituição são possuidores de vinculatividade normativa, não mais se aceitando sejam eles concebidos como normas programáticas; que devam as próprias normas servir de paradigma para a concretização do controle jurisdicional de constitucionalidade quando analisados meios legais ou regulamentadores dos direitos a prestações; que a obrigação de elaborar leis que se seguem a normatização constitucional de tais direitos sejam exigências ao legislador cujo desrespeito implica omissão inconstitucional; que as atividades constitucionalmente designadas ao ente estatal, entre as quais a efetivação de tais direitos, se devem concretizar na elaboração de providências concretas e especificadas; e, outrossim, que a confecção de disposições efetivadoras dos mencionados direitos sociais não resta submetida à livre disponibilidade do legislador, não se pode evitar admitir que uma das maiores, senão a maior, barreira do respectivo implemento é a circunstancia de que determinados direitos fundamentais, notadamente às prestações positivas, só efetivamente existem na precisa medida em que a lei e as políticas sociais os assegurem.[23]

A concretização dos direitos a prestações positivas implica disponibilização de recursos econômicos, notadamente referentes a aqueles vinculados a prestações monetárias, tal como o direito à aposentadoria, ou impreterivelmente envolvem gastos como no caso dos direitos à saúde, à moradia, à educação, pensando-se somente nos mais evidentes, de maior ou menor valor.[24]

Nesse sentido, a reserva do possível é um limitador fático, que age forçosamente sobre os direitos a prestações materiais, em razão de sua acepção econômica. O estabelecimento de

[23] FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais:** limites e restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 172-173.
[24] FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais:** limites e restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 173.

recursos e sua destinação a uns e outros fins são funções de responsabilidade do legislador e do administrador, não obstante competir ao juiz a análise da conformidade de tais escolhas às disposições constitucionais.[25]

Outrossim, de acordo com a análise da teoria do custo dos direitos, baseada na obra de Stepehn Holmes e Cass R. Sunstein, pode-se demonstrar que os custos atuam como limitador fático em relação aos direitos fundamentais de um modo geral e, consequentemente, em relação ao direito fundamental à saúde, especificamente, conforme se constatará no item seguinte.

3 O CUSTO DOS DIREITOS COMO LIMITADOR FÁTICO DO DIREITO À SAÚDE

A inclusão dos custos dos direitos na observação jurídica demonstra a tentativa de inserir no pensamento jurídico os inesquecíveis resultados das pesquisas econômicas, integração antiga, que se iniciou com Jeremy Bentham, o qual assimilava as pessoas economicamente, como maximizadores racionais de seus desejos ou utilidades, pensamento que se desenvolveu com o realismo jurídico norte-americano a partir de 1958, com a criação do Journal of Law and Economics da Universidade de Chicago e, em 1973, com o lançamento do livro Law and Economics, de Richard Posner.[26]

De acordo com Richard A. Posner, apesar de o propósito costumeiro da economia ser o comportamento das pessoas e das instituições na conjuntura mercadológica, uma rápida analise a respeito do instrumento analítico fundamental do economista em sua pesquisa dos mercados sugere a possibilidade de utilizar a economia de uma forma mais ampla. Esse instrumento é o pressuposto de que cada pessoa maximize racionalmente a sua felicidade.[27]

Seria adequado pensar que os indivíduos agiriam racionalmente somente quando incluídos em acordos mercadológicos e não agindo assim quando estivem inseridas em outras atividades cotidianas, a exemplo do matrimonio, demandas judiciais ou corrupção de um modo geral? Ou que a racionalidade alcance somente os habitantes do ocidente? Se a resposta

[25] FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais:** limites e restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 173.
[26] GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos:** direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 239-240.
[27] POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva; revisão da tradução de Aníbal Mari. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 3.

for negativa, então isso significa que a racionalidade é uma característica do comportamento social, razão pela qual a gama de conceitos desenvolvidos por economistas em varias épocas também pode ser utilizada para esclarecer as condutas não mercadológicas.[28]

Segundo Richar Posner, a análise econômica do direito constitui-se de duas raízes. A mais antiga origina-se em Adam Smith, quando ele aborda as consequências econômicas da legislação mercantilista, área em que se encontram estudos sobre legislação antitruste, tributação e direito societário, regulamentação de empresas públicas e transporte de cargas e regulamentação do comercio internacional, além de outras. A mais recente tem como precursores Ronald Coase e Guido Calabresi.[29]

Afirmar que as pessoas são maximizadoras racionais de seus próprios desejos ou utilidades, consiste em asseverar que as suas eleições estão atreladas ao maior beneficio particular que possam adquirir delas.[30]

O ponto principal da análise econômica do direito é a eficiência econômica ou, mais especificamente, a maximização da eficiência dos organismos sociais e do direito.[31]

Sob o ponto de vista da escassez (ou do custo dos direitos), o propósito principal é atingir a maior eficiência possível na distribuição material para a sociedade, a qual pode ser aferida por meio da maximização das utilidades pessoais (regra de Pareto) e da maximização da riqueza social.[32]

Assim, eficiência passa a ser sinônimo de justiça, motivo pelo qual a decisão mais justa será aquela que se apresentar mais de acordo com os requisitos de eficiência eleitos, especialmente no viés de maximizar a riqueza social geral.[33]

Conforme Stephen Holmes e Cass R. Sunstein, os direitos possuem custos porque os remédios que os asseguram também possuem. A determinação legal demanda provisões

---

[28] POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva; revisão da tradução de Aníbal Mari. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 4.
[29] POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva; revisão da tradução de Aníbal Mari. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 6-7.
[30] GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos:** direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 240.
[31] GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos:** direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 242.
[32] GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos:** direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 242.
[33] GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos:** direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 244.

financeiras, sobretudo se pretende ser homogênea e justa; [...]. Praticamente todos os direitos implicam um dever correspondente e os deveres somente são levados a sério quando seu descuido é punido pelo Estado com recursos do poder público.[34]

Um Estado desprovido de recursos financeiros não pode resguardar as liberdades individuais, nem ao menos as que aparentam ser totalmente "negativas", a exemplo do direito de não sofrer tortura por parte de agentes penitenciários, uma vez que um poder público que não consegue prover fiscalizações periódicas nos presídios por meio de profissionais da saúde pagos pelos contribuintes e prontos para apresentar provas inequívocas diante do Poder Judiciário, não pode assegurar de maneira efetiva a proteção dos detentos no sentido de impedir que eles sejam submetidos a torturas. Todos os direitos possuem custos porque todos dependem de uma fiscalização eficiente, custeada pelos contribuintes.[35]

Para que o Poder Público consiga atingir duas metas e programas políticos, especialmente os relacionados a prestações positivas, é indispensável que ele arrecade verbas por meio de impostos para, posteriormente, aplicar-lhes com inteligência e responsabilidade. Cobrar impostos e gastá-los é corolário do cumprimento de direitos.[36]

Geralmente, os direitos são descritos como intangíveis, taxativos e decisivos. Porém, é evidente que estas qualidades não passam de discurso teórico, uma vez que nada que implique recursos financeiros pode ser absoluto. Nenhuma direito cuja garantia demande a contribuição por meio de impostos pode ser garantido, de forma unilateral, pelo Poder Judiciário sem considerar as consequências que atingirão outras esferas do governo.[37]

Nesse sentido, Norberto Bobbio afirma que a dificuldade em fundamentar um direito mostra-se distinta, na medida em que se refira à procura do fundamento de um direito que se possui ou de um direito que se gostaria de obter.[38]

Do fim almejado pela procura do fundamento, surge o engano do fundamento absoluto, ou seja, a ilusão de que, de tanto amontoar e fabricar razões e pressupostos,

---

[34] HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **El costo de los derechos:** por qué la libertad depende de los impuestos. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2015, p. 64 (Colección Derecho y Política).
[35] HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **El costo de los derechos:** por qué la libertad depende de los impuestos. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2015, p. 64-65 (Colección Derecho y Política).
[36] HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **El costo de los derechos:** por qué la libertad depende de los impuestos. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2015, p. 97 (Colección Derecho y Política).
[37] HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **El costo de los derechos:** por qué la libertad depende de los impuestos. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2015, p. 119 (Colección Derecho y Política).
[38] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 15.

acabaremos por descobrir a razão e o argumento irresistível, ao qual ninguém poderá eximir-se de aderir. O fundamento absoluto é aquele inevitável no mundo de nossas ideias, da mesma forma como o poder absoluto o é no mundo de nossas ações.[39]

Esse engano foi peculiar aos jusnaturalistas durante séculos (ilusão já não é permitida atualmente), os quais pensavam ter inserido determinados direitos além da possibilidade de qualquer objeção, originando-se diretamente da natureza do homem. Porém, a natureza do homem mostrou-se muito sensível como fundamento absoluto de direitos irresistíveis.[40]

Não se pode conceber como é possível considerar a existência de direitos fundamentais absolutos se a história demonstra que eles são relativos. No mais, não há motivos para temer o relativismo.[41]

Dentro da própria Declaração dos Direitos do Homem, existem aspirações muito distintas entre si e até mesmo inconciliáveis. Assim, as razões que servem para justificar umas não servem para justificar outras. Nesse sentido, não se deveria falar de fundamento, mas de fundamentos dos direitos do homem, de vários fundamentos segundo o direito cujos bons motivos se pretenda proteger.[42]

Vale dizer que entre os direitos humanos há direitos com regramentos muito distintos entre si. Há os que possuem validade em qualquer momento e para todos de maneira indistinta: são os direitos a respeito dos quais existe a obrigação de não serem limitados nem perante casos extraordinários, nem a respeito desta ou aquela categoria de integrantes do gênero humano, como, por exemplo, o direito de não ser escravizado ou torturado. Tais direitos recebem tratamento especial porque não concorrem com outros, mesmo que fundamentais. Contudo, são poucos os direitos concebidos como fundamentais que não concorrem com outros assim considerados. Não se pode impor um novo direito em prol de um determinado grupo sem eliminar um direito antigo, que beneficiava outras pessoas: a confirmação do direito de não ser submetido à condição de escravo implica a extinção do

[39] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 16.
[40] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 16
[41] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 18-19.
[42] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 19.

direito de manter escravos; o mesmo ocorre no caso de tortura. Nessas situações, a opção parece simples.[43]

Por outro lado, ainda que a busca pelo fundamento absoluto obtivesse sucesso, ela poderia atingir o resultado desejado, qual seja, o de alcançar de maneira mais ágil e efetiva o reconhecimento e a concretização dos direitos do homem? Adentra-se, neste caso, no segundo postulado do recionalismo ético ou no segundo engano do jusnaturalismo: o de que os valores supremos não só podem ser comprovados como teoremas, mas de que é suficiente o simples fato de evidenciá-los para que seja garantida a sua exequibilidade.[44]

Konrad Hesse esclarece que o conceito de ordenamento jurídico somente pode ser admitido na prática se ele e a realidade forem considerados em seu contexto indissociável e condicionamento mútuo. Uma abordagem solitária, individual, que considere somente um ou outro ângulo, não se apresenta em condições de proporcionar solução acertada ao problema. Para quem visualiza somente o ordenamento jurídico, a norma está vigente ou não está mais; não existe outra hipótese. Noutro giro, aquele que considera apenas a realidade política e social ou não consegue enxergar o problema na sua inteireza, ou será conduzido a desconsiderar o significado do ordenamento jurídico.[45]

Nesse sentido, há que se admitir que os direitos não são absolutos, mas sim relativos. Observar seus custos é compreender melhor a natureza de todos os direitos, inclusive previstos na Constituição. A teoria tradicional dos direitos, que desconsidera os custos, tem incentivado uma ignorância generalizada quando à função e objetivo social dos direitos. Isso não que dizer que as decisões devem ser tomadas por contadores, mas os custos devem ser levados em conta.[46]

No campo normativo, admitindo-se que as regras jurídicas são fixadas e entendidas notadamente de acordo com um viés principiológico e observando, outrossim, que o jurista deve considerá-las no instante consequente aplicação, importa admitir também nessa

[43] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 20.
[44] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 22.
[45] HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 13.
[46] HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **El costo de los derechos:** por qué la libertad depende de los impuestos. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2015, p. 120 (Colección Derecho y Política).

interpretação as possibilidades fáticas e verificar os custos e benefícios de determinada medida.[47]

Essa noção leva à admissão dos custos, os quais, levados em conta de forma pragmática, implicam as mais importantes restrições reais dos direitos fundamentais.[48]

Sob a ótica prática, essa análise contextualizada potencializa a atividade jurídica, marcadamente a judiciária. Dessa forma, antes de se asseverar que um determinado indivíduo detém um direito fundamental, primeiro é necessário verificar os custos do mesmo e, apenas perante a inferência de que existem possibilidades reais de concretização à mera previsão solicitada, admitir-se tal súplica como direito fundamental.[49]

De acordo com as considerações pragmáticas mencionadas e inserindo ao conceito os custos dos direitos, pode-se tentar entender os direitos fundamentais como direitos subjetivos, os quais representam princípios positivados pelo ordenamento jurídico, possuidores de obrigatoriedade diante do Estado, conforme as limitações reais, especialmente as econômicas.[50]

O discurso ao redor dos direitos "supostamente" gratuitos, impede o correto entendimento das opções públicas a eles relacionadas, uma vez que considerando a escassez de recursos públicos, a escolha pelo resguardo de um direito com aparência de gratuidade implica o desprezo por outros. Essa escolha, indiferente quanto aos custos, necessariamente será catastrófica.[51]

Nesse sentido, "Levar os direitos a sério é [...] incluir pragmaticamente no rol das escolhas trágicas que são feitas todos os dias pelas pessoas, os custos dos direitos, pois, como já se disse... direitos não nascem em árvores."[52]

---

[47] GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos:** direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 341.
[48] GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos:** direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 342.
[49] GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos:** direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 342.
[50] GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos:** direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 343.
[51] GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos:** direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 325.
[52] GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos:** direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 347.

Outrossim, levar os direitos a sério de maneira que as decisões e escolhas sejam justas ou eficientes, implica necessariamente considerar que os direitos possuem custos.

Mesmo em um ordenamento jurídico que possua como fundamento o principio da dignidade da pessoa humana, no qual os direitos fundamentais estejam previstos em sua Constituição Federal, como acontece no Brasil, o contexto que o cerca deve ser considerado, a exemplo da admissão de que os direitos possuem custos e somente podem ser concretizados se os recursos forem suficientes para tanto.

Em relação ao direito à saúde, a principio, é necessário destacar que se trata de direito social de segunda geração, previsto no artigo 6º, da Constituição Federal brasileira[53], elevado à categoria de direito fundamental, com característica universalista, conforme artigos 196 e 197 do mesmo diploma constitucional, o qual deve ser efetivado por meio de políticas públicas que garantem acesso universal e igualitário.

Os direitos de segunda geração são os sociais, culturais e econômicos, além dos direitos coletivos ou de coletividades, inseridos no constitucionalismo das diferentes formas de Estado social, após terem nascido por meio da ideologia e do pensamento antiliberal do século XX e vinculados diretamente ao princípio da igualdade.[54]

Os direitos sociais geraram a noção de que assim como é fundamental proteger o individuo, segundo aconteceria no pensamento clássico dos direitos de liberdade, era salvaguardar a instituição, um fato social muito mais rico e receptivo à participação criativa e à valorização da personalidade que o pano de fundo clássico da solidão individual, no qual nascera a exaltação do homem não concreto e isolado, sem a intensidade dos valores existenciais, os únicos efetivados de maneira plena pelo social.[55]

Apesar de ser um direito social de segunda geração, com status constitucional e caráter fundamental, sua ampla proteção tanto no âmbito interno quanto internacional e sua vinculação com o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade (direito à vida, à integridade física, etc.), os custos para sua efetivação por parte do Estado também devem ser levados em conta. As políticas públicas voltadas para sua concretização, somente serão efetivas se as verbas públicas forem compatíveis com as exigências sociais.

---

[53] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.> Acesso em: 30 mar. 2016.
[54] BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 29. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 578.
[55] BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 29. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 579.

Segundo Michel Foucault, ao se convocar os problemas relacionados ao campo da saúde, adentra-se numa sequencia de valores que abre espaço a uma "demanda infinita", sobrando o problema constante de como combinar esta "demanda infinita com um sistema finito". Os instrumentos de que uma sociedade pode dispor para responder às suas demandas estarão sempre aquém de duas próprias necessidades.[56]

Um dos aspectos mais significativos da economia do Século XX é a constante elevação dos gastos públicos, não somente nos países de economia coletivizada, nos quais o Estado é o principal ator econômico, mas, outrossim, nos países capitalistas de primeiro mundo, que advogam a livre iniciativa e a econômica de mercado.[57]

Até as nações mais ricas não conseguem atender, de uma só vez, todas as necessidades e anseios da população, de forma que os utilizadores do setor de saúde terão que lançar mão de gastos complementares, os quais serão mais altos quanto mais exíguos os recursos.[58]

A própria Organização Mundial da Saúde (OMS) tem percebido a relevância das consequências econômicas da má saúde e da doença, das restrições financeiras que com frequência vão contra a disponibilização de assistência médica e sanitária correta e dos obstáculos à análise dos benefícios decorrentes dessa assistência, em termos monetários ou em referencia a outros requisitos.[59]

Outrossim, é preciso considerar que os custos com a assistência à saúde estão crescendo tanto nas nações subdesenvolvidas quanto desenvolvidas. Para ser ter uma ideia mais clara, em 1990 o gasto global com saúde atingiu a quantia de US$ 1,7 trilhão, ou aproximadamente 8% da remuneração mundial.[60]

No caso do Brasil, a situação é ainda mais grave quanto se pensa em recursos para atender ao setor de saúde. Além da não destinação dos recursos e da sua má aplicação, a quantia disponibilizada com saúde está bem aquém do que é recomendado pela Organização

---

[56] FONSECA, Márcio Alves da. **Michel foucalt e o direito**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 279.
[57] GIACOMONI, James. **Orçamento público**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 1996, p. 19.
[58] SILVA, Marcelo Gurgel Carlos da. Econômica da saúde: da epidemiologia à tomada de decisão. *In*: ROUQUAYROL, Maria Zélia; SILVA, Marcelo Gurgel Carlos da (Orgs.). **Epidemiologia & Saúde**. 7. ed. Rio de Janeiro: MedBook, 2013, p. 566.
[59] SILVA, Marcelo Gurgel Carlos da. Econômica da saúde: da epidemiologia à tomada de decisão. *In*: ROUQUAYROL, Maria Zélia; SILVA, Marcelo Gurgel Carlos da (Orgs.). **Epidemiologia & Saúde**. 7. ed. Rio de Janeiro: MedBook, 2013, p. 559.
[60] SILVA, Marcelo Gurgel Carlos da. Econômica da saúde: da epidemiologia à tomada de decisão. *In*: ROUQUAYROL, Maria Zélia; SILVA, Marcelo Gurgel Carlos da (Orgs.). **Epidemiologia & Saúde**. 7. ed. Rio de Janeiro: MedBook, 2013, p. 566.

Mundial da Saúde, a ponto de investir menos em saúde do que países mais pobres que o Brasil.[61]

Apesar da restrição econômico-financeira, o Poder Judiciário brasileiro não tem levado em conta a questão dos custos dos direitos, na medida em que ao analisar demandas judiciais com pedidos de liminares, na grande maioria das vezes opta por deferir os pedidos, o que vem a ser confirmado pelas decisões finais.

Para se ter uma ideia do impacto que as demandas judiciais causas aos cofres públicos, um balanço que estava sendo terminado pelo Conselho Nacional de Justiça em 2011 já revelava que a tramitação de 240.980 demandas judiciais na área de saúde, as denominadas demandas judiciais da saúde. A maioria relacionadas a reclamações de pessoas que buscavam acesso a medicamentos e a eventos médicos por meio do Sistema Único de Saúde, além de vagas em nosocômios públicos e outras ações relacionadas a seguros e planos privados.[62]

Diante deste panorama, como aliar esperanças de prováveis usuários desses sistemas de saúde com a riqueza à disposição atualmente, em um espaço exageradamente complicado, que é o sistema de saúde, e em periódica e acelerada alteração, pelos motivos já expostos? Noutros termos, como estabelecer e combinar a assistência à saúde, conforme três aspectos: qualidade, acesso e custo? A própria conceituação de qualidade e acesso já implica em um desafio, mas admitindo-se que seja possível tal definição surje o seguinte problema: disponibilizar acesso capaz de satisfazer as necessidades com o mínimo de limitação possível e com o máximo de custo tolerável por essa sociedade.[63]

Para Michel Foucalt, o direito, a decisão a respeito do que deve ser o fim de sua atividade, a determinação de suas estruturas formais, o estabelecimento dos instrumentos efetivos de sua aplicação não são de responsabilidade única do Estado [...]. Não compete somente aos governantes dedicar-se ao direito, mas a responsabilidade seria de todos os indivíduos.[64]

---

[61] SILVA, Marcelo Gurgel Carlos da. Econômica da saúde: da epidemiologia à tomada de decisão. *In*: ROUQUAYROL, Maria Zélia; SILVA, Marcelo Gurgel Carlos da (Orgs.). **Epidemiologia & Saúde**. 7. ed. Rio de Janeiro: MedBook, 2013, p. 581.

[62] BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/56636-brasil-tem-mais-de-240-mil-processos-na-area-de-saude. Acesso em: 12 jan. 2016.

[63] FERRAZ, Marcos Bosi. Economia da saúde e sua inserção no sistema da saúde. *In*: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (Orgs.). **Direito à vida e à saúde:** impactos orçamentários e judicial. Sâo Paulo, Atlas, 2010, p. 128-129.

[64] FONSECA, Márcio Alves da. **Michel foucalt e o direito**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 281-282.

No mínimo, todos os que fazem parte de uma determinada sociedade e o Poder Judiciário devem admitir que o direito fundamental de acesso aos meios de saúde implica custos, os quais somente podem ser obtidos por meio da arrecadação de impostos e que, mesmo no caso do Brasil, o qual possui uma das maiores arrecadações do mundo, os recursos são finitos e não suficientes para atender a todos.

Em razão disso, seria possível aceitar a ideia do bioeticista espanhol Diego Gracia ao julgar que deve ser reformulada a máxima: "A cada pessoa conforme as suas necessidades", transformando-a em: "A cada pessoa conforme suas necessidades até o limite que permitam os bens disponíveis". Dessa forma, ainda que se esteja diante de um sistema do tipo universalista, seria adequado restringir, por ausência de recursos, alguns eventos médicos e ações de saúde para todos.[65]

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A saúde é direito social de segunda geração, fundamental e com status constitucional, com caráter universalista, vinculado ao princípio da dignidade da pessoa humana e aos direitos da personalidade, razão pela qual merece a devida proteção por parte do Estado e da sociedade.

Apesar de ser um dos bens mais caros para o ser humano, o cotidiano revela as políticas públicas não tem sido totalmente eficazes na concretização do direito à saúde, uma vez que não há recursos suficientes para atender a todos que buscam acesso aos meios de preservação e recuperação do estado de saúde desejado.

Esta escassez de recursos é evidenciada por meio da análise das restrições e limitações que podem sofrer os direitos fundamentais, ao se verificar que eles não são absolutos, mas sim relativos. Outrossim, a teoria do custo dos direitos revela que todas as prestações a serem fornecidas pelo Estado, sejam elas positivas ou negativas, dependem da provisão de recursos financeiros, o que se viabiliza por meio da arrecadação de impostos.

[65] OGUISSO, Taka; ZOBOLI, Elma Lourdes Campos Pavone. **Ética e bioética**: desafios para a enfermagem e a saúde. Barueri: Manole, 2006, p. 191-192.

Essa arrecadação de tributos tem ser revelado insuficiente, tanto em âmbito nacional quanto internacional. Até mesmo a Organização Mundial da Saúde (OMS) admite que as restrições econômicas atingem diretamente a assistência à saúde adequada.

Nesse sentido, pode-se afirmar que o custo dos direitos é um limitador fático do direito à saúde, o qual deve ser considerado em todas as decisões judiciais ou nas escolhas relacionadas à alocação de recursos públicos, sob pena de não se alcançar a maior eficiência possível na distribuição material para a sociedade, com a maior satisfação possível para o maior número de pessoas que se possa atingir.

Portanto, uma abordagem preocupada em levar os direitos a sério, também deve respeitar e considerar o fato de que os direitos, mesmo aqueles considerados fundamentais e protegidos pela Constituição, a exemplo do direito social à saúde, possuem custos e os recursos financeiros não são suficientes para custear todos os direitos e alcançar todos os indivíduos de uma determinada nação, especialmente no caso do Brasil, o qual possui uma demanda extremamente elevada e pouco investimento na área. Por outro lado, mesmo que a destinação de verbas aumentasse, almejando uma alocação mais eficiente, é provável que os recursos não fossem suficientes para atender a todos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2014 (Coleção Teoria e Direito Público).

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 29. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.> Acesso em: 30 mar. 2016.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/56636-brasil-tem-mais-de-240-mil-processos-na-area-de-saude. Acesso em: 12 jan. 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

FERRAZ, Marcos Bosi. Economia da saúde e sua inserção no sistema da saúde. *In*: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (Orgs.). **Direito à vida e à saúde:** impactos orçamentários e judicial. Sâo Paulo, Atlas, 2010.

FONSECA, Márcio Alves da. **Michel foucalt e o direito**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais:** limites e restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos:** direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GIACOMONI, James. **Orçamento público**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 1996.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **El costo de los derechos:** por qué la libertad depende de los impuestos. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2015 (Colección Derecho y Política).

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2010.

OGUISSO, Taka; ZOBOLI, Elma Lourdes Campos Pavone. **Ética e bioética**: desafios para a enfermagem e a saúde. Barueri: Manole, 2006.

POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva; revisão da tradução de Aníbal Mari. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, Marcelo Gurgel Carlos da. Econômica da saúde: da epidemiologia à tomada de decisão. *In*: ROUQUAYROL, Maria Zélia; SILVA, Marcelo Gurgel Carlos da (Orgs.). **Epidemiologia & Saúde**. 7. ed. Rio de Janeiro: MedBook, 2013.