

A escassez de recursos e a efetividade do direito fundamental à saúde no sistema jurídico brasileiro

La escasez de recursos y la efectividad del derecho fundamental a la salud en el sistema jurídico brasileño

The scarcity of resources and the effectiveness of the "fundamental right to health" in the Brazilian legal system

Flávia Sulz Campos Machado

Mestra em Direito do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA), linha de pesquisa "Análise Econômica do Direito". Membro do Grupo de Pesquisa O Discurso Jusfundamental da Dignidade da Pessoa Humana no Direito Comparado (CNPq/UFBA).

CV: <http://lattes.cnpq.br/1346039023085875>

Ricardo Maurício Freire Soares

Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito e da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Roma La Sapienza, pela Università degli Studi di Roma Tor Vergata e pela Università del Salento. Líder do Grupo de Pesquisa O Discurso Jusfundamental da Dignidade da Pessoa Humana no Direito Comparado (CNPq/UFBA).

CV: <http://lattes.cnpq.br/7597880442041621>

RESUMO: O presente trabalho trata da expansão e das implicações potenciais à sociedade brasileira da judicialização do direito fundamental à saúde no Brasil. As decisões judiciais da saúde tenderiam à microjustiça e à desconsideração dos custos dos direitos, não sendo incomum o tratamento da questão sob os motes de uma colisão entre o direito à saúde do autor e as questões orçamentárias. O Poder Judiciário ignoraria a real colisão entabulada entre o direito à saúde em sua perspectiva individual e o direito à saúde na dimensão coletiva. A hipótese da pesquisa é que a judicialização da saúde estaria crescendo no país e gerando, portanto, impactos nos orçamentos destinados à saúde pública. A metodologia de pesquisa adotada alinhou-se a uma abordagem pragmática, com o uso de estratégias de investigação quantitativa e qualitativa, a partir de métodos de levantamento e de análise de dados. O resultado alcançado é que a desconsideração dos custos do direito à saúde pelo Poder Judiciário figura como prejudicial à efetividade da dimensão coletiva desse direito, pelo que uma perspectiva consequencialista contribui para uma prestação jurisdicional mais adequada.

PALAVRAS-CHAVE: custo dos direitos; justiça distributiva; saúde coletiva.

RESUMEN: Este trabajo aborda la expansión y las posibles implicaciones para la sociedad brasileña de la judicialización del derecho fundamental a la salud en Brasil. Las decisiones judiciales en materia de salud tenderían a la micro justicia y a la desconsideración de los costes de los derechos, y no es infrecuente que la cuestión se aborde bajo el lema de la colisión entre el derecho a la salud del demandante y las cuestiones presupuestarias. El Poder Judicial ignoraría la colisión real entre el derecho a la salud en su perspectiva individual y el derecho a la salud en su dimensión colectiva. La hipótesis de la investigación es que la judicialización de la salud está creciendo en el país y, por lo tanto, está teniendo un impacto en los presupuestos públicos de salud. La metodología de investigación adoptada se ajustó a un enfoque pragmático, utilizando estrategias de investigación cuantitativas y cualitativas, basadas en métodos de encuesta y análisis de datos. El resultado alcanzado es que la desconsideración de los costos del derecho a la salud por parte del Poder Judicial va en detrimento de la efectividad de la dimensión colectiva de este derecho, por lo que una perspectiva consecuencialista contribuye a una prestación judicial más adecuada.

PALABRAS CLAVE: coste de los derechos; justicia distributiva; salud colectiva.

ABSTRACT: This paper deals with the expansion and potential implications for Brazilian society of the judicialization of the fundamental right to health in Brazil. Judicial health decisions tend towards micro-justice and disregard for the costs of rights, and it is not uncommon for the issue to be dealt with under the motto of a collision between the plaintiff's right to health and budgetary issues. The judiciary would ignore the real collision between the right to health in its individual perspective and the right to health in its collective dimension. The research hypothesis is that the judicialization of health is growing in the country and is therefore having an impact on public health budgets. The research methodology adopted was aligned with a pragmatic approach, using quantitative and qualitative research strategies, based on survey methods and data analysis. The result achieved is that the disregard of the costs of the right to health by the Judiciary is detrimental to the effectiveness of the collective dimension of this right, so a consequentialist perspective contributes to a more adequate jurisdictional provision.

KEYWORDS: cost of rights; distributive justice; collective health.

Introdução

Previsto na Constituição brasileira de 1988, nomeadamente nos artigos 6º e 196, sem prejuízo de outras menções ao longo do texto constitucional, não há dúvidas de que o direito à saúde figura como um direito fundamental perante o ordenamento jurídico brasileiro, tendo como princípio norteador o da dignidade da pessoa humana, consagrado como basilar ao sistema constitucional.

No âmbito internacional, o direito à saúde possui menção na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (artigo 25) e no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 (artigo 12). A Declaração de Alma-Ata de 1978, por seu turno, lançou a atenção básica à saúde como objetivo a ser buscado internacionalmente.

Dado o carácter fundamental do direito à saúde, a comunidade jurídica ofereceu diversas perspectivas quanto à extensão e às possibilidades de restrição deste direito, destacando-se a questão da exigibilidade de medidas através da intervenção do Poder Judiciário na atuação da Administração Pública.

1. O direito fundamental à saúde no contexto brasileiro

Embora o direito à saúde tenha se desenvolvido no Brasil na legislação infraconstitucional em período anterior à 1988¹, é inegável a relevância da Constituição da República Federativa do Brasil (CFRB/88) como marco do reconhecimento jurídico da fundamentabilidade do direito à saúde, além da criação de um sistema público e universal. Além disso, foi apenas na Constituição de 1988 que o direito à saúde recebeu um tratamento constitucional no Brasil, não sendo tratado nas constituições anteriores, “a não ser acidentalmente” (DALLARI, 2009, p. 10). A nível internacional, por seu turno, a saúde viria a ser reconhecida como direito somente após o episódio da Segunda Guerra Mundial, findada em 1945, quando foi criada a Organização das Nações Unidas (ONU) e a Organização Mundial da Saúde (OMS).

Num primeiro momento da história humana, a saúde figurou como uma preocupação de caráter prático, a partir da adoção de mecanismos que, embora possam ser lidos atualmente como expressão de direitos sociais, não possuíam o prisma de direitos subjetivos do cidadão, nem mesmo eram cogitados no âmbito jurídico. O estímulo para as ações visando a melhoria da saúde pública passou, antes, pela defesa de interesses e proteção da saúde das classes socialmente favorecidas (VILLAS-BÔAS, 2009). Foucault (1998) esclarece que, entre o final do século XVI e o começo do século XVII, as ações sanitárias dos Estados europeus eram restritas à elaboração de estatísticas de nascimento e mortalidade, sem intervenções efetivas ou organizadas para elevar o nível de saúde das pessoas.

A partir de meados do século XVII, com o crescimento das populações urbanas em decorrência da industrialização, fica evidente a necessidade de medidas sanitárias para conter o surgimento e a proliferação de epidemias locais. Na Inglaterra, a título ilustrativo, se aglomeravam trabalhadores fabris nas cidades e não havia reocupação com a qualidade das residências, prevalecia a lógica da acomodação do maior número de pessoas no menor espaço possível e, em tal contexto, a ausência de saneamento básico agrava o estado de insalubridade. Mais tarde, durante o século XX, com o aumento do comércio, a melhoria de transportes e o encurtamento das distâncias entre as nações, já não seria possível ignorar a interferência mútua das condições sanitárias entre as diferentes partes do mundo. A cooperação internacional para a prevenção de doenças transmissíveis passaria a ser assunto de grande importância (Cf. ROSEN, 1994).

O ambiente de destruição deixado após a Segunda Guerra Mundial fomentaria o conteúdo do artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948). Nele, a saúde foi reconhecida como um direito humano fundamental, sendo enumerado como uma das condições necessárias à vida digna: “Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados

¹Não sendo o foco do presente artigo, para aprofundamento sobre a legislação infraconstitucional e as políticas públicas desenvolvidas no Brasil antes da Constituição de 1988, recomendam-se os trabalhos de Villas-Bôas (2009, p. 81-91) e Soares e Vidal (2017, p. 25-46).

médicos e os serviços sociais indispensáveis” (ONU, 1948). À OMS caberia zelar por este direito (DALLARI, 1988).

Na carta de princípios da OMS, de 07 de abril de 1948, foi reafirmado o caráter de direito da saúde, além de ser explicitado como uma obrigação estatal. A saúde foi conceituada como um estado de mais completo bem-estar físico, mental e social, para além da mera ausência de enfermidade. Em 1978, a Conferência Internacional de Assistência Primária à Saúde, realizada em Alma-Ata, lançou a atenção básica à saúde como objetivo a ser perseguido internacionalmente, servindo de fonte de inspiração para o modelo do Sistema único de Saúde, criado pela Constituição Federal de 1988 (SCHULZE; GEBRAN NETO, 2019, p. 21-22).

Alinhada ao espírito da Declaração de Alma Ata, a Constituição da República Federativa do Brasil (CFRB/88) estabeleceu a saúde como direito de todos e dever do Estado, criando um sistema público universal de saúde, o Sistema Único de Saúde (SUS), em busca de cumprir os princípios de universalidade, integralidade, equidade e participação social (GIOVANELLA et al, 2019, p. 3). Sarmiento (2010, p. 101) pontua que nos mais de vinte meses de duração da Assembleia Nacional Constituinte, a nova constituição foi o centro das atenções do país, provocando mobilização cívica e participação social inéditas na história nacional. Parlamentares e grupos de pressão estavam articulados para consagrar regras específicas e detalhadas de suas bandeiras e interesses no texto constitucional, a fim de evitar incertezas quanto à concretização legislativa e às interpretações judiciais futuras.

Neste cenário, destaca-se o papel do Movimento Sanitarista, aquele que teria chegado mais organizado e consistente na assembleia e que teria logrado as conquistas mais avançadas, no entendimento de Rodriguez Neto (2019). A gênese do Movimento Sanitarista no Brasil remonta ao ano de 1976. Buscando a democratização da saúde, a estratégia do Movimento ia desde a produção e divulgação de conhecimento e propostas, até a efetiva ocupação de espaços institucionais e o trabalho com parlamentares. Através de eventos, nomeadamente o 1º Simpósio Nacional de Política de Saúde (de 1979), a 8ª Conferência Nacional de Saúde e o 1º Congresso Brasileiro de Saúde Coletiva (ambos de 1986), foram discutidas as propostas que viriam a embasar suas reivindicações perante a Constituinte. O Movimento entendia que o texto constitucional deveria assegurar: a saúde como direito universal e igualitário; o dever do Estado na promoção, proteção e recuperação da saúde; a natureza pública das ações e serviços de saúde; a criação de um Sistema Único de Saúde gratuito, descentralizado para estados e municípios e sob o controle social, com atribuições de assistência, vigilância sanitária, vigilância epidemiológica, saneamento e saúde ocupacional.

Uma das principais bandeiras do Movimento era a criação de um sistema único de saúde, de natureza pública. Não se tratava de uma ideia exatamente original: já havia sido experimentada em outros países e divulgada pela OMS. Além disso, mesmo no Brasil, algo próximo se desenvolveria, antes da nova constituição, através dos sistemas de proteção estabelecidos na legislação ordinária: nomeadamente através da Lei n. 6.229 de 1975, que criou o Sistema Nacional de Saúde, e do Decreto n. 94.657 de 1987, que criou o Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde (Cf. SARLET, 2013).

Nos termos do artigo 196 da CRFB/88, o direito à saúde é previsto como direito de todos e dever do Estado, a ser garantido mediante políticas sociais e econômicas visando a redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. No que tange ao SUS, a CRFB/88 desenha um sistema de saúde descentralizado, com atendimento integral e participação da comunidade, a ser financiado

com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios, além de outras fontes, consoante o artigo 198.

Acerca da integralidade do atendimento mencionado no artigo 198 da CFRB/88, Sarlet (2013) elucida que tratar-se-ia da determinação de uma cobertura com a maior amplitude possível pelo SUS, o que não afastaria, contudo, a existência de limites técnicos e científicos calcados em critérios de segurança e eficácia do tratamento que, em última análise, reportam-se a noções de economicidade. Portanto, embora o texto constitucional vise integralidade ao atendimento ofertado pelo SUS, este encontra balizas, inclusas as de ordem econômica.

A CFRB/88 é marcada por um profundo compromisso com os direitos fundamentais e com o regime democrático, em consonância com as constituições de Portugal, de 1976, e da Espanha, de 1978. Assim como o Brasil, tais países haviam passado por processos de redemocratização, com a superação de experiências autoritárias. Na reorganização estatal, foram editadas novas constituições que priorizaram os direitos fundamentais e eram revestidas de forte teor social. A organização topológica do texto ilustra e reconhece essa prioridade: consagra nos dois primeiros títulos, respectivamente, os princípios fundamentais e os direitos e garantias fundamentais, deixando a organização estatal para mais adiante (Cf. SARMENTO, 2010, p. 102).

Além da consagração dos direitos fundamentais, a CRFB/88 evidenciou preocupação com a efetivação destes direitos, prevendo expressamente sua aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º), diversos remédios constitucionais para sua tutela, prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais (art. 4º, II), bem como a sua proteção perante o poder constituinte reformador, destacados os direitos fundamentais como cláusulas pétreas (art. 60, §4º). Sarmento (2010, p. 105) observa que, em uma interpretação mais realista do momento histórico, havia, em verdade, uma descrença dos atores políticos sobre a efetividade dos direitos fundamentais, sendo vistos como meros adereços da nova constituição.

De fato, sendo inegável o caráter fundamental do direito à saúde, após a promulgação da Constituição de 1988, a comunidade jurídica brasileira discutiu acerca da sua interpretação e aplicação, colocando-se o problema da possibilidade ou não de exigido cumprimento deste direito através da atuação do Poder Judiciário, especialmente por se tratar de um direito social, dependendo de uma prestação positiva e custosa do Estado.

Dentro da tradicional classificação dos direitos fundamentais, repór proposta por Karel Vasak em 1979, a saúde situar-se-ia dentre os direitos de segunda geração, assim considerados os direitos sociais, culturais e econômicos (Cf. PIOVESAN, 1998). Enquanto os direitos de primeira geração corresponderiam a postulados de abstenção ou não intervenção do Estado na esfera individual, os direitos sociais exigiriam a atuação estatal mediante prestações de cunho material (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008). Os direitos sociais possuíam duas vertentes: uma, de natureza negativa ou defensiva, consistindo no direito à abstenção estatal de qualquer ato que os ameace; outra, de natureza positiva ou prestacional, importando no direito de exigir dos entes públicos a realização de determinadas tarefas das quais dependeria o exercício dos direitos (CANOTILHO; MOREIRA, 1984; SARLET, 2006).

Sendo os direitos sociais reconhecidos pelas constituições, a nível internacional, durante o século XX, com o desfecho da Segunda Guerra (Cf. BONAVIDES, 2011), num primeiro momento, estes direitos, de caráter prestacional, teriam sido encarados como direitos de baixa normatividade e eficácia, bem como de juridicidade duvidosa (CANOTILHO; MOREIRA, 1984). A partir da teoria dos *status* de Giorg Jellinek, a qual serviu de referência para a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, os direitos fundamentais são classificados em *status*

positivo e *status* negativo, inobstante a teoria do autor italiano originalmente diferencie “quatro *status*: o *status passivo* ou *status subiectionis*, o *status negativo* ou *status libertatis*, o *status positivo* ou *status civitatis* e o *status ativo* ou *status da cidadania ativa*” (ALEXY, 2008, p.255). Aos direitos de *status* negativo seria suficiente a mera abstenção do estado, no sentido de não interferir, por exemplo, na liberdade de ir e vir do indivíduo. A efetivação dos direitos de *status* positivo demandaria prestações positivas do estado, como a construção de escolas para cumprimento do direito à educação.

Nesse sentido, Amaral (2001, p. 57) aponta que, no âmbito de uma argumentação tradicional acerca da efetivação dos direitos sociais, construções teóricas sobre gerações de direitos substanciaram a ideia de que liberdades individuais não representariam custos orçamentários para o Estado, enquanto direitos sociais dependeriam de implementação de prestações estatais, restando comprometida sua eficácia jurídica. A partir desta visão, à eficácia dos direitos da liberdade não caberiam questionamentos, decorreria da própria constituição, em razão de não estarem condicionados à regulamentação do legislador infraconstitucional. Ao revés, os direitos sociais dependeriam de uma ação, que lhes dão a característica de positivos.

No Brasil, a reflexão acerca da aplicabilidade das normas constitucionais foi marcada pela obra de José Afonso da Silva (2003), o qual defendeu que nenhuma norma constitucional seria desprovida de eficácia, admitindo haver distinção de grau de efeitos jurídicos. Até então, prevalecia na dogmática brasileira a classificação de origem norte-americana, perpetuada por Rui Barbosa, com a distinção das normas constitucionais em *self-executing* e *not self-executing*, isto é: normas autoexecutáveis e normas não autoexecutáveis (Cf. SOUZA, 2005).

Contudo, a dicotomia estabelecida entre direitos negativos e positivos, com fulcro na ideia de abstenção ou de atuação do Estado e, por conseguinte, a associação de que apenas direitos sociais representariam custos ao erário público, demonstrou-se insuficiente ao tratamento dos direitos fundamentais. Na obra *The costofrights: Whylibertydependson taxes*, publicada em 1999, Stephen Holmes e CassR. Sunstein argumentam que todos os direitos fundamentais dependem do dispêndio de recursos financeiros, sejam direitos sociais ou liberdades individuais. Através de decisões da Suprema Corte e de dados com gastos para proteção de direitos fundamentais pelos Estados Unidos, a obra enfatiza que os custos dos direitos vão desde a possibilidade de acesso ao Poder Judiciário, até propriamente as medidas para implementação dos direitos. A partir das contribuições de Holmes e Sunstein(2019) depreende-se que a eficácia dos direitos fundamentais não estaria relacionada a existência ou não de custos, visto que se trata de uma característica geral dos direitos. Outrossim, os autores advertem acerca da importância de levar a escassez a sério, cabendo à comunidade jurídica reconhecer que garantir direitos incide em fazer escolhas alocativas.

A escassez e as necessidade de escolhas alocativas se colocam de forma contundente quando se trata de direito à saúde, por diversos fatores, conforme busca-se esclarecer a seguir.

2. A limitação de recursos e as escolhas trágicas no âmbito do direito sanitário

A abordar o tema da escassez de recursos e das escolhas trágicas no âmbito sanitário, Kilner (1990) afirma que em qualquer sistema de saúde é improvável que existam recursos financeiros disponíveis para atender todas as necessidades médicas da sociedade. Destarte, mesmo nos países considerados prósperos economicamente, há preocupações com o problema de disponibilidade de recursos para atendimento da demanda de pacientes. A observação de Kilner coaduna com um dos postulados fundamentais da economia: a escassez dos recursos.

Mathis (2009) explica que a escassez se refere à disparidade entre a totalidade dos bens disponíveis e as necessidades da sociedade. Mankiw (2005), por seu turno, afirma que a escassez traduz a natureza limitada dos recursos da sociedade e, conseqüentemente, a sua incapacidade de produzir todos os bens e serviços desejados, cabendo à economia estudar como a sociedade administra a distribuição dos recursos.

Administrar recursos escassos, implica em fazer escolhas alocativas. Nesse sentido, Gico Jr. (2010, p. 22) destaca que é justamente a escassez dos bens que impõe à sociedade a realização de escolhas entre alternativas possíveis e excludentes entre si. Ao decidir entre possibilidades que se excluem, as escolhas alocativas revelam os custos de oportunidade (*trade off*), ou seja, a utilidade sacrificada da opção preterida, em favor da opção escolhida. Mathis (2009) exemplifica, numa situação hipotética, o custo de oportunidade da utilização de uma hora destinada ao lazer, que poderia corresponder à renda que alguém teria ganho naquela mesma hora, caso a dedicasse para o trabalho.

Holmes e Sunstein (2019) advertem que, no debate sobre a efetividade dos direitos fundamentais, dentre os quais insere o direito à saúde, as restrições orçamentárias e, logo, a questão da escassez, devem ser consideradas. Desta forma, garantir direitos implicaria em decidir entre alternativas de utilização dos recursos disponíveis. No acesso à saúde, a escassez se põe de maneira especial (Cf. AARON; SCHWARTZ, 1884), seja em razão da sua conexão estrita com o direito à vida, seja pela amplitude da escassez na área, a qual não engloba somente questões financeiras. Além dos recursos financeiros, a escassez na saúde abrange órgãos para transplante, profissionais especializados, equipamentos, os quais não abrangem às necessidades totais da sociedade (AMARAL, 2001). Dentre os fatores relevantes para o aumento dos custos com a saúde no mundo estão o contínuo progresso da tecnologia médica (KILNER, 1990), o envelhecimento da população (AARON; SCHWARTZ, 1884), o crescimento da urbanização, o incremento de doenças crônico-degenerativas, a medicalização da sociedade e a universalização dos cuidados de saúde (FORTES, 2008).

Galdino (2005) observa que, sob o prisma econômico, os bens poderão ser classificados como bens livres ou bens econômicos, sendo os primeiros aqueles sobre os quais a escassez não projeta efeitos e os segundos bens dotados de utilidade e que sofrem os efeitos da escassez. Assim, o autor brasileiro destaca que a qualificação dos bens, naqueles termos, é marcada pela

transitoriedade, tendo em vista que a utilidade e a escassez de um bem dependem do contexto histórico e econômico analisados.

Por outro lado, a escassez afeta os bens em maior ou menor grau de acordo com a capacidade ou não de produção da sociedade daquele bem para suprir suas necessidades. Nesse sentido, Elster (1992) classifica a escassez em natural severa, natural suave, quase-natural ou artificial. A escassez natural severa ocorreria quando não há o que ser feito para aumentar a oferta, enquanto a suave seria quando mesmo os esforços de aumento da oferta não são capazes de atender a demanda em sua totalidade. São citados os exemplos, no primeiro caso, de obras de arte de um artista que já faleceu e, no segundo, da disponibilização de órgãos de cadáveres para transplante. A escassez quase-natural, por seu turno, ocorreria quando a oferta pode ser aumentada, inclusive a ponto de satisfazer totalmente a demanda, apenas através de condutas não coativas dos cidadãos. É citado o exemplo de crianças para adoção. A escassez artificial, afinal, representaria as situações em que o governo pode, se assim decidir, tornar o bem acessível a todos, a ponto de satisfazer a demanda, sendo os exemplos do filósofo norueguês a dispensa do serviço militar e a oferta de vagas no jardim de infância.

Com efeito, além da transitoriedade, que revela que a escassez afeta os bens de forma diversa a depender dos contextos apresentados, verifica-se que a escassez também está relacionada à capacidade da sociedade de produzir em medida que atenda às necessidades sociais, conforme o conceito de Mankiw (2005) e classificação de Elster (1992), mencionados atrás. O acesso à saúde, portanto, é afetado ordinariamente pela limitação de recursos. Em um exemplo recente, menciona-se o contexto da pandemia do novo coronavírus, o qual gerou um aprofundamento da escassez na saúde, atingindo mais amplamente alguns recursos em detrimento de outros, de acordo com as debilidades específicas provocadas pelo vírus no corpo humano, bem como os materiais utilizados para contenção da disseminação. Há de ser considerado, neste âmbito, que o aumento exacerbado da demanda ocorreu em diversos países de forma simultânea, impactando também na capacidade de produção e disponibilidade dos recursos na proporção e urgência reclamadas no planeta.

A ligação do direito à saúde com o direito à vida importaria na proteção estatal à sadia qualidade de vida dos indivíduos (BULOS, 2013, p.542; GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p.195), haja vista que, em última instância, a ausência da saúde acaba por esvaziar o amparo à vida e à integridade física e corporal (SARLET, 2007, p. 3). Sem desconsiderar que a tutela da saúde apresenta diversas interconexões com a proteção de outros bens fundamentais, além da vida: a moradia, o trabalho, a privacidade, o ambiente, proteção do consumidor, da família, das crianças e adolescentes, dos idosos, o que reforça a ideia de interdependência entre os direitos fundamentais (Cf. SARLET, 2013).

Da proximidade da saúde com a vida, decorre que o custo de oportunidade de uma escolha alocativa nesta área potencialmente acarrete um resultado indesejável ou mesmo trágico, como a morte de alguém.

Nesse sentido, Amaral (2001) apresenta dois exemplos, o primeiro trata de dois indivíduos que foram atingidos por uma bala de arma de fogo e necessitam de cirurgia, todavia apenas há um centro cirúrgico disponível. No segundo exemplo, o autor menciona o fornecimento de órgãos para transplantes, cuja demanda, em regra, é superior à oferta, sendo necessárias filas de espera e critérios para posicionar os pacientes nestas listas. Os dois exemplos evidenciam que o atendimento de um paciente acarretará o preterimento de outros, podendo ocasionar a morte dos pacientes preteridos, devido a inexistência do recurso ou a demora do atendimento.

Além de ressaltar a questão da efetividade dos direitos fundamentais, o exame dos custos dos direitos coloca em voga o problema sobre quem decide como os escassos recursos públicos serão distribuídos na promoção e proteção dos direitos. Paradoxalmente, na medida em que os custos dos direitos se calcam quase um truísmo, admitir isto soaria ameaçador à própria preservação destes direitos, sendo comum que o tema seja ignorado. Assim, “Afirmar que um direito tem um certo custo é confessar que temos de renunciar a algo para adquiri-lo ou garanti-lo. Ignorar os custos é deixar certas trocas dolorosas fora do nosso campo de visão” (HOLMES; SUNSTEIN, 2019, p. 13).

No Poder Judiciário brasileiro, as temáticas atinentes aos custos, à escassez e às escolhas alocativas estão distantes do cerne do debate da judicialização da saúde, gerando um tratamento deficitário do tema.

Considerações finais

A Constituição Federal de 1988 consagrou o direito à saúde, como direito de todos e dever do estado, sendo também desenhado um sistema de saúde descentralizado, visando atendimento integral e participação social.

Embora não se tratasse de uma experiência inovadora, o Sistema Único de Saúde foi uma das maiores bandeiras defendidas pelo Movimento Sanitarista no país, tendo este movimento participado ativamente das discussões da Assembleia Nacional Constituinte, entre os anos de 1987 e 1988, em busca da democratização do acesso à saúde.

A Constituição de 1988 teve como traço marcante o compromisso com os direitos e garantias fundamentais, tratando-se de uma tendência do constitucionalismo da época, marcada pelo fim da Segunda Guerra Mundial. Num primeiro momento, os direitos de caráter social foram percebidos como de baixa normatividade e eficácia e de juridicidade duvidosa, com base na ideia de que tais direitos dependem de regulamentação do legislador infraconstitucional e da disposição de recursos financeiros.

A dicotomia entre direitos negativos e direitos positivos, no entanto, demonstra suas insuficiências, porquanto todos os direitos implicam em custos à sociedade e ao Estado, desde os direitos considerados tradicionalmente como de primeira geração, os direitos da liberdade, como os direitos sociais. E, desta forma, pensar na efetividade dos direitos fundamentais implica, necessariamente, pensar em custos, escassez de recursos e em escolhas alocativas.

Ao prever um sistema de saúde com integralidade de atendimento, o texto constitucional elucida a determinação de que haja uma cobertura com a maior amplitude possível, sem desconsiderar os limites técnicos, científicos, bem como as questões econômicas. Mesmo em países considerados economicamente prósperos, é improvável a existência de recursos financeiros disponíveis para atendimento de todas as necessidades sociais.

O problema da escassez dos recursos se coloca de forma especial na seara da saúde: por destacar situações em que as escolhas alocativas refletem decisões trágicas; por afetar não apenas recursos financeiros, mas insumos de diversas ordens, a exemplo dos recursos humanos. O

aumento dos custos na saúde, por seu turno, está em contínua ascensão em razão do progresso da tecnologia, do envelhecimento da população, do crescimento da urbanização, incremento de doenças crônico-degenerativas, medicalização da sociedade e universalização dos cuidados de saúde.

Por estas razões, o debate a respeito da judicialização da saúde não pode ignorar a questão da escassez, dos custos e das escolhas alocativas, sob pena de distanciamento com a própria realidade social em que as determinações judiciais buscaram cumprir seus efeitos práticos. Ao revés de estar em causa um dilema entre a dignidade da pessoa humana, nomeadamente consubstanciada no direito à saúde, e questões orçamentárias, a judicialização da saúde coloca em voga a colisão entre o direito à saúde individual e o direito à saúde coletivo e, assim, entre a dignidade de um e a dignidade de vários.

Referências

AARON, Henry J.; SCHWARTZ, William B. **The Painful Prescription: rationing hospital care.** Washington: The Brookings Institution, 1984.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha.** Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez e as decisões trágicas. Rio de Janeiro / São Paulo: Renovar, 2001.

BAHIA, Saulo José Casali. Judicialização da política, mínimo existencial e dignidade da pessoa humana. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, Brasília, DF, v. 31, n. 1, p. 145-153, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação judicial. **Revista UNIJUS**, Uberaba, MG, v. 11, n. 15, p. 13-38, nov. 2008.

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

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 26ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional.** 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. Salvador: JusPodivm, 2006.

DALLARI, Sueli Gandolfi. A construção do direito à saúde no Brasil. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 9, n. 3, p. 9-34, nov. 2008/fev. 2009. Disponível em: <http://www.periodicos.usp.br/rdisan/article/view/13128/14932>. Acesso em: 27 abr. 2022.

DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. **Revista da Saúde pública.**, São Paulo, 22 (1), p. 57-63, fev. 1998. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rsp/a/jSj9cfjhsNcyjBfG3xDbyfN/?lang=pt>. Acesso em: 22 abr. 2020.

DELDUQUE, Maria Célia; MARQUES, Silva Badim. O direito social à saúde deve ser garantido por políticas públicas e decisões judiciais. In: DELDUQUE, Maria Célia (Org.). **Temas atuais de direito sanitário**. Brasília: CEAD/FUB, 2009, p.122-128.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ELSTER, Jon. **Local Justice**. New York: Russell Sage Foundation, 1992.

FORTES, Paulo Antonio de Carvalho. Reflexão bioética sobre a priorização e o racionamento de cuidados de saúde: entre a utilidade social e a equidade. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, Vol. 24, n. 3, p.696-701, 2008. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-311X2008000300024>. Acesso em: 10 jul. 2021.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. 13ª edição. Tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1998.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Parte Geral. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

GICO JR., Ivo Teixeira. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun, 2010.

GIOVANELLA, Lígia et al. De Alma-Ata a Astana. Atenção primária à saúde e sistemas universais de saúde: compromisso indissociável e direito humano fundamental. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, 35(3), p. 1-6, 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csp/a/9rWTS9ZvcYxqdY8ZTJMmPMH/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 15 abr. 2022.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**. Por que a Liberdade depende dos impostos. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

KILNER, Jonh F. **Who lives? Who dies?** Etical Criteria in Patient Selection. New Haven, Yale University Press, 1990.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Revista Lua Nova**, São Paulo, v. 57, 2002, p.113-133.

MANKIWI, N. Gregory. **Introdução à Economia**. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005.

MATHIS, Klaus. **Efficiency instead of justice?** Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law. Translated by Deborah Shannon. Norwich: Springer, 2009.

MCCRUDDEN, Christopher. Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights. **The European Journal of International Law**, Oxford, v.19, 4, p. 655-724, set. 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLETE, Ingo Wolfgang. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em 24 jun. 2022.

PECES-BARBA, Gregório Martínez. **La dignidad de la persona desde la Filosofia del Derecho**. Madrid: Dykinson, 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

RODRIGUEZ NETO, Eleutério. **Saúde. Promessas e limites da Constituição**. Rio de Janeiro: FioCruz Edições Livres, 2019.

RONEI, Danielle. **A judicialização da saúde no Brasil: do viés individualista ao patamar de bem coletivo**. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) – Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2016.

ROSEN, George. **Uma história da saúde pública**. Tradução de Marcos Fernandes da Silva Moreira com a colaboração de José Ruben de Alcântara Bonfim. São Paulo: Hucitec Editora da Universidade Estadual Paulista; Rio de Janeiro: Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, 11, p. 1-17, set./out./nov. 2007. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31953-37383-1-PB.pdf>. Acesso em 26 jun. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. Da saúde. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo: História constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCHULZE, Clenio Jair; GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito à saúde**. 2ª Revista e ampliada. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2019.

SCLIAR, Moacyr. História do Conceito de Saúde. **PHYSIS: Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, p. 29-41, abr. 2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/physis/a/WNtwLvWQRFbscbzCywV9wGq/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 28 dez. 2021.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

SOARES, Andressa dos Anjos; VIDAL, Camilla Gusmão de Miranda. **Direito à saúde, escassez e judicialização: uma tríade de paradoxos**. Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em Serviço Social) - Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2017.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 393.175-0/RS**. Relator Ministro Celso de Mello. DJ: 12/12/2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=402582>. Acesso em: 13 jan. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Decisão** monocrática na Medida Cautelar da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45. Relator Ministro Celso de Mello. DJ: 29/04/2004. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+45%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/l7lb9d2>. Acesso em: 13 jan. 2020.

A ESCASSEZ DE RECURSOS E A EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

FLÁVIA SULZ CAMPOS MACHADO & RICARDO MAURÍCIO FREIRE SOARES

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Suspensão de Tutela Antecipada n. 278-6/AL**. Relator Ministro Gilmar Mendes. DJ: 22/10/2008. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/suspensao_tutela_antecipada_mabthera.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2020.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. **Alocação de recursos em saúde**: quando a realidade e os direitos fundamentais se chocam. Volume I. 2009. 192 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2009.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MACHADO, Flávia Sulz Campos; SOARES, Ricardo Maurício Freire. A escassez de recursos e a efetividade do direito fundamental à saúde no sistema jurídico brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Constitucional - RBDC* Vol. 24, n. 1 (jan./jun. 2024), p. 28-41. São Paulo: ESDC, 2024. ISSN: 1983-2303 (eletrônica).

Recebido em 19/01/2024

Aprovado em 25/01/2024