



Pesquisa Qualitativa, Teoria e Metodologia

## Efetividade dos direitos fundamentais sociais e o problema do alto custo da saúde

*Effectiveness of the fundamental social rights and the problem of the high cost of the health*

**Edson Luís Kossmann<sup>1</sup>**

<sup>2</sup> Advogado, Professor da Universidade do Vale do Rio dos Sinos

**RESUMO** - Com o presente trabalho objetiva-se analisar a efetividade dos direitos fundamentais sociais, especificamente o direito à saúde, esculpido de forma direta na Constituição Federal Brasileira, mas que apresenta graves problemas de efetividade, fazendo com que milhares de pessoas fiquem sem o atendimento às necessidades básicas. Busca-se analisar o comportamento dos poderes públicos instituídos e responsáveis pela efetivação desses direitos, mormente das políticas públicas de saúde, e que em regra tem as desrespeitadas; por outro lado, o Poder Judiciário quando provocado, tem determinado a realização e custeio de tratamentos extremamente caros e, algumas vezes, de necessidade e resultados questionáveis. Assim, há a necessidade de se buscar uma alternativa para essa equação, que tem por um lado, a necessidade de efetivação do direito fundamental à saúde, e por outro, a ausência de uma política criteriosa, equânime e universal para a sua efetivação.

**Palavras-Chave:** Direitos Fundamentais, Saúde, Efetividade, Alto Custo.

**ABSTRACT** - This study aims to analyze the effectiveness of fundamental social rights, specifically the right to health, enshrined directly in the Federal Constitution, but which has serious problems of effectiveness, leaving thousands of people without their basic needs satisfied. This study seeks to analyze the behavior of the established public authorities responsible for implementing these rights, particularly those of public health policies. Conversely, the judicial authorities, when provoked, have been determining the performance of extremely expensive treatments with questionable results. Thus, there is a need to seek an alternative to this situation, which has on one hand the need for ensuring the fundamental right to health and, on the other, the absence of a fair, judicious and universal policy for its realization.

**Keywords:** Fundamental Laws, Health, Effectiveness, High Cost.

### 1. INTRODUÇÃO

*Nenhum governo é legítimo a menos que demonstre igual consideração pelo destino de todos os cidadãos sobre os quais afirma o seu domínio e aos quais reivindica fidelidade. A consideração igualitária é a virtude soberana da comunidade política – sem ela o governo não passa de tirania. (Ronald Dworkin. A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade)*

Historicamente os direitos fundamentais são divididos a partir de gerações ou dimensões. De um ponto de vista histórico os direitos fundamentais são originalmente direitos humanos. Porém, objetivando dar-lhes efetividade jurídica frente ao Estado, os direitos fundamentais foram distinguidos dos direitos humanos. Enquanto aqueles passaram a ter positividade jurídica, esses são entendidos como objetivos ético-políticos, situados em uma dimensão suprapositiva, portanto, sem condições de serem juridicamente exigidos, com fundamento no direito positivado.

Em relação aos direitos fundamentais, ainda é mantida a distinção entre os direitos civis e políticos, por um lado, e os sociais, econômicos e culturais por

outro. Nos direitos civis e políticos encontra-se a conquista e preservação das chamadas liberdades negativas, o que reforça o princípio das liberdades individuais, contra o poder autoritário do Estado.

Esses direitos tiveram a sua origem na luta pela limitação do poder do Estado em favor da liberdade, da propriedade e da participação política dos burgueses e proprietários de terras nas questões políticas nascidas na revolução Gloriosa da Inglaterra, na revolução Francesa e na Declaração de Direitos quando da Independência dos Estados Unidos da América.

Do outro lado estão os direitos sociais, econômicos e culturais, as chamadas liberdades positivas, as quais reforçam o princípio da igualdade dos cidadãos. Esses direitos são prestacionais, pois buscam ações positivas do Estado, no sentido do

**Autor correspondente**  
**Edson Luís Kossmann**

Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS.  
CEP 93.022-000  
São Leopoldo - RS - Brasil  
Email: [edsonlk@hotmail.com](mailto:edsonlk@hotmail.com)

Artigo encaminhado 04/03/2011  
Aceito para publicação em 19/05/2011

atendimento das demandas sociais, tais como educação, saúde, trabalho, habitação e previdência social.

Tanto os direitos civis e políticos, como os sociais, econômicos e culturais foram sistematizados e organizados na Declaração Universal e nos respectivos pactos dos Direitos Humanos sendo, posteriormente, incorporados no direito interno da maioria dos países que se consideram democráticos. Porém, os direitos fundamentais já nasceram com uma cisão histórica e de difícil correção.

Muitos autores classificam essa divisão dos direitos fundamentais em gerações<sup>1</sup>. Assim, os direitos civis e políticos são os de primeira geração; os direitos econômicos e sociais são os de segunda geração; na terceira geração são incluídos os direitos de desenvolvimento dos povos, os direitos a um meio ambiente sadio e sustentável, direito à paz, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade, etc., que são compreendidos como direitos do próprio gênero humano; já os de quarta geração, seriam os direitos à democracia, à informação, o direito ao pluralismo, etc.

Tal cisão teórica também acontece na prática, conforme denuncia, entre outros, Cançado Trindade<sup>2</sup>, que entende ser “inadmissível que continuem a ser negligenciados em nossa parte do mundo, como o têm sido nas últimas décadas, os direitos econômicos, sociais e culturais. O descaso com estes últimos é triste reflexo de sociedades marcadas por gritantes injustiças e disparidades sociais.” E nessa análise o autor conclui não fazer sentido levar às últimas conseqüências o princípio da não-discriminação dos direitos civis e políticos, enquanto que a discriminação em relação aos direitos econômicos e sociais é tolerada como algo inevitável, não sendo possível, na sua ótica, dissociar o econômico do social e do político e do cultural<sup>2</sup>.

Nesse sentido segue também o entendimento de Bobbio<sup>3:p.30</sup>, para quem

(...) não está em saber quais, quantos são esses direitos, qual a sua natureza e o seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos; mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.

Entre os direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais está o direito à saúde, cuja efetivação tem tido nos dias atuais dois tipos de tratamento. Por um lado, esse direito é, em regra,

negligenciado nas políticas públicas de responsabilidade do Estado, deixando milhares de pessoas desassistidas, sem o atendimento de suas necessidades básicas. Por outro, quando provocado na busca da correção dessa negligência, o poder judiciário tem, muitas vezes de forma discricionária e decisionista, determinado a implementação e o custeio de pretensões de direitos à saúde que se mostram incompatíveis com a realidade orçamentária do Estado, quando não, inclusive, de necessidades e resultados práticos questionáveis, incongruentes e inseguros.

Dessa forma, ao tratarmos do direito fundamental de assistência à saúde, é imperativo entender o texto constitucional brasileiro como substancial, com todos os princípios que asseguram o Estado Social e o plus normativo que é o Estado Democrático de Direito. Assim, a violação de um princípio constitucional significa uma ruptura da própria Constituição, o que representa por isso uma inconstitucionalidade de conseqüências muito mais graves do que a violação de uma simples norma.

Assim, os princípios constitucionais devem dar a conclusão final à interpretação, com eficácia plena e não serem entendidos como simples normas programáticas. É necessário, portanto, a superação do paradigma liberal-individualista de Direito, com uma nova postura hermenêutica, dando-se conta do novo papel que o Direito deve assumir frente o Estado Democrático de Direito, visando a efetivação das promessas não cumpridas e a superação da dívida social histórica que o pacto constitucional comprometeu-se em resgatar.

Porém, como fazer isso, diante da escassez de recursos e do alto custo da saúde? É isso que se pretende analisar.

## 2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E AS DIFICULDADES DE SUA EFETIVAÇÃO

Em que pese a dívida social existente e cultivada desde sua origem, o que para muitos é insuperável, algo transcendental e, portanto, imutável, o Brasil tem tido um comportamento de vanguarda no reconhecimento, ao menos no sentido formal, dos direitos fundamentais. A própria Constituição Brasileira estabelece que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, trazendo no seu texto um extenso rol de direitos coletivos e individuais, políticos e sociais.

Nesse sentido histórico, González<sup>3:p.183</sup> diz que “uma análise da trajetória do Brasil com relação ao

reconhecimento de direitos humanos indica que, em termos formais, no período recente, comparativamente não devemos nada a qualquer outro país”. Assim, formalmente, o Brasil não só tem subscrito e ratificado os principais pactos e tratados internacionais, como tem tido um papel protagonista neste espaço.

A Constituição, como representação e explicitação do contrato social, traz um núcleo político jurídico de responsabilidade social, que precisa ser respeitado e implementado dando a mesma um efetivo papel dirigente e compromissado. Porém, considerando a efetividade dessa função, não se tem muito a comemorar.

Como já visto, os direitos fundamentais sociais são direitos prestacionais, ou seja, que dependem da ação forte e concreta do Estado para sua efetivação, portando, dependem de uma conduta estatal positiva, tanto em relação a sua normatização infraconstitucional, quando é o caso, como em sua implementação fática. Nesse sentido, Streck<sup>5</sup> entende ser evidente que em países como o Brasil, onde o Estado Social sequer existiu,<sup>i</sup> o agente principal de toda política social deve ser o Estado.

Por mais que a Constituição de 1988 possa ser classificada como uma Constituição social, incluída no moderno Constitucionalismo do pós-guerra, o que a torna formalmente uma Constituição dirigente contendo em seus objetivos a realização dos direitos sociais devidos à sociedade brasileira, é necessária a efetivação concreta de seu texto. Porém, essa não se tornará realidade sem o redimensionamento dos papéis e compromissos do poderes estatais instituídos, e do real comprometimento com a mesma.

A reiterada negação dos direitos fundamentais sociais chega a produzir uma espécie de conformação ideológica, na qual grande parte da sociedade passa a acreditar que tal situação é natural, correta e imutável. Conforme Streck<sup>5:p.4</sup>:

---

<sup>i</sup> Conforme Habermas<sup>6</sup>, três foram as correntes políticas que se implantaram após a Primeira Guerra Mundial e subsequente a crise econômica de 1929: o comunismo da União Soviética; o que denominou de "corporativismo autoritário" na Itália fascista de Mussolini, na Alemanha nazista de Hitler e na Espanha falangista de Franco; e o Estado social (reformista) nas democracias ocidentais. Após a segunda guerra mundial, a maioria dos países ocidentais foram governados, alguns de forma mais efetiva, outros menos, sob os objetivos do Estado social<sup>6</sup>. Porém no último terço do século passado, esse projeto torna-se visivelmente limitado naqueles países que o implementaram, sem que se apresente alguma outra alternativa viável, e como dívida social naqueles que sequer chegaram a implementá-lo, como na maior parte dos países da América do Sul, mormente no Brasil.

A absoluta maioria da sociedade passa a acreditar que existe uma ordem de verdade, na qual cada um tem o seu "lugar (de) marcado". Esse cada-um-tem-o-seu-lugar é engendrado a partir de um processo de violência simbólica, reforçado pelos meios de comunicação de massa. Por isso, por exemplo, é possível – e observe-se a relevância dessa questão no plano simbólico – que o país mantenha impunemente um apartheid na divisão entre elevadores sociais e de serviço, o que legitima o preconceito social.

Não resta alternativa. Em um Estado Democrático de Direito, cuja dívida social histórica teima em permanecer, o Direito precisa ser visto como instrumento de transformação social, superando a prática instrumentalista do Direito Brasileiro e da dogmática jurídica, assentado em um paradigma liberal-individualista-normativista, instituído para resolver disputas interindividuais, e possibilitando a efetiva concretização prática das transformações sociais necessárias e respaldadas por um Estado intervencionista, agente e protagonista da efetivação plena de um constitucionalismo comprometido com a superação das mazelas sociais e com o devido resgate da dignidade da pessoa humana.

Assim, não é possível sustentar-se a cisão entre os chamados direitos civis e políticos e os direitos sociais econômicos e culturais, pois sem a concretização dos direitos sociais, não é possível pretender a integral implantação dos direitos civis e políticos, nem mesmo é possível pretender-se um Estado Democrático de Direito, sem o cumprimento dos compromissos dos direitos sociais. Também é necessária a superação do discurso da utopia constitucional, primando por tornar realidade o seu conteúdo comprometido com a igualdade e a justiça social. Nesse sentido vale citar Pinto<sup>7:p.218</sup>:

(...) a quem disser que a Constituição assim cai na utopia sempre se poderá replicar com P. Lucas Verdú que 'todas as realidades de hoje foram utopias de ontem.' A 'Constituição justa' pode ser utópica, mas, como muito bem observa Muguerza, quando uma utopia admite uma remota possibilidade de realização, o seu defeito não é ser uma utopia, mas precisamente o facto de não deixar de o ser. Por nosso lado, não hesitaremos em subscrever a 'profecia' de Macpherson: 'Só sobreviverão as sociedades que melhor possam satisfazer as exigências do próprio povo no que concerne à igualdade de direitos humanos e à possibilidade de todos os seus membros lograrem uma vida plenamente humana.

Portanto, conforme Streck<sup>8</sup>, o não cumprimento dos dispositivos que consubstanciam o núcleo básico da Constituição, ou seja, aqueles que estabelecem os fins do Estado, representa solapar o próprio contrato social. A Constituição que é o resultado de um processo de repactuação social não pode ser deslegitimada, pois assim ocorrendo, estará descumprindo exatamente com sua função principal, que é o de manter a legitimidade do agrupamento político-estatal.

### 3. O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E O PROBLEMA DE SEU ALTO CUSTO

Um dos temas primordiais quando se discute a efetividade dos direitos fundamentais no Brasil é o direito à saúde, e isso, entre outros motivos, porque o pacto constitucional brasileiro, diferente de muitos outros países, estabeleceu que a saúde como um dos direitos fundamentais é direito de todos e dever do Estado, garantida mediante políticas sociais e econômicas que visem à 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<sup>9</sup>.

A doutrina jusconstitucional brasileira tem se apresentado com dois pontos de vista distintos em relação às condições legais de efetivação dos direitos fundamentais sociais, principalmente em relação o direito à saúde. Por um lado, há os que entendem que os direitos fundamentais estão prescritos por normas cuja eficácia é muito reduzida e insuscetível de serem judicializados; por outro, estão aqueles que entendem que embora os direitos fundamentais sociais sejam verdadeiros direitos subjetivos do cidadão, os mesmos encontram forte resistência em sua efetivação, principalmente pela falta de recursos financeiros e orçamentários para seu custeio.

Tendo em vista o entendimento da limitação de recursos e da concentração nos Poderes Legislativo e Executivo para a legislação e execução dos programas sociais (entre estes a competência para a definição orçamentária), o Poder Judiciário tem, em muitas ocasiões, determinado a realização de determinado ato administrativo, com objetivo de cumprir o que se entende ser direito subjetivo do cidadão, desconsiderando para isso o alto custo de tal frente o orçamento público, o que pode vir em detrimento da execução de programas de políticas públicas gerais à população.

Dessa forma, há a necessidade da busca de alternativas de soluções para o problema da baixa

efetividade constitucional nesse aspecto, em que pese divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre o assunto. Não é possível a manutenção do descumprimento desses compromissos sociais históricos e constitucionalmente resgatados pelo pacto social realizado quando da inclusão destes no textos constitucional, sob a argumentação de que ou a eficácia das normas constitucionais é muito reduzida, ou seu cumprimento está impossibilitado pela falta de recursos financeiros e orçamentários disponíveis, conjugado com a ausência de iniciativas do Estado na busca da equação desse problema.

Dworkin<sup>10:pp.79-80,434-5</sup> defende que há muito tem provocado um intenso debate sobre a normatividade dos princípios<sup>ii</sup>, com objetivo de combater o positivismo jurídico e a discricionariedade judicial, propõe uma intensa e criteriosa análise dos problemas dos princípios e da efetividade dos direitos fundamentais.

Dworkin parte da uma profunda e minuciosa análise da *igualdade*<sup>iii</sup>, a qual se dividiria em duas teorias gerais: a igualdade de bem estar e a igualdade de recursos. O autor define a igualdade de bem estar, como o esquema distributivo que trata as pessoas como iguais quando distribui ou transfere recursos entre elas até que nenhuma transferência adicional possa deixá-las mais iguais em bem estar; já como igualdade de recursos trata as pessoas como iguais quando distribui ou transfere os recursos de modo que nenhuma transferência adicional possa deixar mais iguais as suas parcelas totais de recursos.

Buscando alcançar o grau de igualdade defendido em sua teoria, o autor propõe, por exemplo, redistribuições periódicas como um possível “imposto de renda”, ou formas de seguro desemprego e seguro de subempregos. Tratando da igualdade de recursos, deixa claro que inclui entre estes, tanto os recursos privados quanto os públicos e explica que do ponto de vista de qualquer teoria econômica avançada, a influencia que determinado indivíduo tem sobre recursos públicos faz parte de seus recursos privados.<sup>iv</sup>

<sup>ii</sup> Embora a relevância do tema e de outros co-relacionados, bem como da posição do Dworkin a respeito do mesmo, não o abordaremos especificamente nos limites do presente trabalho.

<sup>iii</sup> A rica abordagem que Dworkin faz em sua obra sobre a igualdade, também não será analisada nos limites desse trabalho, porém trata-se de uma obra extremamente profunda e sempre atual.

<sup>iv</sup> Nessa linha, Dworkin entende que a propriedade privada não é uma relação singular e única entre uma pessoa e sua propriedade, mas sim, uma relação multifacetada, que tem muito de seus aspectos definidos politicamente. In: Dworkin. loc. cit.

Quem tem poder de influência sobre decisões políticas acerca da qualidade do ar que respira, por exemplo, é mais rico do que quem não tem. Assim, uma teoria geral de igualdade deve procurar um meio de integrar recursos privados e poder político.<sup>10:p.79</sup>

Assim, partindo de uma teoria de igualdade geral, o autor propõe uma discussão prática sobre a justiça e o alto custo da saúde.<sup>v</sup>

Inicialmente Dworkin descreve a apologia a uma justiça ideal na medicina que é feita há milênios pelos médicos, que denomina de princípio do resgate. Esse princípio tem duas partes vinculadas. Uma que afirma que a vida e a saúde são os bens mais importantes e todo o resto tem menor importância e deve ser sacrificado em favor desses dois bens; outra, que a assistência médica deve ser distribuída com equidade, não negando a assistência médica, mesmo em uma sociedade onde a riqueza seja muito desigual. Afirma o autor que embora compreensivos e até mesmo nobre seus ideais, o princípio do resgate é quase totalmente irrelevante para uma discussão sobre o sistema de saúde mais ideal e possível de ser implementado.

Essa irrelevância vem à tona quando analisada a resposta sobre a pergunta de quanto um país deve gastar em assistência médica para seus cidadãos. Pelo princípio do resgate, deve ser gasto tudo o que for possível

(...) até que não seja mais possível pagar nenhuma melhora na saúde ou na expectativa de vida. Nenhuma sociedade sadia tentaria alcançar esse padrão, da mesma forma que uma pessoa sadia também não organizaria a própria vida segundo tal princípio.<sup>10:p.79</sup>

Da análise feita, não resta dúvida que é economicamente impossível uma prestação universal à saúde de forma absoluta. Ou seja, não é possível, nem de forma particular, nem pelo sistema público de saúde, conforme determina a Constituição Brasileira, a assistência à saúde a todas as pessoas (universalidade de atendimento), considerando o atendimento pessoal, total e irrestrito utilizando todas as

possibilidades científicas e tecnológicas a disposição, independente do custo individual (direito absoluto).

Se forem considerados todos os avanços científicos e tecnológicos dos últimos anos, o que resulta em novos meios de diagnósticos e de tratamentos, inimagináveis há poucos anos atrás,<sup>vi</sup> todos de altíssimo custo, e se for considerado que determinado número de pessoas necessita desses novos e avançados tratamentos curativos e outros ainda pretendam submeter-se a tratamentos preventivos igualmente novos e avançados e, portanto, extremamente caros, e que tais necessidades e pretensões teriam que ser disponibilizados de forma integral e absoluta aos necessitados e pretendentes, teria-se um custo extremamente alto ao sistema de saúde, que certamente o impossibilitaria de suportar.

É de lembrar-se que o princípio da universalidade, consagrado na Constituição Brasileira, pretende uma distribuição de assistência médica com equidade entre todos os que a necessitam e a buscam independente das condições materiais ou de vida, principalmente por ser um serviço primordialmente público, conforme pactuado constitucionalmente.

Como alternativa ao princípio do resgate, Dworkin propõe um ideal de justiça mais satisfatória na assistência à saúde, a qual denomina de “seguro prudente”. Essa proposta tem como requisito essencial a sua concepção a partir da teoria de igualdade geral, bem como a fórmula a partir da premissa de que não haveria nenhuma assistência médica prestada pelo Estado, por mínima que fosse, e seria toda adquirida de um “mercado livre e não subsidiado”, considerando a igualdade, de recursos, entre todos os indivíduos.

Partindo dessas condições pré-estabelecidas, entende o autor que dificilmente alguém, ou muito poucos, sacrificaria suas boas condições de vida em troca da utilização da maior parte de seus recursos para o pagamento de um plano de saúde que lhe garantiria assistência e tratamento à saúde de forma plena e com recursos da mais avançada ciência e tecnologia, caso algum dia, incerto e talvez impossível, viesse a precisar. Na maior parte dos casos, o que a

<sup>v</sup> É necessário observar que Dworkin faz uma análise prática da justiça e o alto custo da saúde na realidade dos Estados Unidos que é muito diferente da realidade brasileira. A iniciar pelo fato da esmagadora maioria da assistência à saúde seja prestada por planos de saúde particulares, pagos diretamente pelos “consumidores”, não sendo, portanto, um serviço prestado de forma universal pelo Estado, como no caso do sistema brasileiro.

<sup>vi</sup> Dworkin lembra nesse aspecto, que grande parte desses exames, diagnósticos, tratamentos e transplantes, tem suas realizações questionadas, por muitos políticos e alguns médicos, no sentido de que parte das novas tecnologias é “desnecessária” ou “desperdício” considerando seu alto custo comparado com os resultados raramente positivos e compensadores, ou seja, benefícios limitados demais para justificar o custo.

maioria das pessoas acharia prudente, as decisões seriam no sentido da aquisição de planos de saúde que lhes cobrissem os tratamentos médicos comuns, hospitalizações quando necessárias, tratamentos pré-natais e pediátricos e exames gerais regulares, bem como alguns tratamentos preventivos. Portanto, dentro de uma racionalidade entre uma assistência médica razoável e um custo que não comprometesse as demais boas condições de vida, bem sucedida e agradável.

A questão parece residir, portanto, na equação do problema de gastos de um país em seu sistema de assistência à saúde, e qual o número, ou percentual, de cidadãos que esse sistema deve atingir considerando os recursos disponíveis. Ainda, considerando a disposição de determinado recurso para a cobertura do custo do sistema de saúde, como atender, por um lado, a pretensão de utilização de um direito à saúde de forma integral e absoluta (considerando todos os avanços e possibilidades científicas e tecnológicas de tratamentos curativos e preventivos, e seu alto custo), e por outro lado, atender a necessidade de distribuição de assistência médica com equidade e de forma universal.

Definida a questão do orçamento disponível, que sempre será aquém das necessidades, resta definir a abrangência da assistência à saúde que se pretende prestar. Caso a abrangência deva ser universal, conforme estabelece a Constituição Brasileira, outra questão a ser equacionada é referente aos valores que podem ser gastos com a assistência a uma única pessoa, considerando determinada necessidade, na busca do seu direito à saúde de forma integral e absoluta.

Nesse caso, a primeira questão a ser colocada é que o direito à saúde e a assistência, embora fundamental, não é absoluto, ou seja, não haverá condições de empreender todas as possibilidades tecnológicas e científicas na busca de soluções para aquela determinada necessidade, seja de forma curativa ou preventiva. Porém qual é o limite?

O limite deve ser matemático (financeiro orçamentário), mas como se faz isso? Inicialmente é necessário ter claro que há dois objetivos a serem alcançados: *primeiro* a universalidade da prestação essencial, que diz respeito à essencialidade, compreendida pelas prestações assistenciais que compõe o mínimo existencial - atenção apropriada à saúde<sup>vii</sup>, que se não atendidos podem colocar o

indivíduo e, considerando a universalidade, um grande número de indivíduos, em risco de sofrer danos graves; *segundo* a maior otimização e excepcionalidade, no sentido da melhor saúde e de qualidade de vida possível, e da maior distância progressiva da essencialidade - das prestações atendentes ao mínimo existencial - bem como, o progressivo aumento de custo dessa prestação excepcional, chegando a um limite extremo de um tratamento caríssimo e/ou de menores chances de obtenção de sucesso, possível.

Propõe-se como alternativa a estruturação da verificação de possibilidade de determinada prestação assistencial à saúde, uma espécie de “pirâmide de abrangência” da seguinte forma: a base da pirâmide (sentido horizontal) formada pela garantia da “essencialidade universal”, ou seja, antes de qualquer outra análise, deve ter-se garantido a prestação essencial à saúde de forma universal; o topo da pirâmide (sentido vertical) formada pelo máximo da “excepcionalidade individual” possível, sem comprometer a garantia da essencialidade universal. Assim, a pirâmide de abrangência terá a sua base da largura suficiente para garantir a essencialidade universal, já o seu topo será da altura máxima possível para atender a excepcionalidade individual, considerando a altura máxima possível, como o limite alcançável, desde que não comprometa sua largura (a essencialidade universal).

É claro que para a verificação do limite vertical (da excepcionalidade individual) é necessária a consideração de que tal limite deve ser assegurado a todos que estão ou que possam vir a estar em situação similar. A verificação do limite da excepcionalidade individual (vertical) deve ser acompanhada constantemente, pois pode e certamente sofrerá variação (estando garantida a prestação da essencialidade universal) para mais e para menos, considerando a possibilidade de variação orçamentária e a descoberta de novas doenças e novas curas, bem como, os constantes avanços científicos e tecnológicos, que fazem com que o próprio custo dos tratamentos possa variar constantemente.

Assim, numa verificação de atendimento à determinada necessidade, quanto maior o grau de essencialidade da prestação, maior deve ser a razão para ela não ser atendida; por outro lado, quando maior o grau de excepcionalidade da prestação, maior deve ser a razão para ela ser atendida. Tendo que, necessariamente, na consideração da excepcionalidade, ter um limite máximo, definido (pactuado) como intransponível.

<sup>vii</sup> Considerando os limites e objetivos do presente trabalho não serão apresentados melhores análises sobre esses conceitos e conteúdos.

Indiferente da discussão acerca da independência, da competência e dos limites de cada um dos poderes públicos instituídos, ou seja, sobre a competência do Executivo e do Legislativo de estabelecerem os limites do orçamento a ser gasto com saúde; da competência do Executivo na execução e realização das políticas públicas de saúde, no limites do seu orçamento; ou na competência do Judiciário de fiscalização e controle das razões dos atos dos outros poderes, ou de determinação de realização de determinado ato que entenda estar sendo ilegalmente descumprido (como a prestação de determinado atendimento a uma necessidade concreta na área da saúde), a questão fundamental, deve estar centrada no entendimento da concreticidade, conforme Amaral<sup>11:p.39</sup> afirma,

(...) a justiça do caso concreto deve ser sempre aquela que possa ser assegurada a todos que estão ou que possam vir a estar em situação similar, sob pena de quebrar-se a isonomia.

Assim, cabe sim ao judiciário cumprir seu papel de controle e fiscalização, tanto dos atos dos demais poderes (principalmente do executivo em relação ao assunto da presente análise), como das razões e motivações dos mesmos, é também sua incumbência, quando necessário, determinar a iniciativa de atos específicos que deveriam ter sido tomados pelos demais poderes e não o foram por omissão ou outras motivações, porém, tudo isso nos limites orçamentários e financeiros e dentro do critério de isonomia pactuado pela sociedade.

Portanto, havendo tal pactuação, de forma clara, transparente e mais democrática possível, e havendo um eficaz controle social, com a participação de representantes dos poderes e órgãos públicos instituídos e afins, e de uma ampla representação social, não haverá espaço para omissões ou exageros (benevolentes) dos poderes executivo e legislativo por um lado; nem decisionismos discricionários e arbitrários do poder judiciário por outro.

A sociedade, na pretensão e na necessidade de manter o pacto social firmado e consubstanciado na Constituição Federal, que deve ser respeitada, praticada e efetivada, sob pena de um rompimento do pacto, de uma quebra da institucionalidade e da instalação da barbárie, há de encontrar formas e mecanismos para tornar possível, viável e equânime a prestação universal e eficaz da assistência à saúde, como um dos direitos fundamentais estabelecidos, dando, dessa forma, efetividade a Constituição e,

consequentemente, condições de vida digna à universalidade dos cidadãos.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Brasileira não pode mais ser interpretada nos limites da dogmática jurídica tradicional. É necessário que seus intérpretes assumam uma posição que supere o paradigma liberal-individualista de Direito, frente ao novo paradigma hermenêutico trazido pela viragem linguística. A hermenêutica jurídica é existência, faticidade. O Direito e os fatos sociais não estão mais separados do intérprete. Diante desse novo paradigma hermenêutico, o Direito deve assumir seu papel frente o Estado Democrático de Direito, visando a efetivação das promessas não cumpridas e a superação da dívida social histórica que o pacto constitucional comprometeu-se em resgatar, superando, dessa forma, a baixa efetividade constitucional.

Assim, em um Estado Democrático de Direito, o Direito precisa ser compreendido como instrumento de transformação social, possibilitando, dessa forma, a efetiva concretização prática das transformações sociais necessárias e respaldadas por um Estado que precisa ser intervencionista, agente e protagonista da efetivação plena de um constitucionalismo comprometido com a superação das mazelas sociais e com o devido resgate da dignidade da pessoa humana.

Em relação aos direitos fundamentais, não é possível sustentar-se a cisão proposta e praticada, pois sem a concretização dos direitos sociais, é inútil pretender a integral implantação dos direitos civis e políticos, nem mesmo é possível pretender-se um Estado Democrático, sem o cumprimento dos compromissos dos direitos sociais. Também é necessária a superação do discurso da utopia constitucional primando por tornar realidade o seu conteúdo comprometido com a igualdade e a justiça social.

Dessa forma, o direito à saúde tem sido um dos temas primordiais quando se discute a efetividade dos direitos fundamentais no Brasil. A Constituição Brasileira estabeleceu que a saúde como um dos direitos fundamentais, é direito de todos e dever do Estado. Em que pese a divisão doutrinária e jurisprudencial e a limitação de recursos, o Poder Judiciário tem eventualmente determinado o cumprimento do que entende ser direito subjetivo do cidadão desconsiderando, para isso, o alto custo que tal ato pode causar ao orçamento público, o que é

entendido, por outro lado, como prejuízo à execução de programas de políticas públicas gerais à população.

De qualquer forma, não é possível manter-se o descumprimento desses compromissos sociais históricos e constitucionalmente resgatados pelo pacto social, sob a argumentação de que ou a eficácia das normas constitucionais é muito reduzida, ou seu cumprimento torna-se impossibilitado pela falta de recursos financeiros e orçamentários. O princípio da universalidade, consagrado na Constituição Brasileira, pretende uma distribuição de assistência médica com equidade entre todos os que necessitam, independente das condições materiais de vida daqueles que buscam assistência, principalmente por se tratar de um serviço primordialmente público, resultado do pacto constitucional realizado.

Dessa forma, deve ser cumprido, em *primeiro* lugar a universalidade da prestação essencial; em *segundo* a maior otimização e excepcionalidade (conforme acima delimitado). Objetivando dar condições de efetividade a esse compromisso ousou-se apresentar uma estruturação da verificação de possibilidade da prestação assistencial à saúde, uma espécie de “pirâmide de abrangência”, com priorização da *garantia* da prestação da “essencialidade universal”, e na proporção da *possibilidade* a prestação da “excepcionalidade individual”, essa, sempre, sem comprometer a garantia da essencialidade universal.

Porém, qualquer alternativa só se tornará viável e efetiva havendo uma pactuação de forma clara, transparente e mais democrática possível, com ampla participação e controle social, pois, na pretensão e na necessidade de manter o pacto social firmado e consubstanciado na Constituição Federal, que deve ser respeitada, praticada e efetivada, sob pena de um rompimento do pacto, de uma quebra da institucionalidade e da instalação da barbárie, há de se encontrar formas e mecanismos para tornar possível, viável e equânime a prestação universal e eficaz da assistência à saúde, como um dos direitos fundamentais estabelecidos, e dar efetividade à Constituição Federal e condições de vida digna à universalidade dos cidadãos.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Bonavides P. Teoria do Estado. São Paulo: Malheiros Ed. BRASIL; 2007.
2. Cançado Trindade AA. Dilemas e desafios da Proteção Internacional dos Direitos Humanos no Limiar do século XXI. Rev Bras Polít Int 1997, 40(1):167-177
3. Bobbio N. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

4. González RS. Políticas de promoção aos direitos humanos no Brasil: desconstituições e desafios. In: Streck LL, Morais JLB. Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Programa de Pós-Graduação em Direito: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, 2007.
5. Streck LL. Constituição ou barbárie? – A Lei como possibilidade emancipatória a partir do Estado Democrático de Direito. Disponível em: [http://leniostreck.com.br/index.php?option=com\\_docman&task=cat\\_view&gid=25&dir=DESC&order=date&Itemid=40&limit=10&limitstart=10](http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=25&dir=DESC&order=date&Itemid=40&limit=10&limitstart=10) Acesso em: 01/12/2010.
6. Habermas J. Texto da conferência pronunciada no Parlamento espanhol, no dia 26 de novembro de 1984. Traduzido da Revista de/as Cortes Generales, n 3, Tecer Cuadrimestre, Madrid, 1984, por Marilena Vianna e publicado no Brasil em Presença 1987, 09:140-155.
7. Pinto LMSC. Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.
8. Steck La jurisdicción constitucional y las posibilidades de concretización de los derechos fundamentales-sociales. Disponível em: [http://leniostreck.com.br/index.php?option=com\\_docman&Itemid=40](http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40) Acesso em: 01/12/2010.
9. Brasil. Constituição Nacional Brasileira. Brasília: Editora do Senado, 1988.
10. Dworkin R. A Virtude Soberana – A teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
11. Amaral G. Direito, Escassez e Escolha. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.