



## O DIREITO À SAÚDE E A ANÁLISE ORÇAMENTÁRIA DO DIREITO: UM ENFOQUE SOBRE A EMERGÊNCIA DE NOVOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELA SOCIEDADE INFORMACIONAL

### HEALTH LAW AND BUDGETARY ANALYSIS OF LAW: A FOCUS ON THE EMERGENCY OF NEW FUNDAMENTAL RIGHTS BY THE INFORMATION SOCIETY

Ana Paula de Oliveira Pause <sup>1</sup>

#### RESUMO

O trabalho tem como foco a problemática do acesso ao direito social saúde, em virtude dos seus aspectos orçamentários existentes no mercado de consumo, bem como na esfera jurídica, pela sociedade informacional. Busca compreender os limites do Estado sobre a efetividade dos direitos prestacionais sociais. O tema é atual e pertinente, pois, a demanda judicial tem crescido significativamente em busca da efetivação dos direitos sociais e os limites que o Estado está sujeito, situação esta que tem inviabilizado o exercício pleno da cidadania. O trabalho tem como objetivo específico o estudo e a análise da origem do Estado, sua formação e evolução, em virtude da positivação dos direitos fundamentais, até o modelo adotado pela Constituição Federal em vigor. Buscou-se demonstrar que o não acesso de todos os cidadãos à saúde, caracteriza uma crise do Estado fiscal, onde se observa ausência de recursos financeiros e políticas públicas, o que estaria atentando ao princípio da dignidade da pessoa humana, já que é uma garantia prevista a totalidade da população. Para o desenvolvimento da presente produção foi usado como método de abordagem o método dedutivo, e como método de procedimento o dissertativo. A técnica de pesquisa constou do instrumental bibliográfico e documental. Diante do estudo realizado, foi possível concluir que, por ser a saúde um direito dos cidadãos, e sua garantia, juntamente com direitos desta natureza, se vincular à dignidade da pessoa humana, o que impede o retrocesso, os direitos sociais correspondem à conquista do respeito ao patrimônio individual e coletivo.

Palavras-chave: Acessp. Direito. Informação. Saúde.

#### ABSTRACT

The paper focuses on the problem of access to the social health right, due to its existing budget aspects in the consumer market, as well as in the legal sphere, by the information society. It seeks to understand the limits of the state on the effectiveness of social benefits rights. The theme is current and pertinent, because the judicial demand has grown significantly in search of the realization of social rights and the limits that the state is subject to, a situation that has made the full exercise of citizenship impossible. The work has as its specific objective the study and analysis of the origin of the State, its formation and evolution, due to the positivation of fundamental rights, until the model adopted by the Federal Constitution in force. It was sought to demonstrate that the non-access of all citizens to health, characterizes a fiscal state crisis, where there is a lack of financial resources and public policies, which would be paying attention to the principle of human dignity, since it is a guarantee the entire population is expected. For the development of the

<sup>1</sup> Possui graduação em Direito pelo Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo - IESA (2010). Doutoranda em Direito, como aluna especial, pela URI, campus de Santo Ângelo/RS. E-mail: [anapaulapause@gmail.com](mailto:anapaulapause@gmail.com).



present production, the deductive method was used as approach method and the dissertative procedure method. The research technique consisted of bibliographic and documentary instruments. Given the study, it was concluded that, because health is a right of citizens, and its guarantee, along with rights of this nature, is linked to the dignity of the human person, which prevents the regression, social rights correspond to the achievement of respect for individual and collective assets.

Keywords: Law. Health. Access. Information.

## INTRODUÇÃO

Esta pesquisa tem como proposta analisar se os aspectos quanto a garantia de efetividade dos direitos fundamentais, restrições legais, proibição de retrocesso, reserva do possível, mínimo existencial, escassez de recursos, custos dos direitos sociais, políticas públicas e judicialização dos direitos sociais estão sendo observados, devido sua prescrição na Constituição Federal.

Sendo assim, os direitos prestacionais sociais, previstos em nossa Carta Magna, são definidos também como aqueles que tem como objetivo assegurar as condições materiais mínimas para que aconteça seu efetivo exercício, por parte dos cidadãos. Estes estão inclinados em exigir do Estado intervenção que seja mais ativa na ordem social, o que vai assegurar os critérios de uma justiça digna, considerando o princípio da igualdade.

Foi usado como método de abordagem o método dedutivo, e como método de procedimento o dissertativo. A técnica de pesquisa constou do instrumental bibliográfico e documental.

### **1 O DIREITO À SAÚDE E A ANÁLISE ORÇAMENTÁRIA DO DIREITO: UM ENFOQUE SOBRE A EMERGÊNCIA DE NOVOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELA SOCIEDADE INFORMACIONAL**

A partir da análise da concepção, evolução e os modelos de Estado, identificamos o Estado Democrático de Direito, modelo adotado pelo Brasil, através da Constituição Federal de 1988.



Observou-se o desenvolvimento dos direitos fundamentais, os quais culminaram com os direitos prestacionais sociais, dando ênfase aqui a proteção do direito à saúde.

Em síntese, a transformação do conceito de Estado de Direito implicou a assunção de um novo feitiço para Estado e Direito. Portanto, essa adjetivação teve como objetivo a correção do individualismo liberal através das garantias coletivas.

Nessa senda, o Estado tem o poder e o dever de sistematizar a forma como devem ser observados os princípios constitucionais a fim de garantir o direito à saúde. É certo que o ente público tem obrigação de obedecer ao princípio da legalidade e respeitar a previsão orçamentária, mas é imprescindível, também, que as atividades estatais estejam vinculadas ao princípio da dignidade da pessoa humana, buscando soluções e condutas no sentido de efetivar e proteger a dignidade do indivíduo e da sociedade em geral.

Neste diapasão, verificamos que análise econômica do direito é uma “corrente acadêmica, nascida nos Estados Unidos, concebida originalmente como uma vertente das escolas liberais, cujos enunciados visualizam o direito como um sistema que aloca incentivos e responsabilidades dentro de um poder econômico, podendo e devendo ser analisado sob uma óptica de critérios econômicos, entre eles a eficiência”<sup>2</sup>.

Segundo Rachel Sztajn, a análise econômica do direito é uma escola de pensamento que busca, para compreender e explicar efeitos de normas jurídicas, uma base de apoio pautada em modelos e premissas desenvolvidos por economistas, constituindo uma técnica inovadora de avaliação da eficácia das normas<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Conceito retirado da obra de PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. Direito, economia e mercados. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 83-84. In: JUNIOR, RAIMUNDO FRUTUOSO DE OLIVEIRA. Aplicações da Análise Econômica do Direito. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3155.pdf>>.

<sup>3</sup> SZTAJN, Rachel. Direito e economia. Revista de Direito Mercantil, 144, outubro/dezembro de 2006, p. 221.



Diante dessas considerações, Alexandre Morais da Rosa e José Manuel Aroso Linhares, sobre a análise econômica do direito salientam que

A Constituição da República do Brasil, anota Miranda Coutinho seguindo a indicação de Hayek, procedeu a um câmbio epistemológico, abandonando a relação causa-efeito para engolir a “eficiência” como parâmetro de atuação, erigida até a princípio constitucional (CR/88, art. 37, caput). Essa busca ou melhor, compulsão por eficiência, faz com que exista a pretensão a melhoria na qualidade (total) dos processos em nome do consumidor, transformando os tribunais em objeto de “ISO”, “5 ss” e outros mecanismos articulados para dar rapidez às demandas. Anote-se que a “Reforma do Judiciário” foi perigosamente na linha consumidor-eficiência, manipulando-se a “Good Governance” É que confundindo efetividade (fins) com eficiência (meios), grudando falsamente os significantes como sinônimos, na ânsia de melhorar a realidade, muitos atores jurídicos caem na armadilha do discurso neoliberal, ao preço da exclusão (sempre existem vítimas, ecoa Dussel) e da Democracia, por se vilipendiar, necessariamente, os Direitos então Fundamentais e rebaixados à condição de meros Direitos Patrimoniais (Ferrajoli). Apesar do fascínio ofuscante do discurso efficientista, muito por anestesiarem os crédulos de sempre, não se pode, entretanto, romper com “as regras do jogo democrático” em nome da rapidez/eficiência (aceleração), a qual não deve ser confundida com efetividade<sup>4</sup>.

Nesse sentido, fica claro que a análise econômica do direito mostra uma incompatibilidade com o nosso ordenamento jurídico quanto à prestação de direitos fundamentais, pois, esses direitos foram consagrados na ordem jurídica pátria, extrapolando os limites do Título II, que compreende o intervalo entre os arts. 5º e 12 de nossa constituição, conforme salienta Ingo Sarlet, possuindo um leque extenso resultante, não apenas decorrente da cláusula de abertura contida no art. 5º, parágrafo 2º de nossa Carta Magna, mas também da chancela decorrente dos princípios e regimes consagrados constitucionalmente<sup>5</sup>

Portanto, Forgioni ressalta que a utilização dessa análise para prescrever o conteúdo das normas e consagrar o valor máximo do ordenamento jurídico, com fulcro na teoria econômica, deve ser deixada de lado por violar princípios

<sup>4</sup> MORAIS, José Luis Bolzan; SCHWARTZ, Germano; SOBRINHO, Liton Lanes Pilau. Análise jurídico-constitucional do direito à saúde. In: Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos. Tomo 2. LEAL, Rogério Gesta; ARAÚJO, Luiz E. B. (orgs). Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2003, p. 640.

<sup>5</sup> SARLET, Ingo. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. Ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012.



fundamentais como a dignidade da pessoa humana que foram elevados a um status de supremacia dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Uma visão desprovida de conteúdo ético e baseada somente na lógica do mercado podem até ser interessante e eficiente sob o prisma econômico, como uma lei que institua a compra e venda lícita de bebês, contudo é totalmente incompatível com os valores e princípios sedimentados no nosso texto constitucional<sup>6</sup>.

Queremos frisar que uma das grandes contribuições da análise econômica do direito talvez esteja na implementação de políticas públicas e na introdução de ferramentas de controle que propiciem uma racionalização dos gastos governamentais, área que apresenta um campo fértil de pesquisa para que possamos propor soluções voltadas para formulação de políticas capazes de trazer excelentes resultados para sociedade em termos práticos<sup>7</sup>.

Por fim, o instrumental deve ser visto numa relação de complementariedade e não de sobreposição com os atuais institutos jurídicos. Vejamos, nesse sentido, o entendimento de Paula Forgionni:

Em conclusão, o operador do direito, ao se deparar com a AED e com seus postulados, não pode ser movido nem pela paranóia, nem pela mistificação: a relação entre o método jus econômico deve ser de complementariedade e não de substituição ou oposição. Na ausência da correta compreensão da AED, de duas, uma: ou será desprezado instrumental apto a dar consecução aos princípios de nosso ordenamento jurídico, ou - o que é pior - a AED será tomada como remédio apto a solucionar todos os males, reduzindo o papel do Direito à simples reafirmação e legitimação dos determinismos econômicos.

Assim, quanto ao exercício dos direitos fundamentais prestacionais sociais e o contraponto dos limites do Estado, devemos vislumbrar algumas questões sobre o tema. Abordaremos os conflitos que se instalam entre a cidadania, que busca efetivação de direitos, e o dever do Estado de viabilizar essas conquistas.

<sup>6</sup> FORGIONI, 2005, p.254/255

<sup>7</sup> JUNIOR, Raimundo Frutuoso de Oliveira. **Aplicações da análise econômica do direito**. Disponível em: <http://150.162.138.7/documents/download/418;jsessionid=7CB60FE60207D056E2AE342A1B716D9C> . Acesso em: 15 jun. 2015.



Paulo e Alexandrino discutem as restrições legais quanto aos direitos fundamentais. Os autores relatam que a Constituição Federal de 1988, em momento algum, estabeleceu que direitos e garantias tivessem caráter absoluto, não estando impedidas restrições aos direitos a serem formuladas pelos órgãos estatais:

Neste sentido a doutrina e a jurisprudência têm enfatizado que os direitos e garantias fundamentais expõem-se a restrições autorizadas, expressas ou implicitamente, pelo texto da própria Constituição, já que não podem servir como manto para acobertar abusos do indivíduo em prejuízo à ordem pública. Assim, normas infraconstitucionais - lei, medida provisória e outras - podem impor restrições ao exercício de direito fundamental consagrado na Constituição<sup>8</sup>.

Sarlet<sup>9</sup>, defende o posicionamento de que os direitos sociais integram as normas definidoras dos direitos fundamentais, e que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Entende que os Direitos Fundamentais estão interligados e que por serem sociais não deixam de ser individuais. Ao referir-se à eficácia dos direitos sociais na sua dimensão prestacional como problema específico, conclui:

A exemplo das demais normas constitucionais e independentemente de sua forma de positivação, os direitos fundamentais prestacionais, por menor que seja sua densidade normativa ao nível da Constituição, sempre estarão aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos, sendo, na medida desta aptidão, diretamente aplicáveis, aplicando-se-lhes (com muito mais razão)

<sup>8</sup> PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. Direito constitucional descomplicado. 7. Ed. São Paulo: Editora Método, 2011.

<sup>9</sup> Para Sarlet, a doutrina pátria, ainda não chegou a um consenso sobre a aplicabilidade direta e plena eficácia das normas definidoras dos direitos fundamentais, em especial em relação aos direitos sociais, passando a integrar um dos temas mais polêmicos do direito constitucional contemporâneo. A discussão suscitada diz respeito também sobre a abrangência dos direitos fundamentais, se atinge os direitos fundamentais previstos no Catálogo ou também os previstos fora do Catálogo. Ressalta que há os que entendem dever ser aplicada interpretação restritiva, já que o constituinte disse mais do que pretendia, posição que segundo Sarlet não se sustenta. Destaca o autor que a toda a evidência a Constituição não estabeleceu distinção desta natureza entre direitos de liberdade e os direitos sociais, estando todas as categorias de direitos fundamentais sujeitas ao mesmo regime jurídico. Concluindo, Sarlet afirma que por tais razões, há como sustentar, a exemplo do que tem ocorrido na doutrina, a aplicabilidade imediata, por força do artigo 5º, § 1º, de nossa Lei Fundamental de todos os direitos fundamentais constantes do Catálogo (artigos 5º a 17), bem como dos localizados em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais (SARLET, 2012, p. 263).



a regra geral, já referido, no sentido de que inexistente norma constitucional destituída de eficácia e aplicabilidade.

Os direitos sociais correspondem então à conquista do respeito ao patrimônio individual, o que tornou a saúde um direito exequível.

Portanto, ratifica-se que a saúde é um direito garantido à todos, independente de sua raça, sexo, credo, origem, bem como outros possíveis discrimenes fáticos ou jurídicos, onde é um dever do Estado, compreendido como Poder Público, independente de seu fracionamento federativo ou organizacional<sup>10</sup>.

Os direitos fundamentais não são absolutos, conforme explica Freitas. Nesse sentido, este caráter não absoluto importa afirmar serem os direitos fundamentais limitados tanto quanto as situações fato que englobam, quanto sobre o alcance da proteção que deferem em sua previsão normativa. Não serem absolutos significa serem passíveis de virem a ser submetidos a restrições que serão tidas e havidas como validamente estabelecidas se e quando observados determinados critérios<sup>11</sup>.

Conforme a manifestação de Canotilho<sup>12</sup>, a tarefa inicialmente necessária para a adequada compreensão do tema dos limites dos direitos fundamentais é a busca da identificação do âmbito de proteção da norma jusfundamental, o que se faz a partir da análise estrutural do enunciado semântico em que vazada, a fim de que se determine quais as situações de fato ou hipóteses fáticas protegidas - limites de conteúdo - e qual a extensão de tal proteção - limites jurídicos. O passo

<sup>10</sup> NUNES, Antônio José Avelãs Nunes e SCAFF, Fernando Facury. Os Tribunais e o Direito à Saúde. 1. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

<sup>11</sup> FREITAS, Luiz Fernando Calil de Freitas. Direitos Fundamentais limites e restrições. 1. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

<sup>12</sup> Para CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 348-9, a fundamentalidade, com arrimo na doutrina de ALEXY, identifica-se com a especial dignidade de proteção dos direitos num(a) sentido formal, eis que as normas jusfundamentais têm status constitucional e, como tal, são hierarquicamente superiores, submetidas a procedimentos de alteração mais complexos em relação aos do direito ordinário, constituem-se em limites materiais (cláusulas pétreas) ao poder de revisão constitucional e, ainda, enquanto direito objetivo vinculante dos poderes públicos, e, num (b) sentido material, em razão de que constituem os direitos fundamentais, em sua denominada dimensão objetiva aquilo que o constitucionalista português denomina estruturas básicas do Estado e da sociedade, sendo esse o elemento que dá sentido de unidade ao sistema dos direitos fundamentais e permite que aos já existentes se possam agregar outros dentre os quais se identifique o peculiar significado tanto para o Estado, quanto para a ordem jurídica nele vigente. ALEXY, Robert. Op. cit., p. 506, assevera que com a tese da fundamentalidade formal e material se afirma que as normas jusfundamentais desempenham um papel central no sistema jurídico.



seguinte é a verificação da existência de restrição estabelecida diretamente por normas constitucionais - restrição constitucional expressa - ou se a interpretação sistemática da constituição resulta em autorizar restrições - limites imanentes -, ou, ainda, se a constituição reserva ao legislador infraconstitucional - reserva de lei -, autorização para efetuar restrições de cunho econômico.

Assim, para identificarmos a realidade em torno do exercício dos direitos fundamentais sociais, serão abordadas, questões relacionadas à eficácia dos direitos prestacionais sociais, que trata de tentativas de obstáculos ao exercício de direitos fundamentais sociais garantidos pela Constituição de 1988, através de atos do Poder Executivo ou Leis.

### **1.1 A LEITURA ECONÔMICA DO DIREITO ATRAVÉS DE UMA SOCIEDADE INFORMACIONAL**

No decorrer de nossa vida, todas as atitudes que tomamos e as ações que fizemos são baseadas em princípios, princípios estes que nos foram passados de geração em geração ou que optamos em seguir em determinado momento. Norteamos nossa vida com base neles, nos relacionamos, e vivemos de acordo com eles.

Eis que surge o momento em que somos obrigados a escolher ou optar por algo que pode nos salvar ou não, nos manter vivos, ou, ainda, nos deixar sequelas. E, nessa situação, o Estado pode interferir.

Com isso, pretende-se buscar soluções a esses conflitos tão frequentes, sem ferir a dignidade das pessoas e ao mesmo tempo garantindo-lhes os direitos propostos em nossa Carta Magna.

Nesse sentido, observa-se que não existem direitos sem custos para sua efetivação. Todo e qualquer direito, fundamental ou não, tem custos.

Sob a ótica de Nunes e Scaff, de modo imediato, podemos afirmar que alguns direitos não possuem custos. Porém, um segundo olhar sobre a matéria, concretiza tal situação. Vejamos:



Poder-se-ia imaginar que alguns direitos de liberdade, tais como o de ir e vir, o de liberdade de expressão ou de liberdade religiosa seriam direitos sem custo, mas um segundo olhar sobre os mesmos indicará ser falsa esta suposição, pois pelo menos é necessária a manutenção de um aparato institucional para sua defesa e manutenção. Mesmo o pregador religioso que sobe em um caixote e discursa no meio de uma praça pública requer um mínimo de custos para o Poder Público, ao necessitar de recursos para protegê-lo e para habitabilidade (limpeza e manutenção mínimas) daquele logradouro<sup>13</sup>.

Os autores salientam ainda que a manutenção do aparelho judiciário e do sistema de segurança pública, dentre outros meios necessários para a implementação das leis civis, possuem custo muito elevado, precisando de financiamento através de um sistema tributário mais ágil. Então, não são somente os direitos de 2ª e 3ª dimensão que necessitam de verbas públicas para serem implementados, mas também os de 1º. Os de 1ª dimensão são fornecidos indistintamente, para toda a sociedade, os de 2ª dimensão podem e devem ser direcionados aos grupos que estão mais fragilizados na sociedade (saúde e normas de adaptabilidade aos portadores de necessidades especiais, por exemplo).

Por outro lado, há quem pense que esses custos deveriam ser suportados pelas pessoas que efetivamente utilizem

os serviços públicos disponibilizados, o que afastaria seu custeio dos ombros de toda a sociedade. Assim, os hospitais públicos e todo o sistema de saúde seriam custeados apenas por quem usasse tais serviços, o que reduziria sobremaneira o peso tributário sobre toda a sociedade, colocando-o apenas sobre aquelas pessoas que usassem os serviços<sup>14</sup>.

Nesse particular, Estevan<sup>15</sup> refuta este tipo de argumento, pois, de acordo com sua afirmação, o custo dos direitos fundamentais deve ser financiado por toda a sociedade, através de um sistema tributário que suporte estas despesas.

<sup>13</sup> NUNES, Antônio José Avelãs Nunes e SCAFF, Fernando Facury. Os Tribunais e o Direito à Saúde. 1. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

<sup>14</sup> NUNES, Antônio José Avelãs Nunes e SCAFF, Fernando Facury. Os Tribunais e o Direito à Saúde. 1. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

<sup>15</sup> Juan Manuel Barquero Estevan. La Función del tributo em el Estado Social y Democrático de Derecho. Madrid. CEPC, 2002.



Lima<sup>16</sup> analisa o direito à saúde e seus critérios de aplicação, declarando que:

De uma situação em que se propugnava que o Estado não tinha qualquer dever de oferecer prestações materiais a indivíduos que o demandassem, se passou a uma situação em que qualquer indivíduo tem o direito a qualquer prestação do Estado, sob o argumento exclusivo de que o direito à saúde, assegurado na Constituição Federal, é um direito subjetivo público a ser exercido contra o Estado, sem quaisquer outras considerações. Essa atuação transformadora do Poder Judiciário, que, como referido, teve grande mérito na concretização do direito à saúde.

Alexy informa que, mesmo os direitos sociais mínimos têm, especialmente quando são muitas as pessoas que deles necessitam, enormes efeitos financeiros, sua extensão aumenta em crises econômicas. Dessa maneira, restrições passam a ser estabelecidas, para regular a distribuição<sup>17</sup>.

Outrossim, não podemos olvidar que a Constituição brasileira não se limitou a declarar sobre o direito à saúde. Esta previu os recursos para o custeio desse direito, reconhecendo então o caráter prestacional do mesmo. Sendo assim, além de declarar os direitos, estabelece sua fonte de custeio, o que caracteriza como uma específica garantia financeira para sua efetiva prestação à sociedade<sup>18</sup>.

Diante desta garantia financeira relatada, devem existir recursos mínimos que a Carta Magna assegura aos entes federativos, permitindo que a Seguridade Social (Assistência Social, Previdência Social e Saúde Pública) seja mantida.

Nesse diapasão, observamos o que prescreve o artigo 195 da Constituição Federal, que garante os recursos financeiros mínimos para a implementação dos direitos vinculados à Seguridade Social:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

<sup>16</sup> LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIM, Luciano Benetti. (Org.). Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 247.

<sup>17</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

<sup>18</sup> NUNES, Antônio José Avelãs Nunes e SCAFF, Fernando Facury. Os Tribunais e o Direito à Saúde. 1. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.



I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;<sup>19</sup>

b) a receita ou o faturamento;<sup>20</sup>

c) o lucro;<sup>21</sup>

II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201;<sup>22</sup>

III - sobre a receita de concursos de prognósticos;<sup>23</sup>

IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar.<sup>24</sup>

Se não forem suficientes, o direito à saúde também se beneficia das fontes próprias de financiamento, como dispõe o artigo 198 de nossa Carta Magna. Vejamos:

Art. 198. § 1º O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

Observamos assim as fontes orçamentárias para o custeio dos gastos com o SUS, bem como a possibilidade de outras fontes de recursos virem a ser estabelecidas. Nos demais parágrafos<sup>25</sup> do artigo 198, verificamos a previsão de

<sup>19</sup> Estão previstas aqui as contribuições previdenciárias, parcela do empregador.

<sup>20</sup> Encontramos neste item, pelo menos, o PIS e a Cofins.

<sup>21</sup> Base Constitucional para a cobrança de CSLL.

<sup>22</sup> Contribuições previdenciárias, parcela do empregado.

<sup>23</sup> Existe uma contribuição que incide sobre o valor bruto arrecadado das loterias (concursos de prognósticos) que é revertida para a seguridade social.

<sup>24</sup> Considera a base constitucional para a cobrança de PIS e Cofins na importação de bens, independente da hipótese de incidência sobre a receita ou o faturamento das empresas, onde a previsão encontra-se no art. 195, I, “b”.

<sup>25</sup> § 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:

I - no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento);

II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios;

III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.

§ 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá:



recursos mínimos que podem ser direcionados a este tipo de gasto por cada ente federativo.

Quem paga a conta dos gastos realizados é a sociedade, através de tributos pagos diretamente na condição de contribuinte, seja indiretamente na aquisição de bens ou serviços, sobre os quais a tributação incide.

O Estado é financiado por tributos, que são pagos de forma desigual entre as pessoas - sendo aqui uma primeira possibilidade de implementar a Justiça, pois, se deve cobrar mais de quem pode pagar mais, o que nem sempre ocorre<sup>26</sup>.

Quem ganha mais paga progressivamente mais tributo, salientam os autores. Esta regra não está sendo implementada no Brasil, visto que, a despeito de vários tributos de incidência direta serem progressivos, onde é praticamente impossível estabelecer progressividade quando o sistema é fortemente calcado em tributos indiretos sobre o faturamento das empresas e a circulação de bens e serviços.

Nesse passo, o artigo 3º de nossa Constituição Federal dispõe os objetivos fundamentais de nossa República, quais sejam “construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Diante dessa prescrição, os direitos sociais alcançam além dos brasileiros, todos os habitantes do país.

Alexy posiciona-se quanto a essa determinação que, para tratar de isonomia, parte do preceito de que “todas as pessoas são iguais perante a lei” constante na Constituição Alemã e também na brasileira, e, demonstra, que, não é suficiente

I - os percentuais de que tratam os incisos II e III do § 2º;

II - os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais;

III - as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal;

<sup>26</sup> NUNES, Antônio José Avelãs Nunes e SCAFF, Fernando Facury. Os Tribunais e o Direito à Saúde. 1. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.



tratar a todos de forma absolutamente igual, pois, nestas hipóteses, se chegaria a verdadeiros absurdos, como por exemplo estabelecer que todos devem prestar serviço militar, inclusive recém-nascidos, pois todos são iguais perante a lei. Não se deve interpretar a norma desta forma. É necessário que se verifique em quais situações é possível fazer distinções<sup>27</sup>.

## CONCLUSÃO

Concluimos que não existem direitos sem custos para sua efetivação. Todo e qualquer direito, fundamental ou não, tem custos.

Em virtude desta constatação, afirmamos também que a Constituição Brasileira previu então os recursos para custeio deste direito, reconhecendo seu caráter prestacional.

Portanto, quem paga a conta é a sociedade, desses gastos realizados. Esta contribuição é feita através do pagamento direto de tributos, ou ainda, de maneira indireta na aquisição de bens ou serviços.

O papel do direito econômico, então, busca relação entre conflitos, liberdade individual e o compromisso coletivo, para transformar a realidade, mesmo contra as tendências da realidade social e econômica opressora.

Nesse diapasão, vimos que a escassez de recursos tem crescido significativamente, pois, a demanda prestacional está inversamente proporcional à disponibilidade de recursos para aquisição do que é necessário à garantia da saúde.

Sendo assim, no caso estudado diante do trabalho apresentado, percebemos que, devido à característica de universalidade, o direito à saúde deve ser garantido a toda sociedade, independente de sua classe econômica. Porém, medidas maiores de compensação devem ser tomadas, para assim, impedir uma crise do Estado social, devido à demanda judicial para prestação deste direito.

<sup>27</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.



## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- FREITAS, Luiz Fernando Calil de Freitas. **Direitos Fundamentais limites e restrições**. 1. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- MORAIS, José Luis Bolzan; SCHWARTZ, Germano; SOBRINHO, Liton Lanes Pilau. **Análise jurídico-constitucional do direito à saúde**. In: Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos. Tomo 2. LEAL, Rogério Gesta; ARAÚJO, Luiz E. B. (orgs). Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2003, p. 640.
- NUNES, Antônio José Avelãs Nunes e SCAFF, Fernando Facury. **Os Tribunais e o Direito à Saúde**. 1. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- OLIVEIRA JUNIOR, Raimundo Frutuoso de. **Aplicações da análise econômica do direito**. Disponível em: <  
<http://150.162.138.7/documents/download/418;jsessionid=7CB60FE60207D056E2AE342A1B716D9C>>. Acesso em: 15 jun. 2015.
- PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 7. Ed. São Paulo: Editora Método, 2011.
- SARLET, Ingo. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. Ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012.
- SZTAJN, Rachel. **Direito e economia**. Revista de Direito Mercantil, 144, outubro/dezembro de 2006, p. 221.