

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
CURSO DE DIREITO**

**A RELAÇÃO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS
DE SEGUNDA GERAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL DE 1988 E AS POSSIBILIDADES DE
DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO DO BRASIL**

MONOGRAFIA DE GRADUAÇÃO

Augusto Bittencourt Vieira

**Santa Maria, RS, Brasil
2014**

**A RELAÇÃO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS
DE SEGUNDA GERAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL DE 1988 E AS POSSIBILIDADES DE
DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO DO BRASIL**

por

Augusto Bittencourt Vieira

Monografia apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito parcial para obtenção do grau de **Bacharel em Direito**.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Antônio Silva Seitenfus

**Santa Maria, RS, Brasil
2014**

**Universidade Federal de Santa Maria
Centro de Ciências Sociais e Humanas
Curso de Direito**

A Comissão Examinadora, abaixo assinada, aprova a Monografia de Graduação

**A RELAÇÃO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS
DE SEGUNDA GERAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL DE 1988 E AS POSSIBILIDADES DE
DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO DO BRASIL**

elaborada por
Augusto Bittencourt Vieira

como requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito

COMISSÃO EXAMINADORA:

Prof. Dr. Ricardo Antônio Silva Seitenfus
(Presidente/Orientador)

Prof. Me. Luiz Fernando Caminha dos Santos

Prof. Dra. Daniela Dias Kühn
(Universidade Federal de Santa Maria)

Santa Maria, 25 de novembro de 2014.

“Quanto mais o estado ‘planeja’, mais difícil se torna para o indivíduo traçar seus próprios planos”.

Friedrich Augusto von Hayek

RESUMO

Monografia de Graduação
Curso de Direito
Universidade Federal de Santa Maria

A RELAÇÃO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E AS POSSIBILIDADES DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO DO BRASIL

AUTOR: AUGUSTO BITTENCOURT VIEIRA

ORIENTADOR: PROF. DR. RICARDO ANTÔNIO SILVA SEITENFUS

Data e Local da Defesa: Santa Maria, 25 de novembro de 2014.

Inspirado pelo Estado Democrático de Direito emergente após o período da ditadura militar, o constituinte de 1988 não poupou palavras benévolas ao redigir a atual Constituição Federal. O cenário político mundial, polarizado em virtude da Guerra Fria, restringia as possibilidades econômicas a apenas dois regimes; o apreço pelos direitos individuais ou a adoção de políticas sociais. A Carta Magna brasileira optou por focar neste último modelo, e, como consequência disso, o texto vigente distribui garantias, dotadas do mais nobre sentimento de filantropia, conferindo os mais variados direitos a todas as classes e a todas as pessoas, sem distinção. É o que se convencionou chamar de “Constituição Cidadã”, pela notória preocupação com as causas sociais. O artigo sexto da Carta Magna é o núcleo dos direitos fundamentais de segunda geração: “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. Entretanto, com o passar dos anos, ficou claro que não seria tão fácil colocar as disposições constitucionais em prática. O mesmo constituinte que alardeia intenções, dispensa resultados. Talvez pela rígida separação de poderes, conforme a teoria preconizada por Montesquieu; talvez pela falta de instrução política do legislador. Frente ao exposto, surgem, inevitavelmente, algumas perguntas: será que a positivização compulsória de direitos, em uma “Constituição Cidadã”, é a melhor forma de desenvolver a sociedade e a economia do país? O que é melhor para o Estado: a Constituição que delibera sobre muitos temas, ou aquela que se restringe ao fundamental? São essas as perguntas que o presente trabalho intenta responder. Conclui-se pela necessidade de flexibilização de eventuais regimes extremistas, em virtude da análise de casos práticos do cenário global. Ainda assim, fica evidente que a tendência intervencionista, inaugurada pela Constituição de 1988, não traz boas perspectivas no que se refere às possibilidades de desenvolvimento econômico do Brasil.

Palavras-chave: Constituição Federal. Direitos Sociais. Direitos Fundamentais. Desenvolvimento econômico.

ABSTRACT

Graduation Monograph
Law School
Federal University of Santa Maria

THE RELATIONSHIP BETWEEN THE SECOND-GENERATION FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE FEDERAL CONSTITUTION OF 1988 AND THE POSSIBILITIES OF ECONOMIC DEVELOPMENT FOR BRAZIL

AUTHOR: AUGUSTO BITTENCOURT VIEIRA

ADVISER: RICARDO ANTÔNIO SILVA SEITENFUS

Date and Place of the Defense: Santa Maria, November 25th, 2014.

Inspired by the rule of law emerged after the period of military dictatorship, the 1988 constituent spared no kind words to write the Federal Constitution. The political landscape was polarized due to the Cold War, so the economic possibilities were restricted to only two regimes: the defense of individual rights or the adoption of social policies. The Brazilian Constitution chose to focus on this last model, and as a result, the current text distributes warranties, endowed with the noblest sense of philanthropy, giving a large amount of rights to all classes and to all people without distinction. It is commonly called "Citizen Constitution", due to the notorious preoccupation with social causes. The sixth article of the Constitution is the fundamental core of second generation rights: "Art. 6 The social rights are education, health, food, work, housing, leisure, security, social security, protection of motherhood and childhood, and assistance to the destitute". However, over the years, it became clear that it would not be so easy to put into practice the constitutional provisions. The same constituent that boasts intentions, dispenses results. Perhaps due to the rigid separation of powers, just like the theory advocated by Montesquieu; perhaps due to the lack of political education of the legislature. Based on these, we have, inevitably, a few questions: Does the compulsory positivization of rights, as it happened in the "Citizen Constitution" is the best way to develop the society and the economy? What is best for the state: the Constitution that discusses about many topics, or one that restricts the important things? These are the questions that this final paper attempts to answer. It concludes the need for flexibility of any extremist regimes, due to the analysis of case studies of global scenario. Still, it is evident that the interventionist inaugurated by the Constitution of 1988 does not provide good prospects when it comes to the possibilities of economic development of Brazil.

Keywords: Federal Constitution. Social Rights. Fundamental Rights. Economic development.

LISTA DE ANEXOS

Anexo A – Ranking de eficiência dos sistemas de saúde - Bloomberg	65
Anexo B – Notícia do paciente que recebe R\$ 800.000,00 (oitocentos mil reais) anuais do Sistema Único de Saúde (SUS).....	67

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Estatísticas da educação após a Constituição Federal de 1988.....	36
Tabela 2 - Ranking de países de acordo com o investimento na educação.....	37
Tabela 3 – Dados relativos ao programa de vouchers em Columbus, Ohio.....	43
Tabela 4 – Estatísticas da saúde no período pós Constituição Federal de 1988.....	47

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	11
1.1 Origens, parâmetros e evolução histórica dos direitos fundamentais positivos	12
1.2 O postulado da igualdade	17
1.3 Constituição Federal de 1988: contextualização política, anseios sociais e perspectivas de ordem econômica.....	24
2 OS REFLEXOS ECONÔMICOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	31
2.1 Educação e saúde enquanto direitos sociais – aspectos econômicos.....	32
2.1.1 Educação.....	32
2.1.2 Saúde.....	45
2.2 A função da lei: breves considerações acerca dos erros e modificações necessárias no constitucionalismo brasileiro sob o viés da ciência econômica.....	52
CONCLUSÃO	57
REFERÊNCIAS	60
ANEXOS	65

INTRODUÇÃO

Em uma década que, globalmente, proliferam incertezas quanto ao Estado do bem-estar social, o povo brasileiro, mais do que nunca, se insurge contra a inércia governamental. Alega ter direitos, demonstra sua previsão legal e exige que sejam cumpridos.

O constituinte de 1988 positivou, em massa, direitos sociais; ou seja, direitos positivos - aqueles que exigem uma prestação do Estado para que sejam efetivados. Com isso, a consequência é lógica: o pleito é cada vez maior para que as promessas sejam atendidas. Ocorre que, na prática, não é nada simples garantir estes direitos a todos os brasileiros. O Estado certamente não tem condições de realizar todas as pretensões a ele demandadas, e, ao atender algumas delas, tem se tornado impotente para cumprir até com suas funções mais básicas.

Assim sendo, é notória a relevância do tema em meio às circunstâncias sociais, econômicas e políticas que circundam o Brasil das últimas décadas. Não se pode planejar desenvolvimento a médio e longo prazo sem que se tenha noção das consequências esperadas, principalmente em um país com dimensões geográficas de caráter continental. É evidente que a solução para todas as mazelas enfrentadas na atualidade somente pode ser encontrada após exaustiva análise de suas origens e de suas reais perspectivas.

É justamente essa convergência de áreas do conhecimento que intriga e instiga a presente pesquisa. Ao enfrentar os tópicos aqui suscitados, invariavelmente utiliza-se da ciência política, da ciência econômica e da ciência jurídica. Ao contrário do que parece prevalecer no meio acadêmico e profissional, qualquer medida desenvolvimentista que se cogite aplicar deve englobar e relevar contribuições de todas essas áreas. Desvincular a ciência jurídica da ciência econômica traria, inevitavelmente, resultados desastrosos, acarretando em planos políticos efêmeros e sem grandes pretensões no longo prazo. É evidente que o desenvolvimento do direito, na ignorância de preceitos econômicos básicos, irá resultar em teorias utópicas e afastadas da realidade. Ao mesmo tempo, a aplicação de teorias econômicas sem o devido respaldo do ordenamento jurídico acarreta em medidas desumanas e injustas. Somente a convergência dos estudos oriundos de ambas as áreas do conhecimento é capaz de proporcionar àqueles que exercem cargos políticos os instrumentos mais adequados a suas funções.

Com a devida permissão, esta pesquisa pretende analisar estes anseios sociais e a benevolência estatal (ou a falta dela), procurando estabelecer nortes de política interna.

Portanto, é necessária uma definitiva justificação do descaso e da arbitrariedade inerentes às políticas públicas. É de suma importância que saibamos quais os reflexos da alta dependência do brasileiro para com o Estado instituída pela Carta Magna de 1988, para que seja possível descobrir quais os caminhos mais eficientes para o desenvolvimento da sociedade e da economia brasileira.

Para tanto, a fonte de pesquisa utilizada nessa pesquisa é majoritariamente bibliográfica, levando-se em conta grandes doutrinadores da área jurídica, economistas nacionais e internacionais e a realidade de outros países e organismos internacionais. Assim, o método de abordagem utilizado é o dialético. Considera-se o mais adequado para a deliberação em tela, visto que é um método de interpretação dinâmico e totalizante da realidade. Os fatos aqui discutidos resultam de questões contraditórias e devem ser tratados em seu contexto.

Quanto ao procedimento, os métodos adotados são o método comparativo e o tipológico. Comparativo, no intuito de correlacionar as políticas advindas da necessidade de efetivar os direitos sociais com a possibilidade de desenvolvimento econômico do Estado brasileiro. Ainda, é analisada a jurisprudência concernente ao tema proposto, assim como a comparação histórica da legislação pátria e de alguns países-modelo. O método tipológico também se mostra adequado, já que a pesquisa intenta criar modelos ideais, construídos a partir de análise de fenômenos complexos. Serve, assim, de modelo para o estudo e compreensão de casos concretos.

O principal objetivo desse trabalho é analisar e avaliar a positivação em massa de direitos fundamentais de segunda geração na Constituição Federal de 1988, bem como seus reflexos político-econômicos. Para isso, este texto está dividido em dois tópicos centrais. Na primeira parte, inicia-se pela retrospectiva histórica dos direitos fundamentais de segunda geração, buscando compreender perfeitamente a sua razão de ser. Logo após, faz-se pertinente o estudo minucioso acerca do postulado da igualdade, intimamente atrelado aos objetivos dos direitos recém referidos. Conclui-se o primeiro capítulo com o estudo aprofundado a Constituição Federal de 1988, principalmente no que se refere ao contexto histórico, social e econômico de sua promulgação, bem como as primeiras perspectivas econômicas traçadas por especialistas da área.

Já na segunda parte desta pesquisa, a análise parte de vez para o campo interdisciplinar. Destina-se, portanto, a avaliar os resultados práticos decorrentes da positivação de direitos sociais; ou seja, a viabilidade e eficácia das políticas sociais destinadas a cumprir com os preceitos constitucionais. Primeiramente, opta-se por deliberar acerca da

educação e da saúde, dois direitos fundamentais positivos tratados como modelo, em caráter meramente exemplificativo, para que seja possível tecer considerações baseadas em dados e estatísticas acerca dos reflexos econômicos de sua positivação. Logo após a análise destes dados, reúnem-se posições doutrinárias acerca do tema, consistentes em propostas para a alteração do quadro atual nas referidas áreas. Finalmente, o último subcapítulo traz breves considerações de renomados economistas sobre a função da lei. De caráter abstrato e filosófico, estas considerações fazem-se pertinentes porque intentam alterar não só casos específicos, como os supracitados, mas sim o cenário econômico como um todo.

1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O pleno desenvolvimento socioeconômico é, direta ou indiretamente, objetivo inerente a todas as áreas do conhecimento. Discute-se, principalmente no âmbito das ciências jurídica, econômica e política, quais são os meios mais eficazes e capazes de melhorar, em todos os aspectos, a qualidade de vida da população.

Em âmbito global, sempre foi preocupação da Carta Constitucional melhorar as condições de vida em determinado Estado. Evidentemente, isso acarretou nos mais variados modelos de Constituições e políticas governamentais ao redor do mundo. Ao passo que a Constituição Americana, por exemplo, permanece substancialmente a mesma, com algumas alterações incisivas e pontuais ao longo de séculos, o Brasil adotou procedimento absolutamente distinto. Em menos de duzentos anos, vigoraram no Brasil sete constituições diferentes, cada uma, teoricamente, mais avançada que a anterior. Essa volatilidade não é exclusividade da Carta Magna, mas sim característica inerente ao ordenamento jurídico brasileiro como um todo.

Ao longo do século vinte, cada nova Constituição que passa a vigorar no Brasil demonstra maior apreço aos direitos sociais. Na segunda metade do referido século, o avanço do Estado do Bem Estar Social, principalmente no norte Europeu, influenciou intensivamente o constituinte brasileiro. Como resultado disso, a atual Carta Magna, promulgada em 1988, dedica um capítulo exclusivo à positivação dos direitos fundamentais de segunda geração. A melhor definição de tais direitos é de autoria do eminente constitucionalista pátrio José Afonso da Silva:

Assim, podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressuposto do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício da liberdade.¹

¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p 286.

Igualmente brilhante e didática é a definição do renomado jurista alemão Robert Alexy: “Los derechos fundamentales son las situaciones jurídicas que, dada su importancia y significación, no puede dejarse a la discreción de la legislatura. Obedezca los aspectos de tiempo y lugar y revelar la voluntad de la mayoría.”².

Redigido com base nessa ideologia, o artigo sexto da Carta Magna é o núcleo dos direitos fundamentais de segunda geração: “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. É notório que o texto enfileirou uma série de direitos que custam a sair do papel. Tendo cedido ao assédio dos mais diversos grupos de interesse, a Constituição Federal de 1988 resultou prolixa, ambígua e paternalista.

1.1 Origens, parâmetros e evolução histórica dos direitos fundamentais positivos

No intuito de compreender de modo integral o surgimento e a ascensão dos direitos fundamentais positivos, faz-se necessário estudar brevemente a classificação dos direitos fundamentais como um todo. Os direitos fundamentais são doutrinariamente divididos em gerações ou dimensões. Isso se deve ao fato de o nascimento desses direitos ter surgido ao longo do tempo, de forma lenta e gradual.

A primeira geração engloba os direitos fundamentais negativos, ou liberdades públicas. Isto é, aqueles que visam limitar o poder de atuação do Estado na esfera do indivíduo. Tal classificação abrange, portanto, direitos de notória inspiração jusnaturalista, como o direito à vida, à liberdade e à propriedade. Sua conceituação é precisa nas palavras do jurista Ingo Sarlet:

Objetivam a limitação do poder estatal, assegurando ao indivíduo uma esfera de liberdade e outorgando-lhe um direito subjetivo que lhe permita evitar interferências indevidas no âmbito de proteção do direito fundamental ou mesmo a eliminação de agressões que esteja sofrendo em sua esfera de autonomia pessoal.³

² “Os direitos fundamentais são as situações jurídicas que, dada sua importância, e significado, não podem ser deixados ao arbítrio do legislador. Obedecem aos aspectos de tempo e lugar, e revelam a vontade da maioria.” (tradução nossa). ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008. p. 244.

³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 168.

Em síntese, segundo Paulo Bonavides, trata-se dos assim chamados direitos civis e políticos⁴. Estão elencados em nossa Constituição nos incisos do artigo quinto, bem como no Capítulo IV do Título II, “Dos Direitos Políticos”.

Já os direitos de segunda geração são positivos, visto que exigem uma conduta do Estado, uma ação propriamente dita. São os direitos sociais, como aqueles relacionados à educação, ao trabalho e à saúde. Sua positivação no ordenamento jurídico contemporâneo é justificada por anseios populares, como bem ensina Anelise Coelho Nunes:

Com a expressiva influência da Igreja, dos movimentos operários e da expansão do socialismo, a partir do século XIX insurgiu-se a necessidade de uma grande revolução das teorias acerca dos direitos e garantias individuais, especialmente em relação à sua proteção judicial, como forma de superar a distância entre as declarações constitucionais de direitos fundamentais e a realidade social que as negava, de liberdade formal abstrata para liberdade material concreta.⁵

Os direitos de terceira geração consagram os princípios da solidariedade e da fraternidade. A partir da concepção de que o indivíduo faz parte de uma coletividade e que necessita de um ambiente saudável, equilibrado, é exigida a participação dos indivíduos na busca efetiva dos direitos da coletividade, e não apenas dos direitos individuais. Encontram-se aqui, portanto, os chamados direitos “transindividuais”. Demais gerações não são relevantes para o presente trabalho e, além disso, sua existência não é uniformemente defendida pelos doutrinadores da área.

Em termos históricos, a maior parte dos autores aponta como marco inicial dos direitos fundamentais a Magna Carta Inglesa, de 1215. Considera-se tal diploma o primeiro capítulo de um longo processo histórico que levaria ao surgimento do constitucionalismo e da democracia moderna. Todavia, os direitos ali estabelecidos visavam somente assegurar poder político aos barões mediante a limitação de poderes do rei, e não conceber uma esfera irredutível de liberdades aos indivíduos.

Assim, defende-se que a efetiva positivação dos direitos fundamentais deu-se a partir das declarações formuladas pelos estados Americanos, momentos antes de firmarem sua independência em relação à Inglaterra, com a “Virginia Bill of Rights”, em 1776.⁶ A Declaração de Direitos da Virgínia é considerada por muitos a primeira a reconhecer a

⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 517.

⁵ NUNES, Anelise Coelho. **A titularidade dos Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 32.

⁶ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010. p. 93-94.

existência de direitos adstritos à condição humana, ou seja, independentemente de qualquer condição, o ser humano possui direitos inatos. Assim como a Declaração de independência dos Estados Unidos da América, foi inspirada nas teorias de Locke, Rosseau e Montesquieu, e versada especialmente nos escritos de Jefferson e Adams⁷.

Anos depois, foi adotada pela Assembleia Constituinte da França a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, por ocasião da Revolução Francesa, em 1789. A Declaração teve por base os conceitos de liberdade, igualdade, fraternidade, propriedade, legalidade e garantias individuais, mas seu ponto central era a supressão de privilégios especiais, outrora garantidos para os estamentos do clero e da nobreza. O texto constante da Declaração de 1789 é “de estilo lapidar, elegante, sintético, preciso e escoreito, que, em dezessete artigos, proclama os ideais da liberdade, da igualdade, da propriedade e da legalidade e as garantias individuais liberais”⁸. Nas palavras do Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Luís Roberto Barroso:

A verdade, contudo, é que foi a Revolução Francesa – e não a americana ou a inglesa – que se tornou o grande divisor histórico, o marco do advento do Estado Liberal. Foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, com seu caráter universal, que divulgou a nova ideologia, fundada na Constituição, na separação dos Poderes e nos direitos individuais.⁹

Entretanto, conforme mencionado anteriormente, no decorrer dos séculos, julgou-se que as liberdades negativas não eram suficientes ao pleno desenvolvimento do país e à melhoria das condições de vida da população. Nesse viés, o século vinte marca, definitivamente, a ascensão dos direitos fundamentais de segunda geração; em primeiro momento na Grã-Bretanha e no restante da Europa e, então, recentemente, até mesmo nos Estados Unidos da América.

Globalmente, deve-se atribuir o pioneirismo da positivação de direitos fundamentais positivos ao Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, tratado multilateral adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966, em vigor desde 1976. Tal tratado é dividido em cinco partes e trinta e um artigos, versando acerca da livre determinação dos povos, da responsabilidade dos estados partes em assegurar o pleno exercício dos direitos garantidos no pacto, do reconhecimento do direito ao trabalho, à

⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p 153.

⁸ *Ibidem*. p. 158.

⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 76.

seguridade social, à alimentação, vestuário e moradia, à saúde plena, à educação, à participação cultural e dispõe, ainda, sobre a obrigação dos estados de apresentarem relatórios sobre as medidas que adotam no sentido de realizar, nos seus territórios, esses direitos.

O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais determina a aplicação gradual de seus preceitos, partindo de um mínimo essencial. Criou, então, como consequência dessa progressividade, o princípio da vedação ao retrocesso social (efeito *cliquet*), isto é, os Estados somente podem avançar na implementação dos direitos do Pacto, e nunca recuar. Seu Protocolo Facultativo, adotado em 10 de dezembro de 2008, ainda não entrou em vigor. Ele cria importantes mecanismos para melhor controlar a aplicação, pelos Estados-partes, das disposições do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Em termos regionais, o sistema protetivo americano está principalmente alicerçado em torno da Organização dos Estados Americanos (OEA). Os primórdios da positivação de direitos sociais encontram-se na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), datada de 1969. Tal diploma traz apenas considerações concisas e superficiais acerca dos referidos direitos, visando assim possibilitar a concordância dos Estados Unidos da América, sabidamente contrários ao intervencionismo potencialmente exacerbado decorrente da positivação em massa destes direitos. A previsão é genérica e encontra-se no artigo 26, abaixo transcrito:

Artigo 26 - Desenvolvimento progressivo

Os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

Notoriamente, este artigo específico não se propõe a deliberar profundamente acerca de eventuais políticas governamentais que visem colocar tais direitos em prática, por motivo já demonstrado alhures. Entretanto, é imperioso admitir que nele encontram-se as origens mais remotas de direitos sociais propriamente ditos na legislação latino-americana. Até então, os direitos sociais limitavam-se a proteger trabalhadores, tal como aconteceu na Constituição Mexicana de 1917 e, gradativamente, nas constituições brasileiras ao longo do tempo. Mesmo assim, o sistema de monitoramento e implementação do Pacto Internacional dos Direitos

Econômicos, Sociais e Culturais ficou restrito à apresentação de relatórios pelos Estados-Partes.

Se o Pacto de San José da Costa Rica foi demasiado tímido no aspecto inovador, o mesmo não aconteceu com o protocolo adicional a seu texto, o Protocolo de San Salvador. Adotado em 1988 pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, prevê expressamente a possibilidade de apresentação de petição individual no caso de violação de direitos sociais (em algumas hipóteses previamente determinadas). Tal possibilidade encontra-se no artigo 19, inciso 6, infra transcrito:

Artigo 19. 6. Caso os direitos estabelecidos na alínea a do artigo 8, e no artigo 13, forem violados por ação imputável diretamente a um Estado Parte deste Protocolo, essa situação poderia dar lugar, mediante participação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e, quando cabível, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, à aplicação do sistema de petições individuais regulado pelos artigos 44 a 51 e 61 a 69 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Esta possibilidade de petição individual é um imenso avanço no que se refere à implementação prática de políticas que visam assegurar direitos sociais. Desse modo, pode-se dizer que a lacuna presente no Pacto de San José foi devidamente preenchida pelo Protocolo de San Salvador.

Cumprir observar que, devido à grande relevância conferida pelo constitucionalismo contemporâneo aos direitos fundamentais, atrelaram-se a eles algumas características universais. Assim, pode-se dizer que tais direitos são limitáveis, ou seja, não são absolutos, visto que em certas ocasiões, a antinomia jurídica pode fazer prevalecer um deles em detrimento de outro; irrenunciáveis, o que significa que ninguém pode recusar ou abrir mão de direito fundamental; e ainda, irrevogáveis, imprescritíveis, inalienáveis e interdependentes. Tais características representam e fazem parte da defesa – principalmente em juízo – dos direitos em questão. Entretanto, deve-se destacar que nossa Carta Magna reconhece, em situações excepcionais, a possibilidade de restrições ou supressões temporárias de direitos fundamentais, sem a prévia autorização do Poder Judiciário. Tais situações ocorrem quando da vigência do estado de defesa e, de modo ainda mais árduo, do estado de sítio, conforme expressa previsão dos artigos 136¹⁰ e 139 da Constituição Federal.

¹⁰ Art. 136. §1º - O decreto que instituir o estado de defesa determinará o tempo de sua duração, especificará as áreas a serem abrangidas e indicará, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem, dentre as seguintes: a) reunião, ainda que exercida no seio das associações; b) sigilo de correspondência; c) sigilo de comunicação telegráfica e telefônica. (Constituição Federal, 1988).

1.2 O postulado da igualdade

Os dois valores da liberdade e da igualdade remetem um ao outro no pensamento político e na história: ambos pertencem à determinação do conceito de pessoa humana como ser que se distingue, ou pretende se distinguir, de todos os demais seres vivos. O homem, como indivíduo, deve ser livre; como ser social, deve estar com os demais indivíduos em uma relação de igualdade.

De acordo com abalizada doutrina¹¹, o desenvolvimento da sociedade moderna, nos moldes econômicos presentes, resultou em imensa desigualdade social. Assim sendo, notória seria a necessidade da positivação dos direitos fundamentais positivos como primeiro passo a fim de reduzir os níveis de concentração de renda. Entretanto, a história da busca pela igualdade é muito mais complexa do que isso.

Desde os primórdios da vida humana em sociedade, lutar por igualdade sempre foi pretensão recorrente de grande parte da população. Entretanto, conceituar o termo “igualdade” é tarefa ainda mais árdua, o que suscita conflitos ideológicos independentemente da época ou do lugar. O eminente economista norte-americano Milton Friedman, em sua obra “Free to Choose – A Personal Statement”, tece excelentes e extensas considerações acerca do tema. Segundo o autor¹², ao longo da história, três diferentes tipos de igualdade dominaram o cenário político e social: igualdade perante Deus, igualdade de oportunidade e igualdade de renda.

A primeira modalidade de igualdade – “igualdade perante Deus”, “igualdade pessoal” ou, como se convencionou chamar, “igualdade perante a lei” – é a mais antiga de todas elas, e encontra resquícios em toda a história da humanidade. A Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, elaborada no longínquo ano de 1776, que sintetiza com maestria essa ideologia, nos seguintes termos: “Consideramos estas verdades como evidentes por si mesmas, que todos os homens são criados iguais, dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a procura da felicidade.”

É justamente na expressão “todos os homens são criados iguais” que Friedman enxerga a mais perfeita forma de positivação desta primeira e mais pura modalidade de

¹¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 214.

¹² FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. **Free to Choose: A Personal Statement**. New York: HBJ, 1980. p. 128.

igualdade. Segundo o autor, a igualdade perante Deus é essencial a toda sociedade humana. Em suas palavras:

Equality before god – personal equality – is important precisely because people are not identical. Their different values, their different tastes, their different capacities will lead them to want to lead very different lives. Personal equality requires respect for their right to do so, not the imposition on them of someone else’s values or judgment. Jefferson had no doubt that some men were superior to others, that there was an elite. But that did not give them the right to rule others.¹³

Igualmente nobre é a explanação do eminente jurista italiano Norberto Bobbio, que, da mesma maneira, demonstra grande apreço pelo princípio em questão:

Das várias determinações históricas da máxima que proclama a igualdade de todos os homens, a única universalmente acolhida – qualquer que seja o tipo de Constituição em que esteja inserida e qualquer que seja a ideologia na qual esteja fundamentada – é a que afirma que todos os homens são iguais perante a lei, ou, com outra formulação, a lei é igual para todos. O princípio é antiquíssimo e não pode deixar de ser relacionado, ainda que esse relacionamento não seja frequente, com o conceito clássico de isonomia, que é conceito fundamental, além de ideal primário, do pensamento político grego.¹⁴

Entretanto, a prática dos fundadores dos Estados Unidos da América não estava completamente de acordo com suas pregações. O conflito mais evidente era com relação à escravidão. Diz-se que o próprio Thomas Jefferson – principal autor da declaração de independência – possuía escravos, mantendo-os como tal até a data de sua morte. Ele fez campanhas claras e rígidas de cunho antiescravista, mas nunca chegou a elaborar planos concretos. Então, chegou-se ao ponto em que ou a recém escrita Declaração seria manifestamente violada, ou a escravidão teria de ser abolida. Esta controvérsia resultou na Guerra Civil Americana. Nas palavras de Abraham Lincoln, essa guerra foi a prova de fogo para os princípios liberais norte-americanos: “Now we are engaged in a great civil war, testing whether that nation, or any nation so conceived and so dedicated, can long endure.”¹⁵

¹³ “Igualdade perante Deus – igualdade pessoal – é importante justamente porque as pessoas não são iguais. Seus diferentes valores, seus diferentes gostos, suas diferentes capacidades irão leva-las a querer coisas diferentes em suas vidas. Igualdade pessoal exige respeito pelo direito de ser diferente, e afasta a imposição de valores ou julgamentos de outrem. Jefferson não teve dúvidas de que alguns homens são superiores a outros, de que havia uma elite. Mas isso não lhes dá o direito de mandar nos outros.” (tradução nossa). FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. **Free to Choose: A Personal Statement**. New York: HBJ, 1980. p. 129.

¹⁴ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996. p. 24.

¹⁵ “Agora, estamos engajados em uma grande guerra civil, testando se a nossa nação, ou qualquer outra nação assim concebida e assim dedicada, pode durar bastante.” (tradução nossa). LINCOLN, Abraham. **The Gettysburg Address**, 1863. Disponível em: <<http://www.abrahamlincolnonline.org/lincoln/speeches/gettysburg.htm>>. Acesso em 3 nov. 2014.

Assim, com o passar dos anos, a igualdade perante Deus mostrou-se inapta a satisfazer os anseios populares por direitos mais concretos. Foi com o fim da Guerra da Secessão americana, em 1865, que se desenvolveu um novo conceito no campo social: a “igualdade de oportunidade”.

Conforme ensina Friedman¹⁶, igualdade de oportunidade, em seu sentido literal, é impossível de se atingir. Enquanto uma criança nasce cega, outra nasce com plena visão. Enquanto uma criança tem pais atenciosos e preocupados com seu futuro, outra tem pais inconsequentes. Enquanto uma criança nos Estados Unidos da América, outra nasce na Índia. Elas certamente não têm oportunidades iguais no momento em que nascem, e não há a mínima possibilidade de que tais oportunidades sejam tornadas iguais. Mas a igualdade de oportunidade não deve ser interpretada literalmente. Sua real intenção é de afirmar que nenhum obstáculo arbitrário deve impedir as pessoas de atingir as posições que seus talentos naturais possibilitam e cujos valores pessoais as levam a procurar. Não é o nascimento, cor, religião, sexo ou outro fator irrelevante que deve determinar as oportunidades abertas a uma pessoa – apenas suas habilidades. Para Friedman, esta é a mais perfeita e bela concepção do ideal de igualdade já formulada.

Entretanto, parcela da doutrina jurídica refuta a preciosidade atribuída por Friedman à igualdade de oportunidade. O já citado Norberto Bobbio não enxerga grandes inovações com o advento deste princípio. Segundo o autor, esse princípio é tão genérico quanto o anterior. Em suas palavras, “o princípio da igualdade das oportunidades, abstratamente considerado, nada tem de particularmente novo: ele não passa da aplicação da regra de justiça a uma situação na qual existem várias pessoas em uma competição para a obtenção de um objetivo único.”¹⁷.

A igualdade de oportunidade – assim como a já tratada igualdade pessoal – não é incompatível com a liberdade individual. Muito pelo contrário, é característica inseparável desta. Porém, como qualquer ideal, a igualdade de oportunidade é incapaz de realizar-se completamente. Assim, diante da nova insatisfação popular com os modelos supracitados, desenvolveu-se, principalmente no século XX, primeiramente na Grã-Bretanha, Europa e posteriormente ao redor do mundo, a mais recente e ousada modalidade de igualdade já vista, a “igualdade de renda”.

¹⁶ FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. **Free to Choose: A Personal Statement**. New York: HBJ, 1980. p. 132.

¹⁷ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996. p. 30.

Novamente, este conceito não deve ser interpretado de forma literal. Ninguém realmente defende que todas as pessoas devem receber absolutamente a mesma coisa, independentemente de suas tarefas e posições na sociedade. O objetivo aqui é a “justiça” na distribuição de renda. O novo slogan “fatias justas para todos” substituiu a célebre frase de Karl Marx, “De cada qual, segundo sua capacidade; a cada qual, segundo suas necessidades.”¹⁸. Norberto Bobbio distingue objetivamente esta definição de igualdade das anteriores:

Dos princípios da igualdade perante a lei e da igualdade de oportunidades, distingue-se a exigência ou o ideal da igualdade real ou substancial, ou, como se lê na Constituição Italiana, de fato. O que se entende, genericamente, por igualdade de fato é bastante claro: entende-se a igualdade com relação aos bens materiais, ou igualdade econômica, que é assim diferenciada da igualdade formal ou jurídica e da igualdade de oportunidades ou social.¹⁹

Deve-se observar, então, que este conceito difere radicalmente dos dois anteriores. Medidas governamentais que visam promover igualdade perante a lei ou igualdade de oportunidade estão coadunadas com a liberdade individual, ao passo que medidas destinadas a distribuir “fatias iguais para todos” ferem a liberdade. Novamente, Friedman é conciso ao identificar o problema desta última modalidade: “If what people get is to be determined by ‘fairness’, who is to decide what is ‘fair’? ‘Fairness’ is not an objectively determined concept once it departs from identity. ‘Fairness’, like ‘needs’, is in the eye of the beholder.”²⁰

O que Friedman quer dizer com as palavras supratranscritas é que a definição de justiça somente poderá ser criada – e implementada – por meio da força ou da ameaça. O resultado prático que temos no mundo contemporâneo é, invariavelmente, a ditadura do terror, como aconteceu na Rússia, China e, mais recentemente, no Camboja. Experiências baseadas nesse modelo surgem diariamente, sem prazo determinado. E até mesmo o terror não foi capaz de equalizar a renda.

Diferentemente do que sugerem grande parte dos intelectuais “progressistas”, para o autor, não há inconsistência entre o livre-mercado e a busca por objetivos sociais e culturais, ou entre o sistema de livre-mercado e a compaixão pelos mais necessitados. Essa compaixão

¹⁸ MARX, Karl. **Crítica ao programa de Gotha**. 1875. Disponível em: <<http://dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000035.pdf>>. Acesso em 2 nov. 2014.

¹⁹ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996. p. 32.

²⁰ “Se o que as pessoas recebem é determinado pela ‘justiça’, quem vai determinar o que é ‘justo’? ‘Justiça’ não é um conceito determinado objetivamente, uma vez que ele decorre da individualidade. ‘Justiça’, assim como ‘necessidade’, está nos olhos de quem vê” (tradução nossa). FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. **Free to Choose: A Personal Statement**. New York: HBJ, 1980. p. 135.

pode tomar a forma de caridade privada – como predominou durante o século XIX – ou a forma de assistência governamental – predominante no século XX. Em ambos os casos, a intenção é a mesma: ajudar ao próximo. Existem, porém, duas diferenças cruciais entre duas modalidades de assistência governamental que parecem superficialmente iguais: primeiro, noventa por cento de nós decidirmos voluntariamente taxar-nos no intuito de ajudar os dez por cento mais pobres; e, segundo, oitenta por cento de nós votarmos em impor taxa sobre os dez por cento mais ricos, visando ajudar os dez por cento mais pobres – o famoso exemplo de “B” e “C” decidindo o que “D” deveria fazer por “A”. O primeiro caso pode ser uma maneira efetiva ou não de ajudar os mais necessitados, mas está coadunado com os ideais de igualdade de oportunidade e liberdade. O segundo caso busca igualdade de renda e é manifestamente contrário à liberdade individual.

Milton Friedman não detém o monopólio dessa opinião incisiva. Vários outros economistas, de escolas econômicas distintas, adotam posição similar, enxergando com maus olhos a possibilidade de o Estado atuar como protagonista na busca social pela igualdade plena. Seu contemporâneo, o austríaco Friedrich August Von Hayek já acompanhava de perto a adoção de políticas sociais muito antes de Friedman, visto que a Europa foi berço dessa ideologia, conforme mencionado alhures. Para Hayek, a concessão pela autoridade de privilégios legais a determinados indivíduos afronta gravemente a liberdade perante a lei, que é a antítese de governo arbitrário. Conforme o autor:

Uma consequência necessária disso – contraditória apenas na aparência – é que essa igualdade formal perante a lei conflita e é de fato incompatível com qualquer atividade do governo que vise a uma igualdade material ou substantiva intencional entre os diferentes indivíduos, e que qualquer política consagrada a um ideal substantivo de justiça distributiva leva à destruição do estado de Direito. Para proporcionar resultados iguais a pessoas diferentes, é necessário trata-las de maneira diferente. Dar a diferentes pessoas as mesmas oportunidades objetivas não equivale a proporcionar-lhes a mesma oportunidade subjetiva. É inegável que o estado de Direito produz desigualdade econômica – tudo que se pode afirmar em seu favor é que essa desigualdade não é criada intencionalmente com o objetivo de atingir este ou aquele indivíduo de modo particular. É muito significativo e característico o fato de socialistas (e nazistas) terem sempre protestado contra a justiça “meramente” formal, opondo-se a um Direito que não tencionasse determinar os níveis de renda dos diferentes indivíduos, e de terem sempre exigido a “socialização do Direito”, atacado a independência dos juízes e ao mesmo tempo prestado apoio a todos os movimentos, tal como a *Freirechtsschule*, que solaparam o estado de Direito.²¹

Décadas depois, em outra oportunidade, Hayek ratifica seu posicionamento acerca do tema disposto. Ao escrever a obra “Direito, legislação e liberdade”, utiliza-se ainda mais de

²¹ HAYEK, Friedrich August von. **O caminho da servidão**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010. p. 94-95.

conceitos e noções jurídicas para defender sua tese. Argumenta, então, que o tratamento desigual conferido pelo Estado é um caminho certo para a arbitrariedade. Segundo o autor, “o rompimento do princípio de igualdade de tratamento perante a lei, mesmo a bem da caridade, abriu inevitavelmente as portas à arbitrariedade.”²². Assim, no intuito de disfarçar-la, recorreu-se ao embuste da fórmula de “justiça social”. Ninguém sabe ao certo o que tal termo significa, mas funcionou como varinha de condão para derrubar todas as barreiras que impediam as medidas parciais. Complementa o autor que “distribuir gratificações à custa de outrem que não pode ser facilmente identificado tornou-se a forma mais atraente de comprar o apoio da maioria.”²³.

Esse ponto de vista, nitidamente contrário à adoção de políticas públicas que visem implantar condições de igualdade material, está coadunado com a posição adotada por Friedman e demais intelectuais de sua linha. Hayek observa²⁴, assim, que para o Estado de Direito se tornar uma realidade, a existência de normas aplicadas sem exceções é mais relevante do que seu próprio conteúdo. O importante é que a norma nos permita prever com exatidão o comportamento de outros indivíduos, e isto exige que ela se aplique a todos os casos – mesmo que numa circunstância particular, ela seja considerada injusta.

Em linha de pensamento próxima à de Hayek, o italiano Bruno Leoni, autor de “A liberdade e a lei” procura correlacionar a impotência do Estado com a efetividade da lei. Segundo ele, a lei deve ser efetiva o suficiente para permitir que os cidadãos façam, livremente, planos para o futuro. Ninguém pode dormir com planos baseados em uma regra presente e acordar, na manhã seguinte, para descobrir que a regra havia sido superada por uma inovação legislativa. Nota-se, portanto, que a segurança jurídica é requisito vital de efetividade da lei na teoria de Leoni. Assim, conforme profere o autor, “o estado de direito, no sentido clássico da expressão, não pode ser mantido sem realmente assegurar a efetividade da lei, concebida como a possibilidade de planejamento de longo prazo”²⁵.

Igual atenção merece a crítica feita anos antes, por outro austríaco, Ludwig Von Mises. Em sua obra “Liberalismo – segundo a tradição clássica”, o autor delibera sobre importantes pontos da política econômica. Assim, o autor traz o seu próprio conceito acerca da igualdade a ser almejada pela sociedade contemporânea. Assim o diz:

²² HAYEK, Friedrich August von. **Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política, Volume III**. São Paulo: Visão, 1985. p. 108.

²³ Ibidem.

²⁴ Idem. **O caminho da servidão**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010. p. 95.

²⁵ LEONI, Bruno. **A liberdade e a lei**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010. p. 103.

É, por conseguinte, bastante injustificável arguir de imperfeição a maneira pela qual o liberalismo defende o postulado da igualdade, baseando-se em que o liberalismo tenha criado apenas a igualdade perante a lei, e não a igualdade real. Todo poder humano seria incapaz de tornar os homens realmente iguais. Os homens são e permanecerão sempre desiguais. São considerações sensatas e úteis, tais como as que aqui apresentamos, que constituem o argumento em favor da igualdade de todos os homens perante a lei. O liberalismo nunca almejou algo além disso, nem exigiu mais que isso. Está além da capacidade humana tornar o negro num branco. Mas aos negros podem ser garantidos os mesmos direitos do branco, e daí pode ser-lhes oferecida a possibilidade do mesmo ganho, se produzirem a mesma quantidade.²⁶

O francês Frédéric Bastiat, em meados do século dezenove, profere similar discurso e, em palavras banais, procura explicitar o seu medo para com a adoção inconsequente de políticas sociais. Assim o diz:

Aqui eu esbarro no mais popular dos preconceitos de nossa época. Não se acha suficiente que a lei seja justa, pretende-se também que seja filantrópica. Não se julga suficiente que a lei garanta a cada cidadão o livre e inofensivo uso de suas faculdades para o seu próprio desenvolvimento físico, intelectual e moral. Exige-se, ao contrário, que espalhe diretamente sobre a nação o bem-estar, a educação e a moralidade. Este é o lado sedutor do socialismo. E eu repito novamente: estes dois usos da lei estão em contradição um com o outro. É preciso escolher entre um ou outro. Um cidadão não pode, ao mesmo tempo, ser e não ser livre. Com efeito, é-me impossível separar a palavra “fraternidade” da palavra “voluntária”. Eu não consigo sinceramente entender como a fraternidade pode ser legalmente forçada, sem que a liberdade seja legalmente destruída, e, em consequência, a justiça legalmente pisada.²⁷

A tese pregada por Bastiat é baseada no antigo preceito de que o Estado nada dá ao povo que dele não tenha retirado. Ou, nas palavras do próprio autor, “Nada entra no tesouro público em benefício de um cidadão ou de uma classe sem que outros cidadãos e outras classes tenham sido forçados a contribuir para tal.”²⁸. Sob esse ponto de vista, o autor refuta a possibilidade de sucesso das políticas sociais. Entretanto, faz-se mister observar que a contrariedade é com relação ao sistema de igualdade imposto pelo Estado, e não com relação à igualdade em si.

É evidente que a tese pregada por Mises e Bastiat está nos moldes da crítica feita pelos autores supracitados. Todos eles pertencem a linhas muito próximas de ideologia político-econômica, e seria contraditório, portanto, se defendessem ideais completamente opostos. Assim, de acordo com os mencionados teóricos, a conceituação do termo “igualdade” atingiu seu ápice em “igualdade de oportunidade” e foi violentamente desfigurada com o desenvolvimento da “igualdade de renda” no século vinte.

²⁶ MISES, Ludwig Von. **Liberalismo – Segundo a tradição clássica**. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2010. p. 58.

²⁷ BASTIAT, Frédéric. **A lei**. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2010. p. 23-24.

²⁸ *Ibidem*. p. 27.

Diante da extensa análise da alteração do conceito de igualdade no decorrer dos últimos séculos, é fácil perceber que a evolução do postulado da igualdade está intimamente atrelada às gerações de direitos fundamentais, tema visto no tópico anterior. É notório que a igualdade perante a lei e a igualdade de oportunidade estão completamente coadunadas com os direitos fundamentais de primeira geração, visto que ambos buscam conceder ao indivíduo o livre arbítrio e ampla autonomia. Por sua vez, os direitos fundamentais de segunda geração encontram respaldo na mesma doutrina que defende a igualdade de renda, já que ambos pregam a ação efetiva do Estado no sentido de promover a igualdade material. Norberto Bobbio explica concisamente essa busca cada vez maior por igualdade de fato:

A tendência no sentido de uma igualdade cada vez maior, como já havia observado ou temido Tocqueville no século XIX, é irresistível: o igualitarismo, apesar da aversão e da dura resistência que suscita em cada reviravolta da história, é uma das grandes molas do desenvolvimento histórico. A igualdade entendida como equalização dos diferentes é um ideal permanente e perene de todos os homens vivendo em sociedade. Toda superação dessa ou daquela discriminação é interpretada como uma etapa do progresso da civilização.²⁹

Para que se alcance uma solução ideal entre liberdade e igualdade, faz-se necessário um ajustamento. Eis o papel da Justiça, enquanto valor. É ela que disciplina o correto ponto em que a liberdade é verdadeira liberdade e que a igualdade é verdadeira igualdade. Assim, o valor Justiça representa o equacionamento entre os dois primeiros valores (liberdade e igualdade). Utilizando-se abusivamente da genialidade de Norberto Bobbio, pode-se sintetizar o tópico em suas incisivas palavras:

Do pensamento utópico ao pensamento revolucionário, o igualitarismo percorreu um longo trecho do caminho: contudo, a distância entre a aspiração e a realidade sempre foi e continua a ser tão grande que, olhando para o lado e para trás, qualquer pessoa sensata deve não só duvidar seriamente de que ela possa um dia ser inteiramente superada, mas também indagar se é razoável propor essa superação.³⁰

1.3 Constituição Federal de 1988: contextualização política, anseios sociais e perspectivas de ordem econômica

Antes de deliberar objetivamente acerca da evolução histórica do direito constitucional pátrio, é necessário refletir acerca do objeto de estudo dessa área: a Constituição. Sabidamente, o constitucionalismo é uma faculdade quando da formulação do ordenamento

²⁹ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996. p. 43.

³⁰ *Ibidem*. p. 46.

jurídico de determinado Estado; faculdade esta que detém maioria absoluta em âmbito mundial. É João Ubaldo Ribeiro que sintetiza com maestria o papel atual da Constituição:

Os Estados contemporâneos, democráticos ou não, costumam ser constitucionais, isto é, estão submetidos a uma lei que se sobrepõe a todas as outras e em cujo arcabouço geral a ordem jurídica se inscreve, chamada normalmente de Constituição. Não é necessário que a Constituição seja escrita ou esteja corporificada num documento único. O que interessa é a existência de um conjunto de normas, até mesmo costumeiras, que subordinem todas as outras, configurando também princípios gerais a que as outras hão forçosamente de conformar-se.³¹

O já referido austríaco Friedrich Hayek partilha da noção de Ribeiro, ao constatar que a obrigatoriedade de uma norma constitucional regendo o ordenamento jurídico de um Estado é meramente cultural e, portanto, não merece ser aceita de maneira absoluta. O nome formal do instrumento legal pouco importa, desde que sua função esteja atrelada à proteção dos direitos individuais. Em suas próprias palavras:

Pouco importa se, como acontece em alguns países, as principais aplicações do estado de Direito são estabelecidas numa declaração de direitos ou numa carta constitucional, ou se o princípio é apenas uma tradição consolidada. Mas é fácil perceber que, seja qual for a sua forma, tais limitações dos poderes de legislar envolvem o recolhimento do inalienável direito do indivíduo, dos invioláveis direitos do homem.³²

Conforme mencionado previamente, o histórico das constituições brasileiras denota uma evolução lenta e gradual da positivação de direitos fundamentais positivos. É somente em 1934, na Constituição promulgada pelo então presidente Getúlio Vargas, atento às causas sociais, que surge o tratamento legal. O texto foi arduamente influenciado pela Constituição Alemã, da República de Weimar, e enumerou importantes direitos trabalhistas. Destaca-se a extensão do direito de voto às mulheres e certos benefícios aos trabalhadores, entre os quais o salário mínimo. Igualmente importante, a Constituição Federal de 1946, em ato de redemocratização, reestabeleceu os direitos individuais cassados pela Constituição autoritária de 1937 – a chamada “Constituição Polaca”. A principal característica de seu texto é a previsão de defesa e proteção do sistema de saúde, até então inexistente nas leis maiores de nosso Estado. Do mesmo modo que a Constituição de 1934, o texto de 1946 demonstrou

³¹ RIBEIRO, João Ubaldo. **Política: quem manda, por que manda, como manda**. São Paulo: Objetiva, 2010. p. 107.

³² HAYEK, Friedrich August von. **O caminho da servidão**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010. p. 98.

grande apreço pelos direitos trabalhistas, algo comum em meio às políticas populistas que cresciam exponencialmente na América Latina, principalmente na Argentina de Perón.

Em meio ao auge da ditadura militar, a Constituição Federal de 1967 manteve a atenção voltada aos anseios sociais, cada vez maiores e mais exigentes. Intensificou a proteção e defesa da saúde, permitindo que, além da União, os estados legislassem de forma supletiva acerca dessas questões. Ainda, a Constituição de 1967 inseriu novos direitos trabalhistas, tais como o salário família a ser recebido pelos dependentes do empregador e a equiparação salarial étnica.

É demasiado fácil perceber, ao estudar a evolução histórica das constituições brasileiras, que a preocupação em positivizar direitos fundamentais de segunda geração foi crescente ao longo do tempo. É também simples compreender que esta transformação não é atributo exclusivo do ordenamento jurídico pátria, e sim um reflexo das mudanças legislativas que ocorreram e ocorrem em outros países e organismos internacionais. Tal como demonstrado previamente, o Brasil resumiu-se a adotar as tendências de legisladores alienígenas, sem arriscar inovações polêmicas.

Assim sendo, após a queda da ditadura, intensificou-se a demanda por direitos dos mais variados tipos e espécies; e os direitos fundamentais representavam grande parcela das pretensões populares. Com o intuito de enquadrar-se perfeitamente ao novo regime político, em 1987, durante o governo de José Sarney, instalou-se a Assembleia Constituinte, presidida pelo eminente jurista Ulysses Guimarães. Então, com o advento da chamada Nova República, em 5 de outubro de 1988, foi promulgada a mais recente Carta Constitucional Brasileira. Para espantar o fantasma do regime militar, o texto ganhou forte acento “garantista”. Estabeleceu ampla liberdade política e de imprensa, restabeleceu o equilíbrio entre os poderes e fixou inúmeros direitos individuais. A atual Carta Magna recebeu o apelido de “Constituição Cidadã”, pois, conforme José Afonso da Silva³³, foi elaborada com grande participação popular e visa a plena realização da cidadania. Os direitos fundamentais receberam minuciosa atenção do constituinte, fazendo-os notáveis tanto pela quantidade como pela qualidade. Ingo Sarlet, em sua obra “A eficácia dos direitos fundamentais” arrisca dizer que “pela primeira vez na história do constitucionalismo pátrio, a matéria foi tratada com a merecida relevância”³⁴, referindo-se aos direitos fundamentais positivos. Utilizando-se dos conceitos de

³³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p 90.

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 75.

igualdade formal e igualdade material já deliberados anteriormente, José Afonso da Silva explica a inovação da Lei Maior de 1988:

As constituições só têm reconhecido a igualdade no seu sentido jurídico-formal: igualdade perante a lei. A Constituição de 1988 abre o capítulo dos direitos individuais com o princípio de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (art. 5º, *caput*). Reforça o princípio com muitas outras normas sobre a igualdade ou buscando a igualização dos desiguais pela outorga de direitos sociais substanciais. Assim é que, já no mesmo art. 5º, I, declara que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Depois, no art. 7º, XXX e XXXI, vêm regras de igualdade material, regras que proíbem distinções fundadas em certos fatores.³⁵

Cumprir perceber que, embora seja possível afirmar que a maioria dos direitos fundamentais encontra-se dispostos no Título II da Constituição Federal, também se admite a existência de direitos fundamentais não inscritos no referido título. Trata-se da acepção material dos direitos fundamentais, que assim os considera aqueles que repercutem sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade.³⁶ É a própria Carta Magna, através do parágrafo segundo de seu artigo quinto que assim indica: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”. Vale-se das excelentes palavras do processualista Luiz Guilherme Marinoni para sintetizar este ponto:

Essa norma permite, por meio da aceitação da idéia de fundamentalidade material, que outros direitos, mesmo que não expressamente previstos na CF, e por maior razão, não enumerados no seu Título II, sejam considerados direitos fundamentais. Isso quer dizer que o art. 5º, 2º, da CF institui um sistema constitucional aberto a direitos fundamentais em sentido material.³⁷

Da análise do extenso artigo quinto e seguintes da Constituição Federal percebe-se que o legislador constituinte regrou direitos civis e políticos, como também os econômicos, sociais e culturais como fundamentais. Tal atitude afirma a indivisibilidade e a interdependência dos direitos humanos. A Constituição ainda traçou certos direitos coletivos e difusos como fundamentais. Tais normas têm aplicação imediata, consoante o parágrafo primeiro do artigo quinto do texto.

³⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 211.

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 78-79.

³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil volume 1 - Teoria geral do processo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 68.

A Constituição Federal de 1988 - objeto central desse estudo – é indubitavelmente um marco no que se refere à positivação de direitos fundamentais. Tais direitos são mais numerosos do que nunca na história do Brasil. Foram redigidos com um cuidado meticuloso, bem intencionado, típico de quem deseja mudar a situação de milhões de brasileiros. Ouviu pacientemente o desejo de diversos grupos de interesse, buscando atender a todos eles. Isso é irrefutável. Entretanto, apesar da postura benevolente daqueles que escreveram a Carta Maior, há quem enxergue com maus olhos as perspectivas econômicas decorrentes do enfileiramento inconsequente de direitos fundamentais positivos. Conforme o economista Rodrigo Constantino³⁸, a inflação da época girava em torno de oito por cento; e o novíssimo texto constitucional trouxe um dispositivo que limitava os juros em apenas doze por cento – hipocrisia barata, para muitos. Do ponto de vista tributário, a Constituição de 1988 gerou uma “vultosa redistribuição da capacidade tributária em favor dos estados e municípios, sem correspondente redistribuição de funções”, como afirma Roberto Campos, em “A lanterna na popa”³⁹. Para ele, a estrutura tributária inaugurada pela Constituição de 1988 representou um lamentável retrocesso. Desde que ela foi aprovada, os gastos com aposentadoria do INSS pularam de 2,5% para 8% do PIB. O jurista Miguel Reale chamou a Constituição de um ensaio de “totalitarismo normativo”, tecendo ardilosas críticas em artigo de sua autoria:

A história do Direito Constitucional no Brasil, a partir da Carta Magna de 1988, confunde-se com a da sua contínua revisão, elevando-se, até agora, a nada menos de 35 emendas constitucionais aprovadas, o que constitui um fato raro de veras alarmante. É o que acontece quando o mais abstrato iluminismo preside os trabalhos de uma Assembléia Constituinte, privada do senso da realidade, por crerem, ilusoriamente, os seus componentes, que bastava discipliná-los na Constituição para incontinenti serem resolvidos os magnos problemas do País. Daí o absurdo número de seus artigos concebidos à margem da experiência, prevalecendo a demagogia e o fisiologismo, com o conflito dos mais desencontrados interesses individuais e corporativos. Essa decisão de converter tudo em matéria constitucional redundava no que denomino “totalitarismo normativo”, sendo cerceado o poder de iniciativa de leis pelo legislador ordinário mais achegado às exigências concretas.⁴⁰

O eminente jurista Ives Gandra Martins, nitidamente insatisfeito com a Constituição promulgada em 1988, chega a dizer que ela transformou a hiperinflação em princípio constitucional. Os termos exatos são os seguintes:

³⁸ CONSTANTINO, Rodrigo. **A Constituição “basteirol” completa 25 anos**. 2013. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/rodrigo-constantino/historia/a-constituicao-basteirol-completa-25-anos>>. Acesso em 31 out. 2014.

³⁹ CAMPOS, Roberto. **A lanterna na Popa**. Rio de Janeiro: Topbooks, 1994. p. 266-267.

⁴⁰ REALE, Miguel. **A falta da reforma política**. 2005. Disponível em: <<http://miguelreale.com.br/artigos/faltareforma.htm>>. Acesso em 31 out. 2014.

É também verdade que os princípios originais são em número consideravelmente superior aos princípios bons. Entre aqueles originais encontra-se o da hiperinflação. Com efeito, graças ao magnífico trabalho dos progressistas, os direitos sociais foram alargados e o governo federal deverá suportar gastos maiores para atender a tal realidade. Hoje, com direitos menores, a Previdência Social atende insuficientemente seus assistidos, não obstante obter superiormente, a título de contribuições sociais, recursos do segmento privado composto de empregados e empresários. Não obstante a qualidade inferior de serviços e a quantidade superior de tributos exigidos, as finanças previdenciárias não andam bem, pressionando o déficit público federal. Tendo as empresas – aquelas que teimam em permanecer no Brasil – a obrigação de repassar o aumento da carga tributária para os preços e devendo o governo federal aumentar o seu déficit, também gerando o que Carter denomina de inflação oficial, à evidência, com tantas forças sendo direcionadas para o mesmo fim, qual seja o aumento da inflação, só se poderá chegar à hiperinflação constitucional, extraordinário e surpreendente princípio criado pelos maravilhosos representantes do povo. É bem verdade que a matemática dos inspirados legisladores é diferente daquela dos pobres e comuns mortais que não estão no poder. E por sua matemática diferente, é possível que dois mais dois não sejam quatro. Se, todavia, a matemática dos comuns mortais estiver correta, os originais constituintes terão, pela primeira vez na história mundial, criado, constitucionalmente, o princípio da hiperinflação.⁴¹

Cerca de cinco anos após a publicação supratranscrita, Ives Gandra Martins voltou a deliberar acerca dos reflexos econômicos da Constituição de 1988. Com a astúcia de sempre, disse que “o aumento da carga tributária foi de incompreensível insensatez, já tendo gerado, por decorrência, mais inflação, mais desemprego e mais recessão, este fato não é por si só auspicioso para o mundo do Direito ou para o da Economia.”⁴²

Nesse viés, críticos da atual Carta Magna alegam que ela deveria tratar apenas de temas básicos, em caráter mais negativo do que positivo, ou seja, evidenciando aquilo que é defeso aos cidadãos, em detrimento das inúmeras prestações estatais. Diz-se que a estrutura extremamente paternalista trazida pela Constituição, que trata seus cidadãos como indefesos e necessitados de tutela estatal para absolutamente tudo, é nociva; e é absurda a premissa de que o governo deve ser a locomotiva do crescimento econômico e, ainda, o veículo da “justiça social”. Ainda na visão dos críticos, o desastre e a prolixidade do texto constitucional acarretou na necessidade de dezenas de “remendos”, ou seja, emendas constitucionais; enquanto países como os Estados Unidos da América mantêm a mesma Constituição há mais de duzentos anos, com algumas emendas pontuais. A crítica de João Ubaldo Ribeiro ao sistema constitucional em si é esclarecedora:

⁴¹ MARTINS, Ives Gandra da Silva. A hiperinflação como princípio constitucional. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 5 mai. 1988. p. 50.

⁴² Idem. **Aspectos polêmicos do FHC**. 1994. Disponível em: <www.gandramartins.adv.br/project/ives-gandra/public/uploads/2013/02/18/683a451artigo_0532.pdf>. Acesso em 31 out. 2014.

Na verdade, a existência de uma Constituição, por melhor que ela seja, não quer por si dizer muita coisa. É uma piada afirmar que, se Constituição resolvesse alguma coisa, a Bolívia, que já teve dezenas de Constituições, seria mais desenvolvida que os Estados Unidos, que têm a mesma, com algumas emendas, desde que se estabeleceram. À parte do exagero da piada, pois uma Constituição é realmente importante para todos, é bom lembrar, por exemplo, que já dispositivos na Constituição brasileira – houve em todas elas –, dispositivos que “não colaram”. A Constituição é apenas um marco referencial, um arcabouço genérico. Uma definição de princípios. Cabe à lei ordinária reger as questões do dia a dia dentro desse arcabouço e cabe à sociedade promover os meios para cumprir os ideais contidos no texto constitucional. A Constituição não existe no vácuo, mas em funcionamento concreto. E só funciona adequadamente se, além de legítima, for um texto suficientemente genérico (as Constituições muito longas e pormenorizadas costumam, historicamente, ter vidas curtas, o que não é de surpreender) para acomodar o pluralismo que se pretende num contexto democrático e para ter o grau de flexibilidade necessário à sua sobrevivência, diante de futuras alterações da realidade.⁴³

É possível denotar que Ribeiro critica na Constituição o que é considerado por muitos estudiosos um exacerbado detalhamento, uma preocupação em contemplar de forma direta praticamente todos os fatores da vida nacional. Em sentido diferente a esta característica, apontam-se Constituições mais breves que se limitam a certos princípios e prescrições genéricas, deixando particularidades ao terreno da lei ordinária.

⁴³ RIBEIRO, João Ubaldo. **Política: quem manda, por que manda, como manda**. São Paulo: Objetiva, 2010. p. 112.

2 OS REFLEXOS ECONÔMICOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Concluído o estudo de aspectos relativamente teóricos, passa-se à análise das consequências oriundas das políticas igualitárias que floresceram e florescem em nosso ordenamento jurídico ao longo das últimas décadas. Conforme explicitado anteriormente, a referida Carta Magna alterou substancialmente as diretrizes de política econômica no Brasil e, com isso, gerou inevitáveis e indesejáveis reflexos.

O estudo das consequências de ordem econômica, objetivo principal deste segundo grande tópico, deve ser feito, principalmente, mediante o estudo de dados estatísticos. Seria demasiado utópico continuar, aqui, a tecer comentários de ordem teórica, imaginando como a sociedade deveria funcionar, sem fundamentar-se com base na realidade. Com a ajuda de dados e números, pode-se concluir efetivamente acerca dos resultados oriundos das políticas sociais; ou, ao menos, observar as perspectivas econômicas que elas trazem.

Já foi mencionado em outro momento dessa pesquisa que o rol de direitos fundamentais de segunda geração, constante no artigo sexto de nossa Constituição, é extenso: educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados. Também já foi dito que esse rol não é taxativo. Trata-se da aceção material dos direitos fundamentais, prevista no parágrafo segundo do artigo quinto do texto constitucional⁴⁴. Diante da literal infinidade de direitos considerados como tais, faz-se impossível a análise das consequências provocadas pela positivação de cada um deles. Assim, na necessidade de escolher alguns para integrar esta deliberação, opta-se por aqueles que inauguram a redação do artigo sexto da Carta Maior: educação e saúde.

A opção por deliberar acerca de tais direitos decorre de motivo simples: são estes os direitos que estão em tona nos países em desenvolvimento do século XXI. É inegável que, para a maioria dos brasileiros, a “solução” para alavancar o desenvolvimento de nosso país é investir em saúde e educação.

Talvez o brasileiro esteja certo: saúde e educação são direitos fundamentais e, se receberam tal qualificação em nosso ordenamento jurídico, sua importância certamente é

⁴⁴ Art. 5º §2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (Constituição Federal, 1988)

indiscutível. Talvez o brasileiro esteja certo: elevar os níveis de saúde e educação irá, no médio ou longo prazo, fazer do Brasil um país melhor como um todo. Mas a grande questão que circunda não só este tópico, mas a pesquisa inteira, é a seguinte: quem será responsável por atingir os objetivos supracitados, o poder coercitivo do Estado ou a mão invisível do mercado?

Assim sendo, os subcapítulos que seguem a esta introdução deliberarão acerca das perspectivas econômicas na implantação de políticas públicas na área da saúde e educação, bem como suas respectivas consequências. Ressalta-se que não está em discussão a importância de tais áreas para o desenvolvimento do país, mas sim as formas de investimento nessa área.

2.1 Educação e saúde enquanto direitos sociais – aspectos econômicos

Na sociedade contemporânea, garantir aos cidadãos o acesso à educação é preocupação constante. Conforme explicitado nas linhas anteriores, a importância da educação de qualidade para alavancar os níveis de desenvolvimento de determinado país é indiscutível; e o mesmo vale para a saúde. Assim, aquilo que antes era tratado como mercadoria, nos perfeitos moldes da sociedade capitalista, passou a receber o status de direito e, tal como direito fundamental, irrenunciável e inalienável.

Desse modo, deliberar acerca dos reflexos provenientes de implantação de políticas ligadas à educação e à saúde significa deliberar acerca dos reflexos da implantação de políticas sociais como um todo. A opção pela utilização destes dois direitos sociais em detrimento de todos os outros restantes tem caráter, portanto, meramente exemplificativo.

2.1.1 Educação

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, já abordada previamente, é que traz, pela primeira vez, o chamado direito à educação, visando o pleno desenvolvimento do ser humano. No Brasil, é o artigo sexto da Constituição Federal que traz a previsão genérica deste direito, inaugurando o rol de direitos sociais. Mas é o artigo 205 da Carta Magna que atribui maiores detalhes:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Desse modo, resta evidente a atenção conferida à educação pelo constituinte de 1988. Entretanto, o aspecto mais notório do artigo em questão, que suscita a polêmica discutida nessa pesquisa, é o fato de considerar-se a educação como “dever do Estado”. A primeira pergunta que se faz pertinente, diante da leitura do supracitado artigo, é “até onde o Estado é responsável por arcar com os custos educacionais de cada um de seus indivíduos?”. A resposta é complexa.

Os exacerbados gastos governamentais, por vezes inconsequentes, acarretam na fúria dos contribuintes, categoria à qual pertence a totalidade da população brasileira. Entretanto, poucas áreas gozam da completa simpatia do povo como a educação. No ponto de vista do brasileiro, quanto mais dinheiro for investido na educação, melhor. Investimentos no sistema educacional sempre serão bem-vindos. Educação é o futuro da nação, dizem.

Diante dessa demanda popular pela injeção de dinheiro público no sistema educacional, a legislação brasileira tratou de promover o mesmo caminho. Seria um tanto quanto incoerente com o sistema representativo, aliás, se o Congresso Nacional não legislasse nesse sentido. Duas leis, então, foram promulgadas, determinando colossais investimentos na área da educação pública: a primeira delas prevê a destinação de setenta e cinco por cento dos royalties do petróleo para esta área, e a segunda eleva o investimento em educação para 10% do Produto Interno Bruto (PIB) do país.

Promulgada recentemente, em nove de setembro de 2013, a Lei 12.858 é bastante ousada. Segundo seu curto texto⁴⁵, as verbas de 75% dos royalties do petróleo e 50% do

⁴⁵ Art. 2º Para fins de cumprimento da meta prevista no inciso VI do caput do art. 214 e no art. 196 da Constituição Federal, serão destinados exclusivamente para a educação pública, com prioridade para a educação básica, e para a saúde, na forma do regulamento, os seguintes recursos: I - as receitas dos órgãos da administração direta da União provenientes dos royalties e da participação especial decorrentes de áreas cuja declaração de comercialidade tenha ocorrido a partir de 3 de dezembro de 2012, relativas a contratos celebrados sob os regimes de concessão, de cessão onerosa e de partilha de produção, de que tratam respectivamente as Leis nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, 12.276, de 30 de junho de 2010, e 12.351, de 22 de dezembro de 2010, quando a lavra ocorrer na plataforma continental, no mar territorial ou na zona econômica exclusiva; II - as receitas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios provenientes dos royalties e da participação especial, relativas a contratos celebrados a partir de 3 de dezembro de 2012, sob os regimes de concessão, de cessão onerosa e de partilha de produção, de que tratam respectivamente as Leis nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, 12.276, de 30 de junho de 2010, e 12.351, de 22 de dezembro de 2010, quando a lavra ocorrer na plataforma continental, no mar territorial ou na zona econômica exclusiva; III - 50% (cinquenta por cento) dos recursos recebidos pelo Fundo Social de que trata o art. 47 da Lei nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010, até que sejam cumpridas as metas estabelecidas no Plano Nacional de Educação. (...) § 3º União, Estados, Distrito Federal e Municípios aplicarão

Fundo Social do pré-sal deverão ser aplicadas no setor da educação. A “Lei dos Royalties”, como é chamada, prevê que tal investimento será feito de forma progressiva, sendo que, assim, resultara em um mínimo total de 112,25 bilhões de reais nos próximos dez anos, e 368 bilhões de reais em trinta anos, podendo este valor alcançar o montante de meio trilhão de reais. O então Ministro da Educação, Aloisio Mercadante, justificou tal investimento:

A criança que entra na creche agora vai estudar até os 25 anos. No futuro não teremos mais os recursos do petróleo, então os royalties vão preparar o Brasil para viver sem o petróleo. E o melhor investimento que se pode fazer é com a educação, para que o país tenha pessoas com capacidade científica, tecnológica e de inovação para formar a economia do futuro. Jamais seremos um país desenvolvido se não desenvolvermos uma educação de qualidade.⁴⁶

Pode-se perceber, no discurso proferido por Mercadante, todas aquelas motivações dispostas na introdução deste capítulo. Educação de qualidade é a chave para sermos um país desenvolvido. Até aí, não existe novidade alguma. O que assusta, realmente, são os números utilizados para tanto. Segundo o próprio ministro⁴⁷, destina-se, atualmente, sem as verbas oriundas da exploração petrolífera, uma média de quinhentos reais mensais por aluno no sistema público de educação básica. Até mesmo Roberto de Oliveira Campos, um dos maiores ícones do livre-mercadismo brasileiro, atenta para a importância de repasse de verbas para a área, colocando-a como prioridade até mesmo em relação à preservação ambiental, consagrada no século XX. Em suas palavras: "Mais importante que as riquezas naturais são as riquezas artificiais da educação e tecnologia."⁴⁸

Mas, ao que parece, o valor destinado atualmente ao setor não é suficiente. Em virtude disso, leis como a acima mencionada são recebidas com imensa legitimidade, já que está nos moldes propostos pelos anseios populares. Ocorre que a receita advinda da exploração petrolífera, por meio de royalties, não deve alcançar nem mesmo 1% do PIB (Produto Interno Bruto) ao ano, o que se mostra insuficiente ao padrão imposto pela demanda atual. No momento da promulgação da referida lei, o Brasil investia 5% do PIB em educação, tornando a quantia decorrente dos royalties relativamente irrelevante.

Diante do quadro explicitado acima, a Presidente da República sancionou, em meados de 2014, após quase quatro anos de tramitação, a Lei 13.005, conhecida como Plano Nacional

os recursos previstos nos incisos I e II deste artigo no montante de 75% (setenta e cinco por cento) na área de educação e de 25% (vinte e cinco por cento) na área de saúde. (LEI 12.858, 2013).

⁴⁶ ROYALTIES vão injetar R\$ 368 bilhões na educação em 30 anos, diz ministro. **G1 Globo**, 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/educacao/noticia/2013/09/royalties-vaoinjetar-r-368-bilhoes-na-educacao-em-30-anos-diz-ministro.html>>. Acesso em 10 nov. 2014.

⁴⁷ Ibidem.

⁴⁸ CAMPOS, Roberto. **Na Virada do Milênio**. Rio de Janeiro: Topbooks, 1999. p. 33.

de Educação – PNE. O anexo da lei estabelece algumas metas e estratégias para o pleno desenvolvimento do setor educacional, principalmente ao longo da próxima década. Entre elas, o objetivo de erradicar o analfabetismo e a universalização da educação infantil, primária e secundária e elevar para 12 anos de estudo a escolaridade média da população entre 18 e 29 anos de idade. A mais ousada e polêmica das metas almeja destinar 10% do valor do Produto Interno Bruto brasileiro para o setor da educação. Os termos exatos são os seguintes:

Estratégias: (...) Meta 20: ampliar o investimento público em educação pública de forma a atingir, no mínimo, o patamar de 7% (sete por cento) do Produto Interno Bruto - PIB do País no 5o (quinto) ano de vigência desta Lei e, no mínimo, o equivalente a 10% (dez por cento) do PIB ao final do decênio.

Ao passo que destinação dos royalties do petróleo e do Fundo Social do pré-sal mostraram-se insuficientes por beirarem o valor de um por cento do PIB, a Lei 13.005 tratou de alterar o cenário, elevando para estrondosos dez por cento. O Presidente da Câmara dos Deputados Henrique Eduardo Alves sintetizou a importância do PNE:

O investimento permanente garantirá a realização das metas do plano, entre elas a de pôr na escola todas as crianças entre quatro e cinco anos, triplicar as unidades de ensino técnico e erradicar o analfabetismo.⁴⁹

É simples perceber, diante da relação de fatos acima exposta, que, cada vez mais, o pleito relativo a direitos fundamentais de segunda geração tem sido atendido. O investimento público nas áreas da educação e da saúde é cada vez maior, e a atividade legislativa caminha no sentido de exigir estímulos ainda maiores. Todavia, os resultados advindos desse progressivo investimento não são completamente satisfatórios.

Quanto ao sistema educacional, há quem perceba grandes melhorias desde a Constituição Federal de 1988. Segundo Corbucci⁵⁰, o número de matrículas do Ensino Médio passou de 2,4 milhões em 1987 para 7,8 milhões em 2007. Isso representa um acréscimo de 225 por cento, enquanto o crescimento populacional nesse período foi de aproximadamente 25 por cento. Na graduação, o aumento percentual também foi elevado, atingindo 105 pontos percentuais. Ainda, de acordo com dados do IPEADATA⁵¹, a taxa de analfabetismo entre maiores de 15 anos atingia quase 20 pontos percentuais em 1988, valor bem superior aos 10 por cento verificados em 2007. O quadro elaborado por Corbucci elucida esse avanço:

⁴⁹ SANCIONADA lei que eleva investimento em educação a 10% do PIB. **Terra Notícias**, 2014. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/educacao/sancionada-lei-que-eleva-investimento-em-educacao-a-10-do-pib,80084644569d6410VgnCLD200000b1bf46d0RCRD.html>>. Acesso em 10 nov. 2014.

⁵⁰ CORBUCCI, Paulo Roberto. **Políticas Sociais: acompanhamento e análise**. Brasília: IPEA, 2009. p.163.

⁵¹ IPEADATA, Indicadores Sociais. Disponível em: <<http://www.ipeadata.gov.br/>>. Acesso em 10 nov. 2014.

Tabela 1 – Estatísticas da educação após a Constituição Federal de 1988

	1987/88	1995	2007
Ensino Fundamental – N° de matrículas	24,1 milhões	28,9 milhões	29,8 milhões
Ensino Médio – N° de matrículas	2,4 milhões	4,2 milhões	7,8 milhões
Graduação – N° de matrículas	585 mil	700 mil	1,2 milhão
Taxa de frequência – 0 a 6 anos	-	53,5%	77,60%
Taxa de frequência – 7 a 15 anos	75,10%	90,20%	97,60%
Taxa de frequência – 15 a 17 anos	52,40%	66,60%	82,10%

FONTE: CORBUCCI, Paulo Roberto. Políticas Sociais: acompanhamento e análise. Brasília: IPEA, 2009.

É evidente, por um lado, que a positivação do direito fundamental à educação trouxe certos benefícios. Seria desonestidade negar que o aumento de matrículas e da taxa de frequência escolar são fatores que indicam um avanço do sistema educacional como um todo. Entretanto, há quem interprete os fatos de modo diferente, visando refletir se a qualidade da educação realmente mudou e, se sim, qual a parcela de responsabilidade que os investimentos governamentais têm nesse avanço.

De fato, nem todos os indicadores são favoráveis ao maior gasto estatal com a educação. Para alguns estudiosos da área, a recém aprovada lei que destina montante equivalente a 10% do PIB para a educação não passa de uma “caríssima demagogia barata”. Segundo Reinaldo Azevedo:

Será que o Brasil investe pouco em educação? A resposta, acreditem, é “não!”. O nosso país investe é mal. Se não houver uma profunda reforma do sistema — que passe pela implementação de mecanismos de aferição de qualidade, podem esquecer! Nada vai acontecer. (...) Teremos quase o dobro do gasto de hoje para colher os mesmos resultados pífios.⁵²

Assim, sugere-se que maior investimento não é sinônimo de maior qualidade. A OCDE - Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico divulgou, recentemente, dados relativos ao investimento de seus países membros, entre outros, com

⁵² AZEVEDO, Reinaldo. **Investimento de 10% do PIB em educação não passa de uma caríssima demagogia barata; sem uma profunda reforma do sistema, haverá só aumento da ineficiência; Brasil já gasta uma fábula na área.** 2014. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/investimento-de-10-do-pib-em-educacao-nao-passa-de-uma-carissima-demagogia-barata-sem-uma-profunda-reforma-do-sistema-havera-so-aumento-da-ineficiencia-brasil-ja-gasta-uma-fabula-na-area/>>. Acesso em 10 nov. 2014.

relação ao PIB nacional. De acordo com o ranking formulado pela entidade⁵³, contemplando os 30 países que mais gastam com educação, a Islândia lidera, depositando na área quantia referentes a 7,80% de seu Produto Interno Bruto. A “lanterna” da lista é a Itália, com 4,7 pontos percentuais. O mesmo ranking traz, ao lado de cada país, seu desempenho no PISA - Programme for International Student Assessment, referência internacional na avaliação comparada de escolaridade.

Tabela 2 – Ranking de países de acordo com o investimento na educação

Ranking	País	% PIB em educação	Posição no PISA
1	Islândia	7,80%	16º lugar
2	Noruega	7,30%	12º lugar
3	Suécia	7,30%	19º lugar
4	Nova Zelândia	7,20%	7º lugar
5	Finlândia	6,80%	3º lugar
6	Bélgica	6,60%	11º lugar
7	Irlanda	6,50%	21º lugar
8	Estônia	6,10%	13º lugar
9	Argentina	6%	58º lugar
10	Áustria	6%	39º lugar
11	Holanda	5,90%	10º lugar
12	França	5,90%	22º lugar
13	Israel	5,80%	37º lugar
14	Portugal	5,80%	27º lugar
15	Brasil	5,70%	53º lugar
16	Eslovênia	5,70%	31º lugar
17	Reino Unido	5,60%	25º lugar
18	Suíça	5,50%	14º lugar
19	Estados Unidos	5,50%	17º lugar
20	México	5,30%	48º lugar
21	Hungria	5,10%	26º lugar
22	Polônia	5,10%	15º lugar
23	Canadá	5,10%	6º lugar
24	Alemanha	5,10%	20º lugar
25	Coreia do Sul	5%	2º lugar
26	Espanha	5%	33º lugar
27	Austrália	5%	9º lugar
28	África do Sul	4,80%	(não participa)
29	Rússia	4,70%	43º lugar
30	Itália	4,70%	29º lugar

FONTE: OCDE - Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico.

⁵³ **RELATÓRIO sobre gastos em educação.** OCDE, 2012. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/os-gastos-do-brasil-com-educacao-em-relacao-ao-mundo>>. Acesso em 10 nov. 2014.

Esse estudo merece algumas observações. Em primeiro lugar, não existe relação alguma entre o gasto com educação e a posição no PISA. É fácil perceber que não existe qualquer lógica entre a terceira e a quarta coluna da tabela acima. O desempenho no PISA oscila por questões completamente alheias ao gasto governamental na educação.

Em segundo lugar, pode-se concluir, por meio de cálculos aritméticos, que a média do ranking no PISA é melhor para a segunda metade da tabela do que para a primeira. Ou seja, os 15 países que menos gastam com educação obtiveram avaliação melhor do que os 15 que mais gastam. Ainda, a pesquisa mostra que, entre os 10 países que menos gastam, podemos encontrar 3 dos pertencentes ao “Top 10” no ranking PISA, ao passo que, entre os 10 países que mais gastam, só existem 2 pertencentes ao “Top 10”.

Existem, ainda, algumas situações peculiares, que instigam observações adicionais. A China é líder do Pisa, mas não está na lista. Ocorre que não é membro da OCDE e, portanto, não poderia mesmo integrar o ranking acima. Porém, este não é o único motivo: a China não estaria sequer entre estes 30 países, já que o país investe míseros 3,7% de seu Produto Interno Bruto na educação⁵⁴ - ou seja, bem menos do que o último colocado, a Itália. Outro caso igualmente interessante é o da Coreia do Sul. Vizinha do regime ditatorial mais severo da atualidade – Coreia do Norte, a Coreia do Sul obteve a respeitosa segunda colocação no Pisa, ao mesmo tempo em que é apenas a vigésima quinta entre os trinta países do ranking de investimento em educação, contribuindo para o setor com 5% de seu PIB.

Pode-se perceber, diante dos dados expostos, que a destinação de verbas colossais para o setor da educação – destinação essa provocada pela positivação do respectivo direito social – está fadada ao fracasso. A verdade é que raríssimos países no mundo atrevem-se a investir 10% do PIB ou mais em educação⁵⁵, como pretende fazer o governo brasileiro. De 2008 pra cá, os únicos exemplos são, em ordem decrescente de investimento no setor com relação ao PIB, Lesoto, Cuba, Timor Leste e São Tomé e Príncipe. O economista Rodrigo Constantino é preciso ao identificar o verdadeiro problema:

O governo pode gastar o quanto for – lembrando que o Brasil não gasta pouco com a educação pública, e sim muito mal – que, se o modelo permanecer como está, onde o estado concentra o poder quase tirânico na economia, então vai fazer mais sentido

⁵⁴ DOS Brics, Brasil investe 2ª maior cota do PIB em educação. **Exame**, 2014. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/economia/noticias/dos-brics-pais-investe-2a-maior-cota-do-pib-em-educacao>>. Acesso em 11 nov. 2014.

⁵⁵ APENAS quatro países destinam 10% do PIB para a educação. **Folha Online**, 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/educacao/2014/06/1465280-apenas-quatro-paises-destinam-10-do-pib-para-a-educacao.shtml>>. Acesso em 11 nov. 2014.

as pessoas investirem no QI (Quem Indica) do que no QI (Quociente de Inteligência).⁵⁶

O autor tem razão: o governo brasileiro já gasta mais do que a média dos países da OCDE. Nosso governo destina, conforme dados expostos previamente, 5,7% do PIB ao setor. A média da OCDE está em 4,8%, e tal grupo comporta basicamente países ricos. É evidente, portanto, que o problema maior é como aproveitar os recursos já existentes, e não investir cada vez mais, sem um planejamento coeso.

Resta claro, portanto, que economistas não poupam palavras ao criticar ferozmente o modelo de sistema educacional estatal atualmente existente. Excesso de investimento, recursos mal alocados, baixa qualidade do quadro docente, falta de infraestrutura; tudo isso faz parte do cotidiano brasileiro no que se refere à educação. Mas seria demasiadamente hipócrita da parte de tais economistas se estas críticas fossem feitas sem a respectiva proposta de alteração do sistema. Diante disso, os doutrinadores insatisfeitos com o caráter paternalista do Estado para com a escolaridade de seus indivíduos convergiram para a sugestão mais ousada e criativa de que dispomos atualmente: o *voucher* escolar.

O já citado economista Milton Friedman, laureado com o Prêmio Nobel em 1976, e sua mulher Rose Friedman conceberam a ideia do *voucher* escolar em 1955. Como a realidade educacional varia muito de acordo com o país ou até mesmo suas regiões, os Friedman não têm uma receita pronta. A ideia é basicamente separar o papel do governo como financiador da educação de seu papel de administrador do sistema educacional. Em outras palavras, isso significa dar aos pais controle sobre o dinheiro que pagam de impostos para educar seus filhos. Como consequência, os pais também ganham mais poder para cobrar qualidade de ensino.

Em sua obra “Free to Choose”, Friedman volta a explicar detalhadamente o sistema de *voucher*⁵⁷. Segundo o autor, a melhor maneira de aperfeiçoar o padrão escolar, especialmente para aqueles menos avantajados financeiramente, é dar a seus pais maior controle sobre a educação dos filhos, de modo similar ao que ocorre com as classes de maior renda. Os pais geralmente têm mais interesse e mais intimidade com a capacidade de seus filhos do que qualquer outra pessoa ou entidade. Friedman propõe um exemplo: imagine que seu filho estude em uma escola pública. Em média, o gasto para os contribuintes com isso é de dois mil

⁵⁶ CONSTANTINO, Rodrigo. **Privatize já**. São Paulo: Leya, 2012. p. 310.

⁵⁷ FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. **Free to Choose: A Personal Statement**. New York: HBJ, 1980. p. 150-188.

dólares anuais (1978). Se você retirar seu filho da escola pública e manda-lo para a escola privada, você irá poupar os contribuintes de dois mil dólares anualmente, mas não irá receber nada disso, a não ser sua própria proporção como contribuinte, o que não passa de alguns centavos. Você irá pagar a escola privada, além dos impostos, o que é um enorme incentivo para manter suas crianças no ensino público.

Imagine, porém, que o governo lhe diga: “Se você nos poupar de gastar com a educação de seu filho, receberá um *voucher* (uma espécie de cheque) se, e somente se, você usá-lo para custear a escola de seu filho”. Como explica o autor, esta estratégia é aplicável não só no sistema privado, como também no público:

Parents could, and should, be permitted to use the vouchers not only at private schools but also at other public schools – and not only at schools in their own district, city, or state, but at any school that is willing to accept their child. That would both give every parent a greater opportunity to choose and at the same time require public schools to finance themselves by charging tuition (wholly, if the voucher corresponded to the full cost; at least partly, if it did not). The public schools would then have to compete both with one another and with private schools.⁵⁸

Apesar da genialidade da ideia concebida por Friedman, o próprio autor diz que a proposta é visionária, porém não impraticável. Não é possível que implementemos de uma vez só este novo sistema, mas se fizermos progresso em direção a ele, poderemos dar completo sentido à igualdade de oportunidade educacional. Assim, o autor enumera os principais argumentos contrários a sua proposta, refutando-os um a um.

Críticos do programa de *vouchers* costumam dizer que a possibilidade de fraude é enorme. Como poderíamos ter certeza que os *vouchers* foram, de fato, gastos com educação, e não em cerveja para o pai ou roupas para a mãe? Friedman responde que o *voucher* somente poderá ser utilizado em uma escola previamente aprovada, e poderia ser convertido em dinheiro somente por tais escolas. Isso não preveniria todo o tipo de fraude, mas poderia reduzi-la a um nível tolerável⁵⁹.

Outra dificuldade aparentemente encontrada no programa é com relação à classe econômica. Diz-se que um dos grandes pontos positivos da escola pública é que ela funciona

⁵⁸ “Aos pais poderia, e deveria, ser permitido usar os vouchers não somente em escolas privadas, como também em escolas públicas – e não somente em escolas em seus próprios distritos, cidade ou estado, mas em qualquer escola disposta a aceitar seus filhos. Isso daria a cada pai a grande oportunidade de escolher e ao mesmo tempo exigiria das escolas públicas que financiassem a elas mesmas, cobrando mensalidade (integralmente, se o voucher corresponder ao custo total, ou ao menos parcialmente, se não corresponder). As escolas públicas teriam então que competir entre elas e também com as escolas particulares.” (tradução nossa). FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. **Free to Choose: A Personal Statement**. New York: HBJ, 1980. p. 161.

⁵⁹ *Ibidem*. p. 165.

como um núcleo de miscigenação, onde estão ricos e pobres, nativos e estrangeiros, pretos e brancos. Assim, com o sistema de *vouchers*, ocorreria o êxodo das classes mais privilegiadas, acarretando na estratificação social. O autor explica o engano⁶⁰. Segundo ele, tal fenômeno somente ocorre em cidades pequenas, não sendo uma realidade em capitais e grandes cidades. Além disso, um dos principais pontos do *voucher* é a possibilidade de os pais “adicionarem” os valores que bem entenderem. Se o *voucher* for de, ficticiamente, 1500 dólares, o pai poderia adicionar 500 dólares e mandar seu filho para uma escola que cobra 2000 dólares.

Ponto a ser discutido, ainda, é o impacto nas escolas públicas. Alega-se que o *voucher* iria destruir o sistema público de educação, pois a opção sempre seria a escola particular em detrimento da pública. Entretanto, esclarece o autor que a ameaça às escolas públicas é somente seus defeitos, e não suas conquistas. Com a competição advinda do novo sistema, somente as melhores escolas prosperariam. Segundo Friedman:

As the private market took over, the quality of all schooling would rise so much that even the worst, while it might be relatively lower on the scale, would be better in absolute quality. And as Harlem Prep and similar experiments have demonstrated, many pupils who are among “the dregs” would perform well in schools that evoked their enthusiasm instead of hostility or apathy.⁶¹

Apesar das circunstâncias completamente diferentes entre os Estados Unidos da América, onde essa ideia foi concebida, e o Brasil, estudiosos brasileiros vêm abraçando com entusiasmo a possibilidade de implantarmos o sistema de *vouchers* aqui. O economista Rodrigo Constantino diz que o racional por trás dessa proposta é simples: famílias mais humildes teriam a possibilidade de estudar em escolas particulares⁶². Dessa forma, o poder de escolha ficaria com os pais, os maiores interessados na qualidade de ensino dos próprios filhos. Haveria, ainda, por outro lado, a competição do lado da oferta, pois as escolas teriam de mostrar serviço para atrair esses pais e seus preciosos vales.

A competição, diz o autor, representa a maior garantia de melhores serviços prestados pelos vendedores; e isso vale para o serviço escolar também. O autor traz importantes exemplos do sucesso do sistema:

⁶⁰ FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. **Free to Choose: A Personal Statement**. New York: HBJ, 1980.p. 167.

⁶¹ “Com o avanço do mercado privado, a qualidade de todas as escolas aumentaria tanto que até a pior delas, sendo relativamente pior na escala, seria melhor em valores absolutos. Como a experiência em Harlem Prep e escolas similares demonstrou, muitos pupilos que estão entre a “escória” obteriam sucesso nas escolas que aproveitassem seu entusiasmo ao invés de hostilidade ou apatia.” (tradução nossa). Ibidem. p. 170.

⁶² CONSTANTINO, Rodrigo. **Privatize já**. São Paulo: Leya, 2012. p. 302.

A Suécia foi um dos países que adotaram esse modelo com grande sucesso. Na América Latina, a Colômbia implantou um programa bem sucedido, chamado Programa de Ampliación de Cobertura de la Educación Secundária (PACES), em 1991. Os resultados mostram que os beneficiados carentes tiveram notas significativamente maiores que os não beneficiados em exames padronizados. O Chile foi outro país latino-americano que já no início da década de 1980 adotou o modelo de *vouchers*.⁶³

Ainda sobre a possibilidade de implantação do sistema de *vouchers* em outros países que não os Estados Unidos da América, Laura Swartley, diretora da Fundação Milton & Rose D. Friedman, fala sobre essa hipótese:

Qualquer país onde o sistema tributário pudesse ser modificado com vistas a dar aos pais controle direto sobre a educação de seus filhos poderia adotar um sistema de *vouchers*. Mesmo países onde o governo é mais paternalista, como o Canadá e a Suécia, têm feito reformas bem-sucedidas no sistema de financiamento da educação com mecanismos similares ao dos *vouchers* americanos. A vontade dos políticos e a determinação das partes envolvidas podem, no desenrolar dos acontecimentos, provocar o clima mais favorável ou o mais nebuloso.⁶⁴

Para além da teoria, a proposta do casal Friedman, conforme já dito em outro momento, tornou-se concreta em algumas cidades e países ao redor do mundo. O estado norte-americano de Ohio desenvolveu, em 2005, o programa “Educational Choice”, ou “EdChoice”, no qual alunos que atendem a escolas públicas têm a opção de receber os já comentados *vouchers* para frequentarem escolas privadas, de acordo com alguns critérios de elegibilidade.

O programa conta, no ano 2014, com a participação de aproximadamente 17 mil estudantes, que recebem anualmente *vouchers* com valor de 4,250 mil dólares para as séries iniciais e 5 mil dólares para o ensino médio. Ainda, é oferecida a opção aos pais de complementar tal valor, optando por escolas mais caras. O número de *vouchers* atualmente disponibilizados pelo estado é enorme: 60 mil.

Os resultados têm sido de louvável sucesso. Em estudo feito pelo Departamento de Educação de Ohio, foram avaliados, no distrito de Columbus (capital do estado), estudantes que se mantiveram em escolas públicas e estudantes que optaram pelo programa de *vouchers*. Como se pode inferir da tabela disponibilizada abaixo, as médias dos alunos que utilizaram do novo sistema foi, em todos os momentos, superior àquela dos estudantes de escola pública.

⁶³ CONSTANTINO, Rodrigo. **Privatize já**. São Paulo: Leya, 2012. p. 302.

⁶⁴ PELO direito de escolher. **Superinteressante**, 2003. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/cultura/pelo-direito-escolher-443943.shtml>>. Acesso em 11 nov. 2014.

Tabela 3 – Dados relativos ao programa de *vouchers* em Columbus, Ohio.

Porcentagem de estudantes proficientes ou acima por série escolar						
Série escolar	Leitura		Matemática		Ciências	
	Estudantes EdChoice	Escola pública	Estudantes EdChoice	Escola pública	Estudantes EdChoice	Escola pública
3 ^a	68.6	51.0	46.0	42.2	Não exigido	
4 ^a	80.1	59.7	43.7	37.5	Não exigido	
5 ^a	57.6	43.1	30.6	28.4	30.6	24.4
6 ^a	67.9	52.2	40.8	37.3	Não exigido	
7 ^a	67.1	50.1	38.7	34.9	Não exigido	
8 ^a	74.4	67.2	46.2	43.5	36.7	34.3
10 ^a	90.2	68.2	82.8	54.8	77.3	35.3

FONTE: Ohio Department of Education

Se a ideia do *voucher* escolar parece demasiado utópica – ou, como sugere seu próprio criador, “visionária” –, outros economistas preferiram a cautela de conceber propostas menos polêmicas e revolucionárias. O congressista norte-americano Ron Paul, em sua obra “Definindo a liberdade”, trata exaustivamente das mazelas presentes no sistema educacional contemporâneo. Mostra-se relativamente contrário à já comentada proposta de seu conterrâneo Milton Friedman e sugere que “a melhor opção, por enquanto, para reforma, é a dedução fiscal sobre a totalidade das despesas com ensino. Bolsas requerem controle burocrático de sua utilização e são injustamente distribuídas”⁶⁵.

O problema a ser enfrentado, segundo o autor⁶⁶, é a inércia no que diz respeito à reforma do sistema público de ensino. Não há qualquer esforço sério para lidar com o problema das escolas vastamente ineficientes e de desempenho medíocre. Na realidade, todo o sistema pode se autodestruir tanto pelo desempenho deplorável quanto pelos custos descontrolados. As estruturas grandiosas montadas por algumas escolas geridas pelo governo resultaram de grandes subvenções do governo federal, financiadas pela dívida pública e impostos ultrajantes. O autor, então, finaliza o texto com sua sugestão de reforma:

Se as escolas do governo ficassem sob o controle das comunidades locais, seriam muito menores as consequências do monopólio do ensino para toda a população em

⁶⁵ PAUL, Ron. **Definindo a liberdade**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2013. p. 107.

⁶⁶ Ibidem. p. 109-110.

idade escolar. Os “donos” das escolas poderiam ser os conselhos escolares locais, que poderiam estabelecer os currículos, o padrão disciplinar e os impostos. Essa solução, apesar de não perfeita, é muito melhor do que a concretização sob as ordens de um czar sediado em Washington, que utiliza o sistema de ensino para propaganda, para perpetrar as falsidades dos estados e os assim chamados benefícios de um governo central poderoso. Ainda bem que existem a internet, a *Amazon* e a sede por verdade, que nenhum governo é grande o suficiente para fazer silenciar.⁶⁷

Em terras brasileiras, o caráter público da educação, como já demonstrado alhures, reveste-se de incontestabilidade absoluta. Diante disso, as propostas aqui formuladas são muito mais brandas do que aquelas de autores norte-americanos, elaboradas em meio à liberdade econômica. O já falecido economista, diplomata e senador brasileiro Roberto de Oliveira Campos, responsável por grandes contribuições à política brasileira ao longo do século vinte, tais como a criação do Banco Nacional de Desenvolvimento Sustentável (BNDES) e o Estatuto da Terra, também possui parecer próprio no tocante ao sistema educacional.

Em entrevista concedida ao programa Roda Viva, televisionado pela TV Cultura em 1997, Roberto Campos delibera acerca dos mais variados tópicos referentes à política econômica. O economista, fazendo uma referência ao modelo educacional adotado, ao menos na época, pelo Japão, formula sua ideia acerca de reformas no sistema escolar. Segundo ele, o ideal é que o Estado seja encarregado da educação básica, deixando ao livre mercado a responsabilidade pela educação secundária e superior. Em suas exatas palavras:

O ensino básico, a educação de base, o resto deve ser partilhado ou mesmo entregue à iniciativa privada, protegendo-se os pobres através de bolsa de estudos. É a forma asiática, os asiáticos gastam rios de dinheiro na educação básica. Agora, educação superior, universitária, é principalmente privada. [...] E, certamente, o mercado não é responsável pela educação de base. O que se espera do mercado é a educação secundária e superior.⁶⁸

A verdade é, portanto, que não há nada próximo de um consenso – mesmo entre pensadores de linha similar – sobre quais mudanças seriam adequadas ao sistema educacional que temos hoje. Ao passo que alguns visam provocar forçosamente o aumento da qualidade do setor público por meio da competição livre-mercadista, outros propõem mudanças gerenciais ou até mesmo a separação entre o nível básico, secundário e superior. Como demonstrado, algumas dessas ideias já foram postas em práticas em determinados locais e seus resultados tem sido prósperos.

⁶⁷ PAUL, Ron. **Definindo a liberdade**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2013. p. 110.

⁶⁸ CAMPOS, Roberto. **Depoimento**. São Paulo: TV Cultura, 1997. Entrevista concedida ao programa Roda Viva.

Não se pode dizer, com certeza absoluta, que tais políticas obteriam sucesso se aplicadas no Brasil, em virtude de contexto histórico, cultural e econômico completamente diferente. Mas a única certeza que temos é que a inércia com relação à mudança do modelo que está sendo utilizado não trará benefícios de espécie alguma, seja no curto, médio ou longo prazo. As teorias acima comentadas podem não ser a panaceia da questão, mas mostram-se como possíveis alternativas a serem discutidas, melhoradas e paulatinamente implementadas. Por outro lado, a manutenção do modelo atual está, inevitavelmente, fadada ao fracasso.

2.1.2 Saúde

Se a reivindicação por maiores gastos públicos no setor educacional trouxe resultados (ao menos em caráter legal), o mesmo aconteceu com a saúde. Tais pleitos já eram aguardados após a Constituição Federal de 1988. Como dito anteriormente, tal diploma universalizou o direito à saúde, transformando-a em direito de todos os cidadãos e dever do Estado. O artigo 196 do texto constitucional é claro:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido 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.

Quase uma década após a promulgação da Carta Maior, institui-se no Brasil, com a Lei 9.311/96, um tributo de caráter revolucionário: a Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira – CPMF. Tal contribuição tem como objetivo exclusivo o de levantar recursos a serem aplicados na área da saúde, com bem dispõe o artigo dezoito da lei que a instituiu:

Art. 18. O produto da arrecadação da contribuição de que trata esta Lei será destinado integralmente ao Fundo Nacional de Saúde, para financiamento das ações e serviços de saúde, sendo que sua entrega obedecerá aos prazos e condições estabelecidos para as transferências de que trata o art. 159 da Constituição Federal.

A própria Lei 12.858/13, comentada acima por destinar parcela dos royalties do petróleo à educação, prevê ainda que o restante será aplicado na saúde pública. Conforme o parágrafo terceiro de seu artigo segundo, a União, os Estados, o Distrito Federal e os

Municípios aplicarão os recursos provenientes dos referidos royalties na área da saúde, em uma proporção de 25%⁶⁹.

Como se tal parcela não fosse suficiente, julgou-se que o pedido de maiores investimentos na saúde não havia sido completamente atendido. A classe médica – entre profissionais e estudantes –, ao saber da lei que prevê a aplicação de montante de 10% do PIB na educação, exigiu o mesmo para sua área. Diversas manifestações nesse sentido aconteceram no Brasil, principalmente nas grandes capitais. Um dos manifestantes sintetiza a reivindicação da classe: “o problema da saúde pública passou a ser o médico, mas o Brasil investe apenas 3,7% do PIB na saúde.”⁷⁰. Além disso, a classe médica mostrou-se profundamente insatisfeita com a lei número 12.871, de 2013. Tal norma determina a criação do programa Mais Médicos. Em termos banais e diretos, este programa consiste na “importação” de médicos estrangeiros⁷¹, o que foi visto como afronta pelos já revoltados médicos brasileiros.

Assim, com o passar dos anos e das leis, o sistema público de saúde brasileiro sofreu profundas alterações. Tal como aconteceu com o direito à educação, em linhas recém tecidas, há tanto argumentos favoráveis como contrários a seu caráter estatal. Ao menos em valores absolutos, é inegável que o acesso a cuidados médicos e ao sistema de saúde como um todo têm obtido elogiáveis avanços. De 1985 até 2005, o número de estabelecimento de saúde no país aumentou em 165%; e a razão para o número de médicos a cada mil habitantes cresceu em 50%. Em dados puramente estatísticos, a tabela abaixo, de elaboração própria a partir de números informados pelo Ministério da Saúde, traz diversas informações relevantes acerca da mudança de condições no setor da saúde ao longo das últimas décadas, e certamente vai ao encontro da ideia de necessidade de políticas sociais na área:

⁶⁹ Art. 2º Para fins de cumprimento da meta prevista no inciso VI do caput do art. 214 e no art. 196 da Constituição Federal, serão destinados exclusivamente para a educação pública, com prioridade para a educação básica, e para a saúde, na forma do regulamento, os seguintes recursos: [...] § 3º União, Estados, Distrito Federal e Municípios aplicarão os recursos previstos nos incisos I e II deste artigo no montante de 75% (setenta e cinco por cento) na área de educação e de 25% (vinte e cinco por cento) na área de saúde. (Lei 12858, de 2013)

⁷⁰ MÉDICOS protestam em SP e pedem 10% do PIB para a Saúde e exame para formandos. **IG Último Segundo**, 2013. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/sp/2013-07-16/medicos-protestam-em-sp-e-pedem-10-do-pib-para-a-saude-e-exame-para-formandos.html>>. Acesso em 10 nov. 2014.

⁷¹ Art. 2º Para a consecução dos objetivos do Programa Mais Médicos, serão adotadas, entre outras, as seguintes ações: [...] III - promoção, nas regiões prioritárias do SUS, de aperfeiçoamento de médicos na área de atenção básica em saúde, mediante integração ensino-serviço, inclusive por meio de intercâmbio internacional. [...] Art. 13 É instituído, no âmbito do Programa Mais Médicos, o Projeto Mais Médicos para o Brasil, que será oferecido: [...] II - aos médicos formados em instituições de educação superior estrangeiras, por meio de intercâmbio médico internacional. (Lei 12.871, de 2013)

Tabela 4 – Estatísticas da saúde no período pós Constituição Federal de 1988

	Anos 80/90	Anos 2000
População coberta pelo programa saúde da família	1,1 milhões (1994)	93,9 milhões (2008)
Estabelecimentos de saúde	29 mil (1985)	77 mil (2005)
Médicos/mil habitantes	1,12 (1990)	1,68 (2005)
Acesso ao pré-natal	86% (1996)	99% (2006)
População coberta pelo Samu	10 milhões (2003)	106 milhões (2009)

FONTE: Elaboração própria a partir de dados do Ministério da saúde.

Diante da análise dos dados acima fornecidos, é imperioso admitir que as condições de acesso à saúde no Brasil obtiveram melhoras significativas. Porém, é também necessário observar que grande parte disso decorre de evolução tecnológica em nível globalizado. Não é possível dizer até onde a positivação do direito fundamental à saúde é responsável pelas estatísticas acima. Isso faz com que, novamente, existam doutrinadores advogando maior ou menor intervenção estatal no setor. No ponto de vista do já citado José Afonso da Silva, o direito à saúde tardou em ser positivado, e sua essencialidade é indiscutível. Segundo ele:

É espantoso como um bem extraordinariamente relevante à vida humana só agora é elevado à condição de direito fundamental do homem. E há de informar-se pelo princípio de que o direito igual à vida de todos os seres humanos significa também que, nos casos de doença, cada um tem o direito a um tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, independentemente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consagração em normas constitucionais.⁷²

Entretanto, outras fontes estatísticas demonstram que, em uma análise comparativa, o sistema de saúde no Brasil não tem obtido o êxito previamente mencionado. O estudo feito em agosto de 2014 pela consultoria Bloomberg sobre eficiência dos sistemas de saúde⁷³ (anexo A) demonstra que investir mais recursos financeiros na área nem sempre traz resultados positivos. O estudo contemplou 51 países, e o Brasil obteve o humilhante penúltimo lugar. Algumas observações adicionais são pertinentes.

⁷² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p 308.

⁷³ MOST efficient health care 2014: countries. **Bloomberg**, 2014. Disponível em: <<http://media.bloomberg.com/bb/avfile/rhpTqieX4Fuc>>. Acesso em 16 nov. 2014.

Dentre os 51 países analisados, o líder em gastos com o sistema de saúde é os Estados Unidos da América, com 17,2% de seu PIB investido no setor. Entretanto, o país obteve a deplorável 44ª posição no ranking. Ou seja, isso demonstra, novamente, que mais gastos públicos não acarretam, necessariamente, em melhores níveis práticos. Bélgica, Holanda e Sérvia também gastam valores altíssimos com relação ao PIB (respectivamente 10,9%, 12,5% e 10,6%) e amargam juntas por volta da 40ª posição na lista.

De outro lado, os líderes da lista que avalia os sistemas de saúde ao redor do mundo têm uma lição diferente para ensinar. Eles são, respectivamente, Singapura e Hong Kong, com investimento baixo em relação aos outros países da lista. Singapura destina 4,5% de seu PIB para a saúde; Hong Kong, 5,3%. Interessante observar que estes dois países são também líderes de outra lista, que engloba todos os países do mundo: o Ranking de Liberdade Econômica, elaborado pela Heritage Foundation⁷⁴. Coincidência ou não, a aglutinação de informações provenientes dos dois estudos parece demonstrar que até mesmo a implementação de políticas sociais está mais bem coadunada e ambientada com a liberdade econômica do que com medidas governamentais progressistas.

Não bastasse a má avaliação, em âmbito internacional, obtida pelo sistema de saúde brasileiro, existem outros reflexos negativos que merecem atenção. É inegável que, a partir do ponto em que a saúde é tratada como direito a ser prestado pelo Estado, e não mais como mercadoria, o pleito por tratamentos médicos é cada vez maior e indeliberado. Assim, o Poder Judiciário, a quem cabe fazer cumprir a lei, acaba por deferir pedidos de tratamentos médicos financiados pelo governo sem sequer imaginar quais as consequências econômicas que resultam disso. É evidente que, caso a caso, os valores do custeio médico são irrelevantes para o patrimônio público, mas o número de pleitos vem crescendo estrondosamente e alguns deles são de grande magnitude. Um caso particular chama atenção.

O brasileiro Rafael Fávaro ganhou na justiça o direito de ter suas necessidades médicas custeadas pelo Sistema Único de Saúde (SUS)⁷⁵. Sem o uso do remédio chamado Soliris, a morte de Rafael é iminente e; portanto, ele deve recebê-lo até o final de sua vida. Sua situação seria absolutamente normal, se não fosse um detalhe importantíssimo: seu remédio tem o elevado custo de R\$ 800.000,00 (oitocentos mil reais) por ano. E Rafael não é

⁷⁴ Index of Economic Freedom. **Heritage Foundation**, 2014. Disponível em: <<http://www.heritage.org/index/ranking>>. Acesso em 16 nov. 2014.

⁷⁵ Notícia consta no Anexo B. O PACIENTE de R\$ 800 mil. **Época**, 2012. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/tempo/noticia/2012/03/o-paciente-de-r-800-mil.html>>. Acesso em 16 nov. 2014.

o único brasileiro a receber este mesmo tratamento. Sua advogada, sozinha, representa outros 27 pacientes que recebem do governo a mesma prestação.

A situação é veementemente criticada pelo Secretário da Saúde do Estado de São Paulo, que denuncia a possibilidade de conluio entre médicos e empresas: “Isso virou uma grande indústria. Alguns médicos recebem estímulos do fabricante (viagens, benefícios) para prescrever medicamentos de alto custo. As empresas financiam as ONGs de pacientes e a isso tudo se associam os advogados”⁷⁶. Em outro processo pleiteando o mesmo medicamento, o Supremo Tribunal Federal destacou a importância desta prestação:

Fica clara, assim, a imprescindibilidade do tratamento, parecendo recomendável a excepcional determinação de importação do fármaco. A ponderação dos valores em conflito, neste caso, leva ao indeferimento do pedido de contracautela, uma vez que a suspensão dos efeitos das decisões impugnadas pode ocasionar danos graves e irreparáveis à saúde e à vida dos pacientes, parecendo indubitável, na espécie, o chamado perigo de dano inverso.⁷⁷

É evidente que ninguém deseja que este paciente deixe de receber o tratamento necessário. Mas, quando o governo é obrigado a fornecer tratamentos altamente custosos, invariavelmente retira dinheiro de outro lugar. A verba destinada a comprar o remédio Soliris (800 mil reais anuais por paciente) poderia suprir necessidades – de qualquer tipo – de milhares de outras pessoas.

Ao priorizarmos o direito individual em detrimento do direito coletivo, as consequências são inevitáveis. Baseados em critérios técnicos, gestores públicos poderiam decidir como aplicar, da melhor forma possível, estes recursos, visando garantir a saúde de maior número de cidadãos. O Brasil precisa definir, explicitamente, quais tipos de tratamento médico irá custear e, logicamente, quais irá recusar. No cenário atual, somente aqueles que têm tempo, disposição e condições financeiras para buscar o Poder Judiciário é que desfrutam do direito à saúde positivado pela Carta Magna.

Resta à doutrina, portanto, a instigante tarefa elaborar propostas revolucionárias no intuito de alterar as diretrizes do sistema de saúde atual. Assim como no setor educacional, as ideias com relação à saúde baseiam-se na relativização da interferência governamental, possibilitando a livre ação do mercado. Diante da crescente atribuição de deveres ao governo

⁷⁶ O PACIENTE de R\$ 800 mil. *Época*, 2012. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/tempo/noticia/2012/03/o-paciente-de-r-800-mil.html>>. Acesso em 16 nov. 2014.

⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Decisão que concedeu o medicamento Soliris**. Suspensão de Tutela Antecipada 613. Relator: Ministro Ayres Britto. 10 de outubro de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=613&classe=STA&origem=AP&recorso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 16 nov. 2014.

ao longo do século passado, conforme explicitado no capítulo anterior, economistas insurgiram-se contra o rumo traçado pela política econômica de seus países, formulando, assim, teorias ousadas acerca de políticas sociais. O direito universal à saúde recebeu severas críticas, dentre elas a de Ron Paul:

É pensamento prevalente do povo americano, que todos têm direito à assistência médica. Este é um erro intelectual que vai nos levar à destruição do que é bom no sistema atual, e substituir por algo que será terrível para todos. O suposto direito à assistência médica só pode ser assegurado a alguém à custa de outras pessoas. Essa transferência só é possível através do uso da força. E ela cria burocracias opressivas, encoraja o uso exagerado de recursos e leva à estagnação tecnológica e, inevitavelmente, a racionamento e restrições.⁷⁸

A análise de Ron Paul tem origem na recente promulgação da lei americana, conhecida como “ObamaCare” que altera substancialmente as estruturas dos planos de saúde no país, determinando, entre outras coisas, o caráter compulsório da adesão a tais planos, sob pena de multa. O objetivo da norma é democratizar o acesso a planos de saúde; porém, como já visto anteriormente, o país já é líder em gastos no setor da saúde, sem contar com a respectiva eficiência. É essa coercibilidade que dá ensejo a críticas como a de Ron Paul. Mais uma vez, em suas palavras:

Os fanáticos que agora reivindicam ainda maior envolvimento do governo, não percebem que os mais necessitados e as pessoas que exigem tratamento mais cuidadoso são as vítimas dessa mal orientada política prévia. Todos os programas humanitários bem intencionados, se são baseados em premissas falsas, deixam de produzir os benefícios desejados. [...] Corporações, sindicatos e governos se instalam entre os pacientes e seus médicos por qualquer motivo. A qualidade e o custo do atendimento médico nunca serão melhorados impondo ao povo norte-americano mais envolvimento do governo financiado pela dívida pública. Medicare e Medicaid já estão falidos. Criar mais um novo sistema de um trilhão de dólares, somente fará aproximar o dia do acerto de contas.⁷⁹

Se a crítica de Ron Paul tem relação com o contexto em que vive, de crescentes gastos no setor da saúde sem a devida contraprestação, outros autores americanos também demonstram interesse em discutir o assunto. Milton Friedman diz que, desde o final da Segunda Guerra Mundial, a medicina nos Estados Unidos da América tem três principais características: avanço tecnológico, gastos cada vez maiores e insatisfação crescente. Porém, segundo o autor, a primeira delas – o avanço tecnológico – é inerente a todos os setores da economia, enquanto as duas últimas são exclusividade da área da saúde. O motivo, diz

⁷⁸ PAUL, Ron. **Definindo a liberdade**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2013. p. 41.

⁷⁹ *Ibidem*. p. 41-49.

Friedman, é que a maioria dos pagamentos de cuidados médicos não é feita pelos pacientes que recebem os tratamentos, e sim por um terceiro, tipicamente o empregador e, nas palavras do autor, “nobody spends somebody else’s money as wisely as he spends his own”⁸⁰. Aduz Friedman que a causa desse oneroso e deplorável sistema de terceira-parte é a legislação tributária. O dinheiro gasto em cuidados médicos somente é livre de impostos quando provido através do empregador.

Como não poderia deixar de ser, Friedman traz sua própria solução para o problema em questão. A primeira medida é, sem dúvidas, reverter o erro que causou todo o problema, retirando a isenção tributária do cuidado médico custeado pelo empregador. O ideal seria isentar de tributos absolutamente todos os gastos realizados com tratamentos médicos, mas o autor reconhece que existem interesses sujos no congresso, impossibilitando uma reforma radical. Sua ideia é simples e pode ser sintetizada em breves palavras:

Wherever possible, reduce the role of third parties. Increase the autonomy of individuals. Get the government and vast, bureaucratic insurance companies out of the way, permitting the free market to work its effects in health care, just as it does in virtually every other sector of the economy.⁸¹

Em âmbito regional, economistas brasileiros divergem quanto à necessidade de intervenção estatal no campo da saúde. Roberto Campos, nitidamente defensor do Estado mínimo, admite que o governo deve ser responsável pelos cuidados médicos de sua população: “O Estado mínimo é um Estado voltado para suas tarefas clássicas. Essas tarefas clássicas são educação, saúde, segurança, justiça, relações exteriores e defesa.”⁸² Em sentido contrário, outros economistas brasileiros propõem a menor regulamentação do setor como solução para as mazelas enfrentadas. Rodrigo Constantino é incisivo ao atacar as políticas adotadas na área:

Há intervenção estatal demais no setor. Os planos de saúde gozam de cada vez menos liberdade para oferecer produtos especializados caso a caso, de acordo com a

⁸⁰ “Ninguém gasta o dinheiro de outra pessoa tão cuidadosamente como gasta seu próprio dinheiro”. (tradução nossa). *MEDICAL analysis by Milton Friedman. Forbes*, 2009. Disponível em: <<http://www.forbes.com/2009/06/18/milton-friedman-medical-insurance-opinions-columnists-health-care.html>>. Acesso em 16 nov. 2014.

⁸¹ “Sempre que possível, reduzir o papel de terceiros participantes. Aumentar a autonomia do indivíduo. Retirar o Governo e os seguros burocráticos do caminho, permitindo que o livre-mercado aja e produza efeitos sobre o sistema de saúde, exatamente como ele faz em virtualmente todos os outros setores da economia.” (tradução nossa). *Ibidem*.

⁸² CAMPOS, Roberto. **Depoimento**. São Paulo: TV Cultura, 1997. Entrevista concedida ao programa Roda Viva.

demanda real dos seus clientes. Como resultado, temos produtos cada vez menos eficientes, mais padronizados, e muito mais caros.⁸³

Entende o referido autor que seria pertinente a adequação do atual modelo de planos de saúde às características do contrato de seguro, como bem funcionou durante muito tempo nos Estados Unidos da América. Pagar-se-ia um prêmio para o caso de sinistros, mas não para o dia a dia. Desse modo, dependendo da quantidade de garantias oferecidas e do perfil do cliente, o preço deveria variar bastante. Tais escolhas dependem de vários critérios, entre eles a tolerância ao risco, o estilo de vida, a idade, os antecedentes e a genética.

Pode-se perceber, portanto, que tanto na saúde quanto na já comentada educação a positivação de direitos afirmando ser tarefa do Estado provê-los para a população causou inúmeras consequências. Grande parte dos esforços da atividade legislativa hoje decorre de pleitos sociais por mais investimento em tais setores da economia. Os dados e estatísticas corroboram ou refutam esse intervencionismo, e a doutrina é sempre célere em elaborar teorias e propostas no intuito de modificar substancialmente o sistema. Parte dessas ideias prospera fora do Brasil, trazendo benefícios de toda sorte à população que lhes usufrui. Resta saber quando – e se – o Brasil vai inverter o sentido do navio e rumar para horizontes diferentes.

2.2 A função da lei: breves considerações acerca dos erros e modificações necessárias no constitucionalismo brasileiro sob o viés da ciência econômica

Seria demasiado ingênuo afirmar que o mesmo molde das propostas acima elaboradas pode ser utilizado em todo e qualquer setor da economia, sem levar em consideração particularidades importantes. É notório que economistas enfrentaram diretamente as questões da educação e da saúde, tecendo ideias e sugestões que podem ser implementadas para alterar as indesejáveis condições concretas que temos hoje. Mas existem estudiosos que se arriscam a ir mais além, e passam a deliberar de um ponto de vista mais genérico e abstrato acerca da função da lei. Assim, a doutrina não mediu esforços para formular o ideal de ordenamento jurídico de determinado Estado, englobando tanto o texto constitucional como a legislação inferior.

⁸³ CONSTANTINO, Rodrigo. **Planos de saúde cada vez mais controlados pelo governo**. 2014. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/rodrigo-constantino/saude/planos-de-saude-cada-vez-mais-controlados-pelo-governo/>>. Acesso em 15 nov. 2014.

Assim sendo, as ideias aqui suscitadas fazem parte de um espectro mais amplo e agressivo de reforma na legislação como um todo. Promulgar ou revogar leis em casos específicos, como a educação e a saúde, é tarefa relativamente simples, se compararmos com a modificação no cerne do ordenamento jurídico. Inegável, portanto, que as linhas que se seguem estejam imersas em doses de otimismo e utopia, ignorando-se voluntariamente o fato de que existem interesses fraudulentos e inescrupulosos por trás da elaboração das leis. Discutir sobre a função da lei é tarefa importantíssima, uma vez que visa refletir, com forte caráter filosófico, quais são as verdadeiras causas dos problemas que rodeiam a sociedade atual. É, portanto, tratar da origem da mazela, e não apenas de seus sintomas mais latentes.

Diante da relevância de deliberações nesse sentido, é evidente que a doutrina tornou-se mais atuante e consistente na análise de questões correlatas ao tema. O economista, diplomata e político brasileiro Roberto Campos costumava opor-se à possibilidade de que a criação indeliberada de direitos por meio de lei fosse medida apta a proporcionar benefícios de qualquer espécie:

Nossas leis, assim como a Constituição de 1988, são abundantes em garantias. O problema é que o irrealismo das promessas e reivindicações resulta no crescimento do mercado informal, à margem das leis. Isso enseja a formulação de uma nova lei sociológica: 'a redução do número de garantidos é diretamente proporcional à ampliação das garantias'.⁸⁴

Ainda, aduz Roberto Campos que a segurança jurídica, propiciada pela lei clara e autoexplicativa é objetivo essencial ao processo legislativo: “o primeiro e mais absoluto dos direitos do cidadão está no pleno conhecimento da lei. E para isso, é preciso que a lei seja uniforme e clara, e que haja uma única fonte de interpretação definitiva.”⁸⁵

É indubitavelmente nobre e instigante a argumentação tecida pelo eminente economista referido. A crítica feita, entretanto, é bastante antiga e ultrapassa as fronteiras geográficas do país, encontrando respaldo na doutrina dos mais renomados teóricos da área. Mais de um século antes, Bastiat dizia que: “um de meus amigos me fez observar que a finalidade da lei é fazer reinar a justiça, o que, a rigor, não é bem exato. Seria melhor dizer-se que a finalidade da lei é impedir a injustiça de reinar. Com efeito, não é a justiça que tem uma existência própria, mas a injustiça”⁸⁶. É o chamado “conceito negativo” de lei.

⁸⁴ CAMPOS, Roberto. **Na Virada do Milênio**. Rio de Janeiro: Topbooks, 1999. p. 190.

⁸⁵ *Ibidem*. p 229.

⁸⁶ BASTIAT, Frédéric. **A lei**. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2010. p. 26.

De acordo com Bastiat⁸⁷, a lei perverteu-se, ao longo do tempo, devido a duas causas bem diferentes: a ambição estúpida e a falsa filantropia. A primeira, ambição, decorre de fato comum aos homens: quando podem, eles desejam viver e prosperar uns a expensas dos outros. Esta disposição funesta tem origem na própria constituição do homem, no sentimento primitivo que o impele para o bem-estar e o faz fugir do esforço. Daí emana a espoliação, prevalecendo sempre que se apresentar como mais fácil que o trabalho. Diante disso, a lei converteu-se, inevitavelmente, em instrumento de espoliação. A falsa filantropia também tem sua parcela de responsabilidade no afastamento da lei de sua finalidade original. É no mínimo contraditório que a lei possa ser filantrópica e, ao mesmo tempo, abster-se de toda a opressão e de toda espoliação. Bastiat é claro ao definir sua posição a respeito da função legítima da lei:

E, sinceramente, pode-se pedir outra coisa à lei se não a ausência da espoliação? Pode a lei, que necessariamente pede o uso da força, ser usada racionalmente para outra coisa que não seja a proteção dos direitos de cada pessoa? Desafio qualquer um a tentar usá-la de outro modo sem pervertê-la e, conseqüentemente, colocando a força contra o poder. Esta é a mais funesta e a mais lógica perversão que se possa imaginar. Deve-se, pois, admitir que a verdadeira solução, tão procurada na área das relações sociais, está contida em algumas simples palavras: a lei é a justiça organizada. Ora, vejamos bem: quando a justiça é organizada pela lei, isto exclui a ideia de usar a lei (a força) para organizar qualquer outra atividade humana, seja trabalho, caridade, agricultura, comércio, indústria, educação, arte ou religião. A organização pela lei de qualquer uma dessas atividades trairia inevitavelmente a organização essencial, a saber, a justiça. Sinceramente, como se pode imaginar o uso da força contra a liberdade dos cidadãos, sem que isto não fira a justiça e o seu próprio objetivo?⁸⁸

É perceptível que os autores supracitados convergem em um ponto: a lei deve ater-se a proteger e resguardar os direitos fundamentais de primeira geração, ou seja, direito civis e políticos, para que possibilite o livre desenvolvimento de melhores condições sociais e econômicas. Demonstram que a intenção benevolente e filantrópica da lei acarreta, constantemente, na impotência do Estado de cumprir com suas promessas, espoliação, coerção e falta de efetividade. Assim, pode-se afirmar que a teoria dos referidos doutrinadores está coadunada com o que se convencionou chamar de “Estado Mínimo”, aquele que interfere de modo sensível na sociedade e na economia, sem, contudo, delinear parâmetros e limites às relações entre os cidadãos.

⁸⁷ BASTIAT, Frédéric. **A lei**. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2010. p. 13-21.

⁸⁸ *Ibidem*. p. 23.

Todavia, a linha de pensamento adotada pelos pensadores descritos recebe fundadas críticas de célebres autores. Norberto Bobbio, em sua obra “Igualdade e liberdade”, analisa minuciosamente os conceitos de igualdade e liberdade e a forma que eles assumem na sociedade. Nesse viés, Bobbio demonstra a importância da lei como instrumento promotor de igualdade e discorre acerca das liberdades positivas; isto é, liberdades que exigem uma prestação do Estado para que possam se concretizar. O eminente autor delibera, assim, que somente sob o império da lei é que o Estado tem condições propícias ao desenvolvimento socioeconômico, erguido sob os pilares de uma sociedade contributiva e dependente⁸⁹. Seu posicionamento vai nitidamente de encontro às ideias de Bastiat, conforme previamente exposto.

O reiteradamente citado Friedrich August von Hayek também dedicou-se amplamente aos estudos para investigar a relação entre a função da lei e as medidas políticas e econômicas estatais. Na obra “Os Fundamentos da Liberdade”, Hayek é bastante incisivo ao afirmar que a liberdade é o primeiro valor a ser respeitado pela lei, como condição de quaisquer outros valores. Demonstra a inviabilidade da planificação central do sistema governamental, pois o livre mercado seria o mecanismo de descoberta e inovação perfeito, pela capacidade de tratar de modo descentralizado a informação entre milhões de indivíduos que utilizam de seus conhecimentos na busca por objetivos particulares, contribuindo assim para a sociedade como um todo⁹⁰. Conclui, assim, que somente a legislação breve e concisa pode proporcionar terreno propício ao desenvolvimento do livre mercado.

Já na trilogia intitulada “Direito, legislação e liberdade”, o autor da Escola Austríaca prossegue e delibera alicerçado na epistemologia do racionalismo evolucionista, segundo a qual “a exigência - como legitimação de toda autoridade - de um comprometimento com princípios gerais aprovados pela opinião geral pode impor fortes restrições à vontade particular de toda autoridade mesmo da autoridade da maioria em um dado momento.”⁹¹. Reconhece humildemente os limites cognitivos inerentes à natureza humana, e acabar por inferir que somente o planejamento difuso, resultado da convergência do maior número possível de ideias e opiniões, em condições possibilitadas pela lei, é capaz de resultar, por conseguinte, na melhoria de condições socioeconômicas.

⁸⁹ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996. p 92-95.

⁹⁰ HAYEK, Friedrich August von. **Os fundamentos da liberdade**. São Paulo: Visão, 1983. p 111-129.

⁹¹ Idem. **Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política, Volume III**. São Paulo: Visão, 1985. p 45.

Apesar da complexidade e genialidade das teses suscitadas pelo austríaco, é em sua obra prima “O caminho da servidão” que Hayek acaba por explicar, concisamente, quais os reflexos econômicos da legislação inflada e qual é o cenário ideal que devemos buscar na sociedade contemporânea. Em suas palavras:

O estado deve limitar-se a estabelecer normas aplicáveis a situações gerais deixando os indivíduos livres em tudo que depende das circunstâncias de tempo e lugar, porque só os indivíduos livres poderão conhecer plenamente as circunstâncias relativas a cada caso e a elas adaptar suas ações. Para que o indivíduo possa empregar com eficácia seus conhecimentos na elaboração de planos, deve estar em condições de prever as ações do estado que podem afetar esses planos. Mas, para que tais ações sejam previsíveis, devem ser determinadas por normas estabelecidas independentemente de circunstâncias concretas que não podem ser previstas nem levadas em conta de antemão – e os efeitos específicos dessas ações serão imprevisíveis. Por outro lado, se o estado dirigisse as ações individuais visando a atingir objetivos específicos, teria de agir com base em todas as circunstâncias do momento, e portanto suas ações seriam imprevisíveis. Daí o conhecido fato de que, quanto mais o estado “planeja”, mais difícil se torna para o indivíduo traçar seus próprios planos.⁹²

É possível denotar, diante das análises feitas por eminentes economistas e estudiosos da área – dentre eles, Friedrich Hayek, Frédéric Bastiat, Roberto Campos –, que todos convergem em uma ideia similar ao pregar que a redução do número e do conteúdo das leis é a única solução apta a proporcionar o melhor terreno possível para o pleno desenvolvimento econômico de determinado Estado. A ideia constante em toda a extensa produção científica de tais autores é de que a lei deve criar normas gerais, estabelecendo regras de condutas a situações abstratas, sem ousar envolver-se em casos particulares, sob pena de retirar coercitivamente a liberdade e o direito de escolha dos indivíduos. Curiosamente, o rumo que podemos enxergar em nossa sociedade – no Brasil principalmente – é exatamente no sentido contrário. Temos cada vez mais leis, que versam sobre absolutamente todas as situações do cotidiano, destruindo, desse modo, a organicidade da sociedade em detrimento de um controle abusivo e corrupto.

⁹² HAYEK, Friedrich August von. **O caminho da servidão**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010. p. 91-92.

CONCLUSÃO

Ao longo dos últimos séculos, foi estreita e bem sucedida a relação entre a ciência jurídica e a ciência econômica. Seja durante as monarquias absolutistas ou nos modelos republicanos atualmente predominantes, conciliar o progresso econômico de determinado Estado com seu respectivo ordenamento jurídico é tarefa árdua, porém necessária no intuito de satisfazer plenamente as demandas da população. No entanto, pode-se perceber, nas últimas décadas, a gradual separação entre os dois ramos do conhecimento. Enquanto os legisladores insistem em positivizar direitos ignorando suas consequências econômicas, os gestores públicos recusam-se a cumprir as determinações legais com base na impossibilidade financeira.

É necessário que recuperemos este instinto de cooperação entre as mais variadas vertentes da ciência, principalmente entre as que estão em tona nesse trabalho. Atingir níveis satisfatórios de progresso social, econômico e cultural somente é possível no momento em que pormos a termo essa relação conflituosa e passemos a agir integradamente. Precisamos encontrar os meios mais valiosos de ajudarmos uns aos outros.

Diante disso, nosso ordenamento jurídico deve sofrer ampla reforma. Nossa Constituição, principalmente, precisa manter a generosidade e as boas intenções, porém com uma dose extra de sensatez. Resta claro, diante da leitura do texto que precede a esta conclusão, que a lei somente pode ser efetiva e justa se limitar-se a proteger os indivíduos e seus direitos, sem atrever-se a instaurar condições revolucionárias de vida em sociedade.

O tema aqui abordado veio justamente nesse sentido. Propôs-se a avaliar as consequências de ordem econômica decorrentes da positivação em massa de direitos fundamentais de segunda geração pela Constituição Federal de 1988. Assim, foi deveras importante traçar alguns conceitos básicos no primeiro capítulo para que o terreno estivesse preparado quando da análise dos reflexos legislativos e econômicos, bem como as propostas suscitadas por exímios doutrinadores. Evidente é, assim, que a disposição dos subtítulos nessa ordem é a melhor maneira de propiciar a plena compreensão dos assuntos abordados.

Essa pesquisa propôs-se a aglutinar números e teorias no intuito de conceber uma definição idealizada de Constituição. No entanto, é preciso esclarecer que o presente trabalho não se atreve a afirmar que encontrou a fórmula legal para o sucesso de toda e qualquer nação. Uma receita pronta estaria inevitavelmente fadada ao fracasso absoluto. Cada país possui condições próprias que devem ser minuciosamente consideradas quando da elaboração

das leis. Assim, a ideia deste trabalho é apenas traçar diretrizes à atividade legislativa, sempre respeitando as peculiaridades do Brasil.

Entende-se, assim, que a mais simples e célere reforma capaz de trazer melhorias inimagináveis para o Brasil é a redução do exacerbado número de leis. Reduzir o inchaço inerente ao ordenamento jurídico brasileiro significa menos burocracia, menos controle e, ao mesmo tempo, mais liberdade e mais oportunidades. É evidente que a questão tratada por esta pesquisa carece de unanimidade mesmo entre as mentes mais célebres das áreas do conhecimento aqui discutidas. Desse modo, intentou-se utilizar do legado de conhecimento deixado pelos doutrinadores supracitados e demais meios de informação pertinentes para definir quais os delineamentos ideais ao constitucionalismo brasileiro, sob a perspectiva da ciência econômica e política.

É sumamente melancólico – porém não irrealista – constatar que a Constituição Federal de 1988, concebida como “cidadã”, tem trazido indesejáveis reflexos aos setores da economia. Uma Constituição melhor exige mais humildade. Humildade para reconhecermos que a lei, por si só, não é onipotente. Se as condições de vida em nosso país são relativamente precárias, a ordem constitucional imperiosa de promover a justiça e a igualdade, apesar de bem intencionada, não é suficiente. Adota-se, assim, a acepção de lei como conceito negativo: ela deve impedir a injustiça de reinar, e não fazer reinar a justiça. Apesar de a terminologia parecer semelhante, as duas coisas são completamente opostas. E, conforme explicitado nas linhas anteriores, a igualdade perante a lei é oponente feroz da igualdade material. Proporcionar coercitivamente a segunda significa deturpar impiedosamente a primeira.

Com isso em mente, não há motivos para que sigamos remando no sentido contrário ao da correnteza, obtendo resultados meramente paliativos. Insistir em algo que não traz reflexos positivos e perspectivas concretas é, no mínimo, ingenuidade. Do mesmo modo, não há motivos para recusarmos a experimentar as fórmulas que prosperaram ao redor do mundo. Conforme comentado alhures, existem provas empíricas do sucesso de políticas que visam a retirada do Estado em alguns setores da economia. Não se nega que existam algumas funções legítimas a serem exercidas pelo Estado, sob pena de isso tudo resultar no velho conhecido anarquismo. O que se prega aqui é a existência do Estado Mínimo, afeito a tarefas básicas e essenciais, tais como a segurança pública e a infraestrutura urbana.

Cumprir observar que em momento algum se teve a pretensão de esgotar o assunto. As teorias aqui suscitadas e apontadas como solução para problemas sociais são oriundas de uma determinada corrente de pensamento em meio a várias outras. Isso faz com que as teorias igualmente dispostas a alterar o quadro atual sejam infinitas, decorrentes de diversos pontos

de vista. Sendo assim, seria impossível deliberar acerca de todas elas detalhadamente e, por isso, optou-se pela corrente doutrinária aqui utilizada.

Finalmente, um dos objetivos centrais desse trabalho foi suscitar a discussão. Mais importantes do que tecer argumentos de forma monocrática é colocar o tópico em pauta para deliberação. Somente mediante a reflexão profunda acerca dos temas tratados será possível chegar-se a conclusões respeitáveis. Esse é o cerne do ideal democrático, devidamente coadunado com os preceitos básicos do Estado de Direito. Realizar análise de casos concretos e propor sugestões de doutrina abalizada é importante, mas mais importante é que estas propostas sejam devidamente aceitas pela sociedade que irá desfrutar de seus resultados.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

APENAS quatro países destinam 10% do PIB para a educação. **Folha Online**, 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/educacao/2014/06/1465280- apenas-quatro-paises-destinam-10-do-pib-para-a-educacao.shtml>>. Acesso em 11 nov. 2014.

AZEVEDO, Reinaldo. **Investimento de 10% do PIB em educação não passa de uma caríssima demagogia barata; sem uma profunda reforma do sistema, haverá só aumento da ineficiência; Brasil já gasta uma fábula na área**. 2014. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/investimento-de-10-do-pib-em-educacao-nao-passa-de-uma-carissima-demagogia-barata-sem-uma-profunda-reforma-do-sistema-havera-so-aumento-da-ineficiencia-brasil-ja-gasta-uma-fabula-na-area/>>. Acesso em 10 nov. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTIAT, Frédéric. **A lei**. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2010.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 17 nov. 2014

_____. Lei 9.311, de 24 de outubro de 1996. Institui a Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - CPMF, e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 24 out. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19311.htm>. Acesso em 17 nov. 2014.

_____. Lei 12.858, de 9 de setembro de 2013. Dispõe sobre a destinação para as áreas de educação e saúde de parcela da participação no resultado ou da compensação financeira pela exploração de petróleo e gás natural, com a finalidade de cumprimento da meta prevista no inciso VI do caput do art. 214 e no art. 196 da Constituição Federal; altera a Lei nº 7.990, de

28 de dezembro de 1989; e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 9 set. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12858.htm>. Acesso em 17 nov. 2014.

_____. Lei 12.871, de 22 de outubro de 2013. Institui o Programa Mais Médicos, altera as Leis no 8.745, de 9 de dezembro de 1993, e no 6.932, de 7 de julho de 1981, e dá outras providências.. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 22 out. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Lei/L12871.htm>. Acesso em 17 nov. 2014.

_____. Lei 13.005, de 25 de junho de 2014. Aprova o Plano Nacional de Educação - PNE e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 25 jun. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13005.htm>. Acesso em 17 nov. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Decisão que concedeu o medicamento Soliris**. Suspensão de Tutela Antecipada 613. Relator: Ministro Ayres Britto. 10 de outubro de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=613&classe=STA&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 17 nov. 2014.

CAMPOS, Roberto. **A lanterna na Popa**. Rio de Janeiro: Topbooks, 1994.

_____. Depoimento. São Paulo: TV Cultura, 1997. Entrevista concedida ao programa Roda Viva.

_____. **Na Virada do Milênio**. Rio de Janeiro: Topbooks, 1999.

CONVENÇÃO Americana de direitos Humanos. 1969. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em 17 nov. 2014.

CONSTANTINO, Rodrigo. **A Constituição “besteirol” completa 25 anos**. 2013. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/rodrigo-constantino/historia/a-constituicao-besteirol-completa-25-anos>>. Acesso em 31 out. 2014.

_____. **Planos de saúde cada vez mais controlados pelo governo**. 2014. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/rodrigo-constantino/saude/planos-de-saude-cada-vez-mais-controlados-pelo-governo/>>. Acesso em 15 nov. 2014.

_____. **Privatize já.** São Paulo: Leya, 2012.

CORBUCCI, Paulo Roberto. **Políticas Sociais: acompanhamento e análise.** Brasília: IPEA, 2009.

DECLARAÇÃO de independência dos Estados Unidos da América. 4 jul. 1776. Disponível em: <<http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/declaraindepeEUAHISJNeto.pdf>>. Acesso em 17 nov. 2014.

DOS Brics, Brasil investe 2ª maior cota do PIB em educação. **Exame**, 2014. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/economia/noticias/dos-brics-pais-investe-2a-maior-cota-do-pib-em-educacao>>. Acesso em 11 nov. 2014.

FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. **Free to Choose: A Personal Statement.** New York: HBJ, 1980.

HAYEK, Friedrich August von. **Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política, Volume III.** São Paulo: Visão, 1985.

_____. **O caminho da servidão.** São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

_____. **Os fundamentos da liberdade.** São Paulo: Visão, 1983.

INDEX of Economic Freedom. **Heritage Foundation**, 2014. Disponível em: <<http://www.heritage.org/index/ranking>>. Acesso em 16 nov. 2014.

IPEADATA, Indicadores Sociais. Disponível em: <<http://www.ipeadata.gov.br/>>. Acesso em 10 nov. 2014.

LEONI, Bruno. **A liberdade e a lei.** São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

LINCOLN, Abraham. **The Gettysburg Adress**, 1863. Disponível em: <<http://www.abrahamlincolnonline.org/lincoln/speeches/gettysburg.htm>>. Acesso em 3 nov. 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil volume 1 - Teoria geral do processo.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **A hiperinflação como princípio constitucional**. Folha de São Paulo, São Paulo, 5 mai. 1988.

_____. **Aspectos polêmicos do FHC**. 1994. Disponível em: <www.gandramartins.adv.br/project/ivesgandra/public/uploads/2013/02/18/683a451artigo_0532.pdf>. Acesso em 31 out. 2014.

MARX, Karl. **Crítica ao programa de Gotha**. 1875. Disponível em: <<http://dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000035.pdf>>. Acesso em 2 nov. 2014.

MEDICAL analysis by Milton Friedman. **Forbes**, 2009. Disponível em: <<http://www.forbes.com/2009/06/18/milton-friedman-medical-insurance-opinions-columnists-health-care.html>>. Acesso em 16 nov. 2014.

MÉDICOS protestam em SP e pedem 10% do PIB para a Saúde e exame para formandos. **IG Último Segundo**, 2013. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/sp/2013-07-16/medicos-protestam-em-sp-e-pedem-10-do-pib-para-a-saude-e-exame-para-formandos.html>>. Acesso em 10 nov. 2014.

MISES, Ludwig Von. **Liberalismo – Segundo a tradição clássica**. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2010.

MOST efficient health care 2014: countries. **Bloomberg**, 2014. Disponível em: <<http://media.bloomberg.com/bb/avfile/rhpTqieX4Fuc>>. Acesso em 16 nov. 2014.

NUNES, Anelise Coelho. **A titularidade dos Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

O PACIENTE de R\$ 800 mil. **Época**, 2012. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/tempo/noticia/2012/03/o-paciente-de-r-800-mil.html>>. Acesso em 16 nov. 2014.

PAUL, Ron. **Definindo a liberdade**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2013.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

PELO direito de escolher. **Superinteressante**, 2003. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/cultura/pelo-direito-escolher-443943.shtml>>. Acesso em 11 nov. 2014.

PROTOCOLO adicional à convenção americana sobre direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e Culturais. 17 nov. 1988. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm>. Acesso em 17 nov. 2014.

RELATÓRIO sobre gastos em educação. **OCDE**, 2012. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/os-gastos-do-brasil-com-educacao-em-relacao-ao-mundo>>. Acesso em 10 nov. 2014.

REALE, Miguel. **A falta da reforma política**. 2005. Disponível em: <<http://miguelreale.com.br/artigos/faltareforma.htm>>. Acesso em 31 out. 2014.

RIBEIRO, João Ubaldo. **Política: quem manda, por que manda, como manda**. São Paulo: Objetiva, 2010.

ROYALTIES vão injetar R\$ 368 bilhões na educação em 30 anos, diz ministro. **G1 Globo**, 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/educacao/noticia/2013/09/royalties-vaio-injetar-r-368-bilhoes-na-educacao-em-30-anos-diz-ministro.html>>. Acesso em 10 nov. 2014.

SANCIONADA lei que eleva investimento em educação a 10% do PIB. **Terra Notícias**, 2014. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/educacao/sancionada-lei-que-eleva-investimento-em-educacao-a-10-do-pib,80084644569d6410VgnCLD200000b1bf46d0RCRD.html>>. Acesso em 10 nov. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

ANEXOS

Anexo A – Ranking de eficiência dos sistemas de saúde - Bloomberg⁹³

BLOOMBERG RANKINGS

www.bloomberg.com/rank

MOST EFFICIENT HEALTH CARE 2014: COUNTRIES

Singapore is best in Bloomberg's second annual ranking of countries with the most efficient health care while the U.S. remains near the bottom

Rank 2014	Rank 2013	Country	Efficiency score	Life expectancy	Health-care cost as percentage of GDP	Health-care cost per capita (US\$)	Change in life expectancy (years)	Change in health-care cost per capita (US\$)	Change in health-care cost per capita (%)	Change in GDP per capita (%)	Inflation (%)
1	2	Singapore	78.6	82.1	4.5	2,426	0.40	281.73	13.1	2.2	4.5
2	1	Hong Kong SAR	77.5	83.5	5.3	1,944	0.06	535.68	38.0	4.5	4.1
3	6	Italy	76.3	82.9	9.0	3,032	0.30	-306.64	-9.2	-8.6	3.0
4	3	Japan	68.1	83.1	10.2	4,752	0.50	110.93	2.4	0.7	0.0
5	8	South Korea	67.4	81.4	7.0	1,703	0.40	50.11	3.0	1.2	2.2
6	7	Australia	65.9	82.1	9.1	6,140	0.20	25.62	0.4	8.6	1.8
7	4	Israel	65.4	81.7	7.0	2,289	0.00	-84.64	-3.6	-2.1	1.7
8	19	France	64.6	82.6	11.8	4,690	0.45	-278.26	-5.6	-6.6	2.0
9	12	United Arab Emirates	64.1	77.0	3.2	1,343	0.18	-32.24	-2.3	6.7	0.7
10	14	United Kingdom	63.1	81.5	9.4	3,647	0.55	-11.47	-0.3	-0.7	2.8
11	-	Norway	63.0	81.5	9.1	9,055	0.16	-852.86	-8.6	0.5	0.7
12	15	Mexico	59.1	77.1	6.3	618	0.22	9.48	1.6	0.2	4.1
13	20	Ecuador	58.4	76.2	6.7	361	0.28	-0.81	-0.2	7.7	5.1
14	5	Spain	58.1	82.4	9.9	2,808	-0.10	-170.01	-5.7	-9.1	2.4
15	9	Switzerland	57.9	82.7	11.4	8,980	0.00	-267.86	-2.9	-5.2	-0.7
16	29	Saudi Arabia	57.8	75.5	3.1	795	0.21	73.88	10.2	7.6	2.9
17	13	Chile	55.5	79.6	7.2	1,103	0.27	81.75	8.0	5.1	3.0
18	24	Czech Republic	54.1	78.1	7.7	1,432	0.20	-113.70	-7.4	-9.2	3.3
19	23	Finland	53.3	80.6	9.3	4,232	0.16	-179.44	-4.1	-6.3	2.8
19	10	Sweden	53.3	81.7	9.7	5,319	-0.10	-99.36	-1.8	-3.0	0.9
21	17	Canada	52.9	81.2	11.0	5,741	0.17	84.32	1.5	1.2	1.5
22	21	Poland	52.4	76.8	6.7	854	0.05	-61.31	-6.7	-5.0	3.7
23	30	Germany	51.6	80.9	11.0	4,683	0.15	-312.72	-6.3	-4.0	2.0
24	31	Greece	49.9	80.6	9.1	2,044	-0.10	-259.74	-11.3	-14.1	1.5
25	11	Libya	49.8	75.2	4.3	578	0.19	367.40	174.1	134.0	6.1
26	37	China	49.5	75.2	5.3	322	0.16	47.88	17.5	11.8	2.7
27	18	Malaysia	49.2	74.8	3.9	410	0.17	25.37	6.6	3.7	1.7
28	27	Portugal	47.2	80.4	9.4	1,905	-0.10	-397.31	-17.3	-10.5	2.8
29	22	Thailand	46.9	74.2	3.9	215	0.18	1.19	0.6	5.5	3.0
30	33	Romania	46.8	74.6	5.0	420	0.00	-59.92	-12.5	-6.9	3.3

⁹³ MOST efficient health care 2014: countries. **Bloomberg**, 2014. Disponível em: <<http://media.bloomberg.com/bb/avfile/rhpTqieX4Fuc>>. Acesso em 16 nov. 2014.

Rank 2014	Rank 2013	Country	Efficiency score	Life expectancy	Health-care cost as percentage of GDP	Health-care cost per capita (US\$)	Change in life expectancy (years)	Change in health-care cost per capita (US\$)	Change in health-care cost per capita (%)	Change in GDP per capita (%)	Inflation (%)
31	36	Slovakia	46.3	76.1	7.8	1,326	0.15	-89.04	-6.3	-4.9	3.6
31	44	Turkey	46.3	74.9	6.2	665	0.32	20.54	3.2	0.5	8.9
33	32	Argentina	46.1	76.0	6.8	995	0.17	128.89	14.9	7.2	10.0
34	39	Denmark	45.7	80.1	11.2	6,304	0.25	-217.66	-3.3	-5.9	2.4
35	16	Austria	45.6	80.9	11.6	5,407	-0.05	-235.54	-4.2	-5.4	2.5
36	35	Peru	44.0	74.5	5.3	337	0.30	54.43	19.2	11.5	3.7
37	38	Hungary	42.6	75.1	7.9	987	0.20	-108.81	-9.9	-8.9	5.7
38	26	Venezuela	42.3	74.5	4.7	593	0.16	106.51	21.9	18.6	21.1
39	47	Serbia	41.4	75.2	10.6	561	0.65	-61.31	-9.8	-12.5	7.3
40	25	Netherlands	41.1	81.1	12.5	5,737	-0.10	-260.38	-4.3	-7.9	2.5
41	34	Belgium	40.2	80.4	10.9	4,711	-0.20	-203.11	-4.1	-6.6	2.8
42	-	Belarus	37.3	72.1	5.0	339	1.41	27.54	8.8	6.6	59.2
43	43	Dominican Republic	35.0	73.2	5.4	310	0.22	17.33	5.9	5.0	3.7
44	46	United States	34.3	78.7	17.2	8,895	0.10	428.07	5.1	3.8	2.1
45	41	Bulgaria	33.7	74.3	7.3	516	0.15	-6.00	-1.2	-3.6	3.0
46	45	Iran	32.5	73.8	7.5	490	0.31	7.57	1.6	-6.1	27.4
47	42	Colombia	31.6	73.8	6.8	530	0.20	64.00	13.7	9.0	3.2
48	40	Algeria	31.4	70.9	5.2	279	0.13	46.00	19.8	0.7	8.9
49	-	Azerbaijan	27.3	70.6	5.4	398	0.07	39.24	10.9	2.8	1.1
50	48	Brazil	23.9	73.6	9.3	1,056	0.27	-62.49	-5.6	-10.0	5.4
51	-	Russia	22.5	70.5	6.3	887	0.80	84.37	10.5	5.8	5.1

SOURCES: World Bank, International Monetary Fund, World Health Organization, Hong Kong Department of Health

AS OF: August 25, 2014

METHODOLOGY: Bloomberg ranked countries based on the efficiency of their health-care systems. Each country was ranked on three criteria: life expectancy (weighted 60%), relative per capita cost of health care (30%); and absolute per capita cost of health care (10%). Within each criterion, 80% of the score was derived from the most recent health-care system assessment and 20% to changes, if any, over the previous year.

Relative cost is health cost as a percentage of GDP. Absolute cost is total health expenditure, which covers preventive and curative health services, family planning, nutrition activities and emergency aid. Changes were measured by baseline-adjusted life expectancy improvements, relative health-care cost increase, cost increase relative to increase in general income and consumer prices, and absolute per capita health-cost increase in U.S. dollar terms.

Countries were scored on each criterion and the scores were weighted and summed to obtain their efficiency scores. Included were countries with populations of at least five million, GDP per capita of at least \$5,000 and life expectancy of at least 70 years.

Anexo B – Notícia do paciente que recebe R\$ 800.000,00 (oitocentos mil reais) anuais do Sistema Único de Saúde (SUS).⁹⁴

O paciente de R\$ 800 mil

A história do rapaz que recebe do SUS o tratamento mais caro do mundo revela um dos maiores desafios do Brasil: resolver o conflito entre o direito individual e o direito coletivo à saúde

Como Rafael Favaro ganhou uma briga jurídica e um tratamento de primeiro mundo

Quem acompanha o tratamento médico de Rafael Notarangeli Fávoro – um rapaz de 29 anos formado em gestão ambiental – se convence de que o sistema público de saúde no Brasil é um dos melhores do mundo. Sábado sim, sábado não, ele entra sozinho no próprio carro, um Meriva financiado, e dirige os 84 quilômetros que separam São José dos Campos de São Paulo. Sente-se tão bem-disposto que nem sequer precisa de acompanhante. É atendido com presteza e simpatia quando chega ao Hospital Sírio-Libanês, a instituição de elite famosa por cuidar da saúde das celebridades e dos figurões da República. No 2o andar, Rafael é instalado numa confortável poltrona de couro para receber, numa veia do braço direito, uma dose do tratamento mais caro do mundo. De acordo com um ranking elaborado pela revista americana *Forbes*, nenhum tratamento clínico é tão dispendioso quanto usar o medicamento Soliris (eculizumab) para amenizar as complicações de uma forma raríssima de anemia, denominada hemoglobinúria paroxística noturna (HPN), causadora de vários problemas que podem levar à morte. O Soliris ainda não é vendido no Brasil. Importado, vem em pequenos frascos.

Cada vidrinho de 30 mililitros custa mais de R\$ 11 mil. Em menos de meia hora, a corrente sanguínea de Rafael absorve o conteúdo de três frascos, diluído numa bolsa de soro. São R\$ 35 mil a cada 15 dias. Cerca de R\$ 70 mil por mês. Mais de R\$ 800 mil por ano.

O remédio não cura, mas melhora a qualidade de vida. Se Rafael quiser continuar levando uma rotina normal, precisará receber o Soliris para sempre. Vida normal, no caso dele, significa acordar cedo e trabalhar em horário comercial numa empresa que faz geoprocessamento de imagens de satélite. No final do dia, voltar para casa a tempo de jantar

⁹⁴ O PACIENTE de R\$ 800 mil. Época, 2012. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/tempo/noticia/2012/03/o-paciente-de-r-800-mil.html>>. Acesso em 16 nov. 2014

com a mulher, Fabiana, no pequeno apartamento de São José dos Campos emprestado ao casal pelos pais dele. Rafael não precisa se preocupar com o aluguel. Nem com as despesas de seu tratamento. Em cinco anos, os gastos (apenas com o medicamento) ultrapassarão os R\$ 4 milhões. Quem paga é o SUS, o Sistema Único de Saúde. Religiosamente. Sem atraso. Como ele conseguiu isso tudo? Como milhares de outros doentes em todo o Brasil, Rafael entrou na Justiça com uma ação contra o governo estadual.

Qualquer um que estivesse na pele dele provavelmente faria o mesmo. Aos 23 anos, recém-casado, ele sofreu uma trombose (formação de coágulos nos vasos sanguíneos que pode provocar infarto, AVC, insuficiência renal ou embolia pulmonar). Poderia ter morrido. Aquele foi apenas o evento mais grave de uma lista de problemas de saúde que o impossibilitavam de trabalhar e viver como um jovem normal. Enfrentou constantes e fortes dores abdominais, uma cirurgia para extrair 21 centímetros do intestino que haviam necrosado, anemia, sucessivas transfusões de sangue. Todo o sofrimento era decorrente da já citada HPN. De uma forma simplificada, pode-se dizer que a HPN é uma anemia crônica causada pela decomposição excessivamente rápida dos glóbulos vermelhos.

Quando recebeu o diagnóstico, Rafael descobriu que pacientes como ele podem ser submetidos a um transplante de medula. É uma alternativa muito mais barata (custa cerca de R\$ 50 mil ao SUS) e a única capaz de curar. Apesar disso, nem sequer procurou um doador. Como o tratamento mais caro do mundo estava ao alcance das mãos, considerou que valia a pena optar pela nova droga e evitar os riscos da solução tradicional. O transplante cura metade das pessoas que têm HPN. Mas 30% podem morrer ou ter alguma complicação grave. O Soliris não cura, mas reduz a destruição dos glóbulos vermelhos e os sintomas da doença. Ainda assim, não elimina totalmente o risco de trombose. É por isso que Rafael também precisa tomar anticoagulante para sempre.

Se tivesse de pagar o tratamento do próprio bolso, importar o remédio estaria fora de cogitação. Faria o transplante pelo SUS e teria fé na cura. Várias pessoas, no entanto, o incentivaram a tentar conseguir o Soliris pela via judicial. Um médico de São José dos Campos o encaminhou à capital para ser atendido de graça pelo hematologista Celso Arrais Rodrigues, do Sírio-Libanês. Rodrigues explicou como o Soliris funcionava e indicou uma advogada que entrara com ações contra a Secretaria Estadual de Saúde em nome de outros pacientes. Rodrigues afirma que decidiu cuidar de Rafael e de outros pacientes de HPN sem cobrar nada, por mero interesse científico. Graças a Rodrigues, eles foram incluídos no programa de filantropia do Sírio-Libanês e, por isso, o tratamento inteiro é feito no hospital cinco estrelas. Para o Sírio, o atendimento de doentes como Rafael é vantajoso, porque

garante isenção de alguns impostos federais. No final das contas, quem paga o tratamento do rapaz num dos melhores hospitais do Brasil é o contribuinte.

O hematologista Rodrigues diz não ter vínculos com a fabricante do remédio, a americana Alexion. Mas é pago por ela para dar aulas sobre HPN. “A empresa junta um grupo de médicos e me paga para falar sobre a doença e o tratamento”, afirma. Rodrigues indicou a Rafael a advogada Fernanda Tavares Gimenez. Ela é remunerada pela Associação Brasileira de HPN, uma ONG de pacientes que recebe apoio financeiro da Alexion. Fernanda diz cobrar cerca de R\$ 5 mil de cada cliente. “No caso do Soliris, não tenho causa perdida”, afirma.

A estratégia é insistir no argumento da urgência e sustentar que, sem o remédio, a morte do paciente é iminente. “Sou uma advogada que sai da cadeira. Marco audiências com juízes e desembargadores e explico o caso do paciente pessoalmente.” Alguns magistrados se sensibilizam. Outros, não. São minoria. No ano passado, o governo estadual foi obrigado a fornecer o Soliris a 34 pacientes. Fernanda foi a advogada de 28 deles.

“Isso virou uma grande indústria. Alguns médicos recebem estímulos do fabricante (*viagens, benefícios*) para prescrever medicamentos de alto custo. As empresas financiam as ONGs de pacientes e a isso tudo se associam os advogados”, diz o secretário de Saúde do Estado de São Paulo, Giovanni Guido Cerri. O ponto de vista de quem enfrenta uma doença grave é outro. “Todos os brasileiros deveriam ter o atendimento que estou recebendo. Não sou melhor que ninguém, mas sinceramente não sei qual é o critério do governo para decidir quem deve viver e quem deve morrer”, diz Rafael.

O que o caso de Rafael ensina sobre a saúde pública brasileira

Ninguém quer a morte de Rafael. Nem de qualquer outro doente que recorre à Justiça para conseguir outros medicamentos caríssimos. Mas, quando são obrigados a fornecer remédios caros da noite para o dia (ao preço que o fabricante se dispõe a vender), os gestores do orçamento público da saúde tiram o dinheiro de outro lugar. Com isso, milhares (ou milhões) de cidadãos perdem. A verba destinada à compra de um frasco de Soliris seria suficiente para garantir milhares de doses de anti-hipertensivos e de outros medicamentos baratos que atingem a maior parte da população. Sem interrupções. É preciso reconhecer que priorizar o direito individual em detrimento do direito coletivo tem consequências sobre a saúde pública.

Se os pacientes ficarem sem esses medicamentos, o resultado pode ser uma trombose, um AVC, um infarto – todas as ameaças que o Estado procura evitar ao fornecê-los a Rafael.

Para salvar uma vida, pode abrir mão de muitas outras. “Os recursos para cumprir as demandas judiciais saem do orçamento público para ações prioritárias, como a prevenção básica de problemas de saúde entre os mais pobres”, diz André Medici, economista sênior do Banco Mundial, em Washington. “As demandas judiciais aumentam a iniquidade do sistema de saúde e diminuem a qualidade de vida dos que detêm menos recursos.”

O maior desafio dos administradores públicos é preservar o direito do doente ao melhor tratamento sem que o Estado se torne perdulário. É preciso lembrar que a saúde no Brasil é subfinanciada. O país aplica em saúde cerca de 8,5% do PIB (considerando os gastos públicos e privados). É pouco. A França investe 11%. O México gasta menos que o Brasil (5,9%), mas tem taxas de mortalidade infantil e materna mais baixas, dois parâmetros importantes para avaliar a qualidade da assistência à saúde prestada por um país. O Brasil gasta pouco e gasta mal. Diante das verbas limitadas, um bom gestor é aquele que evita o desperdício de recursos ou o investimento em tratamentos inadequados. A pressão crescente das ordens judiciais impede que isso aconteça.

Em 2005, o Ministério da Saúde foi citado em 387 ações. Gastou R\$ 2,4 milhões para atender essas três centenas de pacientes. Em 2011, foram 7.200 ações. A conta disparou para R\$ 243 milhões. As ações contra o governo federal são uma pequena parte do problema. Como todas as esferas do Poder Público (federação, Estados e municípios) são corresponsáveis pelo financiamento da saúde, a maioria dos pacientes processa só o secretário municipal, só o estadual ou ambos.

Segundo os advogados, é mais fácil ganhar as ações quando os citados são os gestores das esferas inferiores. O Estado de São Paulo foi o que mais gastou com essas ações em 2010. As despesas chegaram a R\$ 700 milhões para atender 25 mil cidadãos. Isso é quase metade do orçamento do governo estadual para a distribuição regular de medicamentos (R\$ 1,5 bilhão) a toda a população paulista. Os gastos com as ações judiciais crescem R\$ 200 milhões por ano. “Daria para construir um hospital novo por mês”, diz o secretário estadual Giovanni Guido Cerri.

As ações são baseadas no Artigo 196 da Constituição, segundo o qual a saúde é direito de todos e dever do Estado. Nem todos os juízes, porém, interpretam esse artigo como uma obrigação explícita de que o Poder Público deve prover ao paciente todo e qualquer tratamento solicitado. Muitos, no entanto, dão sentenças favoráveis ao doente. Quando isso acontece, o gestor citado é obrigado a fornecer o medicamento rapidamente. Se ignorar a determinação, pode ir para a cadeia.

O Brasil dispõe de uma relação de remédios regularmente distribuídos no SUS. Ela inclui as drogas necessárias para tratar as doenças que afetam a maioria da população. Além dela, existe uma lista de medicamentos excepcionais – em geral, de alto custo. São drogas novas, criadas para tratar doenças raras ou cada vez mais comuns, como o câncer.

As associações de pacientes reclamam que o governo demora a incluir nas listas drogas caras, mas de benefício inegável. Por isso, defendem ações judiciais como uma forma legítima de pressão. “As ações estão crescendo de forma desesperadora para os governos, mas elas os obrigam a arrumar verbas. Se eles arranjam dinheiro para outras coisas, por que não podem conseguir para remédios?”, afirma Fernanda Tavares Gimenez, advogada de Rafael.

Não há dúvida de que alguns pedidos de pacientes são justos e fundamentados. É verdade também que o SUS deveria ser mais ágil na atualização das listas. Muitos juízes, porém, não têm condição técnica de avaliar se um medicamento importado é melhor que o tratamento existente. Nem se sua eficácia foi comprovada. Nem se é capaz de provocar danos irreversíveis ao doente, além de rombos orçamentários.

A expressão “cada cabeça uma setença” se aplica perfeitamente ao caso dos pedidos de medicamentos. O entendimento sobre o assunto varia entre os magistrados. Em 2009, o Supremo Tribunal Federal (STF) realizou uma série de audiências públicas sobre a questão – e a controvérsia persiste. No Rio Grande do Norte, o juiz Airton Pinheiro negou o pedido de uma paciente que pretendia receber o Soliris. Argumentou que o SUS já oferece um tratamento para a doença (o transplante). E sustentou que o fornecimento desse remédio provocaria um abalo financeiro no orçamento da saúde do Estado, prejudicando toda a coletividade que depende do SUS.

No Ceará, o entendimento foi outro. O Estado foi obrigado a fornecer o Soliris a quatro pacientes. Por enquanto, o governo comprou a droga para dois deles. “O dinheiro necessário para atender os quatro corresponde a 67% do valor repassado pelo governo estadual para a compra de medicamentos básicos do município de Fortaleza inteiro”, afirma Einstein Nascimento, supervisor do departamento que controla os medicamentos de alto custo da Secretaria da Saúde do Ceará. “Esse caso ilustra muito bem o impacto dessas ações sobre o orçamento da saúde pública.”

Nos pequenos municípios, as decisões podem ser arrasadoras. É o caso de Buritama, uma cidade de 15 mil habitantes no interior de São Paulo. O orçamento do município para fornecimento de remédios é de R\$ 650 mil por ano. No ano passado, mais da metade foi destinada apenas ao cumprimento de demandas judiciais. Um único paciente pediu na Justiça – e ganhou – uma cirurgia de implante de eletrodos para amenizar o mal de Parkinson. Preço:

R\$ 108 mil. “Todos os pacientes que entraram na Justiça ganharam a causa. E o Judiciário nem mandou o Estado compartilhar os gastos conosco”, diz Nancy Ferreira da Silva Cunha, secretária de Saúde de Buritama. “Essas ações estão acabando com os pequenos municípios.”

Cada nova ação que chega à Justiça torna explícito o conflito entre o direito individual e o direito coletivo à saúde. Os que administram orçamentos públicos parecem ter a resposta na ponta da língua. “A saúde pública tem de priorizar o interesse coletivo. Os interesses individuais devem ser bancados pelas famílias. É como o transporte público. O transporte é o mesmo para todos. Quem quiser andar de carro importado tem de pagar esse luxo”, diz Cerri, secretário estadual de São Paulo.

Além dos pacientes, quem mais se beneficia da judicialização são as empresas que fabricam os medicamentos. ÉPOCA procurou a Alexion, empresa americana que fabrica o Soliris. Nenhum representante aceitou dar entrevista. Nem no Brasil nem nos Estados Unidos. Em nota preparada pela assessoria de imprensa, a empresa afirmou não comentar suas atividades no Brasil nem o número de brasileiros que atualmente recebem o medicamento. As ordens judiciais já não estão restritas apenas ao fornecimento de remédios. Além dos gastos com drogas que não estavam previstos no planejamento, em 2011 os juízes obrigaram o governo paulista a fornecer outros itens que consumiram mais R\$ 80 milhões. Não são medicamentos, mas os juízes aceitaram a argumentação de que seriam indispensáveis à saúde e, portanto, deveriam ser fornecidos pelo Poder Público. Parece lista de supermercado: sabão de coco em pó, escova de dente, antisséptico bucal, xampu anticaspa, pilhas, copos descartáveis, chupetas, papel toalha, creme fixador de dentaduras, fraldas geriátricas, filtros de água, óleo de soja, creme de leite, fubá, amido de milho, farinha láctea...

Os administradores dos recursos da saúde tentam basear suas decisões em avaliações técnicas do custo e do benefício dos medicamentos. Os orçamentos para comprar remédios estão cada vez mais ameaçados pelos preços altíssimos das novas drogas. Ele é justificado, segundo a indústria farmacêutica, pelo investimento de longos anos em pesquisa refinada e pelo universo relativamente reduzido de consumidores, no caso das doenças raras. Grande parte dos custos nesse setor também está relacionada a investimentos vultosos de marketing para promover as novas marcas.

Os preços elevados combinados ao aumento da parcela da população que sofre de doenças crônicas ameaçam o atendimento à saúde até mesmo nas nações mais ricas. “Nos países desenvolvidos, o tratamento do câncer transformou-se numa cultura de excessos”, escreveu o professor Richard Sullivan numa edição da revista *Lancet Oncology*, publicada em setembro de 2011. “Diagnosticamos demais, tratamos demais e prometemos demais.” Lá, é

cada vez mais frequente a pergunta cruel: é justo que o Estado gaste centenas de milhares de dólares para prolongar a vida de um doente de câncer em apenas dois meses?

E se Rafael fosse inglês?

No caso de doenças raras como a de Rafael, cada país age de uma forma. Na Inglaterra, o governo garante o Soliris apenas aos pacientes que tenham recebido pelo menos quatro transfusões de sangue no último ano. Na Escócia, o governo não paga.

Nos Estados Unidos, alguns planos de saúde oferecem o remédio. A maioria não o garante. O Medicare, o sistema público de saúde para maiores de 65 anos, paga a droga apenas em raras situações. No Canadá, que dispõe de um sistema público de saúde abrangente, apenas uma província (Quebec) garante o Soliris. No Chile e na Argentina, alguns doentes conseguem o remédio ao processar os planos de saúde ou os governos.

É possível fazer diferente. Com critérios técnicos, gestores públicos poderiam decidir como aplicar o orçamento da melhor forma possível, para garantir a saúde do maior número de cidadãos por mais tempo. Existem ferramentas matemáticas capazes de comparar os benefícios oferecidos por diferentes formas de cuidado médico.

Para cuidar disso, o Reino Unido criou o Instituto Nacional para a Saúde e a Excelência Clínica (Nice). Em atividade desde 1999, o órgão faz esses estudos e realiza reuniões com representantes da sociedade (pacientes, médicos, indústria farmacêutica) para debater o que deve ou não ser oferecido pelo National Health Service (NHS), o sistema que banca 95% de toda a saúde no país. O que o Nice decide oferecer vale para todos. Isso não quer dizer que os britânicos estejam satisfeitos com os serviços prestados. Os protestos são constantes. Em 2008, doentes de câncer renal fizeram uma grande mobilização para exigir que o governo oferecesse uma nova droga. O remédio só foi adotado muitos meses depois – mesmo assim para pacientes que preenchiam critérios predeterminados. Não há exemplo, no mundo, de país que tenha um orçamento tão elástico que seja capaz de satisfazer todos os desejos. Há sempre um grupo exigindo mais drogas para alguma doença. Mas, pelo menos, as regras podem ser transparentes e universais. “Economias emergentes como o Brasil enfrentam desafios semelhantes aos do Reino Unido: enquanto as doenças crônicas avançam e demandam mais e mais recursos, os dois países têm de zelar pela equidade no acesso à saúde”, diz Kalipso Chalkidou, uma das diretoras do Nice. “Temos trocado experiências com o governo brasileiro e esperamos estreitar essa parceria em 2012.”

Por enquanto, o volume das decisões judiciais leva o Ministério da Saúde a pedir suplementações orçamentárias ao Congresso Nacional. “Poderíamos estar pedindo esse dinheiro extra para melhorar a atenção básica à população”, afirma Carlos Gadelha, secretário de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde. “Em vez disso, pedimos dinheiro para bancar medicamentos que podem ser danosos ao cidadão que solicitou um remédio que não foi aprovado pela Anvisa. Isso é uma irracionalidade.”

Em outubro, a presidente Dilma Rousseff regulamentou a Lei no 12.401, que estabelece parâmetros para a inclusão de medicamentos no sistema público. Ela determina que o SUS não deve fornecer medicamentos, produtos ou procedimentos clínicos e cirúrgicos experimentais sem registro na Anvisa. É possível que a lei sirva de parâmetro técnico aos juízes. Muitos advogados, porém, acreditam que sempre será possível argumentar com base na garantia constitucional e, dessa forma, garantir o fornecimento do remédio pelo sistema público.

Além de destinar mais recursos à saúde, o Brasil precisa definir explicitamente o que vai e o que não vai financiar. A regra deve ser clara e válida para todos – indistintamente. É uma decisão dura e impopular, mas é a melhor forma de amenizar a desigualdade. No cenário atual, Rafael é um felizardo. “Melhorei 100% com esse remédio. Parece que foi instantâneo. Logo na primeira infusão, fiquei cheio de pique.” Nas missas de domingo, ele agradece. Toca guitarra enquanto a mãe canta. Com 1,80 metro e 103 quilos, risonho e falante, não poderia parecer mais saudável.

