

RESENHAS

REVIEWS

DIREITO, ESCASSEZ & ESCOLHA. EM BUSCA DE CRITÉRIOS JURÍDICOS PARA LIDAR COM A ESCASSEZ DE RECURSOS E AS DECISÕES TRÁGICAS

*Autor: Gustavo Amaral.
Rio de Janeiro — São Paulo: Editora RENOVAR;
2001, 256 páginas.*

Silvia Badim Marques^()*

O presente livro aborda uma problemática atual e pertinente, partindo da análise de decisões judiciais que garantem tratamentos de saúde integrais para portadores de HIV-AIDS, num contexto de escassez de recursos públicos. O autor aborda a dificuldade de se garantir efetivamente o direito social à saúde numa perspectiva distributiva e equânime, tendo em vista que este direito demanda uma prestação positiva do Estado que, por sua vez, demanda a aplicação de recursos públicos que são intrinsecamente escassos frente às necessidades de saúde da coletividade.

Propondo-se a responder as seguintes indagações: “o Direito pode fornecer alguma resposta para situações em que haja escassez de recurso?” (p. 01) e “como escolher a quem atender ou a quem não atender, num cenário de falta de meios” (p. 01) o autor expõe, no decorrer do livro, o conflito entre a microjustiça do caso concreto e a macrojustiça, tendo como pano de fundo a reconhecida insuficiência dos recursos públicos frente a direitos sociais que demandam prestações positivas do Estado. Expõe o problema da garantia absoluta destes direitos pelo poder Judiciário que, ao se voltar para a microjustiça do caso concreto sem quaisquer

(*) Advogada, mestranda em Saúde Pública pela Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo – FSP/USP. E-mail: sbadim@usp.br

considerações orçamentárias, acaba por perder de vista a macrojustiça, “dada pela possibilidade de aplicar a mesma regra jurídica construída para o caso concreto a todos os demais que se assemelham” (p. 17/18).

No capítulo 1 deste livro o autor apresenta, detalhadamente, o problema a ser enfrentado. Partindo da análise da doutrina da eficácia das normas constitucionais, traz à tona a dificuldade de se conferir eficácia plena e determinados direitos fundamentais positivados na Constituição Federal de 1988, que dependem de atuações positivas do Estado e, conseqüentemente, de recursos públicos para serem concretizados. Alerta o autor que é preciso inovar em relação à interpretação destes direitos fundamentais, para que determinados preceitos constitucionais não sejam condenados à ineficácia ou, de acordo com *Clèmerson Clève*, não sejam vigentes apenas sob a reserva do possível. E para tanto, aponta a necessidade de um Judiciário ativista, “não apenas apegado aos esquemas de racionalidade formal” (p. 17), vinculado “às diretivas e às diretrizes materiais da Constituição” (p. 17), preocupado com a minimização das desigualdades da sociedade brasileira e contextualizado à real problemática que envolve a efetivação dos direitos fundamentais.

Sob esta perspectiva, o autor introduz a questão das decisões judiciais na área da saúde, destacando e analisando decisões judiciais proferidas em segunda instância, que conferem tratamentos integrais a determinados portadores de HIV-AIDS. E através da análise destas decisões, o autor evidencia que o reconhecimento do direito subjetivo a determinado tratamento médico em sede judicial afasta qualquer consideração orçamentária. E aponta, em contrapartida, que os recursos públicos são intrinsecamente escassos, principalmente no que tange à medicina e à saúde, frente às necessidades da coletividade.

Desta forma, o autor constata que esta omissão judicial acarreta o não enfrentamento do conflito entre a microjustiça e a macrojustiça, pois a decisão judicial nestes casos é uma decisão alocativa de recursos, mesmo que não se reconheça como tal. E se os recursos são escassos, como são, o autor constata que em relação às decisões alocativas de recurso é preciso que se estabeleçam critérios claros, que justifiquem porque se opta por atender determinadas pessoas e não outras. E assim, indaga: “quem atender? Quais os critérios de seleção? Prognósticos de cura? Fila de espera? Maximização de resultados (número de vidas salvas por cada mil reais gastos, p. ex)? Quem consegue primeiro uma liminar?” (p. 37). Continua com a afirmação de que “tratando-se de uma decisão, nos parece intuitiva a necessidade de motivação e controle dos critérios de escolha, uma prestação de contas à sociedade porquê preferiu-se atender a uma situação e não à outra” (p. 37).

E por fim, destaca o problema da falta de critérios claros nas decisões alocativas de recursos num país como o Brasil, “onde a desigualdade social faz com que parte da sociedade já sofra de doenças modernas

ou da riqueza, assim as consideradas típicas de países mais desenvolvidos, ao passo que outra parcela ainda sofre com doenças da miséria como febre amarela, cólera e malária” (p. 35). Conclui o capítulo com a constatação de que a justiça do caso concreto deve ser sempre aquela que possa ser assegurada a todos que estão ou possam vir a estar em situação similar, sob pena de se quebrar a isonomia: “esta é a tensão entre micro e macrojustiça” (p. 39).

No segundo capítulo deste livro o autor aborda a evolução da idéia de direito e a dificuldade de se definir a terminologia da palavra. Sustenta que direito é uma “palavra-camaleão” (p. 45), que já assumiu diferentes significados ao longo da história e que “a simples afirmação categórica que algo é um direito, desvencilhada de outras informações, não transmite informações suficientes” (p. 45). E sob esta assertiva, o autor aborda a evolução dos direitos fundamentais, que aparecem na história a partir da era moderna e assumem diferentes significados até os dias atuais.

Neste sentido, aponta que “no curso da evolução histórica foram formadas gerações de direitos que não se superam, mas convivem entre si” (p. 55). E ao terminar de descrever estas gerações de direitos fundamentais, o autor enfoca a diferença estabelecida pela doutrina entre os direitos fundamentais positivos (sociais) e negativos (de liberdade), ou seja, a diferença entre os direitos fundamentais que dependem (direitos sociais) e os direitos que não dependem (direitos de liberdade individual), para sua exigibilidade, de uma ação positiva do Estado. E termina o capítulo com a conclusão de que, apesar das diferentes teorias sobre a exigibilidade dos direitos fundamentais, é inegável que “há direitos cuja efetividade social pode ser apenas jurídica, pois correspondem a pretensões de abstenção, ao passo que outros, para serem cumpridos, para sair do papel, necessitam intrinsecamente a existência de um aparato público, vale dizer, demandam recursos materiais” (p. 67).

No terceiro capítulo, o autor procura demonstrar que a distinção entre direitos positivos e negativos nem sempre se mostra bem delineada nos casos concretos. Demonstra que esta distinção não pode ser extremada, pois existem direitos negativos com dimensões positivas e direitos positivos com dimensões negativas. E assim, passa a refletir sobre o custo dos direitos, tendo como referência a obra de Stephen Holmes e Cass Sunstein: “The cost of rights: why liberty depends on taxes”, sustentando que “todos os direitos têm custos porque todos pressupõe o custeio de uma estrutura de fiscalização para implementá-los” (p. 73), mesmo os direitos de liberdade e propriedade, considerados direitos negativos.

Com a afirmação de que “nada que custe dinheiro pode ser absoluto” (p. 78), o autor volta-se para a análise das decisões judiciais estudadas e conclui que nenhum direito cuja efetividade pressupõe um gasto seletivo dos valores arrecadados pelos contribuintes pode ser protegido de forma unilateral pelo poder Judiciário, sem considerações às consequên-

cias orçamentárias. “Tribunais que decidem sobre a efetividade e eficácia de pretensões em casos específicos (...) fundamentarão suas decisões com mais inteligência e transparência se, de forma imparcial, admitirem o modo pelo qual os custos afetam o propósito, a intensidade e a consistência da efetividade dos direitos” (p. 79).

Aponta, no final deste capítulo, que existe uma competição inevitável entre direitos “dependentes” pelo consumo dos recursos públicos. Nas situações concretas em que há conflitos entre direitos igualmente vigentes, onde nem sempre é possível atender a todos em face da escassez dos recursos, é preciso se seja feita uma escolha por parte do Estado. O autor conclui que essa escolha é uma escolha dramática e disjuntiva, que não nega o direito daquele que não for atendido, apenas opta por atender direito diverso em face da impossibilidade concreta de se atender todas as pretensões. E assim, faz-se necessário a adoção de um critério de escolha por parte do Estado, já que atender uma pretensão é deixar de atender a outra. Nas palavras do autor: “a limitação desses recursos pode torná-los escassos e, então, será necessária a adoção de escolhas trágicas, onde se opta por quem atender e disso resulta o consumo de recursos que poderiam atender a outro ou a outros” (p. 84).

O autor inicia o quarto capítulo com a distinção terminológica entre direitos fundamentais e direitos humanos e segue elencando teorias sobre a natureza dos direitos fundamentais. E neste sentido, sustenta que os direitos fundamentais são a positivação, o reconhecimento dos direitos humanos e têm natureza jurídica própria, inconfundível com as categorias moldadas pelo direito privado: não são meras regras de estrutura ou meros valores jurídicos. Os direitos fundamentais “investem o indivíduo em um *status* jurídico no qual lhe é facultado formular pretensões perante o Estado, pretensões essas que podem dirigir-se a uma abstenção estatal (pretensão negativa) ou a uma ação do Estado (pretensão positiva)” (p. 101).

Após estruturar a decomposição dos direitos em pretensões, o autor defende que os direitos fundamentais representam uma categoria de direitos sem deveres correlatos, corroborado por autores como Holmes e Sunstein. Sustenta que o direito fundamental à saúde, por exemplo, não depende da ocorrência de nenhum fato para ser pleiteado e não encontra correlação necessária em deveres estatais. Tanto os são quanto os doentes têm este mesmo direito, pelo simples fato de pertencerem a uma dada sociedade e “sendo assim, devem tais direitos valer para todos que se encontram em condições de recebê-los” (p. 108). No entanto, o autor volta a reforçar, após essas constatações, que os recursos públicos para atender às demandas e aos direitos de todos os cidadãos de uma dada sociedade são ontologicamente finitos. E assim, conclui que é preciso que se aplique conceitos diversos dos hauridos do direito privado aos direitos fundamentais, que levem em consideração as suas especificidades e limites estruturais. Termina o capítulo enfocando a colisão de direitos

fundamentais na doutrina e o conflito entre pretensões positivas, onde “o conflito quase que não é jurídico” (p. 126) e em relação ao qual “não se nega o direito de todos, apenas não se tem como atender” (p. 126). Traçando a visão de *Robert Alexy*, conclui que a especificidade desse conflito não afasta os critérios corriqueiros de solução jurídica, como a delimitação de conteúdo da norma pela via interpretativa e a ponderação de valores, mas as especificidades deste conflito demandam a aplicação de outros critérios, que busca delinear no capítulo seguinte.

No capítulo quinto o autor busca apontar outros critérios para a resolução jurídica de conflitos entre direitos fundamentais com pretensões positivas. Após uma reflexão sobre escassez e saúde, alocação de recursos escassos e sobre as teorias de *John Rawls*, *Robert Nozick*, *Walzer*, *Elster* e *Sustein*, o autor faz uma correlação entre os princípios de justiça distributiva e a alocação de recursos para o atendimento dos direitos fundamentais. Demonstra que há uma vasta gama de critérios e metodologias para a tomada de decisões alocativas em caso de conflitos entre direitos fundamentais, diversas ferramentas, diversas possibilidades de considerações que se abrem a várias leituras e que podem ser aplicadas aos conflitos em questão. É alerta que “ante a escassez, torna-se imperiosa a adoção de mecanismos alocativos” (p. 181) e que é mister que a complexidade da questão seja colocada em evidência, pois há a tentação de “decidir não decidir”, de não tornar clara a adoção de qualquer forma de alocação, de “escolher por não escolher, disfarçar a existência de escolhas trágicas por meio de critérios que parecem neutros, onde a negativa à vida pode ser creditada à Providência” (p. 171/172).

E assim, o autor no capítulo sexto encerra a sua exposição deixando-nos cientes da importância do interprete jurídico frente a estas questões. É frente à tão colocada constatação de que “a escassez de recursos, a escassez de meios para satisfazer direitos, mesmo fundamentais, não pode ser descartada” (p. 185) e que, surgindo esta “o Direito precisa estar aparelhado para dar respostas” (p. 185), terminamos a leitura certos de que a teoria jurídica precisa enfrentar esse desafio e avançar em relação à proteção dos direitos fundamentais.