

DIREITOS PRESTACIONAIS E IGUALDADE MATERIAL: AS ESCOLHAS TRÁGICAS DA DECIDIBILIDADE CONSTITUCIONAL

PRESTATIONAL RIGHTS AND SUBSTANTIVE EQUALITY: THE TRAGIC CHOICES OF CONSTITUTIONAL DECIDABILITY

Gustavo Adolfo Menezes Vieira¹

SUMÁRIO: Introdução. 1 Dos direitos à prestação. A estrutura dogmática prestacional. 1.2 Os inexoráveis custos dos direitos. 2 Do postulado da Igualdade. 2.1 A inafastabilidade de escolhas trágicas. 2.2 A miopia da microjustiça. 3 Da decidibilidade constitucional. 3.1 A trilateralidade das prestações sociais. 3.2 A necessidade de ponderações pragmáticas. Conclusões

RESUMO

O presente artigo tem como objeto uma reflexão crítica da aplicação dos direitos prestacionais em um ambiente de escassez de recursos, de modo a propor respostas mais adequadas aos dilemas de decidibilidade constitucional. Para tanto, mediante a realização de pesquisa qualitativa exploratória predominantemente bibliográfica e adotando-se a opção metodológica jurídico-dogmática, analisa-se a estrutura dogmática dos direitos fundamentais enfatizando os imprescindíveis custos de sua consecução, cotejando-os ao postulado da igualdade. Constata-se, outrossim, a existência de uma lógica prestacional trilateral que encerra escolhas trágicas, aspecto este comumente desconsiderado por uma concepção jusprivatística de (micro)justiça, dominante no *establishment* jurídico brasileiro.

Palavras-chave: direitos prestacionais; custos dos direitos; escolhas trágicas; igualdade.

ABSTRACT

The following article has as its object a critical reflection of prestational rights implementation in an environment of scarce resources, in order to propose more appropriate responses to the dilemmas of constitutional decidability. Therefore,

¹ Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (bolsista Capes). Pesquisador do Laboratório de Análise Política Mundial (Labmundo - UFBA), antena Salvador-BA, Brasil. Contato: gustavo@labmundo.org.

through the attainment of a predominantly bibliographic exploratory qualitative research and adopting the juridical-dogmatic methodological option, it's analyzed the dogmatic structure of fundamental rights, emphasizing the essential costs of their achieving, and confronting them to the postulate of isonomy. Thus, it's verified the existence of a trilateral prestational logic that confines tragic choices, an aspect generally disregarded by a jusprivatist conception of (micro)justice, prevalent in Brazilian juridical establishment.

Key-words: prestational rights; costs of rights; tragic choices; equality.

INTRODUÇÃO

Esse trabalho busca avaliar os contornos dogmáticos dos direitos prestacionais a partir de uma perspectiva isonômica. Mais precisamente, aponta-se neste artigo a necessidade de se levar em consideração, nas decisões jurídicas, os custos de realização desses direitos em face da sociedade em geral.

Essa abordagem faz-se necessária posto que a doutrina e jurisprudência dominantes, ao descurem da dimensão consequencial das prestações sociais, as escolhas trágicas que por vezes encerram, engendram distorções em sua própria tutela constitucional.

Realiza-se neste trabalho pesquisa qualitativa exploratória predominantemente bibliográfica, tendo como opção metodológica o veio jurídico-dogmático², alicerçada pelo raciocínio hipotético-dedutivo. Mediante o tipo de investigação descritivo-propositivo, busca-se balizar a estrutura dos direitos sociais à luz do postulado da igualdade material, sob o marco da Jurisprudência dos Valores (*Wertungsjurisprudenz*).

Trabalha-se com a hipótese de que a abertura da ponderação (*Abwägung*) de princípios à dimensão pragmático-econômica dos direitos prestacionais é instrumento idôneo para evitar as assimetrias resultantes de uma decidibilidade constitucional pautada por uma lógica de microjustiça, refratária a preceitos isonômicos.

² GUSTIN, Miracy Barbosa. **(Re) pensando a pesquisa jurídica:** teoria e prática. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

1. DOS DIREITOS À PRESTAÇÃO

1.1 A estrutura dogmática prestacional

O conteúdo e as potencialidades da ordem constitucional perpassam pela análise dos direitos fundamentais. Em linhas gerais, pode-se considerar:

[que] Direitos fundamentais são [...] todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade material), integrados ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, pelo seu objeto e significado, possam lhes ser equiparados, tendo, ou não, assento na Constituição formal³.

A Constituição Federal (CF) conferiu destaque à tutela desses direitos, seja em sua extensão (como ilustram os setenta e sete incisos do art. 5º), seja em sua materialidade (integrantes do núcleo identitário do art. 60 § 4º). Estruturalmente, os direitos fundamentais consagram tanto direitos de defesa (*Abwehrrechte*), como direitos a prestações de índole positiva (*Leistungsrechte*)⁴.

Na primeira vertente, os direitos de defesa, de matriz liberal-burguesa servem à limitação do poder estatal e garantia de um espaço de liberdade do indivíduo (aproximam-se do *status negativus / libertatis* de Jellinek). No plano objetivo, trata-se de competência negativa do Poder Público (*negative Kompetenzbestimmung*), que deve abster-se de impedir, intervir ou eliminar posições jurídicas dos cidadãos. No plano subjetivo, correspondem ao poder de exigir do Estado comportamento omissivo.

A segunda vertente dos direitos fundamentais, os direitos à prestação, servem à implementação de condições fáticas materialmente assecuratórias das liberdades

³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p.446.

⁴ MENDES, Gilmar. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador: Centro de Atualização Jurídica (CAJ), nº 10, jan. 2002, p.2.

fundamentais (aproxima-se do *status positivus* de Jellinek). Sua estrutura dogmática contempla tanto direitos a prestações fáticas (*faktische positive Handlungen*), quanto a prestações normativas (*normative Handlungen*)⁵. Em sentido amplo, os direitos prestacionais incorporam direitos à proteção e à organização e procedimento, revestindo-se de configuração defensiva, como o direito à greve e à liberdade de associação sindical (espécie de *status negativus socialis*). Em sentido estrito, direitos prestacionais referem-se a prestações sociais materiais, espécie de “fatores de implantação da justiça social”⁶, revestindo-se de caráter redistributivo, (espécie de *status positivus socialis*). São, estes últimos, o objeto de análise do presente artigo.

Os direitos a prestações *stricto sensu* (*Leistungsrechten im engeren Sinn*) “são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares”⁷. Como exemplo, temos os direitos à saúde, moradia, trabalho, dentre outros. Pode-se utilizar a expressão direito fundamental social (*Soziale Grundrechte*) como supraconceito, no qual, em seu interior, encontram-se os que são expressamente e os implicitamente atribuídos pela Constituição.

Enquanto subjetivos, os direitos à prestação envolvem relações triádicas que podem ser descritas da seguinte forma: *a* tem em face do Estado (*s*) a obrigação que este realize dada ação *h*; o que implica que o Estado (*s*) tem, em função de *a*, o dever de realizar *h*. Essa exigibilidade “perfeita” marca seu caráter *prima facie*⁸.

A abstenção do Estado em torno dos direitos de defesa não é suficiente para a proteção dos direitos fundamentais. A liberdade “em relação ao” (*Freiheit vom*)

⁵ MENDES, Gilmar. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Diálogo Jurídico**, p.2.

⁶ SARLET, Ingo. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador: Centro de Atualização Jurídica (CAJ), v. 1, n. 1, 2001, p.20.

⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, p.499.

⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, p.446.

Estado complementa-se pela liberdade “mediante atuação” do Estado (*Freiheit durch*)⁹. “Podemos partir da premissa de que tanto os direitos de defesa quanto os direitos sociais formam o sistema unitário e materialmente aberto dos direitos fundamentais na nossa Constituição¹⁰”. A questão que se coloca é em que medida o Estado se vê obrigado a realizar as prestações fáticas necessárias para consecução dos direitos positivos constitucionalmente colimados. Nesse prisma, resta de fundamental importância a análise dos custos dos direitos sociais, isonomicamente considerados, em um ambiente de escassez de recursos.

1.2 Os inexoráveis custos dos direitos

Decerto, todos os direitos fundamentais envolvem custos a sua realização, nesse sentido, todos são direitos são “positivos¹¹”, no sentido que envolvem custos intrínsecos e, obviamente, não apenas na acepção comum de direito vigente. O direito ao voto não pode ser desempenhado sem verbas destinadas à realização dos procedimentos eleitorais. Tampouco a liberdade pode ser exercida sem a garantia de um custoso aparato de segurança pública. O próprio acesso à justiça impescinde de recursos suficientes à criação e manutenção dos tribunais. Referendar os direitos de defesa enquanto direitos absolutos em detrimentos das prestações sociais por uma suposta ausência de custos em relação aos primeiros, logo, não se sustenta. Em outras palavras, “a dificuldade de subjetivação de um direito a um *facere* do Estado não é apenas um fenômeno do moderno ‘Estado Social’¹²”.

⁹ MENDES, Gilmar. MENDES, Gilmar. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Diálogo Jurídico**, p.6.

¹⁰ SARLET, Ingo. SARLET, Ingo. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, p.21.

¹¹ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The cost of rights. Why liberty depend on taxes**, New York: Norton & Company, 1999.p.35.

¹² CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.50.

Deveras, à construção kelseniana que a dado direito do cidadão corresponde a uma obrigação do funcionário estatal, deveria ser acrescentado que esse funcionário deve, necessariamente, ser pago¹³. Do mesmo modo, o clássico entendimento de que “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas de protegê-los¹⁴”, poder-se-ia acrescentar a necessidade de custeá-los. Além de político, a tutela de direitos é, deveras, igualmente um problema econômico.

Apesar da tutela de todo e qualquer direito envolver custos, no caso dos direitos sociais, este aspecto assume especial relevância. Esses direitos têm como objeto conferir, por assim dizer, um “mínimo” de existência digna e oportunidades isonômicas de desenvolvimento, reclamando uma maior intervenção do Estado nas esferas econômica e social. Os direitos prestacionais “custam mais dinheiro”, diferenciando-se os “gastos institucionais” (como o aparato judiciário), comuns aos direitos de defesa¹⁵; são, logo, “posições jurídicas claudicantes¹⁶”. Nesse plano, a aplicabilidade dos direitos sociais prestacionais encerra problemas distributivos de caráter polêmico. Em termos absolutos, sua aplicação resultaria em uma situação na qual o Estado seria responsável integral por toda e qualquer necessidade humana. Insta, portanto, ser pragmático (não no sentido semiótico ou pejorativo), mas em seu aspecto cotidiano; isso implica tratar com ressalvas a “prodigalidade textual da Constituição¹⁷”.

Desse modo, antes de afirmar que uma pessoa tem o direito (definitivo) a uma prestação, deve-se analisar antes os custos desses direitos. Com isso não se quer dizer que a configuração de dado direito *in abstracto* seja determinado pelo aspecto econômico, mas sim que este, *in concreto*, é passível de restrições, em

¹³HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The cost of rights**. p.113.

¹⁴ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. São Paulo: Campus, 2004, p.23.

¹⁵ SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.286.

¹⁶ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**, p.52.

¹⁷ GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**. Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.338-340.

vista das possibilidades fáticas e jurídicas de sua realização¹⁸. Nesse cotejo, para além do plano estritamente normativo, uma interpretação constitucional consequencialista, que leve em conta os custos do direito, figura instrumento imprescindível à manutenção de integridade do sistema jurídico. Nesse prisma, mais que em qualquer outro ramo da Jurisprudência, o Direito Constitucional, em especial no que tange à tutela de direitos fundamentais prestacionais, validade e faticidade encontram-se em permanente tensão. Pode-se dizer que o Direito é um “servo de dois senhores”, da lei e da realidade¹⁹. O nó górdio desse contexto é definir o conteúdo dessa relação bifronte no campo da *Lex Legum*.

2. DO POSTULADO DA IGUALDADE

2.1 A inafastabilidade de escolhas trágicas

O postulado da igualdade²⁰ material, tal qual sua formulação aristotélica impõe a necessidade de “tratar o igual igualmente e o desigual desigualmente”. Nesse prisma, a isonomia pode ser considerada tanto como:

[...] exigência de tratamento igualitário (*Gleichbehandlungsgebot*), quanto como proibição de tratamento discriminatório (*Ungleichbehandlungsverbot*). A lesão ao princípio da igualdade oferece problemas, sobretudo quando se tem a chamada ‘exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade’ (*willkürlicher Begünstigungsausschluss*)²¹.

¹⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, p.455.

¹⁹ AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. Critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e decisões trágicas, p.160.

²⁰ Embora utilizada comumente na doutrina como princípio, considera-se mais pertinente reputar à igualdade a conceituação de postulado sistêmico, tendo em vista sua posição privilegiada na construção do raciocínio jurídico. A igualdade não está sujeita à ponderação, ela a envolve; não possui conteúdo material, antes o possibilita. Não há de se falar em Direito desigual. Sua negação implica na própria negação da Ciência do Direito. Pode-se dizer que seu teor perpassa estruturalmente todo o sistema jurídico, entrelaçando-se com a própria noção de direito. É digno de nota que a representação mitológica da justiça (seja Diké, seja Têmis) acompanha sempre uma balança.

²¹ MENDES, Gilmar. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. Revista Diálogo Jurídico. Salvador: **Centro de Atualização Jurídica (CAJ)**, nº 10, jan. 2002, p.8.

Essa incompatibilidade ocorre quando se discriminam dadas pessoas com a concessão de benefícios (prestacionais), sem contemplar todos que se encontrem em circunstâncias análogas. Sabe-se bem que *discrimens* não são incompatíveis com o postulado da igualdade; pelo contrário, este os pressupõe. Deveras, a própria normatividade traz como traço indelével elementos distintivos, sem os quais o Direito não poderia regular a vida social. O que se encarece, nesse passo é analisar a “razão empecedora do *discrimen* excogitado²²”, mais precisamente, sua pertinência lógica com a imputação jurídica derivada, ao calço das balizas constitucionais.

Em geral, a razão justificadora à tutela jurisdicional de prestações sociais, como o direito à saúde, é o grave risco ao bem-estar de um indivíduo. Essa *ratio decidendi* parece ser suficiente a justificar o tratamento diferenciado. Essa inferência, contudo, não leva em consideração que dado provimento jurisdicional, em termos de direitos prestacionais, têm como consectário lógico o remanejamento de recursos finitos do Estado, pondo em risco potencial a vida de outros indivíduos que, assim como o litigante, dependem do serviço público de saúde para sobreviverem. Toda dramaticidade da questão é muito bem captada pelo ministro Gilmar Mendes que aduz em audiência pública sobre o tema:

Em alguns casos, satisfazer as necessidades das pessoas que estão a sua frente, que têm nome, que têm suas histórias, que têm uma doença grave, que necessitam de um tratamento específico, pode, indiretamente, sacrificar o direito de muitos outros cidadãos, anônimos, sem rosto, mas que dependem igualmente do sistema público de saúde. Não raro escutamos de gestores do sistema a seguinte frase: ‘O juiz me mandou internar um paciente, imediatamente, numa unidade de Tratamento Intensivo, mas não me disse qual paciente retirar para dar lugar ao novo!’²³.

²² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2001, p.12.

²³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Audiência Pública nº 4/2009**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Abertura_da_Audiencia_Publica__MG_M.pdf. Acesso em: 02 Set. 2012, p.6.

A linha que separa a aspiração heroica da pecha de carrasco como se vê, deveras, é demasiadamente tênue. Sob o pretexto de se fazer justiça social e pretensamente salvar uma vida, ceifa-se, em verdade, muitas outras. Escolhas trágicas (*tragic choices*²⁴), por vezes, são inevitáveis. Pode-se dizer que o jurista:

[...] chegado a este extremo limite, vê cheio de espanto, que a lógica também toma a forma curvilínea desses limites e se enrola a si própria, como a serpente que morde a própria cada – tem a visão de uma nova forma de conhecimento, o ‘conhecimento trágico’, de que não pode suportar o aspecto²⁵.

Sob o imperativo da isonomia, a dimensão trágica dos direitos prestacionais deve ser trazida à tona na decidibilidade jurídica. O reconhecimento dessa dimensão torna o fato que, em vista da inexorável escassez de recursos, algum bem há de ser sacrificado. Decisões jurídicas implicam (re) alocação de recursos, portanto, resultam em dinâmicas de *trade-off*²⁶. Essas decisões envolvem escolhas de “primeira ordem” (*first order*) sobre o que atender e de “segunda ordem” (*second order choices*), sobre a quem atender²⁷. Supor que os custos de realização de direitos não serão arcados por outras pessoas em situações concretas, seus “financiadores ocultos”, resta uma “profissão de fé²⁸”. Afinal, “levar os direitos a sério significa também levar a escassez a sério²⁹”, pois “direitos não nascem em árvores³⁰”. Logo, em termos de decidibilidade constitucional, os tribunais não devem se limitar:

²⁴ CALABRESI, Guido. BOBBIT, Philip. *Tragic choices. The conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources*. New York: Norton, 1978, p.18.

²⁵ NIETZSCHE, Friedrich. *A origem da tragédia*, São Paulo: Centauro, 2004, p.96.

²⁶ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights*, p.118. O termo *trade-off* corresponde, no jargão econômico, à relação inversamente proporcional entre duas variáveis, no sentido em que a opção por uma dada alternativa implica necessariamente que as demais serão preteridas.

²⁷ CALABRESI, Guido. BOBBIT, Philip. *Tragic choices. The conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources*, p.19.

²⁸ AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*. Critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e decisões trágicas, p. 118.

²⁹ Tradução livre do original: “*taking rights seriously means taking scarcity seriously*”. HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights. Why liberty depend on taxes*, p.94.

³⁰ GALDINO, Flávio. Introdução à teoria dos custos dos direitos. Direitos não nascem em árvores, p.347.

[...] a verificar a compatibilidade vertical, aparente, semântica, das normas infraconstitucionais com dispositivos específicos da Constituição, mas, ao contrário, escrutiniza[r] os seus 'resultados' à luz do objetivo constitucional que se quer atingir, que é a igualdade efetiva. Assim, uma norma ou medida governamental que tenha toda a aparência de ser plenamente compatível com a Constituição (*facially neutral provision*), quando examinada sob a ótica dos resultados que ela produz ou poderá vir a produzir, pode ser considerada inconstitucional em função do impacto desproporcional (*Disparate impact*) que produzirá em certos segmentos vulneráveis da sociedade. E isso será o bastante para a respectiva invalidação³¹

Resta necessário, portanto, uma "des-introversão" do esquema jurídico da relação prestacional³², de modo de modo a descortinar que por detrás do dever de socialidade do Estado, há cidadãos "pagadores" e "tomadores" das prestações sociais. A questão colocada por Ingo Sarlet de que a denegação de serviços essenciais como a saúde equipara-se a uma "pena" de morte para alguém cujo único crime foi de não ter condições de obter com seus próprios recursos o atendimento necessário³³ resta inadequada por se limitar a um prisma individualista. A metáfora da pena capital não parece ser adequada por intuir ser possível evitar decisões trágicas, por uma postura voluntarista do Estado (*in casu*, o magistrado), através de uma espécie de "sursis" da "pena". Mas a que custo? A "sursis prestacional", ao contrário de sua homóloga penal, ao salvar uma vida, põe em risco outras. Oblivia-se o aspecto consequencial, a inexorável dimensão econômica dos direitos (enquanto posição jurídica definitiva).

2.2 A miopia da microjustiça

Como visto acima, o grave risco a vida não justifica dogmático-estruturalmente o tratamento diferenciado àquele que pleiteia a tutela judicial de urgência em face

³¹ GOMES, Joaquim Barbosa. Discriminação racial e princípio constitucional da igualdade. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: v.36, n.142, Abr/Jun. 1999, p.321.

³² CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**, p.102.

³³ SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais em uma perspectiva constitucional, p.325.

daquel'outros "anônimos sem rosto" usuários do sistema público de saúde, por tratar-se de característica compartilhada entre ambos.

A distinção efetiva que resta é que uns ingressaram no Judiciário; outros, não. Porém seria esse *discrímén* válido para vindicar a saúde ou a vida de um em detrimento de outrem? Não parece ser adequada a ilação. Recorrer ao velho adágio latino de que "o Direito não socorre aos que dormem" é um artifício argumentativo falacioso. A Constituição da República não faz esse tipo de distinção material. O direito à saúde é a todos os brasileiros e não apenas àqueles que ingressaram no Judiciário. O ônus da inércia, tal como concebido na expressão *Dormientibus non succurrit jus*, remete a concepções jusprivatísticas, ligadas à contumácia processual de uma "lide entre duas partes" (*Zweiparteienprozess*), e não ao aspecto prestacional publicista dos direitos fundamentais. Aquela é a lógica de um modelo jurisdicional individualista, "de Tício e Mévio", inaplicável a uma sociedade de massas. Privilegia-se a igualdade formal em detrimento de seu aspecto substancial.

Essa lógica de microjustiça acaba por favorecer decisões pontuais, olvidando-se das distorções daí resultantes em termos orçamentários e de políticas públicas. Essa espécie de "atomismo" ou "clientelismo institucional"³⁴ acaba por ocasionar uma multiplicidade de lides individuais favorecendo pessoas isoladas muitas vezes de forma descriteriosa, em sede de tutela antecipada e em ausência de dilação probatória³⁵. Essa forma de proatividade acrítica do Judiciário acaba por contribuir à própria deturpação dos direitos prestacionais. Um exemplo eloquente das distorções engendradas por uma postura jurídica normativista estrita, indiferente ao custo dos direitos, é o caso de Rafael Notarangeli Fávaro. Acometido de uma forma raríssima de anemia, Rafael é amparado pelo SUS por força de decisão judicial, fazendo jus ao "tratamento mais caro do planeta"³⁶;

³⁴ GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**. Direitos não nascem em árvores, p.278.

³⁵ TORRES, Marta Oliveira. **Judicialização da saúde: Juiz Pilatos x Juiz Tirano**. Monografia Pós-Graduação *lato sensu*. Salvador: Fundação Faculdade de Direito da UFBA, 2012, p.81.

³⁶ A medicação chama-se Soliris, produzida pelo Laboratório Farmacêutico Alexion. SEGATTO, Cristiane. **o paciente de R\$ 800 mil**. Época. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/tempo/noticia/2012/03/o-paciente-de-r-800-mil.html>>. Acesso em: 30 Set. 2012.

algo em torno de \$400.500,00 dólares/ano (em valores de 2010), ou seja, aproximadamente oitocentos mil reais³⁷. A patologia acometida por Rafael pode ser curada por um transplante de medula óssea, de valor médio de cinquenta mil reais. Em 30% dos casos há, porém possibilidade de complicações e, como toda intervenção cirúrgica, risco de vida. A não assunção desse risco garantiu, via judicial, o custoso tratamento vitalício, vez que, sem se submeter ao transplante, não há cura possível e a medicação deverá ser ministrada indefinidamente.

O impacto do julgado salta aos olhos quando se confronta o total de repasse anual do governo federal em matéria de saúde aos municípios brasileiros. O valor do tratamento a um único cidadão em termos absolutos supera o repasse de verbas federais no setor a diversos municípios brasileiros, individualmente considerados³⁸. O orçamento destinado a toda sorte de atendimento médico de emergência, intervenção cirúrgica, campanhas de vacinação, profilaxia de doenças, corresponde ao tratamento de um indivíduo singular. Quadra aqui a discrepância que macula o postulado da igualdade material. Tratar direitos fundamentais prestacionais sob um viés estritamente privatista engendra distorções como esta, dentre outras notoriamente conhecidas, tal como a determinação de tratamentos médicos experimentais milionários no exterior, àqueles poucos capazes de pagar bons advogados. Isso, à custa do orçamento destinado aos cuidados básicos de saúde de milhares (quicá milhões) de pessoas atingidas por decisões judiciais dessa natureza. A insustentabilidade do raciocínio é patente ao levar-se sua lógica às últimas consequências. Se todos os cidadãos buscassem a tutela judicial para satisfazerem seu direito fundamental à saúde a despeito da reserva orçamentária (como comumente se vê) não apenas o sistema de saúde entraria em colapso, como o próprio Judiciário não suportaria a demanda.

³⁷ HERPER, Matthew. **The World's Most Expensive Drugs.** Forbes. Disponível em: <<http://www.forbes.com/2010/02/19/expensive-drugs-cost-business-healthcare-rare-diseases.html>>. Acesso em: 30 Set. 2012.

³⁸ BRASIL. Senado Federal. **Orçamento da União.** Disponível em: <http://www9.senado.gov.br/portal/page/portal/orcamento_senado/PS_ORCSAUDE/Execucao>. Acesso em: 02 Set. 2012.

A tutela de direitos prestacionais nesses moldes, portanto, assemelha-se mais a uma prática elitista³⁹, voltada à tutela dos poucos privilegiados em condição de utilizar-se da custosa máquina jurisdicional. Essa espécie de miopia jurisdicional deve ser evitada à luz de preceitos isonômicos.

3. DA DECIDIBILIDADE CONSTITUCIONAL

3.1 A trilateralidade das prestações sociais

Devido à concepção de microjustiça supradescrita, o Judiciário brasileiro vem desenvolvendo escolhas alocativas inconscientes, alicerçada, a despeito dos impactos intrínsecos que são acometidos ao todo social. Esse *esprit d'antan* tem como protótipo, uma relação jurídica bilateral simples, de conteúdo puramente obrigacional, correspondente ao binômio direito-dever entre particulares. Ao buscar-se transpor esse binômio à ordem pública, opera-se em geral uma antropomorfização do ente estatal. Os direitos públicos subjetivos passam a ser considerados direitos “contra” o Estado. Essa visão liberal, típica dos direitos de defesa não parece ser uma postura inadequada sob o crivo dos direitos sociais. Estes, decerto, não são direitos realizados “contra”, senão “através” do Estado. Submetido ao postulado da igualdade o Estado é premido pelo imperativo de universalidade prestacional.

Sob esse cariz, assume um papel intermediador na alocação de recursos escassos para satisfação de múltiplas pretensões sociais da sociedade como um todo. Ou seja, a realização por parte do Estado (S) de dada prestação social a um indivíduo *a* implica, devido à escassez de recursos, a não (¬) realização da mesma prestação a outro sujeito *b*. Sinteticamente: $Sa \leftrightarrow \neg Sb$. Ou seja, no plano juspublicista, direitos subjetivos não se restringem a relações triádicas⁴⁰,

³⁹ Os Estados mais ricos da concentram 47% das ações contra o Ministério da Saúde. BAHIA, Saulo Casali. **O princípio da confiança e a judicialização da política**. Salvador: Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA, 2012, p.12.

⁴⁰ Como visto às fls.4, em que um indivíduo *a* tem em face do Estado (S) a obrigação que este realize dada ação *h*; o que implica que o Estado (s) tem, em função de *a*, o dever de realizar *h*. Sinteticamente: Sa .

VIEIRA, Gustavo Adolfo Menezes. Direitos prestacionais e igualdade material: as escolhas trágicas da decidibilidade constitucional. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.2, 2º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

mas envolvem em uma dinâmica trilateral. São, logo, preceitos dogmáticos recíprocos: devem levar em conta necessariamente o todo social. Nesse orbe, em deferência ao postulado da igualdade, apenas quando universalizável, determinado direito fundamental é passível de tutela, afinal:

O amor da democracia é o da igualdade. O amor da democracia é ainda também o amor da frugalidade. Cada um deve desfrutar o mesmo bem-estar e as mesmas vantagens, deve experimentar os mesmos prazeres e constituir as mesmas esperanças; coisa que só se pode alcançar senão da frugalidade geral⁴¹.

Nesses termos, o Estado não deve conceder dada prestação insuscetível de ser disponibilizada igualmente a outros sujeitos na mesma condição. Em outras palavras “a universalidade dos direitos torna imperativa sua limitação” [rectius: restrição]. Pode-se utilizar aqui a mesma conclusão que chegou a Suprema Corte Americana no célebre *caso Brown v. Board of Education of Topeka* em 1954: “esse tipo de oportunidade, na qual o Estado tomou para si a responsabilidade de provê-lo é um direito o qual deve ser tornado disponível a todos em termos isonômicos”.

Pode-se deduzir, portanto, que direitos sociais prestacionais, para se evitar disciplina diferenciada das situações (*die Unterschiedlichkeit der Regelung*), contrária aos imperativos de igualdade material, devem ser compreendidos em sua dimensão coletiva e global.

3.2 A necessidade de ponderações pragmáticas

A ausência de discussões sobre a dimensão trágica dos direitos prestacionais, sua estrutura trilateral, bem como sobre as insuficiências de um modelo decisório de microjustiça acabam por ensejar verdadeira prodigalidade

⁴¹ Tradução Livre de: “*l'amour de la démocratie est celui de l'égalité. L'amour de la démocratie est encore l'amour de la frugalité. Chacun devant y avoir le même bonheur et les mêmes avantages, y doit goûter les mêmes plaisirs, et former les mêmes espérances; chose qu'on ne peut attendre que de la frugalité générale*”. MONTESQUIEU. *De l'Esprit des lois*. Genève: Barillot, 1748, p.74.

institucional. Deveras, sob supostas boas intenções e pretextos dos mais nobres, o “generoso” (e inconsequente) automatismo do Judiciário na concessão de direitos prestacionais possibilita, por vezes, a deturpação do instituto. No caso do direito à saúde, por exemplo, é comum a veiculação de preços de medicamentos /tratamentos muito acima do mercado, a expensas do erário⁴². O orçamento torna-se a “cartola de um mágico” que tudo tira, sem ter fim. “Os princípios constitucionais, neste quadro, convertem-se em verdadeiras ‘varinhas de condão’: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser⁴³”. O pretenso “passe de mágica”, contudo, é realizado com o sacrifício do tratamento, de muitos outros cidadãos obliados pela desconsideração do *establishment* jurídico.

A mera constatação de existência de recursos é apenas uma etapa da concretização dos direitos prestacionais. Vez que o Estado não pode existir sem fluxo orçamentário, a rigor, verba (em sentido *lato*) sempre haverá. Essa circunstância pode viciar o raciocínio jurídico, inclinándolo a uma concessão indiscriminada de pleitos prestacionais. Essa é a postura dominante hoje em dia tanto da doutrina como da jurisprudência brasileiras. A questão, entretanto, é mais complexa. Uma análise perfunctória pode levar a conclusões precipitadas. A técnica de ponderação de princípios deve ser operada pragmaticamente.

O orçamento público não pode ser considerado um fim em si mesmo. O orçamento sempre é um meio para realização de determinados valores “caros” à comunidade política, (em sua acepção dúplice tanto de “queridos”, como “custosos”). O sopesamento entre o princípio P1 que tutela dada prestação social, como o multicitado direito à saúde de um indivíduo (interesse “primário”), e o princípio P2, que remete à dotação orçamentária (interesse “secundário” do Estado), é uma falsa colisão. O que está em jogo vai além do princípio formal de deliberação democrática; ou seja, vai além da precedência *prima facie* do Parlamento na alocação distributiva de recursos. P2 consiste materialmente no

⁴² TORRES, Marta Oliveira. **Judicialização da saúde**: Juiz Pilatos x Juiz Tirano, p.92.

⁴³ SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais**: estudos de direito constitucional, p.200.

conjunto (Σ) de princípios de um universo de cidadãos (Pn ...Pz), destinatários de dados recursos orçamentários. Destarte, os custos do direito não devem ser desconsiderados a partir da premissa de inexauribilidade dos recursos do Estado em face de dada pretensão individual.

Apenas desse modo, pode-se superar o “curto-circuito” (tanto em sua acepção de “pouco extensão” como no sentido “consequência imprevista”), realizado por grande parte dos juristas, que a leva à desconsideração dos custos do direito e de seu impacto total na sociedade.

Utilizando-se da escala racional de afetação dos direitos fundamentais, tal qual proposta por Robert Alexy⁴⁴, em três níveis: leve (l), sério (s) e moderado (m), pode-se ilustrar melhor essa problemática. Tradicionalmente, avalia-se que, de um lado, a não efetivação P1 sob as condições fáticas de escassez (C) levaria a uma intensidade de afetação (I) bastante séria (s). Esse seria o caso do pedido de tratamento médico experimental cujo não deferimento poderia ensejar a morte ou grave risco à saúde do indivíduo. Essa estrutura pode ser descrita pela fórmula dogmática $IP_1C: s$.

Do outro lado, considerando P2 como o interesse público “secundário” do orçamento, tem-se uma intensidade de afetação abstrata (W), com o deferimento da medida, ínfimo (l). Essa impressão decorre do fato que, considerados isoladamente, os custos de realização de dada prestação, dissolvem-se, por exemplo, no total do orçamento da União⁴⁵. Essa estrutura pode ser descrita pela fórmula dogmática $WP_2C: l$. Temos, portanto, uma colisão de princípios na forma de $IP_1C: s / WP_2C: l$. Nessa ordem, aplicando-se a tecnologia da ponderação, chega-se à conclusão (lógica) de que o que deve prevalecer é a tutela de P1, pois, pela tecnologia decisória do sopesamento,

⁴⁴ ALEXY. **Teoria dos direitos fundamentais**, p.595.

⁴⁵ A título de exemplo, o Ministério da Saúde assegurou orçamento de R\$ 91,7 bilhões para o setor em 2012. BRASIL. Ministério da Saúde. **Orçamento para saúde tem seu maior aumento nominal**. Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/noticia/4043/162/orcamento-para-saude-tem-%3Cbr%3Eseu-maior-aumento-nominal.html>. Acesso em: 30 Set. 2012. Nesse plano, até mesmo o “tratamento mais caro do mundo”, como o de Rafael Fávoro torna-se “ínfimo”.

prevalece aquele princípio cuja lesão possa ser mais intensamente afetado no caso concreto.

Todavia, como se disse, essa é uma relação aparente, ilusória. O equívoco não se encontra no método, mas na apreciação das premissas. Como antedito, P2 consiste materialmente na soma total (Σ) de direitos dos cidadãos ($P_n \dots P_z$) que podem ser afetados pela realização de P1. Em tratando-se de recursos da saúde, é razoável admitir que a afetação da posição jurídica desse conjunto de pessoas é igualmente séria (s). Destarte, a fórmula de colisão mais apropriada pode ser assim descrita: $IP_1C: s / W \Sigma (P_n \dots P_z)C: s$. Em vista que a intensidade de afetação, tanto concreta como abstrata, correspondem-se, poder-se-ia alegar que a decisão recai no espaço de discricionariedade estrutural do intérprete.

Esse raciocínio, contudo, não merece prosperar por duas razões. Primeiro, porque em situações como essa de indefinição, em uma ordem jurídica que se queira democrática, deve prevalecer o princípio formal de deliberação legislativa. Segundo, porque se trata de um impasse aparente. Sendo os graus de afetação similares, ambos anulam-se reciprocamente: $IP_1C: s- / W \Sigma (P_n \dots P_z)C: -s$. Desse modo, a ponderação deve se inclinar à posição jurídica que se reveste proporcionalmente de maior peso na colisão. Tendo em vista que P2 corresponde a um plexo de posições jurídicas $\Sigma (P_n \dots P_z)$, necessariamente a solução dogmática *in casu*, deve ser em sua direção. Posição em sentido contrário afrontaria a máxima da proporcionalidade e da igualdade.

CONCLUSÕES

Os direitos prestacionais, para além dos custos institucionais comuns aos demais direitos fundamentais, exigem uma maior intervenção estatal a sua realização. Desse modo, sua dimensão econômica há de ser considerada com maior parcimônia no campo da decidibilidade constitucional. Em um ambiente de escassez de recursos, a tutela prestacional a um cidadão pode comprometer a

VIEIRA, Gustavo Adolfo Menezes. Direitos prestacionais e igualdade material: as escolhas trágicas da decidibilidade constitucional. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.2, 2º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

proteção de outro indivíduo em análogas condições. Prestações sociais envolve relações trilaterais que encerram por vezes escolhas trágicas.

Destarte, a contraposição dogmática ordinariamente realizada entre direitos sociais e orçamento consiste em uma colisão de princípios aparente ditada por um modelo decisório de (micro) justiça. Por detrás do preceito formal de deliberação orçamentária reside um plexo de direitos de fundamentalidade comum. Ao se tutelar a pretensão de um sujeito que ingressa no Judiciário apenas por que o mesmo fez uso de seu direito de ação privilegia uma lógica formal jusprivatística em detrimento dos imperativos de igualdade material, inafastáveis em um Estado de Direito.

Esse artigo teve como objetivo lançar luzes nesse descompasso deontológico, de modo a problematizar a práxis dominante na doutrina e jurisprudência brasileiras atualmente.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. Critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e decisões trágicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BAHIA, Saulo José Casali. **O princípio da confiança e a judicialização da política**. Salvador: Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA, 2012.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. São Paulo: Campus, 2004.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Orçamento para saúde tem seu maior aumento nominal**. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/noticia/4043/162/orcamento->

VIEIRA, Gustavo Adolfo Menezes. Direitos prestacionais e igualdade material: as escolhas trágicas da decidibilidade constitucional. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.2, 2º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

[para-saude-tem-%3Cbr%3Eseu-maior-aumento-nominal.html](#)>. Acesso em: 30 set. 2012.

_____. Senado Federal. **Orçamento da União**. Disponível em: <http://www9.senado.gov.br/portal/page/portal/orcamento_senado/PS_ORCSAUDE/Execucao>. Acesso em: 02 Set. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Audiência Pública nº 4/2009**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Abertura_da_Audiencia_Publica__MGM.pdf. Acesso em: 02 set. 2012.

CALARESI, Guido; BOBBIT, Philip. **Tragic choices**. *The conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources*. New York: WW Norton, 1978.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

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

GOMES, Joaquim Barbosa. Discriminação racial e princípio constitucional da igualdade. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: v.36, n.142, abr./jun. 1999.

GUSTIN, Miracy Barbosa. **(Re) pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HART, Herbert. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2007.

VIEIRA, Gustavo Adolfo Menezes. Direitos prestacionais e igualdade material: as escolhas trágicas da decidibilidade constitucional. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.2, 2º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

HERPER, Matthew. *The World's Most Expensive Drugs*. **Forbes**. Disponível em: <<http://www.forbes.com/2010/02/19/expensive-drugs-cost-business-healthcare-rare-diseases.html>>. Acesso em: 30 set. 2012.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The cost of rights**. *Why liberty depend on taxes*. New York: Norton & Company, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2001.

MENDES, Gilmar. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador: Centro de Atualização Jurídica (CAJ), nº 10, jan. 2002.

MONTESQUIEU. **De l'Esprit des lois**. Genève: Barillot, 1748.

MOREIRA, Alinie da Matta. **As restrições em torno da reserva do possível**. Uma análise crítica. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

NIETZSCHE, Friedrich. **A origem da tragédia**. São Paulo: Centauro, 2004.

SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais em uma perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador: Centro de Atualização Jurídica (CAJ), v. 1, n. 1, 2001.

SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais**: estudos de direito constitucional. São Paulo: Lumen Juris, 2006.

SEGATTO, Cristiane. O paciente de R\$ 800 mil. **Época**. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/tempo/noticia/2012/03/o-paciente-de-r-800-mil.html>>. Acesso em: 30 set. 2012.

VIEIRA, Gustavo Adolfo Menezes. Direitos prestacionais e igualdade material: as escolhas trágicas da decidibilidade constitucional. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.2, 2º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

TORRES, Marta Oliveira. **Judicialização da saúde**: Juiz Pilatos x Juiz Tirano. Monografia Pós-Graduação *lato sensu*. Salvador: Fundação Faculdade de Direito da UFBA, 2012.