

Artigos

Princípios de direito e de justiça na distribuição de recursos escassos

Paulo Gilberto Cogo Leivas

Resumo: O presente artigo objetiva apresentar a tese dos direitos fundamentais sociais enquanto princípios e como direitos *prima facie*. Essa tese reconhece que os direitos fundamentais sociais, em geral, apresentam normas que podem ser caracterizadas como princípios e como direitos *prima facie*. Tais direitos podem ser realizados em diferentes graus e estão sujeitos à reserva do possível. Serão discutidos critérios para decisões acerca da concessão ou não de bens e serviços que satisfaçam os direitos sociais, em especial o direito à saúde. O conjunto de tais critérios e fórmulas constitui a chamada proporcionalidade em sentido amplo. Esses critérios jurídicos devem ser complementados por critérios adicionais, por exemplo, pelos princípios de justiça.

Palavras-chave: Judiciabilidade dos direitos sociais. Direito à saúde, Direitos *prima facie*. Critérios de decisão. Recursos escassos. Reserva do possível. Proporcionalidade. Princípios de justiça.



Paulo Gilberto Cogo Leivas
Mestre e doutorando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) e procurador regional da República

Na Constituição Federal de 1988 a inclusão dos direitos sociais no rol de direitos fundamentais tem-se refletido em uma práxis judicial que reconhece plenamente os direitos sociais, mesmo que enunciados em termos genéricos, como o direito à saúde e à educação, por exemplo. A ampla aceitação, entre os juristas e magistrados, de uma teoria constitucionalista que propugna por um fortalecimento da atuação do Poder Judiciário na defesa e promoção de direitos fundamentais, entre os quais o direito à saúde, decorre do reconhecimento de que a inclusão de tais direitos na Carta Magna foi, indubitavelmente, uma vitória na construção da cidadania. Tal perspectiva integra, igualmente, uma concepção ampla de direitos humanos segundo a qual os direitos de primeira geração (liberdade, vida, propriedade) e de segunda geração (saúde, educação, trabalho etc.) são entendidos como indivisíveis e interdependentes.

A ênfase na garantia aos direitos de segunda geração pelo Poder Judiciário tem provocado certa controvérsia que decorre, em grande medida, da falta de critérios e carência de

fundamentação de decisões judiciais que concedem benefícios, em geral na área da saúde, sem maiores considerações acerca de suas consequências na esfera das políticas públicas e na realização de outros direitos sociais de outros indivíduos, muitas vezes em ou com maiores necessidades que a do autor da ação judicial – o que causa, neste momento, perplexidade.

Essa perplexidade gera três atitudes básicas. A primeira propugna pelo deficit de normatividade das normas constitucionais que veiculam direitos sociais, o que produz duas posições: negar qualquer ‘justiciabilidade’ aos direitos sociais¹ ou conceder-lhes eficácia restrita às prestações que compõem o chamado mínimo existencial^{2,3} – por exemplo, com a garantia de apenas um nível básico de saúde. A segunda não aceita restrições aos direitos sociais, seja por motivos pragmáticos (impossibilidade fática de verificação dessas restrições no processo judicial ou, no caso do direito à saúde, autoridade do médico que prescreve o medicamento ou tratamento) ou normativos (não é competência do Judiciário avaliar essas possibilidades). Essa posição prevalece hoje na jurisprudência dos tribunais brasileiros, principalmente a partir do argumento da autoridade absoluta do médico que assiste ao autor da ação judicial. A terceira propugna solução de compromisso entre uma posição negatória de eficácia aos direitos sociais e outra que não admite restrições. Nessa terceira opção, na qual me filio⁴, reconhece-se a ‘justiciabilidade’ plena dos direitos sociais, porém enquanto princípios e como direitos *prima facie*. Essa posição será aqui apresentada em seus contornos gerais.

O presente artigo objetiva apresentar a tese da ‘justiciabilidade’ dos direitos fundamentais sociais. Essa tese reconhece que os direitos fundamentais sociais, em especial o direito à saúde, em geral apresentam normas que podem ser caracterizadas como princípios e como direitos *prima facie*. Tais direitos podem ser realizados em diferentes graus e estão sujeitos à reserva do possível. Este é o objeto do primeiro tópico. No segundo, serão propostos critérios para decisões acerca da concessão ou não de bens e serviços que satisfaçam os direitos sociais, em especial o direito à saúde. O conjunto de tais critérios e fórmulas forma a chamada proporcionalidade em sentido amplo. O terceiro tópico discutirá critérios adicionais, não jurídicos, que Perelman denominou como princípios concretos da justiça.

Reserva do possível e direitos *prima facie*

Um direito *prima facie* significa que o fato de um princípio valer para um caso não infere que valha como resultado definitivo. Os princípios apresentam razões que podem ser deslocadas por outras razões opostas^{5,6,7}. Desse modo, por exemplo, o direito à saúde previsto na Constituição Federal é entendido como direito *prima facie*, que vale como razão a favor da realização do seu conteúdo normativo, que pode ser o mais amplo possível, mas que pode ser deslocada por princípios opostos.

Isso significa que esses direitos *prima facie* exigem realização a mais ampla possível. Entretanto, são admitidos graus diferentes de cumprimento. Para a definição dos mesmos

deverão ser avaliadas as possibilidades fáticas e jurídicas. Esse grau pode ser zero (inexistência de direito social definitivo), mediano (por exemplo, conceder medicamentos para algumas situações e negar para outras) ou máximo (o pedido é aceito na íntegra). A exigência da avaliação dessas possibilidades é chamada de reserva do possível.

Portanto, somente após a análise da reserva do possível poder-se-á alcançar o grau definitivo da realização dos direitos sociais. O direito definitivo ou não-direito definitivo corresponde à decisão no processo judicial ou extrajudicial (administrativo, do Ministério Público etc.).

Cumprir verificar, então, que tipos de avaliações são realizados na reserva do possível. A reserva do possível compreende aspectos empíricos e normativos. Os aspectos empíricos estão ligados às condições dos recursos/bens existentes e dos recursos/bens pretendidos. Quanto aos recursos disponíveis trata-se, por exemplo, da quantificação dos recursos financeiros previstos no orçamento público, a quantidade de leitos em unidades de terapia intensiva (UTI) e de órgãos disponíveis para transplantes em determinado momento. Quanto aos recursos (bens) pleiteados, trata-se de verificação do seu grau de eficácia/efetividade.

Os recursos para a realização dos direitos sociais são escassos e sua distribuição, caso se queira justiça, exige critérios normativos. Assim, aspectos normativos compreendem uma avaliação da justiça ou da correção no reconhecimento de um direito definitivo a uma prestação

social. Ela pressupõe sempre um conhecimento, o mais exato possível, das questões empíricas, preferencialmente embasadas nas melhores evidências científicas disponíveis.

A Constituição, as leis e as normas infralegais (decretos, portarias, regulamentos) estabelecem critérios a serem observados obrigatoriamente pelos órgãos administrativos e judiciais na definição dos bens e serviços a serem prestados e seus respectivos beneficiários. Esses critérios podem estar relacionados a prioridades na distribuição de bens, ou seja, critérios sobre critérios, ou em definições concretas sobre bens, serviços e destinatários. No primeiro caso, a Constituição estabelece prioridade absoluta às crianças e aos adolescentes quanto à saúde, educação, alimentação etc., conforme determina o art. 227. Do mesmo modo, a Lei 10.741 (Estatuto do Idoso) garante prioridade absoluta ao idoso no atendimento à saúde, cultura etc. No segundo caso, a Lei 9.908, de 16 de junho de 1993 (Rio Grande do Sul), garante distribuição gratuita de medicamentos excepcionais a pessoas carentes e a Portaria SAS/MS 449, de 8 de julho de 2002, estabelece critérios para a inclusão de pacientes em protocolo clínico para tratamento da doença de Gaucher.

Se a legislação estabelecesse normas suficientemente claras e não-contraditórias entre si, não se necessitaria recorrer a normas ou critérios não positivados. Uma vez que muitas normas não são suficientemente claras, são por demais genéricas (como a citada garantia do direito à saúde, constante do art. 6º da Constituição), contraditórias umas com as outras ou ainda

omissas, faz-se necessário recorrer aos chamados cânones de interpretação e, inclusive, como hodiernamente se reconhece, a argumentos não-jurídicos, como é o caso dos princípios concretos de justiça.

Preceito da proporcionalidade: critérios jurídicos para decisão em casos de direitos sociais

O direito constitucional contemporâneo desenvolveu uma metodologia de decisão, chamada proporcionalidade em sentido amplo, que pode ser utilizada no processo de judicialização dos direitos sociais e compreende três etapas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Isso ocorre da seguinte forma: parte-se de um direito social *prima facie* que garante, de modo o mais amplo possível, prestações sociais. No caso do direito à saúde, há direito a um completo bem-estar físico, mental e social. Essa interpretação ampla do direito *prima facie* exige que sejam consideradas todas as medidas requeridas para alcançar esse estado. Cada uma, consubstanciada em bens e serviços, será avaliada de acordo com sua adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

No primeiro momento avalia-se a adequação ou efetividade da medida. Por exemplo, verifica-se se o medicamento é adequado ou efetivo para determinado paciente. Uma medida ou prestação não será adequada se não possuir nenhuma eficácia. A questão a ser enfrentada é a de que a avaliação dessa eficácia pressupõe entendimento do fim ou objetivo a ser alcançado enquanto exigência da norma.

No caso do direito à saúde, se o termo *saúde* for entendido como ausência de qualquer enfermidade, uma medida seria considerada adequada se levasse à cura de determinada doença. Se entendido como completo bem-estar físico, mental e social, uma medida seria adequada se conduzisse a tal estado. Além disso, como são admitidos diferentes graus de cumprimento na realização dos direitos sociais, uma medida é adequada, no primeiro caso, se contribuir em algum grau para a cura do paciente; e no segundo, se trazer aumento de bem-estar em comparação com o estado anterior ao uso do medicamento.

No segundo momento, quando da avaliação da necessidade da medida, as prestações pleiteadas pelo paciente são comparadas com outras prestações não pleiteadas, mas disponíveis. Essa comparação exige a construção de escala de realização da saúde. Dito de outra forma, trata-se da avaliação do grau de eficácia de cada medida em relação ao fim a ser alcançado. Mas, além disso, exige-se também uma avaliação dos efeitos ou impacto dessa medida nos direitos de outros indivíduos ou bens jurídicos coletivos. Ressalte-se que esse impacto também pode ser estabelecido em escalas, que podem ser triádicas simples (graus leve, médio e forte), duplas (leve-leve, leve-médio [...] grave-grave) etc.

Assim, por exemplo, se determinado medicamento pleiteado produz leve aumento de bem-estar e forte impacto em outros bens jurídicos (implicando considerável impacto no orçamento da saúde) e existe outro medicamento disponível que produz forte aumento de bem-



estar (saúde) e médio impacto no orçamento da saúde e nos direitos à saúde de outros indivíduos, então há de se julgar não necessária a medida pleiteada, fazendo jus o demandante ao outro medicamento. Portanto, a medida será necessária quando não houver alternativa à mesma (não há outra medida adequada) ou seja mais gravosa que a medida pleiteada.

Tanto as análises da adequação quanto da necessidade exigem, como afirmado, um padrão ou objetivo a ser considerado como medida ideal ou ótima, por exemplo, de saúde (qualidade de vida, bem-estar etc). Desse modo, poderiam ser construídas escalas de realização do direito à saúde.

As análises da adequação e necessidade podem levar ao reconhecimento de um não-direito definitivo a uma prestação social com base na ineficácia da medida (sua não adequação) ou na existência de uma medida que satisfaça o direito em grau igual ou maior que a prestação pleiteada e cause menor impacto em outros direitos ou bens coletivos (a não necessidade). Isso implica no indeferimento do pedido judicial ou administrativo.

Entretanto, mesmo que a medida seja adequada e necessária cabe ainda a análise da proporcionalidade em sentido estrito, também chamada ponderação. Aqui também se procede a uma comparação, não mais entre diferentes prestações – como o caso da necessidade –, mas entre direitos ou princípios, opostos uns aos outros.

Vamos supor que o medicamento pleiteado é adequado, pois aumenta a qualidade de vida,

e necessário, haja vista não existir outro medicamento para o problema em questão ou, se existir, apresenta eficácia menor que a do medicamento pleiteado. Ponderar significa estabelecer pesos e colocá-los em uma balança. A ponderação de direitos exige verificação do impacto da medida nos direitos de outros indivíduos ou da coletividade e o grau de benefício a ser alcançado pelo indivíduo caso fosse deferido o bem/serviço pleiteado. A fórmula a ser aplicada é a seguinte: uma medida não será proporcional em sentido estrito caso o grau de realização do direito social seja menor que o impacto ou afetação dos bens e direitos de outros indivíduos ou da coletividade. Isso quer dizer que se o benefício for pequeno e o impacto nos direitos de outros for grande, então o indivíduo não fará jus àquela prestação. Ao contrário, se o benefício for maior que o impacto, fará.

Os princípios concretos de justiça

Essa ponderação não prescinde dos chamados princípios concretos de justiça – aplicados com o objetivo de concretizar o chamado princípio formal de justiça, que corresponde à idéia de igualdade. No caso da saúde, a igualdade implica ser dever do Estado tratar igualmente a todos os indivíduos na prestação de bens e serviços de saúde. Essa igualdade pode ser entendida de diferentes modos. Perelman selecionou seis princípios de justiça que expressam as posições centrais de numerosas discussões: 1) A cada um a mesma coisa; 2) A cada um segundo seus méritos; 3) A cada um segundo suas obras; 4) A cada um segundo sua posição; 5) A cada um segundo suas necessidades; 6) A cada um segundo o que a lei lhe atribui⁸.



O princípio *a cada um a mesma coisa* implica igualdade absoluta; contudo, não prescinde de outros critérios que estabeleçam a classe de indivíduos e os direitos que lhes serão atribuídos.

A cada um segundo seus méritos traz a dificuldade de estabelecer critérios que meçam o mérito de uma pessoa. Isso implica ter que decidir o critério capaz de estabelecer o mérito: seria a intenção, a ação ou o sacrifício realizado? No caso da saúde, a aplicação de tal princípio traz como consequência a possibilidade de priorizar uma pessoa que levou uma vida saudável em detrimento de outra que levou uma vida desregrada. A aplicação de tal critério, na saúde, é altamente discutível.

A cada um segundo suas obras leva em consideração não a intenção ou o sacrifício, mas o resultado da ação. Por exemplo, um concurso público seleciona o candidato aprovado, sem mensurar o grau de sacrifício do mesmo para alcançar tal resultado. No caso da saúde, essa aplicação é também discutível.

A cada um segundo sua posição é fórmula aristocrática de justiça, lamentavelmente aplicada no Brasil em relação à saúde (serviço público e privado) e educação (escola pública e privada).

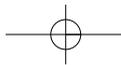
A cada um segundo suas necessidades é o princípio por excelência a ser aplicado na distribuição dos recursos de saúde. Isso significa graduações de necessidade, o que pode corresponder aos conceitos de qualidade de vida ou

bem-estar, anteriormente referidos. Segundo o critério da necessidade, deve-se priorizar quem mais necessita. Esse princípio deve ser ainda combinado com um critério adicional de eficácia ou efetividade da medida que satisfaça essa necessidade, bem como com os critérios legais de priorização de idosos, crianças etc. Tais critérios devem ser aplicados por ocasião da análise da ponderação ou proporcionalidade em sentido do bem ou serviço de saúde, como, por exemplo, o acesso a medicamentos, pleiteado perante a administração pública e o Poder Judiciário.

A cada um segundo o que a lei lhe atribui seria o princípio mais adequado caso as leis não apresentassem os problemas e lacunas anteriormente discutidos. Em um estado de direito, como o nosso, tal critério deve ser aplicado, mas não resolve os problemas levantados.

Considerações finais

A aplicação da proporcionalidade em sentido amplo (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), combinada com o princípio da igualdade, com o princípio de justiça concreto – *a cada um segundo suas necessidades* – e outros critérios legais, permite que os direitos sociais constitucionais sejam levados a sério sem que resulte, dessa ‘justiciabilidade’, iniquidades muitas vezes provocadas por decisões judiciais que não procedem à aferição da proporcionalidade da medida e ignoram a exigência da reserva do possível.



Resumen

Principios de derechos y de justicia en la distribución de los recursos escasos

El objetivo de este artículo es presentar la tesis de los derechos fundamentales sociales en cuanto que principios y como derechos *prima facie*. Esta tesis reconoce que los derechos fundamentales sociales, en especial el derecho a la salud, presenta, por lo general, normas que pueden ser caracterizadas, a la vez, como principios y como derechos *prima facie*. Dichos derechos pueden ser realizados en grados distintos y están sujetos a la reserva de lo posible. Se demostrarán los criterios para las decisiones acerca de las concesiones o no de bienes y servicios que satisfagan los derechos sociales, en especial el derecho a la salud. El conjunto de dichos criterios y fórmulas constituye la llamada proporcionalidad en amplio sentido. Dichos criterios jurídicos deben de ser complementados por criterios adicionales como, por ejemplo, los principios de la justicia.

Palabras-clave: Justicia de los derechos sociales. Derecho a la salud. Derechos *prima facie*. Criterios de decisión. Recursos escasos. Reserva de lo posible. Proporcionalidad. Principios de justicia.

Abstract

Law and justice principles for distributing scarce resources

The present article intends to expose the thesis of social fundamental rights as principles and rights *prima facie*. This thesis acknowledges that these rights, specially the right to health usually are contained in norms that may be characterized as principles and rights *prima facie*. These rights may admit many degrees in compliance and are subject to the limits of what is possible. The article will show decision criteria for provision of goods and services that can fulfill social rights, specially the right to health. These legal criteria must be complemented by additional ones as for instance by the principles of justice.

Key words: Justiciability of social rights. Right to health. *Prima facie* rights. Decision criteria. Scarce resources. Limit of the possible. Proportionality. Principles of justice.

Referências

1. Atria F. Existem direitos sociais? Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul 2005;56:9-46.
2. Torres RL. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. Revista de Direito Administrativo 1989;177 Jul./Set:29-49.
3. Barcellos AP. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
4. Leivas PGC. Teoria dos direitos fundamentais sociais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
5. Alexy R. Theorie der grundrechte. Frankfurt Am Main: Suhrkamp, 1996. p. 87.
6. Ross WD. The right and the good. Oxford, 1930 apud Alexy R. Op.cit.
7. Dancy J. An ethic of *prima facie* duties. In: Singer P. A companion to ethics. Oxford: Blackwell Publishing, 1991. p. 218-29. (Blackwell companion to philosophy).
8. Perelman C. Ética e direito. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

Contato

Paulo Gilberto Cogo Leivas – pgleivas@uol.com.br

