

**A BUSCA PELA EFETIVIDADE DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS SOCIAIS E A PROBLEMÁTICA
ATINENTE AO CONTROLE JUDICIAL DAS
POLÍTICAS PÚBLICAS E ORÇAMENTOS
ESTATAIS***

The search for the effectiveness of fundamental
rights and social problem regarding
the judicial control of public policy and state budgets

*Suélen Farenzena ***

RESUMO

Este texto tem por objetivo analisar a (possibilidade de) restrição aos direitos fundamentais, com vistas ao delicado quadro contemporâneo das demandas tendentes ao controle judicial das políticas públicas e orçamentos estatais. O estudo propõe-se a contextualizar as implicações jurídicas da globalização e a ordem constitucional, ressaltando a contribuição da análise econômica aplicada aos direitos fundamentais, em frente à alocação dos escassos recursos públicos. Busca, por fim, avaliar a fundamentação das restrições aos direitos fundamentais proposta por Jorge Reis Novais, como modelo de solução para o caso brasileiro.

Palavras-chave: Globalização. Economia. Alocação de recursos.

* Paper apresentado à disciplina de Direito e Globalização, ministrada pelo professor Dr. Luciano Benetti Timm, no Mestrado em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos.

** Atualmente cursa mestrado na linha de pesquisa Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização, na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Conceito Capes 6). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público. Contato: suellenfarenzena@yahoo.com.br

ABSTRACT

This paper aims to analyze the (possible) Limitations of fundamental rights with a view to the delicate framework of contemporary demands aimed to judicial control of public policies and state budgets. The study aims to contextualize the legal implications of globalization and constitutional order, emphasizing the contribution of economic analysis applied to fundamental rights, against the allocation of scarce public resources. Search, finally, evaluate the reasons for the restrictions to fundamental rights proposed by Jorge Reis Novais, as a model solution for the Brazilian case.

Keywords: Globalization. The economy. Resource allocation.

INTRODUÇÃO

O presente texto tem por escopo avaliar a (possibilidade de) restrição aos direitos fundamentais, com vistas ao delicado quadro contemporâneo de inúmeras demandas tendentes ao controle judicial das políticas públicas e orçamentos estatais. Não objetiva, pois, o aprofundamento na análise de direitos fundamentais específicos; em lugar disso, prioriza a busca de critérios e elementos que possam auxiliar na aplicação e concretização dessa categoria de direitos.

Para isso, com subsídio nos estudos de José Eduardo Faria, acerca do Direito na economia globalizada, inicialmente trabalha com a questão de que a nova ordem constitucional, impulsionada pelas *implicações jurídicas da globalização*, acabou incrementando a compreensão dos princípios e valores e se distanciando, em contrapartida, da concepção programática dos direitos, fazendo com que o polo de tensão, que antes se centrava nos conflitos advindos das relações entre os poderes, passasse para a esfera dos direitos fundamentais. Como existe, entretanto, um vácuo entre a declaração desses direitos e sua efetiva concretização, o grande questionamento é como o Judiciário deve atuar.

Com base nesse delineamento, busca demonstrar a circunstância de que, por vezes, as consequências de uma decisão afetam não apenas as partes envolvidas, mas também a terceiros. Isso se observa claramente quando o Judiciário pleiteia a concretização dos direitos

prestacionais. Por meio da alocação de recursos, o jurista opta entre proteger ou não a vida de um, em detrimento de alocar recursos a muitos. São de profundo auxílio, nessa senda, as *contribuições da análise econômica*, que aqui se opta por construir a partir de autores engajados com a difusão desse conhecimento.

Por fim, abarcando a cláusula da reserva do possível, além da escassez de recursos, o obstáculo jurídico representado pela competência parlamentar em matéria de lei orçamentária, que envolve controvérsia acerca da legitimidade do Poder Judiciário, avalia-se a fundamentação das restrições aos direitos fundamentais proposta por Jorge Reis Novais como modelo de solução para o caso brasileiro, em frente à problemática questão dos *direitos sociais, políticas públicas e alocação de recursos*.

Não se trata aqui, como se poderia olvidar, de pôr em discussão a essencialidade dos direitos sociais para a sociedade. Não se trata, igualmente, de questionar a sua importância, sobre a qual não pairam dúvidas; mas se trata, sim, de buscar a melhor maneira de fazê-lo, ou seja, de haver maior eficiência.¹

A GLOBALIZAÇÃO E A ORDEM CONSTITUCIONAL

Sem a pretensão de abordar exaustivamente todo o aporte teórico construído em torno da globalização, o presente tópico visa a esboçar, brevemente, tendo em vista o corte metodológico imposto, com subsídio no pontual estudo de José Eduardo Faria, as transformações ocasionadas pela economia globalizada, para, com isso, desvelar o delineamento tomando pela ordem constitucional.

Sucedo que, nos primórdios do século, o direito fora reduzido a lei imposta pelo soberano. Com o tempo, houve o reconhecimento da necessidade de limitação do exercício do poder e de garantias dos direitos, representando a vontade do povo o fundamento da autoridade dos poderes públicos. Isso, contudo, é posto em xeque pelo processo de transnacionalização: inicia-se um período histórico em que a economia cada vez mais se impõe sobre as agendas governamentais. Em termos formais, os Estados continuam a exercer soberanamente sua autoridade nos limites de seu território. Mas, em termos substantivos, muitos já não

conseguem estabelecer e realizar seus objetivos exclusivamente por si próprios. Descubrem-se materialmente limitados em sua autonomia.²

Há, porquanto, uma fragilização da autoridade do Estado com o surgimento de atores globais, que o levam a perder, diante disso, seu monopólio do poder, tendo de lidar, por um lado, com os setores capitalistas que o pressionam a ampliar as condições de competitividade sistêmica, reivindicando a eliminação de entraves que bloqueiam a abertura comercial, a desregulação dos mercados e a flexibilização da legislação trabalhista;³ enquanto, por outro lado, com setores defasados, sem poder de competitividade mundial, dependentes de certo grau de proteção estatal, que lutam para retardar isso o máximo possível, pressionando a execução de políticas para manutenção de um mercado local reservado.

Paradoxalmente, como a produtividade na economia globalizada vem sendo obtida às custas da degradação salarial, da rotatividade no emprego, do aviltamento das relações trabalhistas, da informatização da produção e do subsequente fechamento dos postos convencionais de trabalho, a sinergia entre a marginalidade econômica e a marginalidade social tem levado o Estado a reformular seus esquemas de controle e prevenção dos delitos, a esvaziar o processo penal de suas feições garantistas e a incorporar, no âmbito das políticas penais, os problemas e as situações criados tanto pela deslegalização e desconstitucionalização dos direitos sociais, quanto pela ausência de políticas distributivas e compensatórias. Criminalizando esses problemas e essas situações com o apoio difuso de uma sociedade assustada com o aumento da insegurança e por um sentimento de modo vocalizado demagogicamente pela mídia, cada vez mais o Estado amplia o caráter punitivo-repressivo das normas penais, desconsiderando os fatores políticos, socioeconômicos e culturais inerentes nos comportamentos por elas definidos como transgressores.⁴

Um novo mundo tomava forma, assim, sob a coincidência histórica de três processos independentes:⁵ a revolução da tecnologia da informação; a crise econômica do capitalismo e do estatismo e a consequente reestruturação de ambos; e o apogeu de movimentos sociais e culturais, tais como o libertarismo, os direitos humanos, o feminismo e o ambientalismo. Essa interação e as reações por eles desencadeadas

fizeram nascer, porquanto, uma nova estrutura social dominante, a sociedade em rede; uma nova economia, a economia informacional-global; e uma nova cultura, a cultura da virtualidade real.

Como consequência, se representar significa uma relação entre sujeitos, por meio de um diálogo e de um mandato, quanto mais intensa for essa vinculação eletrônica, quanto maior o isolamento social por ela produzido, maior será a fragmentação das identidades coletivas e mais intensa tenderá a ser a velocidade de empobrecimento dos mecanismos de participação e representação políticos.⁶ A comunicação global, em tempo real, tende, igualmente, a desestimular a reflexão, a esvaziar as consultas e negociações locais, a solapar a mediação por elas promovida entre Estado e cidadão e, por fim, a precipitar a tomada de decisões sem a devida avaliação de suas consequências. O fato é que toda decisão é uma aposta, na medida em que antecipa um resultado desconhecido. Essa antecipação, então, gerada pela globalização, torna-se problemática.⁷

Convertida numa das chaves interpretativas do mundo contemporâneo, globalização não, pois é um conceito unívoco. Desde a última década, esse conceito tem sido amplamente utilizado para expressar, traduzir e descrever um vasto e complexo conjunto de processos interligados. Contudo, esse não é um fenômeno novo. Presente desde os antigos impérios, ele se torna objeto de um intenso debate, após o fluxo mundial de comércio e riqueza, pelas consequências, novos papéis e implicações político-sociais. O que aparece como realmente novo, nesta senda, é a superação das restrições de espaço pela minimização das limitações de tempo.⁸

Nesse contexto, a política keynesiana defendia que, no âmbito de uma economia capitalista dotada de instituições financeiras capazes de criar poder de compra além das disponibilidades correntes, não seria necessária a existência de uma poupança prévia para que os investimentos se efetivassem. Caberia ao Estado estimular a plena ocupação da mão de obra, formulando estratégias de indução ao investimento. O Estado intervencionista pós-guerra torna-se, assim, uma associação eminentemente “reguladora”, na perspectiva de um Estado Social de direito. Com a aceleração da inflação, essa política, no entanto, acabou esgotando suas virtudes.

Ocorre que o aumento cada vez mais desordenado e desarticulado do número de matérias, atividades e comportamentos regulados por textos legais, culminou por ocasionar a perda da própria capacidade de predeterminação das decisões concretas por meio do direito positivo. Essa disfuncionalidade configurou um processo de *ingovernabilidade sistêmica, crise de governabilidade* ou *inflação legislativa*, tendo em vista a incapacidade da estrutura de poder formular, tomar decisões e implementá-las de modo efetivo.

O fato é que as despesas sociais passaram a crescer mais rapidamente do que os meios de financiá-las e essas despesas, uma vez efetivadas, converteram-se em direitos sociais, que acabaram ocasionando grandes tensões. O Estado intervencionista buscou reagir, assim, informalmente, não regulamentando certos direitos, bem como, formalmente, editando sucessivas normas.⁹ O problema foi que, quanto mais normas editou para dirimir os conflitos, mais os multiplicou.

Um ordenamento jurídico minado pela inflação legislativa amplia significativamente o espaço da discricionariedade judicial e o protagonismo dos juízes na vida política, econômica e social. Esses textos não oferecem critérios preciosos de interpretação, se o Judiciário é levado a assumir o papel de instituição ativa. Sucede que quanto maior a complexidade socioeconômica da norma, mais acentuadamente aparecem os conceitos flexíveis (instrumento, muitas vezes, estratégico, para manter a estabilidade no tempo da norma). Dada a natural tendência de cada agente interpretar seletivamente segundo seus critérios específicos, a ideia de unidade lógica do ordenamento acaba sendo posta em questão. O resultado prático da inflação legislativa é, nesse contexto, a desvalorização do próprio Direito.¹⁰

A consciência desse impasse, tanto pelos legisladores quanto pelos próprios governantes, os tem levado a rever sua política e técnicas legislativas, por um lado, almejando desvincular o Estado de suas funções controladoras, reguladoras e planejadoras da economia, e, por outro, rendendo-se à oposição do pluralismo ao monocentrismo jurídico, da diversidade e da flexibilidade normativa à rigidez hierárquica dos códigos e das leis. Para reformular a estrutura do direito positivo e redimensionar o campo de ação de suas instituições judiciais, eles estão recorrendo a amplas e ambiciosas estratégias de

desformalização, deslegalização e desconstitucionalização, implementadas paralelamente à promoção da ruptura dos monopólios estatais, alienação de empresas públicas, privatização de serviços essenciais, abdicação do poder de interferência na fixação de preços, salários e de limites nas contratações trabalhistas e nas condições de trabalho e cortes nos gastos sociais.

Longe de conduzir a um vazio jurídico ou a um vácuo normativo, a desformalização, a deslegalização e a desconstitucionalização têm aberto caminho para uma intrincada articulação de sistemas e subsistemas socioeconômicos internos e externos. Trata-se, falando curto e grosso, de uma (re)regulamentação e a (re)legalização em nível dos próprios sistemas socioeconômicos; mais precisamente em nível das organizações privadas capazes de efetuar investimentos produtivos, de criar empregos e de gerar receita tributária.¹¹ Assumindo, assim, a forma de redes, esses inúmeros microssistemas legais e essas distintas cadeias normativas se caracterizam pela extrema multiplicidade e heterogeneidade de suas regras e mecanismos processuais; pela evidente provisoriedade e mutabilidade de suas engrenagens normativas; pelo acolhimento de uma pluralidade de pretensões contraditórias e, na maioria das vezes, excludentes; pela geração de conflitos e discussões extremamente complexos, exigindo dos intérpretes conhecimentos técnicos não só no âmbito do Direito, mas, igualmente, no plano da Economia, da Contabilidade, das Ciências Atuariais e da Tecnologia.¹²

No panorama constitucional, a Revolução Francesa contribuiu para a formação de um Estado de Direito caracterizado fundamentalmente pela limitação e divisão do exercício do poder do Estado. A formação do Estado Liberal, calcado nos princípios da legalidade e da separação dos poderes, redundou em um Estado mínimo, voltado fundamentalmente para garantir a liberdade, a propriedade e a segurança dos indivíduos, sem dar atenção aos desníveis sociais existentes. No início do século XX, em razão das desigualdades do sistema capitalista de produção, surgiram, com influência dos movimentos socialistas, as primeiras Constituições contendo direitos sociais. Essas Constituições marcaram o início da preocupação com a redução das desigualdades sociais, criando-se novos direitos aos cidadãos, como o direito à educação, à saúde, à assistência social, à previdência social, entre outros.

A nova ordem constitucional, assim, ao mesmo tempo em que incrementou a compreensão dos princípios e valores, distanciou-se da concepção programática dos direitos fundamentais e fez com que o polo de tensão passasse dos conflitos advindos das relações entre os poderes para a esfera dos direitos fundamentais.

Entre a declaração desses direitos e sua efetiva concretização, contudo, ainda existe um grande vácuo. Como o Judiciário deve atuar diante disso, então, representa o grande questionamento.

A ANÁLISE ECONÔMICA APLICADA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como o próprio título demonstra, o estudo volta-se à contribuição da análise econômica *aplicada* aos direitos fundamentais, em frente à alocação dos escassos recursos públicos. Assim sendo, não visa a trabalhar a questão histórica, bases e clássicos da teoria, tanto positiva quanto normativa (até mesmo em vista da delimitação circunscrita), mas, sim, sem deixar de lado sua relevância, busca construir, a partir de autores engajados com a difusão desse conhecimento, uma breve demonstração da importância de seu aproveitamento.

Ocorre que, como o Direito prescreve condutas e (de)limita o raio dessas escolhas, ao mesmo tempo em que essa própria produção normativa também é realizada por indivíduos que escolhem, e que os direitos em questão são escassos, nada mais apropriado que a Análise Econômica para descrever o fenômeno jurídico e prescrever como ele pode ser mais eficiente. Isso se aplica de forma ainda mais dramática quando a escolha deve ser feita de forma a solucionar casos difíceis, em que há lacunas normativas ou a possibilidade de mais de um princípio ser aplicado ao mesmo caso. Para tanto, ferramentas precisas e preditivas da Economia são mais do que bem-vindas ao Direito.¹³

A Análise Econômica do Direito, cujo propósito é precisamente introduzir uma metodologia que contribua significativamente para a compreensão de fenômenos sociais e que auxilie na tomada racional de decisões jurídicas, possui, como premissa básica, a condição de que os indivíduos são racionais, o que significa que efetuam escolhas e que as escolhas buscam maximizar o seu próprio interesse, sua uti-

lidade. Para tanto, reagem a incentivos. Essas escolhas, no entanto, acarretam consequências.

Quando usamos o termo Análise Econômica do Direito, portanto, estamos nos referindo à aplicação do ferramental econômico justamente às circunstâncias a que normalmente não se associam questões econômicas,¹⁴ oferecendo grande auxílio na concreção dos direitos fundamentais, que requerem decisões sobre recursos escassos.

Nessa conjuntura, o Direito é visto como um conjunto de regras que estabelecem custos e benefícios para os agentes, que pautam seus comportamentos em função de tais incentivos. Assim, a abordagem econômica investiga as causas e as consequências das regras jurídicas na tentativa de prever como cidadãos e agentes públicos se comportarão diante delas e como alterarão seu comportamento caso elas sejam alteradas.

O fato é que a razão permite que o indivíduo possa efetuar escolhas consistentes.¹⁵ Entretanto, para cada escolha, há uma renúncia. Sempre que o indivíduo opta por uma alternativa, exclui as demais. Não se pode olvidar, entretanto, que o indivíduo racional, ao escolher uma alternativa de ação, não está isolado da realidade, não se encontra em estado de suspensão do mundo. Essas escolhas são influenciadas pelos incentivos que se apresentam para cada uma delas.

A Teoria da Escolha Racional não pretende preceituar como o homem deve se comportar, mas como ele, de fato, se comporta. Nesse contexto, a melhor maneira de se entender o processo de tomada de decisões de sistemas democráticos é buscar compreender os objetivos dos indivíduos que compõem e fazem funcionar referidos sistemas, a partir da premissa de que tais indivíduos são racionais e, por conseguinte, capazes de pensar e agir de forma direcionada, buscar associar ganhos ótimos a estratégias de comportamento orientadas a partir dos contextos nos quais se encontrarem inseridos.

A circunstância que aqui, pelo recorte teórico, particularmente nos interessa reside na conjuntura de que, por vezes, as consequências afetam não apenas quem tomou as decisões, mas também a terceiros. São as *externalidades*, que podem ser tanto positivas quanto negativas. Assim sendo, o argumento de que apenas a decisão justa entre as partes

é que interessa é falacioso, pois, se terceiros são atingidos pela decisão, o caso não é mais apenas entre as partes. Isso se observa claramente quando o Judiciário pleiteia a concretização dos direitos prestacionais. Por meio da alocação de recursos, o jurista opta entre proteger ou não a vida de um, em detrimento de alocar recursos a muitos.

A Economia, nessa perspectiva, pode contribuir com o planejamento do gasto público no orçamento do Estado, permitindo eleger prioridades de gastos sociais e fazer eleições que por vezes podem soar trágicas, eis que sempre existirão necessidades sociais que não poderão ser atingidas em sua totalidade pelos governos. Logo, o gasto com prioridades sociais, que atendam a um maior número de beneficiários mais necessitados, evitando o desperdício, tenderá a ser a melhor solução e, portanto, a mais justa.¹⁶

Sucedem que a escassez é o ponto de partida da análise econômica. Se os recursos fossem infinitos, não haveria o problema de se ter que equacionar sua alocação. Dada uma gama de possíveis alocações de benefícios ou renda, uma alteração que possa melhorar a situação de pelo menos um indivíduo, sem piorar a situação de nenhum outro indivíduo, é chamada de *melhora de Pareto*.¹⁷

Nesse contexto, preceitua-se que um direito fundamental é eficiente quando, no momento em que é implementado, não prejudica o bem-estar dos demais. Essa é a ótica de *Pareto* referida e que deve ser adotada na concretização dos direitos prestacionais: a distribuição de recursos se mostrará eficiente quando não for possível aumentar a utilidade de uma pessoa sem reduzir a utilidade de outrem. Nesse sentido, reclama-se que a decisão judicial pergunte se não está reduzindo o bem-estar de outrem.

A questão, portanto, não é tanto se eficiência pode ser igualada à justiça, mas sim como a construção da justiça pode se beneficiar da discussão de prós e contras, custos e benefícios. Noções de justiça que não levem em conta as prováveis consequências de suas articulações práticas são, em termos práticos, incompletas. O que a Escola de Direito e Economia buscou, justamente por isso, foi congregar a ética consequencialista da Economia com a deontologia da discussão do justo. O resultado é a abertura de uma nova janela do pensar, que integra

novas metodologias (inclusive levantamentos empíricos e estatísticos) ao estudo das instituições jurídico-políticas, de forma que o Direito possa responder de modo mais eficaz às demandas da sociedade.¹⁸

O Estado deve se adaptar aos novos momentos, à globalização, à sociedade da informação. Mas, enquanto estiver em vigor a presente Constituição, levar a sério o texto constitucional, que é *welfarista*, representa, buscar a forma de interpretação e de operacionalização que leve à melhor promoção e implementação de direitos sociais (a mais eficiente). Parece óbvio que, diante de um panorama tão complexo e, da mesma forma, sensível, o Estado deve ter muita parcimônia e considerável visão estratégica no que tange à aplicação dos recursos.¹⁹

A Análise Econômica do Direito é incapaz de dizer o que é justo, o que é certo ou errado. Essas categorias encontram-se no mundo dos valores e são, portanto, questões subjetivas. Por outro lado, não importa que política pública uma dada comunidade deseje implementar; ela deve ser eficiente. Uma vez escolhida uma política pública, seja ela qual for, não existe justificativa moral ou ética para que sua implementação seja realizada de forma a gerar desperdícios. Em um mundo onde os recursos são escassos e as necessidades humanas potencialmente ilimitadas, não existe nada mais injusto do que o desperdício. Se os recursos são escassos e as necessidades potencialmente ilimitadas, todo desperdício implica necessidades humanas não atendidas, logo, toda definição de justiça deveria ter como condição necessária, ainda que não suficiente, a eliminação de desperdícios, ou seja, a eficiência.²⁰

DIREITOS SOCIAIS, POLÍTICAS PÚBLICAS E ALOCAÇÃO DE RECURSOS

Afirma-se que o Estado está sobrecarregado; que prestações materiais, como saúde, educação, previdência e moradia, custam caro, oneram os cofres públicos, ofendem a iniciativa privada e a autonomia do ser humano. O fato é que o esforço de concretização constitucional gerou uma atividade jurisdicional apaixonada e compromissada com os valores sociais e, como decorrência, prestações materiais passaram a ser impostas aos poderes públicos sem que as consequências reais fossem efetivamente medidas.²¹

Nesse contexto, surgiu no Brasil a discussão a respeito da reserva do possível. Até que ponto essas prestações poderiam ser impostas sem a necessária preocupação com o custo que elas representariam para os cofres públicos? Seria possível, tão somente, presumir que os recursos existem? Por outro lado, deveria, então, o Judiciário se abster de determinar o cumprimento das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais sociais em virtude da presença de um elemento extrajurídico (a dimensão da possibilidade, da escassez ou da escolha alocativa de recursos)?

A investigação que surge, diante dessa realidade, é se pode ou não um direito fundamental social ser restringido e em que medida essa intervenção seria legítima. Acerca do presente, a doutrina divide-se basicamente em duas teorias opostas: a teoria interna e a teoria externa. A primeira defende como logicamente inadmissível a hipótese de restrição a direitos fundamentais. Segundo ela, admite-se, apenas uma delimitação de seu conteúdo, a definição de seus contornos conceituais, mas nunca uma restrição.²² Não há restrição, mas sim limite conceitual do direito, conhecido limite imanente do direito fundamental.

Por sua vez, para a teoria externa, os direitos fundamentais não nascem já com limites inerentes ou naturais não escritos. A restrição é sempre *a posteriori*, em face à necessidade de proceder à conciliação com outro direito fundamental ou interesse constitucional suficientemente caracterizado e determinado, cuja satisfação não possa deixar de passar pela restrição de um certo direito fundamental.

Novais, partindo de uma perspectiva qualitativamente diferente, defende que os direitos fundamentais sociais correspondem a direitos fundamentais subjetivos *prima facie*. Nesse sentido, seu conteúdo pode eventualmente chocar-se com outros direitos, ou bens jurídicos, de modo que, em certos casos, a intervenção dos poderes públicos mostra-se necessária a fim de reduzir o âmbito normativo do direito fundamental, adequando-o aos interesses externos em conflito.²³

Assevera o autor português que ser titular de um direito fundamental não significa ser titular de uma posição jurídica de natureza absoluta (ainda que no processo de efetivação normativa essa definitividade possa aparecer significar), mas, sim, ser titular de uma posição forte de garantia do bem jurídico nela tutelado, vinculante

para o legislador, que deverá atuar para promover sua concretização, estando-lhe vedado reduzir o âmbito de proteção constitucionalmente previsto sem que os requisitos de restrição sejam respeitados. Nessas condições, as normas de direitos fundamentais podem ser concebidas como garantias immanentemente condicionadas por uma reserva geral de compatibilização com outros bens que o Estado deve prosseguir e a cuja realização se encontra igualmente vinculado.

Esses diferentes modelos de fundamentação das restrições aos direitos fundamentais se desdobram nas seguintes formas de se aquilatar a questão relativa às restrições não expressamente autorizadas na constituição: a) não se admite a possibilidade de restrições não expressamente autorizadas, de modo que sempre que houver restrição ao direito fundamental sem previsão constitucional, ela será ilegítima, e, portanto, configurará verdadeira violação à norma de direito fundamental; b) admitem-se limites não expressamente autorizados pela Constituição, desde que configurem limites *a priori* dos direitos fundamentais;²⁴ c) admite-se a existência de restrições implicitamente autorizadas pela Constituição, em virtude da necessidade de se solucionar colisões entre bens constitucionais.

A terceira hipótese, que aqui particularmente nos interessa, admite a existência e até mesmo a legitimidade de restrições não autorizadas pela Constituição, já que o sistema constitucional aberto pode gerar choques entre direitos e bens igualmente protegidos, os quais merecem compatibilização a fim de salvaguardar a ordem. De fato, mesmo o direito fundamental à proteção do trabalhador contra a despedida arbitrária não pode ser absoluto a ponto de se chocar com a autonomia privada. No mesmo sentido, a assistência para deficientes e idosos não pode onerar o Estado a ponto de inviabilizar sua atuação na proteção de outros direitos também constitucionalmente previstos, como o saneamento básico, a educação e até mesmo a realização de obras necessárias ao exercício de direitos tipicamente de defesa, como estradas para possibilitar a liberdade de locomoção.²⁵

Avançando em seu referencial, Jorge Reis Novais, ao analisar a existência de limites aos limites dos direitos fundamentais,²⁶ defende que também as restrições implicitamente autorizadas, como verdadeiras restrições, têm de preencher os requisitos constitucionais, formais

e materiais, exigidos a todas as restrições aos direitos fundamentais. Nesse sentido, enumera os princípios da necessidade ou indispensabilidade, da generalidade e da abstração, da não retroatividade, da não diminuição da extensão e alcance do conteúdo essencial e da reserva de lei parlamentar. Além desses princípios, o autor ressalta os parâmetros da proibição do excesso, dentro dos quais insere a proporcionalidade, a razoabilidade a determinabilidade, o princípio da igualdade e da proteção da confiança.

A partir desses posicionamentos, verifica-se que a reserva do possível é exterior ao direito, que não determina seu conteúdo, não influencia em sua existência jurídica (no sentido de vigência), mas pode, eventualmente, comprometer a sua eficácia. Nessas condições, afirmar que um direito pode ser exigível na medida da disponibilidade de meios materiais necessários à sua realização significa estabelecer, num primeiro momento, o amplo alcance da norma de direito fundamental e, num segundo, a possibilidade de restrição com base em elementos da realidade empírica.²⁷ A escassez de recursos poderia impedir a exigibilidade de um direito fundamental social, mas, para tanto, o Judiciário, perante o qual essa exigibilidade foi reclamada, terá a seu alcance o mecanismo da ponderação, a partir da proporcionalidade, a fim de averiguar que escassez de recursos é essa, se é contornável ou não, se as razões que determinam a escolha alocativa de recursos em prejuízo desse direito são efetivamente adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito.

O fato é que se, por um lado, questiona-se a legitimidade do Poder Judiciário para interferir nas opções políticas que deveriam estar no âmbito de discricionariedade do Executivo, por outro, argumenta-se sobre o limite da “reserva do possível”, entendida, na maioria dos casos, como a falta de capacidade financeira do Estado para implementar direitos que demandam prestações positivas.

Nessa senda, os custos e as possibilidades reais merecem ser considerados. Merecem aparecer no limiar das decisões judiciais, sob pena de se negar a realidade e se optar pela utopia. A utilização da norma para conferir eficácia irrestrita de direitos é conduta que abstrai os efeitos colaterais (consequências) dessa posição extrema, por deveras prejudiciais aos demais membros da sociedade. Tomar os direitos a

sério significa tomar a sério a escassez dos recursos públicos.²⁸

Sucedem que os direitos fundamentais não são absolutos. Seu conteúdo está vinculado ao bem de todos os membros da comunidade e não apenas do indivíduo isoladamente. Os direitos humanos que envolvem prestações positivas dependem de recursos, mas os recursos para atender às demandas são ontologicamente finitos. Ontologicamente finitos, pois, carecendo o Estado de existência física, só pode agir por meio de pessoas naturais, cujo número é limitado pelas regras de acesso ao serviço público e cuja utilização é também limitada. O desempenho das funções estatais por essas pessoas demanda também um aparato material que, direta ou indiretamente, pressupõe recursos para a manutenção.²⁹

Não obstante isso, se, por um lado, os meios são finitos, por outro, as necessidades são infinitas, como bem ressaltado no Agravo de Instrumento nº 70035220508, levado a julgamento perante a 22ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sob a presidência e relatoria da Des. Maria Isabel de Azevedo Souza, que pontuou que as necessidades em saúde são inúmeras e crescentes, os recursos são escassos e os custos de novos tratamentos, cada vez maiores. Mesmo países ricos enfrentam esse problema em maior ou menor escala. É nesse contexto que se deve questionar a posição quase unânime do Judiciário brasileiro (liderada pelo Supremo Tribunal Federal) de interpretar o direito à saúde como um direito individual ilimitado a todo e qualquer tratamento, procedimento ou medicamento. Em número cada vez maior de ações judiciais, nossos juízes vêm ordenando aos serviços públicos de saúde, em todos os níveis da Federação, que financiem tratamentos originariamente não contemplados na política de saúde elaborada pelas respectivas Secretarias e Ministério da Saúde. Esses tratamentos muitas vezes são de elevadíssimo custo, disponíveis apenas no exterior e, frequentemente, tão ou menos eficazes que os disponíveis no sistema público de saúde.

Diante da escassez de recursos, a consequência dessa interpretação não é, ao contrário do que se poderia imaginar, a ampliação do acesso a serviços de saúde a camadas da população anteriormente excluídas. O resultado inevitável é, na verdade, uma substituição parcial das prioridades de investimento estabelecidas pelos especialistas

em saúde pública do Poder Executivo. Ou seja, puxa-se o cobertor da saúde pública para aqueles que conseguiram acessar o Judiciário e se descobre parte daqueles que a política estatal havia originariamente decidido contemplar.³⁰

Nesse sentido é também a decisão da 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 48.608-5/4, trabalhado por Gustavo Amaral em sua obra,³¹ na qual ponderou o Rel. Des. Rui Cascaldi que, se o direito é a ciência do dever-ser, parece intuitivo que o domínio de suas regras seja o poder-ser. O direito à saúde previsto nos dispositivos constitucionais apenas é garantido pelo Estado, de forma indiscriminada, quando se determina a vacinação em massa contra certa doença, quando se isola uma determinada área onde apareceu uma certa epidemia, para evitar a sua propagação ou quando se inspecionam alimentos e remédios que serão distribuídos à população, mas, quando um determinado mal atinge uma pessoa em particular, caracterizando-se, como, no caso, um mal congênito a demandar tratamento médico-hospitalar e até transplante de órgão, não mais se pode exigir do Estado, de forma gratuita, o custeio da terapia, mas só dentro do sistema previdenciário.

Ocorre que a crise de efetividade vivenciada com cada vez maior agudeza pelos direitos fundamentais de todas as dimensões está diretamente conectada com uma maior ou menor carência de recursos disponíveis para o atendimento das demandas em termos de políticas sociais. Com efeito, quanto mais diminuta a disponibilidade de recursos, mais se impõe uma deliberação responsável a respeito de sua destinação,³² o que nos remete diretamente à necessidade de buscarmos o aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática do orçamento público, assim como do próprio processo de administração das políticas públicas em geral, seja no plano da atuação do legislador, seja na esfera administrativa.

Verifica-se, portanto, ser dificilmente defensável, por exemplo: um direito “absoluto” à saúde, ou melhor, ao tratamento médico adequado, ao menos sem que se fundamentem os critérios claros e sindicáveis na alocação de recursos escassos, ainda que a sindicabilidade seja pelo voto; a garantia à propriedade, seja por meio das regras tributárias, seja pela da vedação ao confisco; ou o direito à intimidade

e à liberdade de crença, que pode levar a uma recusa em ser doador de órgãos. 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 quebrar-se a isonomia. Essa é a tensão entre micro e macrojustiça.³³ A decisão de proteger um dado interesse muitas vezes gera novas formas de ameaça, tornando as decisões alocativas ainda mais complexas.

Não obstante isso, tornou-se corrente a afirmação de que o gozo minimamente adequado dos direitos fundamentais, ou de pelo menos alguns deles, é indispensável para o funcionamento regular da democracia e, especificamente, para a existência do próprio controle social das políticas públicas. Sem o respeito a um conjunto básico de direitos fundamentais, os indivíduos simplesmente não têm condições de exercer sua liberdade e de participar conscientemente do processo político democrático.³⁴ Manipulado em suas necessidades básicas, o povo acaba por perder a autonomia crítica em face de seus representantes. Os recursos públicos eventualmente são gastos, mas o *status* geral dos direitos fundamentais na sociedade sofre pouca melhora ou apenas melhoras transitórias, e as condições da população de participar adequadamente do processo democrático permanecem inalteradas.

Ainda falta no direito positivo brasileiro (e os Tribunais não o construíram) instrumento semelhante ao do mandado da injunção americano, que permita ao Judiciário vincular o Legislativo na feitura do orçamento do ano seguinte, em homenagem a direitos fundamentais sociais, que necessitam do controle jurisdicional contramajoritário³⁵ típico dos direitos essencialmente constitucionais.

Como já ressaltado, se, por um lado, os meios são finitos, por outro, as necessidades são infinitas. Se, num momento da história, a necessidade era prover a alfabetização, hoje se diz que são necessários de oito a dez anos de educação regular. Pessoas que outrora poderiam ser chamadas de “alfabetizadas”, agora são “analfabetos funcionais”, já que são incapazes de assimilar o treinamento necessário ao uso de novas tecnologias. Se, no início do século, a saúde pública se resumia a campanhas de vacinação e saneamento, hoje alcança grande amplitude.

Diante de um quadro como esse, a tendência natural é fugir do problema, negá-lo. Esse processo é facilmente perceptível nos meios

judiciais, em que as decisões normalmente observam apenas o caso concreto posto nos autos. Tomada individualmente, não há situação para a qual não haja recursos. Não há tratamento que suplante o orçamento da saúde ou, mais ainda, os orçamentos da União, de cada um dos Estados, do Distrito Federal ou da grande maioria dos municípios. Assim, enfocado apenas o caso individual, vislumbrando apenas o custo de cinco mil reais por mês para um coquetel de remédios, ou de cento e setenta mil reais para um tratamento no exterior, não se vê a escassez de recurso, mormente se adotado o discurso de que o Estado tem recursos nem sempre bem empregados.³⁶

Assim, não se trata de saber se é adequado ao indivíduo X receber dez milhões porque sua doença exige essa quantia para um tratamento eficaz. A saúde de X é uma qualidade individual sua, a ser determinada por um médico. O direito à saúde não é uma qualidade individual, mas uma relação de justiça que X mantém com os outros membros da comunidade. A saúde, considerada em si mesma, é naturalmente adequada ao ser humano, uma qualidade necessária à sua autorrealização. Mas, em sua manifestação histórica, como um direito, ela deve ser considerada em suas consequências, isto é, como algo devido no interior de uma comunidade, o que relativiza um bem que em si mesmo é absoluto. Se a comunidade não possui 10 milhões para fornecer a X, sem que seu orçamento entre em colapso (bem comum) e/ou inviabilize o tratamento médico devido a outros membros da comunidade (igualdade), a saúde de X será afetada, mas não o seu direito à saúde, pois dez milhões não é adequado a ele como membro da comunidade, o que significa dizer que os outros membros da comunidade não lhe devem isso.³⁷

A despeito disso, faz dez anos que o famoso caso *Grootboom*³⁸ foi julgado pela Suprema Corte da África do Sul. Esse caso tinha como pano de fundo centenas de pessoas (inclusive crianças) que foram desalojadas – por meio de uma ação judicial movida pelo proprietário de um terreno que tinham invadido – e solicitavam ao Poder Judiciário sul-africano a implementação de um direito constitucional: o direito à moradia. A constituição Sul-Africana *pós-apartheid* previa que as pessoas tinham direito à moradia e que o Estado devia tomar razoáveis medidas legislativas e outras em prol daquele direito. Não obstante isso, a Corte Constitucional Sul-Africana decidiu que, embora efeti-

vamente se tratasse de um direito social com previsão constitucional, ele não seria um direito a ser tutelado individualmente, sob demanda, para quem ingressasse com ações judiciais. Ele deveria ser tutelado por meio de uma legislação nacional que tratasse todos que se encontravam na mesma situação, da mesma maneira, devendo ele, ademais, ser implementado dentro das possibilidades orçamentárias do governo.

Essa parece ser uma parcela importante, porém negligenciada, da realidade. O modelo que temos de controle individual leva a uma exacerbação da questão individual do autor e a uma certa invisibilidade para as questões, também individuais, daqueles que possam ser privados dos recursos que, necessários para a satisfação de suas pretensões, serão consumidos para atender às do autor. Ao passo que o autor tem nome, sobrenome, CPF e rosto, os não atendidos são desconhecidos nos autos, estão escondidos atrás de tapumes poucos atraentes como Estado, orçamento ou finanças públicas. O processo judicial individual, o controle pontual – seja da necessidade, seja da disponibilidade necessária para aquela situação específica – pode mascarar um custo oculto, pode mascarar uma massa sem rosto e sem identidade conhecida, mas que são atingidos pela transferência alocativa quanto aos meios empregados.³⁹

Tanto os direitos sociais (como, de resto, os direitos fundamentais em seu conjunto), em geral, quanto o direito à saúde, em particular, possuem uma dupla dimensão individual e coletiva e, nessa medida, uma titularidade – no que diz respeito à condição de sujeito de direitos subjetivos – igualmente individual e transindividual.⁴⁰ Cuida-se, portanto, de direitos de todos e de cada um, de tal sorte que o desafio é saber harmonizar, sem que ocorra a supressão de uma das dimensões, ambas as perspectivas.

No entanto, o que se visualiza é um Judiciário tornando-se alocador de recursos públicos no campo de remédios, tornando a compra emergencial e sem licitação rotina e, ao final, não havendo um critério de medição dos resultados. Será que mais vidas foram salvas com o provimento judicial sendo critério majoritário de alocação de recursos na saúde? Ou será que o custo medido em vidas dos financiadores ocultos das decisões alocativas tomadas nas lides, aqueles que deixaram de receber o órgão, deixaram de ter acesso à política pública que seria desenvolvida com a verba realçada,⁴¹ é mais elevado que o benefício?

Para além de medicamentos, diversos fatores são aptos a causar o evento morte. Nenhum deles, contudo, é remediado por decisões judiciais. Bem ao contrário, o que se visualiza são decisões fechadas em seu próprio sistema, sem buscar recurso aos mecanismos da informação e interferência, que utilizam os meios *disponíveis* sem a devida reflexão, acabando por agravar a realidade social como um todo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há como lidar com todas as dificuldades que surgem com a judicialização dos direitos sociais simplesmente lendo a norma legal e seus comentadores como se eles, por si sós, pudessem trazer todas as respostas necessárias ou, então, fazendo um debate teórico sobre princípios abstratos e, em abstrato, sem conhecer a realidade sobre a qual se discute.

Além disso, ainda que no caso concreto a disputa seja entre duas partes, as decisões envolvendo direitos sociais afetarão diretamente um número muito maior de pessoas. Como os direitos sociais são realizados por meio de fundo público sustentado por toda a coletividade, cria-se a necessidade de discussão dos critérios de justiça para permitir ou negar o acesso de alguém ao financiamento público para concretização desses direitos, ou seja, é um debate em torno da justiça distributiva.

É preciso olhar não só para quem ganha, mas também para quem perde com determinada forma de alocar recursos. É imperioso enquadrar tal necessidade em uma perspectiva geral, a fim de que o interesse de todos não seja sacrificado em face de uma demanda individual. Enfim, sopesar o custo social de uma concessão particular, eis que, dada a realidade da escassez de recursos, poderá a coletividade deixar de ter algumas de suas necessidades atendidas pelo Poder Público em razão de a escolha alocativa determinada judicialmente ter favorecido aquele que impetrou a ação.

Fato é que, se os direitos fundamentais sociais não configuram categoria jurídica absoluta, também não o é a reserva do possível. A escassez de recursos não pode ser tomada como dogma em virtude das dificuldades econômicas tradicionalmente enfrentadas pelo Estado Brasileiro, mas sim como dado a ser devidamente balanceado com interesses sociais constitucionalmente protegidos.

Nessas condições, decisões devidamente motivadas, determinando que o Estado cumpra determinadas prestações, podem surtir o efeito de chamar a atenção dos poderes públicos para o problema antes negligenciado, de modo a fazer com que eles voltem suas políticas públicas para a satisfação do direito em questão.

O Judiciário tem precisamente a função de atender ao caso concreto e, por meio dos caminhos da microjustiça, denunciar a macroinjustiça, determinando, dentro do papel que lhe cabe no Estado Democrático de Direito, a observância dos direitos fundamentais sociais pelo Estado e pela sociedade.

NOTAS

- 1 TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 52.
- 2 FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 23.
- 3 Trata-se da quinta tendência do direito contemporâneo: com a crescente informatização das linhas de produção, o avanço da terceirização e o advento de novos modos de inserção no mundo do trabalho, a mão de obra progressivamente se desloca para o setor de serviços e a ideia de “emprego industrial”, subjacente à legislação trabalhista, entra em crise. Como o setor de serviços se caracteriza pela flexibilidade operativa e pelos diferentes critérios de aferição de produtividade, ele tende a exigir formas mais maleáveis de contratação e formalização das relações trabalhistas do que as vigentes no âmbito do setor industrial. Esta combinação entre flexibilidade operativa, heterogeneidade das estruturas de emprego no setor terciário e despadronização nas formas jurídicas de contratação trabalhista atinge a essência da legislação laboral. Na medida em que se multiplicam os contratos a termo, a subcontratação, o trabalho em domicílio e formas novas de remuneração com base na produtividade, levando o antigo trabalhador com carteira assinada a assumir a figura jurídica de “microempresário”, a proteção assegurada aos “hipossuficientes” é esvaziada pela livre negociação entre partes formalmente “iguais” (FARIA, José Eduardo. Pluralismo jurídico e regulação: oito tendências do direito contemporâneo. In: COSTA, Alexandre Bernardino et al. (Org.). **O direito achado na rua: introdução crítica ao direito à saúde**. Brasília: CEAD/UNB, 2009, p. 59).
- 4 FARIA, José Eduardo. Pluralismo jurídico e regulação: oito tendências do direito contemporâneo. In: COSTA, Alexandre Bernardino et al. (Org.). **O direito achado na rua: introdução crítica ao direito à saúde**. Brasília: CEAD/UNB, 2009. p. 61.
- 5 CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede: a era da informação: economia, sociedade e cultura**. Tradução de Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. III, p. 411-439.
- 6 Como uma possível superação para esse problema, encontram-se estudos acerca da governança eletrônica como um novo mecanismo democrático. Acerca do presente, ver A modernização da gestão pública municipal: uma perspectiva a partir das audiências públicas eletrônicas. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. **Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2010.
- 7 FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 30.

- 8 Faria destaca, a despeito disso, que se apresenta, como fator desse novo paradigma, a crise do padrão monetário internacional (flutuação do câmbio), que possibilitou a abertura dos mercados internos das economias desenvolvidas aos produtos industrializados oriundos do Terceiro Mundo, bem como o choque do petróleo de 1973/1974 e 1978/1979 (aumento de cinco vezes o valor real do barril) que alterou as direções dos fluxos do sistema e acabou paralisando temporariamente os mercados. Como resposta, ocorreu uma progressiva desregulamentação dos mercados financeiros, a crescente revogação dos monopólios estatais e a veloz abertura no comércio mundial de serviços e informação (FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 62).
- 9 FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 127.
- 10 Outra limitação estrutural do direito positivo e suas instituições judiciais diz respeito à incompatibilidade entre seu perfil arquitetônico e a crescente complexidade do mundo contemporâneo. Suas normas tradicionalmente padronizadoras, editadas com base nos princípios da impessoalidade, da generalidade, da abstração e do rigor semântico e organizadas sob a forma de um sistema unitário, lógico, fechado, hierarquizado, coerente e postulado como isento de lacunas e antinomias, são singelas demais para dar conta de uma pluralidade de situações sociais, econômicas, políticas e culturais cada vez mais diferenciadas. Seu formalismo excessivo impede a visão da complexidade socioeconômica e da crescente singularidade dos conflitos. Seus princípios gerais, suas regras e seus procedimentos já não conseguem regular e disciplinar, guardando a devida coerência sistêmica, fatos multifacetados e heterogêneos. No entanto, como o Estado não pode deixá-los sem algum tipo de controle, ele se vê obrigado a editar normas *ad hoc* para casos altamente específicos e singulares. E quanto mais sua produção normativa caminha nessa linha, aumentando o número de textos legais com um potencial de aplicação bastante circunscrito no tempo e no espaço, mais o direito positivo vai se expandindo de maneira confusa e desordenada (FARIA, José Eduardo. Pluralismo jurídico e regulação: oito tendências do direito contemporâneo. In: COSTA, Alexandre Bernardino et al. (Org.). **O direito achado na rua: introdução crítica ao direito à saúde**. Brasília: CEAD/UNB, 2009. p. 53).
- 11 Teubner, em *A Bukowina global*, trabalha com as feições de um direito mundial além das ordens políticas nacional e internacional, apresentando, como base de suas reflexões jurídicas, demonstrações de que setores sociais produzem normas com autonomia relativa diante do Estado-nação, formando um ordenamento jurídico *sui generis*. A reflexão é feita com base em três teses sobre o direito global: a primeira versa sobre a teoria do pluralismo jurídico como teoria jurídica readequada às novas fontes do direito, levando em conta, assim, os processos espontâneos da formação de direito na sociedade mundial que se revelam independentes das esferas estatais e interestatais; a segunda afirma que direito global não é direito internacional, mas constitui, isso sim, um ordenamento jurídico distinto do Estado-nação acoplado a processos sociais e econômicos, dos quais recebe seus maiores impulsos; finalmente, desenvolve a tese de que a distância desse novo direito mundial da política nacional e do direito internacional não significa a formação de um direito apolítico, alegando que o jeito de agir dos novos atores jurídicos globais contribui para a sua repolitização não por meio de políticas institucionais tradicionais, mas de processos pelos quais o direito é acoplado a discursos sociais altamente especializados e politizados (TEUBNER, Gunther. *A Bukowina global: sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional*. **Impulso: Revista de Ciências Sociais e Humanas**, Piracicaba: Unimep, v. 14, n. 13, jan./abr.2003).
- 12 FARIA, José Eduardo. Pluralismo jurídico e regulação: oito tendências do direito contemporâneo. In: COSTA, Alexandre Bernardino et al. (Org.). **O direito achado na rua: introdução crítica ao direito à saúde**. Brasília: CEAD/UNB, 2009. p. 55.
- 13 CARVALHO, Cristiano. **Princípios e consequências**: a teoria da escolha racional como critério de ponderação: introdução ao problema. Porto Alegre: Instituto de Direito e Economia do Rio Grande do Sul, 2008. p. 2.
- 14 A juseconomia pode ajudar a reduzir a ocorrência de estupro, pode ajudar a reduzir o número de apelações protelatórias, pode ajudar a compreender por que algumas leis pegam e outras não, por que muitas vezes uma legislação é adotada e por que noutras vezes o Congresso

- adota uma legislação que será sabidamente vetada pelo Presidente, mas o faz da mesma forma, ou ainda por que é tão difícil alugar um imóvel no Brasil (GICO JÚNIOR., Ivo Teixeira. **Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito**. Brasília: Departamento de Direito da Universidade Católica, 2009. p. 13).
- 15 Como exemplo, temos a situação de um sujeito que, imaginando que será torturado e morto pelo Exército inimigo, prefere tirar a própria vida antes disso. Ironicamente, um minuto depois, os seus companheiros de farda chegam para resgatá-lo, infelizmente tarde demais. Alguns poderiam pensar que a escolha do pobre soldado foi precipitada e equivocada. Ocorre que, dadas as circunstâncias e a informação que ele tinha da situação em que se encontrava, a sua análise custo/benefício lhe indicou que o seu ganho seria maior se ele se suicidasse do que se caísse nas mãos dos seus inimigos (CARVALHO, Cristiano. **Princípios e consequências**: a teoria da escolha racional como critério de ponderação: introdução ao problema. Porto Alegre: Instituto de Direito e Economia do Rio Grande do Sul, 2008. p. 4).
 - 16 Esse é o problema frequentemente apontado pelos juristas em frente à Economia: que ela rejeitaria a noção de justiça, a qual, por sua vez, seria a preocupação fundamental do Direito. No entanto, se pensarmos que a ineficiência provoca desperdícios em uma sociedade, certamente não seria justo que os recursos da sociedade fossem gastos sem maximizar a sua utilização social (TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais**: orçamento e reserva do possível. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 53).
 - 17 O critério de Kaldor-Hicks busca superar a restrição imposta pelo ótimo de Pareto de que mudanças somente são eficientes se nenhum indivíduo ficar em posição pior. Pelo critério de Kaldor-Hicks, o importante é que os ganhadores possam compensar os perdedores, mesmo que efetivamente não o façam (SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em direito e economia? **Direito Getúlio Vargas**: Caderno 22, v. 5, n. 2. p. 24, Mar. 2008.
 - 18 SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em direito e economia? **Direito Getúlio Vargas**: Caderno 22, v. 5, n. 2., p. 36, mar. 2008.
 - 19 TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 57.
 - 20 GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito**. Brasília: Departamento de Direito da Universidade Católica, 2009. p. 24.
 - 21 OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais**: efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2008. p. 18-9.
 - 22 Dessa forma, para a teoria interna, o direito fundamental tem, desde sua concepção, um conteúdo jurídico determinado, de modo que toda, a posição jurídica que exceda seus limites não pode ser considerada como abrangida por esse direito. Existe, no mundo jurídico, apenas um objetivo normativo: o direito fundamental com seus limites concretos, os limites imanentes, que não podem ser denominados de restrições. Se restrição é algo que diminui ou reduz o âmbito de proteção do direito, quando devidamente incorporada na norma, não será restrição, mas sim definição do âmbito normativo do direito. Se essa redução não estiver incorporada ao direito, então já não se tratará de restrição, mas de verdadeira violação à norma de direito fundamental (NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 313).
 - 23 O mesmo autor adverte, no entanto, que essa intervenção pode mostrar-se severa, restringindo posições jurídicas dos seus titulares. Somente por meio da argumentação racional e da sujeição dessas restrições aos limites impostos pela própria Constituição, do que resulta seu controle de constitucionalidade, pode-se evitar, então, que abusos sejam cometidos na atividade restritiva, anulando por completo posições jurídicas protegidas constitucionalmente (NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 36).
 - 24 O problema da primeira solução dogmática apresentada está no excesso de confiança no Poder Constituinte, ao imputá-lo a capacidade e prever exaustivamente todas as possibilidades

- des de restrição aos direitos fundamentais. Isso implicaria conceber os direitos fundamentais exclusivamente como regras, já que seu conteúdo não poderia sofrer alterações pelo legislador ordinário, ou por atos do Executivo, sem expressa previsão legal. Estando presentes os requisitos de sua hipótese de incidência, a norma jusfundamental deveria ser aplicada em sua integralidade, de modo que qualquer intervenção em seu conteúdo seria reputada ilegítima. A segunda proposta não admite a legitimidade das restrições não expressamente autorizadas pela Constituição, mas procura resolver a necessidade de limitação do âmbito normativo desses direitos nos casos concretos a partir da admissibilidade de limitações *a priori*, que se verifiquem no conteúdo das normas de direito fundamental. Trata-se da “concepção restritiva” da previsão normativa dos direitos fundamentais, a qual corresponde à doutrina dos limites imanentes. Com isso, a concepção restritiva de previsão normativa dos direitos fundamentais exclui do âmbito de proteção da norma tudo aquilo que não estiver aparentemente nela incluído (OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 142-143).
- 25 Nessas condições, mesmo que a norma de direito fundamental não indique expressamente uma reserva de restrição, ela não poderá ser considerada de forma absoluta e ilimitada, pois existem circunstâncias em que seu âmbito normativo pode sofrer certa redução, uma afetação desvantajosa, em prol de outros direitos fundamentais, ou bens jurídicos protegidos pela Constituição que com ela estejam em conflito (NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 549).
 - 26 NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 56.
 - 27 OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 164.
 - 28 GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 210.
 - 29 Na obtenção de tais recursos, o Estado está limitado, ademais, por diversos direitos dos indivíduos, também classificados como direitos humanos. Estão aí as garantias dos contribuintes, a proibição do confisco, o direito dos servidores ao recebimento de suas remunerações e o direito dos contratantes de haver o preço acordado nas aquisições feitas pelo Estado (AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 109).
 - 30 Como as camadas mais desfavorecidas da população ainda encontram obstáculos importantes no acesso à Justiça, essa atitude implica não só problemas de eficiência, mas também riscos à equidade na distribuição dos recursos escassos da saúde (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Vigésima Segunda Câmara Cível. Agravo de Instrumento 70035060391. Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza. 20 de maio de 2010. Diário da Justiça, jun. 2010).
 - 31 AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 28.
 - 32 Os responsáveis pela efetivação de direitos fundamentais, em que a insuficiência ou inoperância causa impacto mais direto e expressivo, deverão observar os critérios parciais da adequação (aptidão do meio no que diz respeito à consecução da finalidade almejada), necessidade (menor sacrifício do restringido) e proporcionalidade em sentido estrito (avaliação da equação custo-benefício – para alguns, da razoabilidade, com relação aos meios e os fins), respeitando sempre o núcleo essencial dos direitos restringidos, mas também não poderão, a pretexto de promover alguns direitos, desguarnecer a proteção de outros no sentido de ficar aquém de um patamar minimamente eficiente de realização e de garantia do direito (SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 33).
 - 33 Como ressalta Gustavo Amaral, se os recursos são escassos, como são, é necessário que se façam decisões alocativas: quem atender? Quais os critérios de seleção? Prognósticos de cura? Fila de espera? Maximização de resultados (número de vidas salvas em cada mil reais gastos, p. ex.)? Quem consegue primeiro uma liminar? Tratando-se de uma decisão, parece intuitiva a necessidade de motivação e controle dos critérios de escolha, uma prestação de

- contas à sociedade do porquê se preferiu atender a uma situação e não à outra (AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 39).
- 34 O ponto não é novo: em condições de pobreza extrema ou miserabilidade, e na ausência de nível básico de educação e informação, a autonomia do indivíduo para avaliar, refletir e participar conscientemente do processo democrático estará amplamente prejudicada. Nessa senda, a gestão das políticas públicas no ambiente das deliberações majoritárias tende a ser marcada pela corrupção, pela ineficácia e pelo clientelismo (BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 109).
- 35 TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 76.
- 36 AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 109.
- 37 BARZOTTO, Luis Fernando. Os direitos humanos como direitos subjetivos: da dogmática jurídica à ética. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**: Livraria do Advogado, n. 56, p. 75, set./dez. 2005.
- 38 TIMM, Luciano Benetti. Direito à saúde e a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da. **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 257.
- 39 O exemplo mais breve que se pode dar seria o de uma decisão judicial determinando o atendimento imediato de um paciente para fins de transplante, preterindo outros que poderiam ter preferência pelos critérios oficiais (AMARAL, Gustavo. *Saúde direito de todos, saúde direito de cada um: reflexões para a transição da práxis judiciária*. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da. **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 106-107).
- 40 SARLET, Ingo Wolfgang. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da. **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 143-144).
- 41 A eventual escolha pública pelo fornecimento via quebra de patentes não é um almoço grátis, não apenas porque mascara a ausência de escolhas orçamentárias na pesquisa de tratamento para as chamadas doenças negligenciadas, mas também porque traz risco para a continuidade do ciclo de desenvolvimento tecnológico, expressão de aparência tecnocrática que significa, neste campo, o não investimentos em novas pesquisas, a não descoberta de novos medicamentos e terapias e o não tratamento de pessoas que se poderiam supor titulares do mesmo direito daquelas que levaram à quebra inicial do ciclo. Há, pois, um conflito entre pretensões de mesma natureza entre gerações, entre aqueles da geração presente que podem usufruir de um padrão por conta do legado das gerações anteriores, aqueles das gerações presentes e futuras, que precisam ter garantidos tanto o progresso quanto o não retrocesso, pois o patamar atingido ainda não é suficiente para as suas necessidades (AMARAL, Gustavo. *Saúde direito de todos, saúde direito de cada um: reflexões para a transição da práxis judiciária*. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da. **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 97).

REFERÊNCIAS

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Saúde direito de todos, saúde direito de cada um: reflexões para a transição da práxis judiciária. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da. **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BARZOTTO, Luis Fernando. Os direitos humanos como direitos subjetivos: da dogmática jurídica à ética. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Livraria do Advogado, n. 56, set./dez. 2005.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Vigésima Segunda Câmara Cível. Agravo de Instrumento n. 70035060391. Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza. 20 de maio de 2010. **Diário da Justiça**, jun. 2010.

CARVALHO, Cristiano. **Princípios e conseqüências**: a teoria da escolha racional como critério de ponderação: introdução ao problema. Porto Alegre: Instituto de Direito e Economia do Rio Grande do Sul, 2008.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**: a era da informação: economia, sociedade e cultura. Tradução de Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999.v. III.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. José Eduardo. Pluralismo jurídico e regulação: oito tendências do direito contemporâneo. In: COSTA, Alexandre Bernardino et al. (Org.). **O direito achado na rua**: introdução crítica ao direito à saúde. Brasília: CEAD/UNB, 2009.

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

GICO Jr., Ivo Teixeira. **Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito**. Brasília: Departamento de Direito da Universidade Católica, 2009.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

_____. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais**: efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2008.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em direito e economia? **Direito Getúlio Vargas**: Caderno 22, v. 5, n. 2, mar. /2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da. **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TEUBNER, Gunther. A Bukowina global: sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional. **Impulso**: Revista de Ciências Sociais e Humanas, Piracicaba: Unimep. v. 14, n. 33, jan. / abr. 2003.

TIMM, Luciano Benetti. Direito à saúde e a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias

da. **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

Artigo recebido em: 04-11-2011

Aprovado em: 02-01-2012