

# RACIONALIDADE ECONÔMICA, ESCOLHAS TRÁGICAS E O CUSTO DOS DIREITOS NO ACESSO À SAÚDE<sup>41</sup>

OSMIR ANTONIO GLOBEKNER<sup>42</sup>

**RESUMO:** O PRESENTE ARTIGO TRATA DA QUESTÃO DA RACIONALIDADE ECONÔMICA NA ALOCAÇÃO DOS RECURSOS SOCIAIS ESCASSOS EM SAÚDE, O QUE É FEITO PARTINDO-SE DA DISCUSSÃO SOBRE O TEMA DAS ESCOLHAS TRÁGICAS, DE ACORDO COM A DOCTRINA EXPOSTA POR GUIDO CALABRESI E PHILIP BOBBITT, E DA DISCUSSÃO SOBRE O CUSTO DOS DIREITOS ENCETADA POR STEPHEN HOLMES E CASS SUNSTEIN, NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, E SUA APLICAÇÃO NO CONTEXTO BRASILEIRO, CONFORME ABORDAGEM DE GUSTAVO AMARAL E FLÁVIO GALDINO. CONTRASTA-SE A QUESTÃO DA RACIONALIDADE PURAMENTE ECONÔMICA COM A QUESTÃO ÉTICA E JURÍDICA DA JUSTIÇA NA DISTRIBUIÇÃO DOS RECURSOS ESCASSOS, QUE HÁ DE SER INFORMADA BASICAMENTE POR CRITÉRIOS DE IGUALDADE NO ACESSO.

**PALAVRAS-CHAVE:** ALOCAÇÃO DE RECURSOS. ACESSO À ATENÇÃO SANITÁRIA. EQUIDADE EM SAÚDE.

**ABSTRACT:** THIS PAPER IS CONCERNED TO THE SUBJECT OF ECONOMIC RA-

---

41 Recebido em 24/08/15, aprovado em 19/11/2015.

42 Mestre em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (FD/UFBA), Especialista em Direito Sanitário pela Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo (FSP/USP) e em Direito Aplicado ao Ministério Público pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU), possui graduação em Engenharia Química pela Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP) e em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC). Atua na assessoria jurídica do Ministério Público Federal.

TIONALITY IN THE ALLOCATION OF SCARCE SOCIAL RESOURCES IN HEALTH, WHICH IS BASED ON THE DISCUSSION ABOUT THE THEME OF TRAGIC CHOICES, ACCORDING TO THE DOCTRINE EXPOSED BY GUIDO CALABRESI AND PHILIP BOBBITT, AND ON THE DISCUSSION ABOUT THE COST OF RIGHTS INITIATED BY STEPHEN HOLMES AND CASS SUNSTEIN, IN THE UNITED STATES, AND ITS APPLICATION IN BRAZILIAN CONTEXT, AS THE APPROACH OF GUSTAVO AMARAL AND FLÁVIO GALDINO. IT IS CONTRASTED THE PURE ECONOMIC RATIONALITY WITH THE ETHICAL AND JURIDICAL SUBJECT OF THE JUSTICE IN THE DISTRIBUTION OF SCARCE RESOURCES, THAT MUST BE INFORMED BASICALLY BY CRITERIA OF EQUALITY IN THE ACCESS.

KEYWORDS: RESOURCE ALLOCATION. HEALTH CARE ACCESSIBILITY. EQUITY IN HEALTH.

## INTRODUÇÃO

O sentido de racionalidade que se quer significar neste trabalho é o da busca e adoção dos meios mais eficientes<sup>43</sup> para a consecução de determinados fins e está ligado a um fato contundente, contingência incontornável da existência humana, individual e coletiva, que é a limitação dos recursos materiais postos à consecução dos projetos de vida e à satisfação das necessidades humanas.

No campo do Direito, a percepção dessa racionalidade levou

---

43 Sobre a eficiência, adverte Amartya Sen, prêmio Nobel de Economia em 1998, que: “A igualdade não é a única responsabilidade social com a qual temos de nos preocupar; existem também as exigências de eficiência. Uma tentativa de realizar a igualdade de capacidades descuidando de fazer considerações agregativas pode resultar em severas diminuições das capacidades que as pessoas podem ter no todo. [...] o significado do conceito de igualdade nem mesmo pode ser mantido adequadamente se não se presta simultaneamente atenção à perspectiva agregativa também – ao ‘aspecto da eficiência’, para dizê-lo de modo mais amplo” (SEN, 2001, p. 37-38).

a uma crítica bastante intensa da forma como, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, vinham sendo entendidos pelos tribunais brasileiros alguns direitos fundamentais de segunda dimensão, de forma especial, o direito à saúde, como um direito subjetivo público, de natureza absoluta, cuja pretensão pode ser exercitada, individual ou coletivamente, em face do poder público e das empresas privadas do setor da saúde suplementar, visando a satisfação direta das prestações concretas que a esse direito possam estar associadas.

Em parte o problema consistiria na atomização das demandas, com a possibilidade de cada cidadão pleitear em juízo individualmente cada serviço ou procedimento específico de atenção à saúde, e a conseqüente multiplicação de provimentos jurisdicionais, que, somados, determinariam um impacto sobre o orçamento público e também sobre os custos incorridos pelas empresas privadas de planos e seguros de saúde, que poderia chegar ao ponto de inviabilizar tanto o planejamento público quanto a higidez do mercado e a participação privada nesse setor econômico.

No Brasil, apesar da preocupação com os limites materiais estar presente, em alguns autores e sob determinado prisma, já há algum tempo<sup>44</sup>, uma introdução sob perspectiva econômica dessa crítica se deu através das obras “Direito, escassez e escolha”, de Gustavo Amaral (AMARAL, 2001), e “Introdução à teoria dos custos dos direitos”, de Flávio Galdino (GALDINO, 2005), este com o su-

---

44 A exemplo de Luís Roberto Barroso, que encareceu a necessidade de se reconhecer os limites materiais na implementação de direitos sociais, o autor chega mesmo a criticar a ambigüidade da expressão “direito” no texto constitucional, propondo que o ideal seria que este só utilizasse o vocábulo “direito” no sentido nas hipóteses que investem o jurisdicionado no poder jurídico de exigir prontamente uma prestação, exercendo a via judicial na hipótese de resistência, o que não seria o caso dos comandos constitucionais que veiculam normas programáticas: “onde se cuidar de um simples programa de ação futura, não será utilizada por via direta ou indireta, a palavra direito” (BARROSO, 2000, p. 113).

gestivo subtítulo “Direitos não nascem em árvores”, ambas baseadas principalmente no livro “O custo dos direitos”, de Stephen Holmes e Cass R. Sunstein (HOLMES; SUNSTEIN, 2000).

Assim tratou-se neste trabalho da crítica formulada por esses autores, iniciando-se a discussão a partir da questão de como as sociedades alocam seus recursos escassos, tema tratado de forma pioneira por Guido Calabresi e Philip Bobbitt em “Escolhas trágicas” (CALABRESI; BOBBITT, 1978).

## 1 ESCOLHAS TRÁGICAS

A consequência lógica indeclinável da escassez de recursos é a de que, ao serem estes destinados à realização de determinados projetos ou objetivos, fatalmente, se estará preterindo outros projetos ou objetivos. Sempre que houver consciência desse processo atributivo de recursos a seus fins, haverá também a demanda por uma decisão alocativa. Em um sentido bastante dramático, a escassez de recursos determina a realização de escolhas sobre quais necessidades humanas serão atendidas e quais serão preteridas.

A consciência de que o emprego de recursos socialmente produzidos determinará não apenas quais necessidades humanas serão satisfeitas, senão que, sobretudo, quais deixarão de ser atendidas, torna imperioso, como visto anteriormente, que tal emprego seja presidido pela racionalidade visando que este resulte na maior economia e na maior eficiência possível dos recursos escassos.

O campo das decisões alocativas, que sempre caracterizou a seara política, passa a integrar as reflexões éticas e jurídicas, na mesma medida em que ocorre a emancipação do indivíduo e das sociedades e em que se passa a requerer critérios de justiça na alocação de recursos escassos.

Lembre-se com David Hume que onde não há escassez não há necessidade de reflexões sobre a justiça alocativa, pois a justiça entra em cena precisamente para determinar a propriedade na qual não há o suficiente para todos. A justiça seria inútil em situações de extrema abundância ou extrema penúria, ali por inexistir conflito, aqui por desaparecer o respeito à lei e ao Estado, porém refletir e deliberar sobre critérios de justiça será sempre necessário em contextos de escassez e de altruísmo limitados (HUME, 2004, p. 245).

Decisão é ônus inseparável da emancipação. Enquanto a satisfação das necessidades humanas encontra-se submetida às contingências da vida nua, do ser como ente biológico, ou, equivalentemente, enquanto a satisfação dessas necessidades humanas esteja entregue ao acaso, quer por não haver opção disponível, quer por ainda não se a ter percebido a opção como tal, não há que se tratar de escolhas racionais e éticas. Nessa situação o homem encontra-se em estado de impotência ou desconhecimento diante de suas necessidades e das possibilidades de sua satisfação. Diversa é a situação quando o homem passa a deter alguma parcela de poder e de conhecimento que lhe permita intervir sobre a satisfação de necessidades, exercitando a sua capacidade para realizar escolhas.

E é essa a situação que surge no campo sanitário, em decorrência, por um lado, do domínio sobre a técnica e ampliação de suas possibilidades de intervenção sobre a saúde e o bem-estar humano, por outro, em consequência da emancipação política do indivíduo e da sociedade, que passa a entender a saúde, concomitantemente, como um direito social e como um campo particularmente fértil para a exploração da atividade econômica privada (CASTRO, 2003).

A perplexidade diante da possibilidade de escolha aparece no campo que aqui interessa, isto é, o da efetivação do direito à aten-

ção sanitária, precisamente no momento em que a evolução técnica permite influir, com largueza, sobre o estado de saúde dos indivíduos e das coletividades e a partir do momento em que passa a haver, não apenas a possibilidade de escolha, senão que, também, a consciência dessa possibilidade de escolha. Calabresi e Bobbitt, na obra clássica, “Escolhas trágicas”, publicada em 1977, expuseram suas ideias sobre os conflitos enfrentados pelas sociedades na alocação de recursos tragicamente escassos. Reconhecem que a escassez é um fato fundamental da existência e abordam o tema de como as sociedades enfrentam as escolhas ao decidir como distribuirão seus recursos escassos, fixando-se, entretanto, no tema particular das escolhas por eles denominadas trágicas, por implicarem grande sofrimento, morte e destruição.

De acordo com os autores, embora a escassez possa muitas vezes ser evitada para alguns bens, tornando-os disponíveis a todos, ela não pode ser evitada para todos os bens. O elemento trágico surge quando a escolha envolve o sacrifício de valores aceitos pela sociedade como fundamentais e não sacrificáveis. Nesses momentos é posto a nu o conflito entre os valores pelos quais a sociedade determina os beneficiários das distribuições, o perímetro natural da escassez e os valores morais humanísticos que privilegiam, por exemplo, a vida, a saúde e o bem-estar do ser humano.

As sociedades devem buscar alocar seus recursos de modo a preservar os fundamentos morais da colaboração social nela existente. Quando é bem-sucedida nessa tarefa, a escolha trágica é evitada e transformada em uma alocação não-trágica, por, pelo menos, não aparentar contradição moral. Na hipótese contrária, aparecem as circunstâncias trágicas em torno das escolhas. Todavia, advertem os autores, uma característica que anima as escolhas trágicas é o seu constante movimento; o equilíbrio é sempre precário e “o arco da tragédia nunca

descansa”<sup>45</sup>. Uma sociedade está constantemente confrontando e refazendo suas escolhas trágicas.

Segundo Calabresi e Bobbitt (CALABRESI; BOBBITT, 1978), há dois padrões que governam e se coordenam nesse movimento. O primeiro é a oscilação da sociedade entre dois tipos de decisão: o que produzir (que denominam decisão de primeira ordem) e a quem atribuir o produzido (que intitulam decisão de segunda ordem).

O segundo padrão é composto de uma sucessão entre decisão, racionalização e violência, que de maneira silenciosa substituem a ansiedade e são substituídas por ela quando a sociedade se evade de uma escolha trágica ou a confronta ou, ainda, a refaz (CALABRESI; BOBBITT, 1978). Esses movimentos são os padrões constantes dentro dos diferentes métodos de alocação existentes nas sociedades, como o mercado, a despesa pública ou a combinação de ambos, métodos que Calabresi e Bobbitt analisam em sua obra.

Para explicitar um pouco melhor, o primeiro padrão, como dito, é formado por decisões de primeira e de segunda ordem. A de primeira ordem define uma fixação global de recursos que serão alocados, ou de bens que serão produzidos, decorrentes de uma escassez existencial absoluta ou, mais frequentemente, de uma decisão assumida com base em prioridades relativas, num contexto de escassez geral. A decisão de segunda ordem é a que determina a distribuição desse montante global fixado pela decisão de primeira ordem, entre os indivíduos ou grupos de uma sociedade.

Pode-se citar um exemplo no campo sanitário. Uma decisão de primeira ordem, ou, melhor dizendo, um conjunto de decisões de primeira ordem, pode determinar a quantidade total de máquinas de diálise ou o número de leitos de Unidade de Tera-

---

45 “Like the arch, tragedy never rests” citando R. B. Sewall (CALABRESI; BOBBITT, 1978, p. 19).

pia Intensiva (UTI) que estarão disponíveis em dado município, Estado ou país. A decisão de segunda ordem definirá quem terá acesso a essas máquinas ou leitos disponibilizados, segundo critérios de hierarquia e equidade. É óbvio que esses critérios hierárquicos e de equidade poderão ser preenchidos de diferentes maneiras, como urgência, necessidade, prognóstico de sucesso, etc., cada um apresentando suas vantagens e desvantagens.

Calabresi e Bobbitt (1978) assinalam que toda decisão de primeira ordem contradiz o postulado de que um bem particular não tem preço e que toda decisão de segunda ordem, a menos que suportada por uma concepção totalmente dominante de distribuição apropriada de hierarquia e igualdade, desfigura alguns ideais distributivos da sociedade. Dizem ainda que essas duas espécies de decisões estarão presentes em qualquer modalidade de alocação.

É uma característica das escolhas trágicas, contudo, que decisões de primeira e de segunda ordem são feitas separadamente. Isso permite misturas mais complexas de abordagens de alocação para lidar com as escolhas trágicas e possibilita a uma sociedade aderir a diferentes misturas de valores em cada ordem de decisão.

A aparente desconexão entre decisão de primeira ordem de uma escolha trágica e decisão de segunda ordem usualmente é ilusória, servindo apenas para obscurecer o fato da escolha trágica. Assim conforta a todos na crença de que não são as escolhas de primeira ordem as que determinam, por exemplo, um número aceitável de mortes, mas que isto figura como resultado de milhares de ações independentes, atomísticas (CALABRESI; BOBBITT, 1978).

Os autores fazem um questionamento que poderia ser reproduzido, *mutatis mutandis*, para qualquer sociedade ou cultura. Eles perguntam: por que os Estados Unidos gastam um milhão de dólares para resgatar um único balonista perdido, mas não alocam uma quantia similar para prover patrulhas de praia e evitar acidentes com os banhistas que ocorrem em

maior número e que significam um risco potencial muito maior à integridade humana? (CALABRESI; BOBBITT, 1978).

Explicam Calabresi e Bobbitt (1978) que a divisão entre primeira e segunda ordem e a interação entre elas ajudam a esclarecer o comportamento em muitas dessas situações trágicas. Valora-se a vida em um nível um tanto baixo em algumas circunstâncias na decisão de primeira ordem e, em um alto nível, em outras situações que envolvem as decisões de segunda ordem. Em assim o fazendo, o resultado trágico decorrente da decisão de primeira ordem parece necessário, inevitável, antes que escolhido. A eleição de primeira ordem mascara o que é escolhido tragicamente como se fosse um fato produto de um infortúnio fatal.

Uma sociedade busca justificar a escolha trágica de primeira ordem pelo que denomina “escassez natural”. Mas esta não é, normalmente, o real fator limitante. Com frequência a escassez é apenas pontualmente absoluta, por exemplo, o número de médicos aptos a fazer um determinado transplante em um dado momento. Não obstante, ao longo do tempo, deixam de ser absolutas e passam a ser relativas. Mais frequentemente ainda a escassez não é resultado de qualquer deficiência absoluta de recurso, mas antes da decisão pela sociedade, que não está preparada para privar-se de outros bens e benefícios em quantidade suficiente para remover a escassez dita “natural”<sup>46</sup>.

O segundo padrão de movimento característico das escolhas trágicas, como mencionado, diz respeito à forma como a escolha

---

46 “Escassez em geral permanece um fato da vida, mas na situação trágica particular, escassez e sofrimento não são apenas impostos: a sociedade neles incorre por sua própria decisão ou, pelo menos, a sociedade finalmente as aceitará como ‘pertencendo propriamente à natureza das coisas’ [...]”. (“Scarcity in general remains a fact of life, but in the particular tragic situation, scarcity and suffering are not merely imposed: the society incurs them by its own decision or, at the least, society finally wills to accept them as ‘properly pertaining to the nature of things’ [...]”). (CALABRESI; BOBBITT, 1978, p. 22) (tradução nossa).

trágica é notada pela sociedade, determinando periodicamente uma nova racionalização, uma nova institucionalização da violência, a qual, ao ser percebida como tal, determina uma nova crise, uma nova racionalização, e assim por diante<sup>47</sup>.

Os critérios alocativos, de acordo com os autores, são circunstanciais e culturalmente definidos. Há vários critérios possíveis para a orientação moral de escolhas alocativas; a eficiência pode ser um deles, todavia não é o único nem um critério suficiente. Os autores citam também a “honestidade” e a igualdade (CALABRESI; BOBBITT, 1978, p. 23). Esse último critério interessa mais de perto, pela natureza do presente estudo.

A igualdade e seu antagonista, a hierarquia, são critérios vantajosos pela ampla aceitação de que gozam nas sociedades, porém são ambíguos, possuem um caráter ambivalente, podendo ser usados tanto para defender como para atacar escolhas alocativas (CALABRESI; BOBBITT, 1978).

No exemplo das máquinas de diálise, um resultado não será percebido como trágico se a decisão de segunda ordem for baseada no prognóstico de sucesso, isto é, se o acesso for concedido àqueles em que ela funciona e negado nos casos em que ela não funciona. O critério significa tratar igualmente quem é relevantemente igual e discriminar aqueles grupos que são relevantemente desiguais. O objetivo da discriminação, aqui, é obter o máximo de êxito com um número limitado de rins artificiais, não

---

47 “Se a decisão trágica é justificada por uma explicação que não implica conflito moral, então a violência que se segue não dará margem à tragédia, por um tempo. Mas, a menos que a sociedade mude seus valores, a sequência deve ser repetida sempre que a explicação for intensamente questionada ou quando decisões tirando vida nova forem feitas”. (“If tragic decision is justified by an explanation which does not implicate moral conflict, then the violence which follows will not give rise to tragedy – for a time. But unless the society changes its values, the sequence must be repeated whenever the explanation is intensely questioned or when fresh life-taking decisions are made.”). (CALABRESI; BOBBITT, 1978, p. 23) (tradução nossa).

se utilizando de uma igualdade formal para servir outros propósitos ocultos, como confortar o paciente ou os familiares com a ilusão de que algo está sendo feito.

Em outra situação, quando se torna evidente que certa camada privilegiada da população, por exemplo, os mais ricos, está obtendo maior acesso a dado recurso escasso (órgãos para transplante, por exemplo, mesmo que tal discriminação resulte em máxima eficiência), o critério discriminatório e, portanto, o método de alocação se torna intolerável para a sociedade, confrontada com o fato (CALABRESI; BOBBITT, 1978).

Esta é uma particular concepção de igualitarismo que os autores chamam de “igualitarismo corrigido” (CALABRESI; BOBBITT, 1978, p. 25). Ela aceita a premissa geral do igualitarismo formal, qual seja: que a discriminação é apropriada enquanto iguais são tratados igualmente, mas corrige a operação da premissa rejeitando a aplicação do método quando produz resultados que correlacionam uma categoria permissível de discriminação, como saúde, com uma não-permissível tal como riqueza ou raça.

Ocorre que cada conceito cultural de igualdade é uma amálgama de tais paradigmas; conceitos de igualdade diferem de sociedade para sociedade. O resultado das escolhas trágicas depende principalmente de seu relacionamento com uma particular noção cultural de quando é direito conceder a alguém um bem e negar a outros. Muitas sociedades dão precedência para algumas concepções de igualdade, ou hierarquia, sobre outros. Certas alocações podem evitar a percepção da tragédia por um tempo, mas como nenhuma sociedade adere inteiramente a uma concepção de igualdade, muitas alocações permanecem trágicas ou se revelam trágicas com o passar do tempo. Esta é uma das causas do segundo padrão de movimento nas escolhas trágicas, já referido, que faz com que as sociedades estejam constantemente confrontando e refazendo suas escolhas alocativas trágicas.

Assim, noções de igualdade não são valores estruturais aptos a prover métodos finais, atuais e decisivos para lidar com escolhas trágicas. Eles são padrões apenas relativamente fixados, os quais em geral guiam a percepção através dos métodos de alocação.

Por esses mesmos motivos, Calabresi e Bobbitt (1978) imprimem à sua obra, “Escolhas trágicas”, um enfoque acima de tudo descritivo, antes que propositivo. As teses expostas na obra servem, e é para esse resultado que são abordadas neste trabalho, para afastar muito do senso comum sobre as escolhas alocativas no que diz respeito a se considerar: a escassez como um dado e a restrição ao direito de acesso a bens sociais como seu imperativo.

Muito do que se considera uma limitação ditada pela “escassez natural” está na verdade travestindo uma escolha prévia realizada pela sociedade. Escolha essa que, por vezes, a sociedade não deseja ou não pode assumir moralmente. A reflexão ética e jurídica sobre tais escolhas pode colaborar para aplainar as dificuldades enfrentadas por toda a sociedade para assumi-las simultaneamente de forma racional e eticamente aceitável.

## 2 CONEXÕES ENTRE DIREITO E RACIONALIDADE ECONÔMICA

A assunção dos direitos fundamentais de segunda dimensão, dado o seu conteúdo de caráter marcadamente prestacional, fez emergir de uma forma mais explícita a percepção de que efetivar direitos implica alocar e consumir recursos materiais. Holmes e Sunstein, parafraseando Ronald Dworkin, alertam: “Levar os direitos a sério é levar a sério a escassez”<sup>48</sup>. Se Dworkin (DWORKIN,

---

48 “taking rights seriously is taking scarcity seriously” (HOLMES; SUNSTEIN, 2000, p. 94) (tradução nossa).

1978) enfatizou a ideia de que há que se dar consequência e conteúdo àquilo que os direitos declaram formalmente, realizando o Direito para além da mera previsão formal normativa. Holmes e Sunstein buscam ressaltar a ideia de que realizar direitos no mundo dos fatos concretos acarreta a necessidade de prever meios e alocar os recursos materiais fundamentais para tanto.

A maior contribuição, entretanto, da obra de Holmes e Sunstein (2000) talvez tenha sido a percepção de que a necessidade de provimento de recursos materiais para a efetivação de direitos não corresponde unicamente aos direitos fundamentais sociais, ou direitos de segunda dimensão, senão que, pelo contrário, corresponde também aos direitos de primeira dimensão, pois, para utilizar a expressão dos autores: “o cão de guarda precisa ser pago”<sup>49</sup>.

A tese defendida em “O custo dos direitos” é a de que todos os direitos são positivos na medida em que exigem determinadas prestações concretas por parte do Estado. Os autores buscam demonstrar que não faz sentido, sob a perspectiva dos custos incorridos, a distinção normalmente estabelecida entre direitos negativos, aqueles que impõem abstenções, e direitos positivos, aqueles que impõem ações, pois, no mínimo, fazer observar um direito exige uma atuação estatal, também nas palavras dos autores: “Direitos custam porque remédios custam”<sup>50</sup>. Todo direito implica a necessidade de que sejam tutelados através da atuação estatal, das vias administrativa ou judicial.

A teoria dos custos dos direitos de Holmes e Sunstein (2000) é dependente de uma inafastável associação entre Direito e Estado, pois para esses autores não há direitos sem a presença do Estado como garantidor. Ousa-se aqui, entretanto, estender tal

---

49 “the watchdog must be paid”. (HOLMES; SUNSTEIN, 2000, p. 77) (tradução nossa).

50 “Rights are costly because remedies are costly”. (HOLMES; SUNSTEIN, 2000, p. 43) (tradução nossa).

teoria, para abranger também os custos para além da necessidade de sua garantia pelo Estado. Na verdade, pode-se pressupor que a mera observância de direitos, inclusive através de uma abstenção, independentemente do aparato estatal requerido para sua garantia, é suficiente para acarretar custos ao particular com repercussões para toda a sociedade. Exercitar direitos, ou, por outro ângulo, observar direitos, implica, quando menos, o custo da oportunidade (e da liberdade) de agir de modo diverso ao preconizado pelo direito que está sendo observado.

Ademais, como não é apenas contra o Estado que os direitos são exercitados, também não é somente a ele que os custos dos direitos são imputados. Para exemplificar: tome-se uma empresa que se submeta às normas de controle ambiental na instalação ou no funcionamento de sua atividade. Ao observar, ainda que voluntariamente, e independentemente de qualquer ação estatal, o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; ela estará incorrendo nos custos que essa observância pressupõe. Por exemplo, com medidas protetoras que, na ausência de percepção desse direito, não adotaria. Não é menos certo que um empresário repassará tais custos aos seus consumidores, o que fará com que os custos da observância do direito findem distribuídos por toda a sociedade.

Pode-se notar, no setor sanitário, raciocínio similar. O Estado ou o ente privado, observando uma obrigação fundada no direito à saúde de primeira ou segunda dimensão, ao agir ou abster-se, incorrerá em custos. Não é menos evidente, a propósito, que a obrigação imposta ao Estado irá onerar o orçamento fiscal do governo. Já a obrigação imposta ao ente privado, terminará refletindo no preço de seus produtos e serviços. Isso significa em um e outro caso que o ônus da implementação do direito acabará repercutindo por toda a sociedade<sup>51</sup>.

---

51 Ao se fazer aqui menção a uma “repercussão” de custos na sociedade, constata-se um fato e não se pretende emitir qualquer julgamento sobre o valor

Poder-se-ia mesmo avançar no sentido de que tais custos são, em alguma extensão, intercambiáveis. Para usar uma figura: uma dada sociedade poderia “escolher” entre construir escolas e implementar outros direitos sociais ou optar por aparelhar-se para as funções de prevenção e repressão dos conflitos decorrentes de uma estrutura social esgarçada, investindo em segurança pública e estrutura penitenciária.

Para exemplificar no campo sanitário, os direitos de primeira geração imporiam ao Estado algumas prestações mínimas, relacionadas com a função de polícia dos serviços e produtos de interesse para a saúde e com a função de vigilância epidemiológica, ações que certamente acarretariam custos ao Estado. Os direitos de segunda geração, por sua vez, exigiriam prestações positivas, como ações de educação, de prevenção e de assistência relacionadas com a saúde, implicando os respectivos custos. É fácil perceber, nesse caso, que o investimento em uma área pouparia recursos em outra e vice-versa. Em uma lógica reversa, as escolhas realizadas na alocação dos recursos irão se traduzir no tipo de direitos que terão sua implantação priorizada.

Voltando à doutrina de Holmes e Sunstein, a racionalidade econômica sobre os direitos, obviamente, não afasta as considerações éticas, ou, pelo menos, não deveria afastá-las. Os autores rejeitam a tese de que a “inflação” de direitos retira das sociedades a responsabilidade por resolver seus conflitos. A compreensão da realidade da escassez dos recursos necessários à implementação dos direitos deve ser estimuladora da responsabilidade no seu exercício. Essa ideia está presente na terceira parte do livro de Holmes e Sunstein:

---

ou a justiça dessa repercussão. Boa parte dos esforços empreendidos na doutrina liberal e social se volta precisamente a buscar uma teoria da justiça que possa orientar uma repartição justa dos custos sociais dos direitos.

Pela sua natureza, em resumo, direitos impõem responsabilidades, exatamente da mesma maneira que responsabilidades fazem nascer direitos. Para proteger direitos, um Estado responsável deve responsabilmente despende recursos recolhidos de cidadãos responsáveis. Em vez de lamentar um imaginário sacrifício de responsabilidades pelos direitos, deve-se perguntar qual pacote concreto de direitos e responsabilidades complementares terá probabilidade de conferir os maiores benefícios à sociedade que os estabelece<sup>52</sup>.

Outra conclusão a que chegam os autores de “O custo dos direitos”, a qual de forma particular se afina com o escopo desta pesquisa no sentido de aproximar os discursos liberal e social, é a do caráter público das liberdades privadas:

Os direitos dos norte-americanos não são nem dons divinos, nem frutos da natureza; não são autoexecutáveis e não pode ser consistentemente protegido se o governo é insolvente ou incapacitado; não precisam constituir-se em uma receita para o egoísmo irresponsável; não implicam que indivíduos possam assegurar sua liberdade pessoal independentemente da cooperação social e não se constituem em pretensões inegociáveis<sup>53</sup>.

Dessa forma, os autores, reconhecendo o caráter público de qualquer liberdade privada, estabelecem também o necessário

---

52 “By their nature, in sum, rights impose responsibilities, just as responsibilities give birth to rights. To protect rights, a responsible state must responsibly expend resources collected from responsible citizens. Instead of lamenting a fictional sacrifice of responsibilities to rights, one should ask which concrete package of complementary rights and responsibilities is likely to confer the most benefits on the society that funds them” (HOLMES; SUNSTEIN, 2000, p. 171) (tradução nossa).

53 “The rights of Americans are neither divine gifts nor fruits of nature; they are not self-enforcing and cannot be reliably protected when government is insolvent or incapacitated; they need not be a recipe for irresponsible egoism; they do not imply that individuals can secure personal freedom without social cooperation; and they are not uncompromisable claims.” (HOLMES; SUNSTEIN, 2000, p. 220) (tradução nossa).

compromisso entre liberdades civis e colaboração (ou solidariedade) social.

O que se quer enfatizar, com base na ideia de Holmes e Sunstein (2000), é que, em um sentido, implementar direitos significa alocar recursos. Mas, em sentido contrário, alocar recursos também significa eleger os direitos que serão privilegiados e os que serão preteridos. Essas decisões dizem respeito à concepção de justiça de uma sociedade e, portanto, devem ser nela amplamente debatidas, em todos os fóruns disponíveis para tanto, inclusive o Judiciário.

### **3 A REPERCUSSÃO NO BRASIL DO TEMA DA RACIONALIDADE ECONÔMICA DOS DIREITOS**

Gustavo Amaral, assimilando a doutrina de Holmes e Sunstein, aplica-a ao contexto brasileiro, segundo o panorama pintado pelo próprio autor, em que a “insinceridade normativa”, referida por Barroso, e a “constituição semântica”, da classificação de Karl Lowenstein, com enunciados que não são “para valer”, davam lugar a uma “interpretação engajada”, a qual buscava ser realizadora dos direitos declarados na Constituição, mas demandava por reconhecer limites que preservassem a Constituição da pretensão de dar eficácia a normas que pretendam o infactível (AMARAL, 2001, p. 17-18).

Nesse contexto, à promulgação de uma Constituição compromissária e ao ressurgimento da sociedade civil, seguiu-se o descrédito dos governos posteriores a 1988, marcados pelo descontrolo econômico e pelos escândalos de corrupção, fazendo aparecer um crescente ativismo judicial, favorecido ainda pela

doutrina da aplicação direta das normas constitucionais, sem condicioná-las ao legislador infraconstitucional<sup>54</sup>.

Nesse panorama, a questão da saúde ganhou repercussão com a proliferação de ações e de provimentos jurisdicionais relacionados ao direito à saúde. O autor analisa duas decisões judiciais, uma do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (TJSC) e uma do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), que versam sobre o mesmo pleito dirigido contra o Estado: o custeio de tratamento experimental para criança com distrofia muscular progressiva de Duchenne, identificando três posições distintas nas referidas decisões: 1) o direito à saúde é incontestável e absoluto; 2) o direito à saúde limitar-se-ia à necessidade de o Estado desenvolver políticas públicas de saúde; 3) o direito à saúde é ditado por políticas públicas destinadas a gerenciar recursos escassos, sendo juridicamente impossível ao Judiciário imiscuir-se na questão (AMARAL, 2001); e aponta para o fato de que uma questão não enfrentada pelo Judiciário era a confrontação da microjustiça, ou justiça do caso concreto posto à apreciação do judiciário, com a macrojustiça, ou a possibilidade de estender tal provimento a todos os que estão ou possam vir a estar na mesma situação, ainda que não estejam com seus casos colocados sob a apreciação do judiciário (AMARAL, 2001).

Para responder a esses questionamentos, ao longo da obra referida, Gustavo Amaral (2001) analisa o conteúdo da expressão “direito”, sua exigibilidade, a distinção entre direito e pretensão, a teoria da colisão de direitos fundamentais, algumas teorias da justiça distributiva, o problema da alocação de recursos

---

54 Nas palavras do autor, nesse contexto: “Quem ocupa o cenário como campeão da cidadania é o Poder Judiciário, não por sua cúpula, mas por suas bases, que paulatinamente fizeram tábula rasa do bloqueio de recursos, dos expurgos das aplicações financeiras. Somou-se também a isso o ativismo do Ministério Público, que na percepção comum é visto como ligado ‘à justiça’ originando a sobrevalorização dos meios não judiciais de controle e subvalorização dos meios não judiciais, como a opinião pública, as manifestações populares e, principalmente, o voto” (AMARAL, 2001, p. 21-22).

escassos, a teoria da interpretação das pretensões positivas na solução de conflitos, a fim de propor um modelo de atuação judicial em pleitos da espécie analisada.

Ao proceder à análise, o autor afasta a ideia do direito à saúde como direito absoluto. Afasta também, acolhendo a doutrina de Holmes e Sunstein, a ideia de distinção entre direitos negativos e positivos, para admitir a ideia de distinção entre pretensões negativas, que obrigariam abstenções estatais, e pretensões positivas, as quais obrigariam prestações estatais. As primeiras, exigíveis de plano, e as segundas, por demandarem consumo de bens materiais escassos, dependeriam de decisão alocativa (AMARAL, 2001).

Até aqui as conclusões extraídas por Gustavo Amaral (2001) são parcialmente as que são adotadas neste trabalho, com algumas ressalvas, pois, em conformidade com o autor, entende-se que implementar direitos implica alocar recursos, conquanto se reconheça também, como já exposto, que, no sentido contrário, alocar recursos significa selecionar quais direitos serão implementados. A atenção sobre a atuação estatal deve ser colocada não apenas quando o Estado aloca determinado recurso, mas também quando deixa de fazê-lo.

Compreende-se também, como Amaral (2001), que há conflitos a serem equacionados entre interesse individual em determinada prestação positiva e interesse coletivo. Todavia, entende-se que, nesse equacionamento, se deva afastar a ideia de, a qualquer pretexto, condicionar a tutela dos direitos sociais à via das ações coletivas<sup>55</sup>.

---

55 Proposta neste sentido é desenvolvida, por exemplo, por Luís Roberto Barroso no âmbito do dever estatal de fornecer medicamentos. O autor sugere a normatização no sentido de que a possibilidade de postular individualmente fique restrita aos medicamentos constantes de listas elaboradas pelo Poder Público e, para os medicamentos não constantes dessas listas, de que a tutela jurisdicional só possa ser exercida através de ações coletivas e/ou ações abstratas de controle de constitucionalidade (BARROSO, 2008).

Não se compartilha aqui, ademais, com as conclusões seguintes a que chega o referido autor. Para este, as decisões alocativas são eminentemente políticas, comportando vários momentos e mecanismos de escolhas; não haveria um critério único que permitisse apreciar cada caso concreto. Ante a dimensão dos conflitos e seus reflexos, não caberia ao Judiciário fazer o controle fato-norma, mas sim controlar as escolhas feitas pelos demais poderes. Propõe então a seguinte fórmula para atuação do judiciário:

O Judiciário, ao apreciar demandas individuais ou coletivas relativas a pretensões positivas, deve ponderar o grau de essencialidade da pretensão, em função do mínimo existencial e a excepcionalidade da situação, que possa justificar a decisão alocativa tomada pelo Estado que tenha resultado no não atendimento da pretensão (AMARAL, 2001, p. 228).

Em parte, trata-se de critério de inegável importância para solucionar conflitos entre interesses individuais e interesses públicos ou coletivos. A essencialidade da pretensão e a excepcionalidade da situação, a par de outros requisitos, como o da economicidade no provimento da demanda, devem constituir-se em pressupostos de qualquer decisão administrativa ou judicial.

Por outro lado, percebe-se que o autor, acolhendo a tese da necessária intermediação do Legislativo e do Executivo para fins de concreção dos direitos fundamentais sociais que determinam pretensões positivas, adota uma posição restritiva em relação às possibilidades de pronunciamento judicial em face das decisões alocativas do Estado-administrador.

Entende-se também artificial a distinção entre pretensões positivas e negativas propostas pelo autor, que no fundo nulifica seu ponto de partida na tese de Holmes e Sunstein.

Outro aspecto da discussão, vincula-se à admissão da tutela individual de direitos fundamentais sociais. Não ocorre a

quaisquer dos autores estudados restringir a tutela pelo Estado do direito individual de propriedade<sup>56</sup>. Mas se esse direito é tão positivo e tão público quanto os direitos sociais, conforme defendido pelo autor, então por que a tutela individual estaria desimpedida no primeiro caso e interdita no segundo?

Compreende-se que qualquer tentativa de distinguir logicamente, quanto à exigibilidade, os direitos fundamentais de primeira dimensão dos de segunda dimensão resultaria insubstituível perante a teoria da positividade de todos os direitos. Diferenças culturais justificariam com mais propriedade tal distinção, haja vista que algumas sociedades privilegiam a proteção de uns direitos em relação a outros, conferindo a uma categoria de direitos a possibilidade de que sua tutela se dê concretamente e no plano individual, negando-a a outra categoria.

No campo sanitário, é de fundamental importância a participação da comunidade envolvida na definição do próprio conceito de saúde e por consequência na definição do que seja uma adequada atenção à saúde. Decorre então a relevância da participação da comunidade nas decisões atinentes às escolhas alocativas correspondentes.

---

56 “David Hume, the Scottish philosopher, liked to point out that private property is a monopoly granted and maintained by public authority at the public's expense. [...] In drawing attention to the relation between property and law – which is to say, between property and government – Bentham was making the very same point. The private sphere of property relations takes its present form thanks to the political organization of society. Private property depends for its very existence on the quality of public institutions and on state action, including credible threats of prosecution and civil action.” (“David Hume, o filósofo escocês, apreciava apontar que a propriedade privada é um monopólio garantido e mantido pela autoridade pública à custa do dispêndio público. Dirigindo sua atenção à relação entre propriedade e lei – o que implica dizer entre propriedade e governo – Bentham apontava o mesmo fato. A esfera privada das relações de propriedade assume sua forma presente graças à organização política da sociedade. A existência da propriedade privada depende da qualidade das instituições públicas e da ação estatal, incluindo ameaças confiáveis de persecução e ação civil.”). (HOLMES; SUNSTEIN, 2000, p. 61) (tradução nossa).

É esta decisão que deve ser respeitada pela própria sociedade e pelo Estado em quaisquer de suas funções, legislativa, executiva ou judiciária. Dada mesmo a importância dessas decisões, nenhum fórum de sua apreciação deve ser excluído por meio de raciocínios apriorísticos.

A posição neste trabalho assumida é a de que a questão fundamental a ser resolvida não se refere ao lócus das decisões alocativas, e sim a sua natureza. Compreende-se existir, de fato, ao se tratar da alocação de recursos escassos, uma potencial colisão fundamental entre direitos favorecidos e preteridos na alocação.

Há também um ponto relevante da questão na contraposição entre interesse ou direito individual e interesse ou direito coletivo. O critério fundamental da equidade pode e deve ser utilizado em vários momentos das decisões alocativas, por exemplo, ao se eleger dada trajetória tecnológica a ser institucionalmente adotada ou ao se eleger determinada política pública para receber maior ou menor aporte de recursos.

O Brasil adotou, na Constituição de 1988, os princípios da universalidade e equidade no acesso. Só se entende justificada a restrição ao acesso individual às prestações positivas no campo da saúde se se puder contrapô-la de forma cabal, concreta e definitiva à igualdade no acesso desses recursos, segundo uma prudente ponderação dos direitos fundamentais envolvidos. Fritam-se as expressões “cabal”, “concreta” e “definitiva” para extremá-las de situações hipotéticas, abstratas e transitórias que possam ser arguidas perante as pretensões concretas.

Trata-se de critério que não pode ser afastado da apreciação judicial<sup>57</sup>. O Judiciário, como instituição democrática, há

---

57 Considere-se, por exemplo, a hipótese de que uma decisão alocativa democraticamente assumida pelo critério da maioria resulte injustamente prejudicial a uma minoria, de forma a ferir ao princípio constitucional de igualdade como não-discriminação. O Judiciário estaria jungido a respeitar esta deci-

de tomar parte, como toda sociedade, nas decisões que resultam na alocação dos recursos sociais escassos, fiscalizando-as em todas suas fases, da mais abstrata a mais concreta, pelo veículo processual mais apropriado em cada caso.

O conhecimento jurisdicional das questões alocativas não acarreta o desrespeito, mas o prestígio das escolhas democráticas realizadas no âmbito dos demais poderes. Fiscalizar a observância dos direitos fundamentais, em abstrato ou em concreto, ponderando-os quando identificada sua colisão, é tarefa da qual, sem dúvida, está incumbido o Poder Judiciário.

Não se pode perder a perspectiva de que, embora a colisão fundamental seja revelada pela escassez dos recursos materiais, a colisão observada não ocorre em face do orçamento, da política pública ou de outro ente instrumental da mesma espécie, e sim entre direitos fundamentais. São estes que hão de ser ponderados, e não meramente os instrumentos empregados para sua concreção.

É importante observar, como já feito, que a necessidade da consideração de custos, ou seja, de uma racionalidade econômica, na avaliação de direitos, especialmente os fundamentais, não devem excluir outras racionalidades, mormente a ética, da qual mesmo a ciência econômica pura não poderia prescindir. A racionalidade dos custos é necessária por tudo que se expôs, porém é apenas uma das racionalidades a ser considerada, não a única, pois isto conduziria a um extremo oposto, tampouco desejável.

Reputa-se, entretanto, de extraordinária importância o alerta dado através da pioneira obra de Gustavo Amaral (2001), em relação à necessidade de responsabilidade dos aplicadores do Direito e da sociedade em geral perante a realidade dos recursos escassos, bem como em referência à necessidade de se respeitar as escolhas alocativas justas decididas pela sociedade, através

---

são?

dos legítimos instrumentos democráticos.

Também Flávio Galdino, em obra já referida, trata do tema dos custos dos direitos visando oferecer uma releitura das noções em torno dos direitos fundamentais. Com base na consideração de que todos os direitos públicos subjetivos são positivos (GALDINO, 2005), propõe, por meio da análise econômica, uma teoria pragmática do Direito (GALDINO, 2005, p. 331 e et seq.).

Galdino (2005) repele, divergindo de Amaral (2001) neste ponto, qualquer distinção entre pretensão positiva e negativa, assumindo em sua integralidade a tese de Holmes e Sunstein sobre a positividade de todos os direitos fundamentais, integrando todos, por via de consequência, ao rol de direitos dados às escolhas públicas<sup>58</sup>, como o consectário lógico de que, ao se considerar a escassez de recursos, não apenas direitos sociais podem ser sacrificados em face de direitos individuais, mas também vice-versa, direitos individuais podem ser sacrificados em face de direitos sociais.

Por um lado, alerta Galdino que ignorar custos a pretexto da existência de direitos absolutos não apenas cria expectativas irrealizáveis como promove a irresponsabilidade e mesmo o abuso dos direitos (GALDINO, 2005). Por outro, enfatiza a necessidade de que se concebam os custos não como um óbice, externo aos direitos, mas como um pressuposto, interno a estes, repelindo a ideia da invocação da exaustão orçamentária para afastar a implementação de direitos fundamentais, quando na realidade o que a afasta é a opção política sobre gastar ou não recursos públicos na implantação deste ou daquele direito fundamental (GALDINO, 2005).

---

58 “Na medida em que tal direito, e seus congêneres tidos habitualmente como negativos ou de defesa, dependem tanto das prestações estatais positivas como todos os outros direitos sociais, não há que pensar estejam eles fora do rol das escolhas sociais” (GALDINO, 2005, p. 228).

A proposta de Galdino, na esteira da doutrina de Holmes e Sunstein, é a de que os custos devam “integrar previamente a própria concepção do direito (subjeto) fundamental, isto é, os custos devem ser trazidos para dentro do respectivo conceito” (GALDINO, 2005, p. 235), propondo assim um conceito pragmático de direito subjeto fundamental. Reconhece, entretanto, que a questão é complexa e demandaria maior atenção por parte dos estudiosos.

Entende-se que o risco principal nesta concepção é idêntico ao risco da concepção de custos como um óbice externo e consiste na possibilidade de raciocínios apriorísticos tentarem afastar a consideração de certos direitos, fundados na impossibilidade fática de aportes dos recursos necessários à implementação. Um raciocínio apriorístico fatalmente vai ignorar o fato de que a definição e realização de direitos é um arranjo em permanente construção e reconstrução, fruto do dinamismo das escolhas sociais, quer as expressas, conscientes ou assumidas como tal, quer as veladas ou mascaradas como “escolhas naturais”.

Galdino (2005) procura manter-se em posição equidistante entre duas posições extremas: a subordinação do Direito à análise econômica e a separação total entre a análise econômica e o Direito, ou, mais amplamente, as questões morais ou ético-sociais, concebendo, como é razoável conceber, que Economia e Direito são dois mecanismos da organização social (GALDINO, 2005). Isoladamente ambos são limitados para a consecução desse fim. O homem ou a sociedade não podem ser reduzidos nem a objetivos como o de maximização de riqueza e bem-estar nem podem prescindir desses elementos para a consecução de outros objetivos.

Com suporte em Amartya Sen<sup>59</sup>, que analisa dois enfoques

---

59 Na obra “Sobre ética e economia”, Sen defende uma (re)aproximação entre ética e economia, pois identifica a ética e a engenharia como os dois campos que inspiram a origem da Ciência Econômica. Uma forma de promover a reaproximação, segundo o autor, seria a introdução da discussão e estudo

para a economia, o purista, que tenta abstrair valores éticos, morais ou de qualquer outra índole na análise econômica, e o ético, o qual inclui estas variáveis na análise econômica, Galdino também propõe a reaproximação entre ética e economia, de forma que não apenas a economia se sirva de racionalidades ligadas ao campo moral e ético, mas também as ciências morais e jurídicas se sirvam da racionalidade e da análise econômica (GALDINO, 2005).

Assim, a proposta de Galdino é de que o Direito seja um canal para as relações entre ética e economia, indicando três fatores que concorrem em favor desse papel:

1) [...] o Direito possui um modelo de análise orientado a valores, isto é, o Direito é fundamentalmente devotado a considerações éticas; 2) as análises jurídicas dirigem-se também, em boa medida, ao combate da escassez, através de variadas técnicas de (re)distribuições da riqueza e alocação de direitos e recursos; 3) os conceitos jurídicos, bem trabalhados, admitem sejam incluídos nas operações e ponderações os profícuos resultados das análises econômicas (2005, p. 251-252).

Dessa forma, a análise econômica do Direito poderia ser operacionalizada em um meio-termo entre a preocupação exclusiva com critérios de eficiência, equívoco dos economistas, e a preocupação exclusiva com critérios abstratos e muitas vezes irrealistas de justiça, equívoco dos juristas, para agregar condições econômicas e considerações éticas, maximizando a eficiência das instituições sem necessário prejuízo dos valores envolvidos (GALDINO, 2005).

Reputa-se da máxima importância a teoria formulada pelo professor Flávio Galdino, para uma teoria dos custos dos direitos e da contribuição da racionalidade econômica para o fim de

---

dos direitos, normas e comportamentos de maneira integrada à teoria econômica. (SEN, 1999).

efetivação dos direitos fundamentais.

Normalmente a discussão da escassez de recursos contraposta à efetivação de direitos, especialmente os fundamentais, tem sido encetada frisando-se o fato, como visto, de que implementar direitos implica alocar recursos. A consequência imediata é que se procura, por vezes apressadamente, estabelecer limites ao exercício das pretensões fundadas em tais direitos.

Impende, no entanto, considerar que, se é verdade que implementar direitos acarreta alocar recursos, não é menos verdade que alocar recursos implica selecionar os direitos que serão implementados e, sobretudo, os que deixarão de sê-lo. Daí a relevância do tema da alocação de recursos, do tema da decisão alocativa de recursos. Na alocação de recursos tanto a ação como a omissão podem ser condenáveis.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A percepção das *escolhas trágicas* em uma sociedade é dependente de mecanismos de acomodação, tais como, a separação entre decisões de primeira ordem (o que e quanto produzir) e decisões de segunda ordem (para quem produzir), que fazem com que o resultado trágico pareça derivar de fenômeno natural de escassez. O processo histórico pela qual passa uma sociedade faz com as *escolhas trágicas* sejam sucessivamente: feitas, percebidas como tal, confrontadas, enfrentadas, mantidas ou refeitas.

Uma sociedade justa e solidária procurará compreender o processo alocativo historicamente determinado visando minorar a dor e o sofrimento ao buscar alocar socialmente os recursos escassos. Embora inevitável, procurará evitar defrontar-se amígdala ou intensamente com as *escolhas trágicas*.

A realidade concreta da escassez de recursos impõe à ponderação jurídica a consideração de uma racionalidade econômica visando à maior eficiência na utilização desses recursos.

A realização de quaisquer direitos pressupõe a alocação dos recursos materiais necessários ou, em outra perspectiva, a alocação de recursos determina quais direitos serão implementados e quais deixarão de sê-lo em virtude mesmo do custo de oportunidade.

A percepção dessa realidade e a consciência dos custos implicados devem resultar no aumento da responsabilidade individual e social no exercício de direitos.

A Economia e o Direito como mecanismos de organização social, isoladamente, apresentam limitações para a consecução dos fins supracitados, fazendo-se necessário a permeação recíproca das respectivas lógicas, visando combinar a racionalidade econômica com a racionalidade ética na busca da utilização ótima dos recursos escassos e na realização ótima dos direitos fundamentais.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BARROSO. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva:** direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Trabalho desenvolvido para a Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>>. Acesso em: 6 jul. 2008.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. **Tragic choices**. New York: W. W. Norton and Company, 1978.

CASTRO, Marcus Faro. Dimensões políticas e sociais do Direito Sanitário brasileiro. In: ARANHA, Márcio Iório (Org.). **Direito Sanitário e saúde pública**. Brasília: Ministério da Saúde; Faculdade de Direito da Universidade de Brasília; Escola Nacional de Saúde Pública, 2003. v. 1. p. 379-390.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

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

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: W. W. Norton, 2000.

HUME, David. **Investigações sobre o entendimento humano e sobre os princípios da moral**. Tradução de José Oscar de Almeida Marques. São Paulo: Unesp, 2004.

SEN. Amartya. **Sobre ética e economia**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

\_\_\_\_\_. **A desigualdade reexaminada**. Tradução de Ricardo Doninelli Mendes. Rio de Janeiro: Record, 2001.